EL DERECHO PRIVADO ROMANO

DONO DEL PROF. ANTONIO GUARINO

ESCLUSO DAL PRESTITO

ANTONIO GUARINO
CATEDRATICO DE DERECHO ROMANO
EN LA UNIVERSIDAD DE NAPOLES

COMPENDIO
DE
DERECHO PRIVADO ROMANO

TRADUCCION DE LA 3ª EDICION (1954)
POR
FRANCISCO DE PELSMAEKER
CATEDRATICO DE DERECHO ROMANO
EN LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA

EDITORIAL
ESCELICER
CADIZ - 1955

TITULO DE LA OBRA ORIGINAL:
"PROFILO DI DIRITTO PRIVATO ROMANO"
TERZA EDIZIONE RIVEDUTA
Casa editrice Dott. Eugenio Jovene.-Napoli.-1954

ES PROPIEDAD

Impreso en los Talleres de ESCELICER, S. L., de Cádiz, O. Calvo y Valero, 4 al 12

I

EL ORDENAMIENTO JURIDICO Y EL DERECHO ROMANO

SUMARIO: 1. Derecho y sociedad política.—2. Estructura del Estado.—3. Estructura del ordenamiento jurídico. 4. La producción del derecho.—5. La interpretación del derecho.—6. El derecho romano y sus períodos.

1. DERECHO Y SOCIEDAD POLITICA.

El derecho u ordenamiento jurídico, es un tipo particular de ordenamiento social, que se manifiesta, de ordinario, en relación con una especie característica de sociedad humana: la sociedad política o Estado.

Sociedad humana es, cual lo indica el propio término, una reunión voluntaria de hombres para la consecución de ciertos fines de interés común (religiosos, económicos, morales, militares, de recreo, etc.), que constituyen, precisamente, la causa de la sociedad. Toda sociedad supone una cierta organización social, es decir un cierto número de límites puestos a la libertad de cada uno de los asociados en atención al fin o a los fines superiores a alcanzar. La organización social

implica, a su vez, un cierto ordenamiento social, o sea, un cierto sistema de principios que determinan, *a priori*, su estructura y funcionamiento.

Ahora bien, la sociedad política o Estado se diferencia de cualquiera otra clase de sociedad humana, por el hecho de que ejerce, sobre sus asociados, una autoridad ilimitada y porque, al mismo tiempo, goza de una absoluta independencia de cualquier poder superior. Exige, pues, una organización social particularmente compleja y eficiente e implica un ordenamiento social (llamado ordenamiento político o estatal) que no se limite a dictar normas de conducta para los asociados (llamadas normas directivas), sino que considere también, deliberadamente, el supuesto de la inobservancia de dichas normas por los destinatarios, disponiendo (mediante las llamadas normas coercitivas) los medios para reducir a éstos a la obediencia o para castigarlos.

El derecho u ordenamiento jurídico se refiere, como se ha dicho, a la sociedad política y solamente a ella. Con más exactitud: o éste coincide totalmente con el ordenamiento estatal o constituye un sector particularmente eficiente del mismo.

La afirmación de que el derecho, aun cuando no coincide, de modo perfecto, con el ordenamiento estatal, se refiere, por lo general, a las sociedades políticas y, por ende, constituye una parte del ordenamiento del Estado, no es opinión unánimemente compartida. Frente a la tesis de la estatalidad del derecho (*"ubi civitas ibi ius"*), se sitúa la de la genérica sociabilidad del derecho (*"ubi societas ibi ius"*). Los defensores de esta doctrina suelen basarse sobre la afinidad estructural de muchos otros ordenamientos (ej.: el canónico o el internacional) con el ordenamiento jurídico. Pero, así como el concepto de derecho, al menos para nosotros juristas, no es un concepto puramente lógico, sino empírico, del mismo modo se hace, esencialmente, preciso tener bien presente, para reconstruirlo y definirlo, lo que, tanto en el pasado como aun generalmente hoy, se ha afirmado ser el "derecho" (o como a ello se le denomine en las distintas lenguas). Ahora bien, por diversas que hayan podido ser o sean las concepciones corrientes sobre el derecho, puede decirse que, aproximadamente, ha existido y existe acuerdo de la generalidad en lo siguiente: el ordenamiento jurídico está caracterizado, al igual que todo el ordenamiento estatal, por el hecho de poderse hacer, eventualmente, respetar y obedecer, en última instancia, por la fuerza (n. 3). He aquí por qué, del mismo modo que suele considerarse, por la generalidad (hoy mucho más que en el pasado), que sólo a los entes políticos les es dable el ejercicio de la coacción física sobre sus asociados, también resulte que el ordenamiento jurídico no puede dejar de coincidir, en todo o en parte, con el ordenamiento de las sociedades políticas.

2. ESTRUCTURA DEL ESTADO.

El análisis de la estructura del Estado, cualquiera que sea el ambiente cultural en que éste se desarrolle y viva, conduce siempre a la identificación de tres elementos

esenciales que son: el pueblo, el territorio y el gobierno.

(a) Pueblo o "población" es el conjunto de los miembros de la asociación política. Dentro de éste cabe distinguir: α) la ciudadanía que está constituída por todos aquéllos a quienes les es reconocida la capacidad de participar en el gobierno del Estado o en algunas de sus funciones (ciudadanos); β) el vasallaje que es el conjunto de aquellos miembros a quienes no les es reconocida capacidad alguna para participar en el gobierno (súbditos, vasallos).

Dentro de la categoría de los ciudadanos es posible establecer diversas gradaciones, según la amplitud de la capacidad de gobierno que se reconozca a cada uno. Así, al lado de los ciudadanos de pleno derecho que son capaces para todas las funciones de gobierno, sin distinción, pueden existir diversas categorías de ciudadanos parciales o "de menor derecho" a quienes sólo se les reconoce una capacidad de gobierno limitada. El diferenciar la última clase de ciudadanos parciales y la categoría de los súbditos o vasallos, no es cosa siempre fácil de realizar y depende, con frecuencia, de elementos variables a tenor de las específicas y contingentes formas políticas.

(b) Territorio es la sede común, incluso no fija, del pueblo. Este puede clasificarse en: α) metropolitano que es la sede normal de los ciudadanos, o por lo menos, de los órganos del gobierno del Estado; β) patrimonial, que es la sede normal de los súbditos permanentes, si los hay. El territorio patrimonial puede no existir o no ser considerado como elemento del Estado,

sino tan sólo como objeto de su soberanía. En cambio, el territorio metropolitano, por muy reducido que sea, no puede faltar jamás, pues, de hallarse constituído el gobierno sobre el territorio de otro Estado, faltaría, evidentemente, la condición fundamental de su independencia.

(c) El gobierno es aquella organización de ciudadanos y entes paraestatales a quien corresponde, a tenor de la constitución política (n. 4) el ejercicio de los poderes soberanos. Su función es la de proveer a la consecución, en concreto, de los fines de la sociedad política.

La función de gobierno del Estado implica la atribución a sus órganos de un triple orden de actividades autoritarias: α) la actividad legislativa, mediante la cual se conplementa la constitución política con otros principios de disciplina social (legislación normativa o substancial) y se dictan, eventualmente, disposiciones específicas inderogables (legislación formal); β) la actividad judicial y penal, la cual consiste en la aplicación de las sanciones, coactivas o no, previstas en la constitución política o en las normas legislativas; γ) la actividad administrativa, la cual consiste en llevar a cabo, autoritariamente, y dentro de los límites marcados por los principios constitucionales o las normas legislativas, cualquiera otra tarea necesaria para la satisfacción de los intereses generales.

Estas tres clases de atribuciones que acabamos de examinar pueden ser, posteriormente, distribuídas en competencias específicas, las cuales serán atribuídas a diversos servicios de gobierno: asambleas, consejos, órganos monocráticos o colegiales, etc.

El carácter de independencia y de autoridad de las sociedades políticas, significa, que es inmanente en el Estado una potestad de mando originaria; es decir, una potestad que no deriva de ninguna otra superior, sino que nace con el Estado y se extingue con él. Tal potestad de mando se llama soberanía: corresponde a una o a varias personas que son sus titulares y es ejercida por el titular mismo o por otros en su nombre. La identificación de quien sea el titular o los titulares de la soberanía es problema cuya solución ha variado según los tiempos y los lugares. Se puede considerar, si bien un tanto toscamente, que la soberanía corresponde a los individuos que ejercen bien de por vida, bien temporalmente, todos los poderes o algunos de los más importantes que ésta encierra; se puede estimar que corresponde al pueblo o a los ciudadanos en su conjunto, aun cuando su ejercicio, y sólo éste, se encomiende a uno u otro individuo; se puede considerar, mediante un proceso de abstracción, que pertenezca a uno o varios entes comprendidos dentro del Estado, para quienes se finge que son personas, al igual que los individuos físicos (ej.: la Corona, el Parlamento, etc.) y, por último, se puede estimar, merced a una abstracción aun más atrevida, que el propio Estado es una persona para quien la soberanía es un atributo característico, obrando los individuos que la ejercitan en representación suya.

3. ESTRUCTURA DEL ORDENAMIENTO JURIDICO.

Desde el punto de vista de su estructura, el ordenamiento jurídico (n. 1) puede definirse como un conjunto

de órdenes o preceptos normativos cuyo objeto es la regulación de los conflictos intersubjetivos de intereses, de conformidad con la causa de la sociedad política. El ordenamiento jurídico puede, eventualmente, contener también—aun cuando subordinándolos a tales preceptos normativos—algunas órdenes (directrices) no normativas dadas por los órganos legislativos del Estado (leyes en sentido formal: n. 2).

Los verdaderos preceptos jurídicos, llamados normas jurídicas presentan las siguientes características: *a)* son, ante todo, preceptos normativos, es decir, preceptos de carácter general y abstracto, cada uno de los cuales se refiere a un caso hipotético (que podrá verificarse en el futuro: una, ninguna o cien mil veces) y dirigido a una categoría genérica de destinatarios (ej.: "si alguien da muerte a su semejante, será ejecutado"); *b)* son, en segundo término, preceptos normativos complejos, pues cada uno de ellos es la resultante de la conjugación de una norma directriz (llamada norma de conducta; ej.: "si alguien es propietario de una cosa, todos los demás asociados deben respetarle su goce") con una norma subordinada que establece la sanción (llamada norma de tutela; ej.: "si alguien viola la obligación de respetar el goce del propietario, será constreñido a reparar el daño que le hubiese causado"); *c)* son, en tercer lugar, preceptos con un efecto coactivo eventual pues establecen, para el caso de resistencia voluntaria del destinatario a la conducta que le ha sido ordenada, la coacción física ejercible contra el mismo, para la debida reparación o para la expiación.

Ya hemos aludido a las relaciones entre ordenamiento jurídico y ordenamiento estatal (n. 1). El ordenamiento estatal puede no ser jurídico, pero el ordenamiento jurídico es siempre estatal, porque la coercibilidad presupone una organización social autoritaria e independiente, o sea, un Estado. La coercibilidad constituye, pues, la *differentia specifica* de todos los ordenamientos estatales (jurídicos y no jurídicos) respecto al *genus proximum* de los ordenamientos sociales. En cuanto al índice de identificación del ordenamiento jurídico, en relación a cualquier otro tipo de ordenamiento estatal (no jurídico), tiene un carácter esencialmente empírico y depende, principalmente, de valoraciones contingentes: derecho es aquella parte del ordenamiento estatal que, en un determinado momento, es considerado, por la mayoría, como "derecho", designándosele con ese término (o con su correspondiente en cada idioma particular). Puede decirse que los pueblos han estado de acuerdo, con frecuencia, en considerar derecho: *a)* aquella parte del ordenamiento estatal que regula las relaciones entre ciudadanos particulares ajenos a su organización; *b)* aquellos preceptos (aun cuando no sean normativos) que han sido establecidos por sus órganos legislativos. Cuanto se encuentre fuera de estos dos índices de identificación (es decir, todo el conjunto de preceptos referentes a relaciones que o no se establezcan entre particulares o no hayan sido legislativamente establecidos) puede considerarse o no como derecho, según los tiempos, los lugares y las circunstancias.

Esta que acabamos de exponer, es la concepción tradicional del derecho. Contra ella se ha formulado, en estos

últimos tiempos, la denominada teoría institucional del derecho que goza de gran favor, particularmente entre los "iuspublicistas". Según tal teoría, el derecho no se traduce siempre y únicamente en un esquema de normas o de preceptos, sean o no coactivos y garantizados por el Estado. Existe derecho, "ordenamiento jurídico", siempre que exista una organización social, una "institución": de este modo, el derecho se identifica, totalmente, con la sociedad; es la propia institución en su real y concreta plenitud. Hay quienes, para rehuir las críticas que se formulan contra la concepción de la sociabilidad del derecho (n. 1), han modificado y limitado la teoría institucional en el sentido de identificar el ordenamiento jurídico exclusivamente con el Estado, o, más genéricamente, con las instituciones de carácter necesario, independiente y autónomo. Frente a esta teoría, así modificada, persiste la duda de si es lícita esa identificación del derecho con toda institución estatal y, por tanto, si ha de admitirse esa desvalorización de su carácter más destacado y visible, cual es el deontológico.

4. LA PRODUCCION DEL DERECHO.

Las normas del derecho, al pertenecer a la categoría de los preceptos, nacen a través de actos de la voluntad que se denominan sus fuentes de producción. Pero los preceptos jurídicos son heterónomos, es decir, dirigidos a otros (los llamados destinatarios) quienes deben estar en condiciones de conocer su existencia y su extensión. De aquí que, para que una norma jurídica sea, prácticamente, operante, no baste la

mera volición, sino que es preciso que concurra cualquier medio externo de manifestación de ella, al cual, los destinatarios, puedan dirigir la mirada.

La fuente de producción natural y originaria de las normas jurídicas es la constitución política, es decir, la convención expresa o tácita de los asociados, que es la base de la organización social. Si la constitución es explícita, el medio de manifestación de las normas es el propio documento constitucional (el llamado estatuto político). Si la constitución no se ha exteriorizado documentalmente (supuesto bastante más frecuente), éstas se manifiestan a través de la uniforme repetición de un cierto comportamiento por la generalidad (aun cuando no por la totalidad) de los asociados, con la convicción de su necesidad jurídica (la llamada *opinio iuris et necessitatis)* y a lo cual se le designa, modernamente, con el término: costumbre.

Más, la constitución política puede también admitir, y ordinariamente lo admite, que ciertos preceptos jurídicos complementarios sean dados por órganos gubernamentales del Estado (principalmente sus órganos legislativos; n. 2) merced a disposiciones legislativas o de otra clase, mas a estas equiparadas. Son, por lo tanto, fuentes de producción derivadas y subordinadas del ordenamiento jurídico, todas las disposiciones gubernamentales y, de modo particular, las legislativas substanciales. Dentro de una línea lógica, las disposiciones o normas gubernativas (normativas o no normativas) no deberían prevalecer o ser superiores a las constitucionales, estatutarias o consuetudianarias. Sin embargo,

muchos ordenamientos jurídicos, a través de una lenta evolución, han llegado a admitir la plena equivalencia de las disposiciones jurídicas de gobierno con las normas estatutarias e, incluso, la superioridad de las disposiciones jurídicas gubernamentales sobre las normas consuetudiarias, a las cuales no se les reconoce eficacia alguna en el caso de ser "*contra legem*" y, en ciertos casos, aun cuando sólo sean "*praeter legem*".

Complementario del concepto de fuente de producción del derecho es el de fuente de conocimiento del ordenamiento jurídico, o sea, el medio material que permite el conocimiento de éste. Estas fuentes de conocimiento pueden clasificarse de la siguiente manera: *a*) fuentes de conocimiento en sentido técnico y en sentido atécnico, según miren al ordenamiento con el específico fin de reproducirlo o sólo lo consideren, de manera indirecta, en el marco de una representación (artística, cultural, económica, etc.) dirigida a otros fines; *b*) fuentes de conocimiento primarias y secundarias (o derivadas) según proporcionen una representación inmediata y objetiva (documental o testimonial) del ordenamiento o que, por el contrario, constituyan una elaboración subjetiva de ese ordenamiento. Ejemplo de fuentes de conocimiento en sentido atécnico (y secundaria) del derecho será una novela o una película cinematográfica en las que se hagan figurar casos jurídicos mejor o peor comprendidos y reproducidos por el autor o guionista; ejemplo de fuente de conocimiento primaria (y técnica) es el "Boletín Oficial" en el que se

publican las disposiciones de gobierno; ejemplo de fuente de conocimiento secundaria (y técnica) será un tratado de derecho civil o penal, etc.

5. LA INTERPRETACION DEL DERECHO.

Para que los destinatarios de los preceptos jurídicos los conozcan, los apliquen y respeten, no es suficiente que exista una voluntad y que ésta haya sido manifestada, sino que precisa que, por parte de aquéllos, se desarrolle una actividad encaminada a fijar o a aclarar el contenido de aquélla y de su esfera de aplicación. A tal actividad se le llama interpretación del derecho y es obvio que, en la práctica, la precisa determinación de una voluntad normativa es resultado, tanto de la interpretación, como de la manifestación de dicha voluntad.

(a) La aclaración de los preceptos jurídicos vigentes puede ser de tres clases: α) directa cuando consiste en el examen y estudio del documento en el que se contiene un precepto jurídico (explícito); β) indirecta cuando consista en el examen de aquellos hechos que testimonian o acusan la existencia de una norma jurídica no documental (hechos consuetudinarios); γ) presuntiva cuando consista en la deducción lógica de una norma jurídica resultante de la existencia de un principio jurídico no expresado pero que constituye el presupuesto de aquélla. La función de esta aclaración presuntiva de las normas jurídicas se llama analogía y es, naturalmente, de extremada delicadeza y dificultad. Pero, por otra parte, es

lógicamente correcta y prácticamente necesaria, pues sirve para individualizar los principios reguladores de casos que, aun cuando no pueden decirse irrelevantes, no se hallan, sin embargo, previstos por norma jurídica ninguna: es obvio que la regulación que mejor se acomoda a tal caso es, *mutatis mutandis*, la establecida para casos semejantes.

La aclaración del significado de los preceptos jurídicos es una operación compleja que consiste, en corregir la significación literal del precepto, mediante las exigencias de la lógica y las líneas generales del ordenamiento jurídico vigente. La significación substancial de un precepto jurídico no siempre concuerda con su significado aparente, literal, siendo evidente que, en tal caso, la primera debe prevalecer sobre la segunda.

(c) La interpretación del derecho es tarea común de los destinatarios de las normas. Más hay además: una interpretación auténtica o normativa, que es aquélla que se efectúa, eventualmente, por el gobierno mediante disposiciones legislativas substanciales; una interpretación judicial, que es la que se lleva a cabo por los jueces como presupuesto indispensable para emitir providencias y fallos; una interpretación jurisprudencial o doctrinal que es la que se lleva a cabo por los juristas, es decir, por los intérpretes profesionales del derecho. La eficacia de esos actos de interpretación es auténtica o judicial es idéntica a la de las disposiciones normativas declarativas o penales que las contengan

(n. 3); la eficacia de la interpretación jurisprudencial es, jurídicamente, nula, aun cuando, desde el punto de vista social, pueda ser notable por depender de la estimación pública de que gocen los juristas que la llevan a cabo (nos. 11. 17. 21).

6. EL DERECHO ROMANO Y SUS PERIODOS.

Hechas las anteriores aclaraciones de carácter general, precisa decir que el concepto de derecho romano, e, igualmente, el de derecho privado romano, no es un concepto estático y uniforme que pueda ser sintetizado en una definición única, aun cuando compleja. Se trata de un concepto dinámico que varía y se transforma en correspondencia directa con los distintos períodos históricos de la civilización romana: el de la *civitas* quiritaria, el de la *respublica* nacional, el de la *republica* universal o del *principatus* y el del imperio absoluto.

Deben, pues, distinguirse cuatro períodos del *ius Romanorum:*

1) El período arcáico que va desde el siglo VIII hasta la mitad del siglo IV a. de J. C.;

2) el período preclásico que llega hasta la mitad del siglo I a. de J. C.;

3) el período clásico que alcanza hasta fines del siglo III de J. C.;

4) el período postclásico que concluye con el siglo VI de J. C.

Sólo una recapitulación completa, aun cuando sucinta,

de la evolución histórica del *ius Romanorum* (cap. II-V) podrá aclarar y justificar el concepto del *ius privatum* que pasaremos a exponer inmediatamente después (capítulo VI).

NOTA BIBLIOGRAFICA

Sobre la doctrina expuesta en los números 1 al 5, se encontrarán referencias generales en gran parte de las obras incluidas en el apartado 2 de la *Guía Bibliográfica*. Cfr. en particular, LEVI: *Teoria generale del diritto* (1950); PERASSI: *Introduzione alle scienze giuridiche* (1953); ROMANO (Santi): *Principi di diritto costituzionale generale*2 (1947); ROMANO (Santi): *L'ordinamento giuridico*2 (1951); KELSEN: *Teoria generale del diritto e dello Stato* (trad. italiana, 1953); KELSEN: *La dottrina pura del diritto* (trad. italiana, 1952); BOBBIO: *La consuetudine come fatto normativo* (1938); BETTI: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (1949).

Sobre los períodos del derecho romano, véase especialmente: GUARINO: *Storia*, nos. 12-14.

II

EL PERIODO ARCAICO EN EL DERECHO ROMANO

SUMARIO: 7. Límites históricos del período arcaico del derecho romano.—8. Génesis y estructura originaria de la *civitas* quiritaria.—9. El *ius Quiritium*.—10. La evolución constitucional de la *civitas* quiritaria.—11. El *ius legitimum vetus* y la formación del *ius civile*.

7. LIMITES HISTORICOS DEL PERIODO ARCAICO DEL DERECHO ROMANO.

El período arcaico del derecho romano corresponde al de la *civitas* quiritaria, abarcando, desde el siglo VIII hasta la mitad del siglo IV a. de J. C.; o, para quien prefiera puntos de referencia más concretos, aun cuando bastante más arbitrarios, desde el año 754 a. de J. C. (año de la mítica fundación de Roma) hasta el 367 a. de J. C. (año de las *leges Liciniae Sextiae)*.

Este período de cuatro siglos, así enmarcado, contrasta con las ideas corrientes entre los historiadores antiguos y modernos de Roma, generalmente inclinados—por lo menos en lo que se refiere a la historia política de Roma—

a distinguir entre un originario "período de la monarquía" y un posterior "período de la república" que, iniciándose en los últimos años del siglo VI a. de J. C., llega hasta fines del siglo I a. de J. C. A nuestro parecer, la razón por la cual el Estado de los cuatro primeros siglos debe considerarse como un *unicum* indivisible y, al mismo tiempo, radicalmente diverso del Estado de los siglos posteriores es la siguiente: la estructura del primero fué la de una πόλις o *civitas*, quedando su ciudadanía rigurosamente reservada a los miembros de las *gentes patriciae*, llamados también *Quirites*. De aquí que la civilización romana arcaica merezca el nombre de civilización quiritaria, precisamente porque los *Quirites* o *patricii* constituyeron—y así siguió siendo hasta el último momento—el elemento determinante de su núcleo inicial y de su evolución posterior.

Durante esos cuatro siglos de su historia, el Estado quiritario no permaneció inalterado, sino que, por el contrario, experimentó una larga y compleja evolución en la que podemos distinguir tres fases sucesivas y distintas: *a)* una fase de formación que, en atención a la composición étnica de su ciudadanía, puede denominarse también fase latino-sabina o del Estado gentilicio (siglos VIII al VII a. de J. C.); *b)* una fase de plenitud (siglo VI a. de J. C.); *c)* una fase de crisis, la cual, habida cuenta de sus causas sociales determinantes, puede también denominarse fase de las reivindicaciones de la plebe.

8. GENESIS Y ESTRUCTURA ORIGINARIA DE LA "CIVITAS" QUIRITARIA.

La *civitas* de los *Quirites* (más tarde llamada, con término etrusco, *Roma*) no fué fundada en un determinado momento temporal, como pretende la leyenda, sino que se formó progresivamente en el curso del siglo VIII a. de J. C., mediante la confederación de las tribus de los *Ramnes* (¿Latinos?) con las dos *tribus* vecinas de los *Tities* (¿Sabinos?) y de los *Luceres* (¿Etruscos?). Estas tres *tribus*, a su vez, habían sido el resultado de la asociación federativa de organismos políticos, aún más elementales: las *gentes* y las *familiae*.

Es probable que la célula política primitiva y, al mismo tiempo, más consistente y resistente, fuese la *familia*, entendida como conjunto de hombres, animales subhumanos y cosas, sometidos a la *potestas* (o *manus*) de un jefe, que era, precisamente, el *paterfamilias* (nos. 35, 46, 81). En cuanto a las *gentes*, éstas eran asociaciones más o menos grandes de *familiae*, las cuales se consideraban descendientes de un remoto antecesor fallecido y que permanecían unidas entre sí por motivos de oportunidad, bajo la dirección de un *pater gentis* elegido entre los *patres familiarum*.

Ahora bien, así como la formación de las *tribus* debió mermar mucho la autonomía de las *gentes*, del mismo modo la constitución de la *civitas*, no sólo mermó, sino que concluyó con la autonomía de las *tribus*, las cuales quedaron reducidas, tras su confederación, a casi un mero nombre. En otras palabras, la *civitas Quiritium* terminó

siendo, *omisso medio*, una gran confederación de *familiae* o, en ciertos casos excepcionales, de *gentes*, cada una de las cuales (*familiae* o *gentes*) estaba representada, en la comunidad, por su respectivo *pater*.

La *civitas*, por consiguiente, encontró su suprema expresión en la asamblea de los *patres* (más adelante denominada *senatus*) la cual designaba, a su vez, de su seno un *rex* vitalicio, símbolo de la unidad ciudadana y sumo sacerdote. Este *rex*, además de ser el representante de la *civitas* quiritaria ante las otras *civitates*, era el portavoz de la voluntad de los *patres* ante la masa de los *Quirites*, quienes eran convocados por él en los *comitia curiata* (así llamados porque se dividían en 30 *curiae*) con objeto de escuchar y conocer sus disposiciones (*leges regiae*).

9. EL "IUS QUIRITIUM".

Una vez constituída la *civitas*, el ordenamiento estatal quiritario resultaba integrado: primero, por los acuerdos federativos celebrados entre los jefes de las *tribus* o de las *gentes*, en el momento de la creación de la unidad ciudadana (*foedera*); después, por las decisiones adoptadas por los *patres* en sus reuniones y proclamadas a los *comitia* por el *rex* (*leges regiae*); en tercer lugar, por las costumbres que se habían formado en el seno de las *tribus*, y aun antes en el de las *gentes*, con objeto de regular la pacífica convivencia entre las *familiae* (*mores maiorum*).

El ordenamiento quiritario derivó su carácter

imperativo, más que de la organización coactiva del Estado, del mandato religioso que se imponía, con bastante fuerza, a los antiguos, para quienes, el violar los *foedera*, las *leges* o los *mores maiorum* era *nefas*, prohibido por los *numina*, por cuya razón provocaba la ira de estos y determinaba, en la práctica, la posibilidad, para cualquiera, de arrojarse sobre el agresor para aplacar a los dioses.

Ahora bien, no todo el ordenamiento estatal romano fué considerado, desde el principio, como ordenamiento jurídico, como derecho, como *ius*. Con el término *ius* se designaron tan sólo, originariamente, los *mores maiorum*, las costumbres de la vida interfamiliar que se habían consagrado en las relaciones entre los predecesores. *Mores* estos que, siempre que no fuesen privativos de determinadas *gentes* (de las que constituían su peculiar *ius gentilicium)* y resultasen ser comunes a todas las *gentes* quiritarias, constituyeron el que fué primer nucleo del derecho romano, mejor dicho, del derecho privado romano, o sea, el *ius Quiritium*. Fueron, pues, objeto de éste, exclusivamente, las relaciones entre las *familiae* y, por tanto, entre los *patres* de cada una de ellas; con más precisión, el *ius Quiritium* señaló los límites a la autonomía de la *potestas* (o *manus*, o *mancipium)* del *pater familias* quiritario y estableció la obligación de todos los *patres* de respetar la autonomía de cada uno de los demás.

El *ius Quiritium* se diferenció del resto del ordenamiento quiritario por las siguientes razones: la mayor antigüedad de los *mores* en relación con los *foedera* y las *leges*, y la especial dignidad y autoridad de tales *mores* debido a que se habían formado entre los *maiores*, quienes, no sólo eran venerados por las generaciones posteriores, sino deificados *(manes)*. Esta es la razón por la cual, no sólo se consideró *nefas* la trasgresión de los preceptos del *ius Quiritium*, sino que se estimó que constituía una grave ofensa a la religión nacional el atreverse a modificarlo o a abrogarlo mediante *leges*.

10. LA EVOLUCION CONSTITUCIONAL DE LA "CIVITAS" QUIRITARIA.

Es sólo en un segundo momento de su historia (siglo VII a. de J. C.) cuando la *civitas* quiritaria sojuzgó a la comunidad vecina del Aventino, sede de la laboriosa población que luego se llamaría *plebs*. La *plebs*, de estirpe latina, fué, inicialmente, excluída de toda comunidad de vida con los *Quirites* o *patricii*, viviendo encerrada en sí misma, como en una especie de "ghetto" ideal y en una situación de riguroso vasallaje.

Cerca de un siglo después del sometimiento de la plebe, se impuso en Roma, pisoteando la autoridad de los *patres* y haciéndose de las riendas del Estado, una fuerte y numerosa *gens* etrusca, muy apoyada por la liga etrusca—la *gens Tarquinia*—, cuyos *patres* (los Tarquino Prisco, Servio Tulio y Tarquino el Soberbio de la tradición), si bien es verdad que lograron para la *civitas* un importante desarrollo económico y

militar, se conquistaron, por la severidad de su sistema de gobierno, el odio, tanto de los *patricii* pertenecientes a las antiguas *gentes* quiritarias, como de los *plebeii*. Unos y otros, a quienes los Tarquinos habían, en el entretanto, llamado a formar parte (como *equites* los primeros y como *pedites* los segundos) de un ejército único, de tipo etrusco, el *exercitus centuriatus*, terminaron poniéndose de acuerdo para llevar a cabo una revolución, por la cual los dominadores etruscos fueron expulsados de Roma a fines del siglo VI a. de J. C. (¿año 510 a. de J. C.?).

Sin embargo, la revolución antietrusca no significó, a pesar de lo que pretende la tradición, la abolición instantánea del sistema monárquico y la instauración del republicano. Con ella, debió iniciarse, más bien, la decadencia de la institución del *rex*, el cual, por degradaciones sucesivas, quedó reducido, con el tiempo, a mero jefe de los cultos religiosos *(rex sacrorum o sacrificulus)*, mientras los sumos poderes ciudadanos se concentraban en el *praetor*, jefe de la *legio* (de *legere* = "escoger") del *exercitus centuriatus*.

La *plebs*, dada la importancia que había logrado tener en la vida de la ciudad, tanto en el campo económico como en el político-militar, se decidió, tras la expulsión de los reyes etruscos, a luchar por su equiparación con los *patricii*. Para ello se lanzó a una enérgica actuación, no desprovista de actividades revolucionarias, que mantuvo, con vicisitudes diversas,

durante todo el siglo V y los primeros decenios del IV a. de J. C.

Al final de esa larga y tenaz lucha política, de la que no hemos de recordar los episodios, nos encontramos con el hecho evidente de que, el aspecto del Estado romano, había cambiado radicalmente, ora como consecuencia de las reivindicaciones plebeyas, ora por exigencias de otra naturaleza y procedencia. Al *exercitus centuriatus* (patricio-plebeyo) le fué reconocido el carácter de asamblea política con funciones deliberantes, por lo cual a él, a quien se denominó entonces *comitia centuriata*, hubo de pasar el centro de gravedad de la vida constitucional romana. Destronado el *rex*, el supremo poder político-militar fué asumido por el jefe electivo del *exercitus centuriatus*, el *praetor*, o mejor, por los dos *praetores* (o *consules*), jefes de las dos *legiones* en las que había sido, en el entretiempo, dividido dicho *exercitus*. El *senatus*, por último, había perdido también, substancialmente, sus facultades, transformándose, de asamblea soberana de los *patres*, en un restringido comité consultivo, integrado por ex magistrados *(senes, senatores)*.

En resumen, de las ruinas de la primitiva *civitas Quiritium*, a base familiar y patricia, había, pues, surgido la *respublica Romanorum* de los tiempos históricos (n. 13).

11. EL "IUS LEGITIMUM VETUS" Y LA FORMACION DEL "IUS CIVILE".

La dominación etrusca primero y, tras la expulsión de los Tarquinos, la agitación de la *plebs* para obtener su equiparación con los *patricii*, determinaron la esterilidad del *ius Quiritium* y que surgiese a su lado un nuevo sistema jurídico al que se le puede dar, convencionalmente, el nombre de *ius legitimum vetus*.

En efecto, el fortalecimiento de la contextura estatal, determinado por el militarismo etrusco, hace posible que el Estado, y en su nombre el *rex* o sus encargados o delegados, asumiese los siguientes deberes: cuidar de la observancia del *ius* por parte de los ciudadanos, llevando a cabo la interpretación de éste en los casos controvertidos *(iuris dictio)*; crear, mediante *leges*, otros principios de conducta social, complementarios del *ius* y a él equiparados. De otra parte, el intenso progreso económico y la enérgica presión política de la *plebs* condujeron a la publicación, por parte del *rex* o de los magistrados patricios que lo substituyeron, de numerosas e importantes *leges* que se colocaron al lado del *ius Quiritium*, ampliando, notablemente, sus horizontes.

Fueron fundamentales, en este aspecto, las *leges XII tabularum* (451-450 a. de J. C.) las cuales: aclararon y precisaron el sentido de muchos principios del *ius Quiritium* hasta entonces obscuros; bajo la apariencia de mera aplicación de los principios quiritarios, regularon algunas situaciones que el *ius Quiritium*, en

realidad, no había previsto (y, en particular, el fenómeno económico de la *obligatio:* n. 90); disciplinaron, por último, la actividad a desarrollar por los particulares para obtener la declaración o el logro de sus pretensiones jurídicas (las llamadas *legis actiones;* n. 67).

Durante los últimos años del siglo V y primeros decenios del IV a. de J. C., y mientras se publicaban nuevas *leges* complementarias del *ius*, se fué desarrollando, con bastante amplitud, un nuevo *ius*, de producción indirecta, a través de la *interpretatio iuris* llevada a cabo por el Colegio sacerdotal de los *pontifices* (la llamada *interpretatio pontificum*). Los *pontifices* que, *ab antiquo*, eran considerados como los depositarios del *ius Quiritium*, se veían, con frecuencia, requeridos por los ciudadanos para que se lo interpretasen en relación a sus propias necesidades particulares; de aquí que sus *responsa* tuviesen amplia resonancia y grande autoridad. Después de las *leges XII tabularum* continuó el monopolio pontifical de la jurisprudencia y entonces, los *pontifices* no dudaron, frente a nuevas y cada vez más numerosas peticiones, a introducir, bajo el ropaje de *responsa* interpretativos, construcciones completamente originales e innovadoras. De este modo, el *ius Quiritium* y el *ius legitimum vetus* fueron, sucesivamente complementados, unificados y superados.

Con los elementos que estos ofrecían aún y con otros nuevos, preparados por la *interpretatio prudentium*, se llegó a constituir un sistema normativo uni-

tario, más progresivo y complejo, que tomó el nombre de *ius civile Romanorum* (n. 14).

NOTA BIBLIOGRAFICA

Consúltense, en general, las obras citadas en el n. 1 de la *Guía bibliográfica*. En particular, GUARINO: *Storia*, c. 1-3; DE MARTINO: *Storia della costituzione romana*, I (1951). Indicaciones aún más concretas en BERGER: *Dictionary*.

III

EL PERIODO PRECLASICO DEL DERECHO ROMANO

SUMARIO: 12. Límites históricos del período preclásico del derecho romano.—13. La *respublica Romanorum*.—14. *Ius civile vetus e ius publicum*.—15. La expansión de Roma y el *ius civile novum*.—16. La crisis de la *respublica Romanorum* y el *ius honorarium*.—17. La jurisprudencia preclásica.

12. LIMITES HISTORICOS DEL PERIODO PRECLASICO DEL DERECHO ROMANO.

El período preclásico del derecho romano corresponde al de la *respublica* romano-nacional y en él se encuadra. Comprende desde la mitad del siglo IV hasta fines del siglo I a. de J. C.; o si se le prefiere, desde el año 367 a. de J. C. al 27 a. de J. C. (año en que le fueron conferidos a Augusto los primeros poderes constitucionales de *princeps*).

El concepto del Estado como *respublica*, que se había venido forjando, lentamente, durante la fase de crisis del Estado quiritario, representa una concepción característica y peculiar de la civilización romana; concepción cu-

yos elementos esenciales perduraron mucho tiempo, pasando, incluso, al período siguiente. Lo que caracteriza a la *respublica* romana de los siglos IV al I a. de J. C. es, además del criterio nacionalista en la composición de su elemento ciudadano (v. n. 13), la supervivencia en ella, por lo menos hasta los albores del siglo I a. de J. C., de huellas acusadas de la estructura arcaica del Estado como πόλις o *civitas*.

Res publica significó *res populi* (Cic. *de rep.* I. 25. 39), más ello, en un sentido particularísimo, que no puede comprenderse si no se tiene muy presente la evolución histórica que llevó a la desaparición del Estado quiritario y a la admisión de los *plebeii* a la ciudadanía (v. n.° 10). Se recordará que la *plebs* romana, por no tolerar su condición de vasallaje, luchó con tenacidad, durante más de siglo y medio (siglos V-IV a. de J. C.) contra el exclusivismo patricio de la ciudadanía romana; o sea, contra uno de los principios fundamentales de la constitución de Roma como *civitas*. Partiendo del hecho de que la seguridad y la prosperidad de la comunidad política no era mérito exclusivo de los *cives* patricios, sino también de los súbditos *plebeii*—sobre todo por concurrir también ellos a la formación del *exercitus centuriatus*, o sea, del *populus Romanus Quiritium*—, la *plebs* logró, durante el siglo IV a. de J. C., que se admitiese un nuevo principio: el de que el Estado, en sus cargas y en sus beneficios, era un bien indivisible de todo el *populus*, sin prejuicios de estirpe o clase y que, por tanto, todos sus miembros ,incluso los no *patricii*, debían de merecer

la calificación de *civis* con un *minimum* de participación en el gobierno del Estado. El reconocimiento de este nuevo principio no significó, sin embargo, la explícita abolición del anterior, sino, más bien, contraposición de éste al principio antiguo que se hizo inoperante, prácticamente, primero, para terminar por desaparecer, del todo, hacia comienzos del siglo III a. de J. C. He aquí el por qué, aun habiendo perdido toda importancia práctica, las viejas instituciones de la *civitas* quiritaria (el *rex*, los *comitia curiata*, la *auctoritas patrum*, etc.) quedaron formalmente con vida, por períodos más o menos largos, debido, principalmente, a la reverencia con la que los romanos recordaban sus antiguas y tradicionales funciones.

Tampoco fué, en principio, esencial, al nuevo concepto de *respublica* el otro elemento característico de la antigua concepción del Estado como *civitas* o πόλις ; o sea, la limitación del territorio estatal con objeto de hacer prácticamente posible el concurso de los *cives* a la vida de la comunidad. Y es un hecho (humanamente explicable), que, a este principio, aun cuando no esencial, se atuviesen los romanos fielmente e, incluso, con extremado rigor, por lo menos hasta el siglo II a. de J. C., debiendo verse en ello una de las causas de la crisis de la *respublica*, la cual resultaba, territorialmente, demasiado angosta, en relación con la enorme extensión de los territorios que se fueron conquistando poco a poco (n. 16).

Puesto que el Estado fué concebido como *res populi*, es obvio que los territorios ocupados por los romanos

sólo podrían considerarse formando parte del Estado, en cuanto, sobre ellos, residiese, establemente, el *populus*, es decir, el conjunto de los *cives* o una fracción del mismo. Por otra parte, dada la ya indicada pervivencia de residuos de la antigua concepción de la *civitas*, sólo se consideró, en principio, como territorio romano, el de la *urbs*, el de la comarca circundante y, finalmente, merced a una lenta y penosa evolución, el conjunto del suelo itálico (más esto último, como consecuencia de la admisión de los *socii Italici* en la *civitas romana*). Esta insuperable dificultad de poder considerar, como territorio romano, el territorio no habitado establemente por ciudadanos romanos, fué la causa de que la inmensa extensión representada por los territorios conquistados, con sus poblaciones residentes, se considerase como extraña al Estado romano y, con más exactitud, ora cual objeto del *imperium* de la magistratura romana (*imperium Romanum*, cuyos habitantes se denominaron *peregrini*, es decir, extranjeros), ora, en ocasiones, como sede de Estados soberanos, aun cuando vinculados a Roma por lazos de vasallaje.

Se hace, pues, preciso distinguir en el sistema político romano, tres elementos distintos: la *respublica Romanorum*; el *imperium Romanum* y el ámbito de hegemonía política romana.

13. LA "RESPUBLICA ROMANORUM".

La *respublica Romanorum* de los siglos IV al I a. de J. C. merece la calificación de respublica romano-nacional por el hecho característico de que, el pertenecer al *populus Romanus Quiritium*, o sea, a lo que constituía el elemento de la ciudadanía en el Estado romano, no fué restringido a los individuos de una o varias estirpes o clases, sino que fué, libremente, aun cuando con cierta cautela, abierta a quienquiera que demostrase que participaba de la nacionalidad romana, es decir, a la comunidad de experiencias, aspiraciones e ideales de los romanos. En cuanto al gobierno de la *respublica* romano-nacional, ha de decirse que fué un gobierno esencialmente democrático, pues, por lo menos en principio, las funciones del Estado estuvieron abiertas, aun cuando con distintas y a veces onerosas condiciones (particularmente la de un censo mínimo), a todos los ciudadanos, sin creación de castas cerradas e infranqueables.

Durante este período, la estructura del gobierno de la *respublica Romanorum* se apoyó, fundamentalmente, sobre tres elementos o grupos de elementos: las asambleas populares, las magistraturas, el Senado.

(a) Las asambleas populares fueron (prescindiendo de los *comitia curiata* (n. 8) representados, simbólicamente, por 30 lictores): los *comitia centuriata*, los *concilia plebis tributa* y los *comitia tributa*.

Los *comitia centuriata*, forjados en las reuniones de las *centuriae* del ejército (n. 10), agrupaban los ciudadanos, aptos para el servicio de las armas (desde los 17 a los 60 años) en un cierto número de centurias, cada una de las cuales tenía un voto, siendo distribuídas

en 18 centurias de *equites* que eran quienes iniciaban la votación y en 5 clases (o grupos) de centurias de *pedites*, graduadas entre sí con arreglo al censo de sus componentes. Estos comicios tuvieron como principales atribuciones: la elección de los *magistratus maiores* (consules, censores, pretores) y la votación de las *leges publicae* propuestas por estos magistrados *(leges centuriatae)*.

Los *concilia plebis tributa* (n. 10) reunían la inmensa masa de los no patricios en 35 grupos, uno por cada tribu y sus atribuciones eran: la elección de los *tribuni plebis* y la votación de los *plebiscita* propuestos por éstos.

Los *comitia tributa* fueron los mismos *concilia plebis*, pero cuando eran convocados por los magistrados mayores para la votación (que resultaba bastante más rápida) de las leyes *(leges tributa)* y para la elección de los *magistratus minores*.

(b) Las magistraturas principales de este período fueron, siguiendo un orden jerárquico en su exposición: el *dictator*, magistrado único y excepcional (que ejercía el cargo durante un período máximo de 6 meses), creado por los propios cónsules para que los substituyera, en todos sus poderes, en el caso de peligro grave para la *respublica;* los 2 *censores*, magistrados elegidos cada cinco años para un período de 18 meses, cuya misión era llevar a cabo la *lectio senatus* y confeccionar el censo, distribuyendo los ciudadanos entre las distintas clases de los *comitia centuriata* con arreglo a la riqueza de cada uno; los 2 *consules*, supremos magistrados ordinarios, que ejercían su cargo durante un año y eran depositarios del sumo poder coercitivo sobre los ciudadanos y el mando del ejército *(imperium domi militiaeque);* los *praetores*, magistrados titulares de un *imperium minus* respecto a los *cónsules* y que fueron de dos clases: el *praetor urbanus* y el *praetor peregrinus*, cada uno de los cuales ejercía la función específica de la *iurisdictio* (n. 69); los 2 *aediles curules* a quienes se les concedieron diversas facultades para la administración de la ciudad *(cura urbis, annonae, ludorum);* los *tribuni plebis*—de quienes eran auxiliares los *aediles plebis*—a los que les fué reconocida la misión de ejercer la oposición constitucional en el ámbito del sistema de gobierno republicano, por cuya razón se les concedió la facultad de *intercedere* contra cualquier acto de los otros magistrados, paralizando, con ello, su cumplimiento o efectividad; los *quaestores* que fueron magistrados auxiliares de los *censores* y de los *cónsules*. Por exigencias de la dirección de las guerras de larga duración, así como de la administración de las *provinciae* que se iban conquistando, se impuso el uso de la *prorogatio imperii*, o sea, de la concesión, por parte de los *comitia centuriata*, de un año de prórroga a los magistrados mayores ordinarios y anuales con el exclusivo objeto de que ejerciesen el *imperium militiae* (de aquí los cargos de *procónsul y propraetor*).

(c) El *Senatus* hallábase integrado por los ex magistrados que eran llevados a él hasta cubrir el número máximo de puestos, dando la preferencia a quienes hu-

biesen desempeñado magistraturas más altas. Esa *lectio senatus* era llevada a cabo, como se ha dicho, cada cinco años, por los *censores*, pero si, en el intervalo, vacaba alguno o algunos puestos, entonces los ex magistrados de rango más elevedo ingresaban, automáticamente, en la asamblea, si bien de una manera provisional, y eran designados como "*ii, quibus in senatu sententiam dicere licet*". Las principales atribuciones del *senatus*, fueron: la deliberación sobre todos aquellos asuntos que le fuesen sometidos por los *magistratus maiores* (los llamados *senatus-consulta)* y, por tanto, a través de esta facultad, la alta dirección política de la *respublica* y, por último, hasta el año 287 a. de J. C. la *auctoritas interpositio*, o sea, la misión de convalidar los *plebiscita*, a fin de que éstos alcanzasen una eficacia general, semejante a la de las *leges publicae*.

14. "IUS CIVILE VETUS" E "IUS PUBLICUM".

Durante el período preclásico, la espina dorsal del ordenamiento jurídico romano estuvo constituída por el sistema del *ius civile Romanorum*, que se ocupaba de las relaciones (absolutas y relativas) entre los *patres familiarum* romanos y de disciplinar las actividades procesales conexas con el ejercicio de las *actiones*.

Este *ius civile Romanorum* tenía como fuentes constitutivas: las antiguas *mores maiorum* (n. 9); las *leges* del *ius legitimum vetus* (n. 11) y, en cierto sentido, la *interpretatio prudentium* (n. 11) que fué la encargada de su desarrollo. Externamente, el *ius civile* (*vetus* en

relación al posterior *ius civile novum* n. 15) se hallaba, esencialmente, constituído por los *responsa* jurisprudenciales que aclaraban y aplicaban los principios jurídicos. Es por ello, por lo que se dice, si bien con notoria exageración, que "*ius civile sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*" (Pomponio: D. 1. 2. 2. 12).

El resto del ordenamiento estatal romano, aun cuando revestido de altísima autoridad, no fué considerado, por lo menos en los comienzos del período preclásico, ni *ius civile*, ni siquiera *ius*. Sin embargo, bien pronto vino a colocarse, al lado del sistema civil, otro sistema jurídico de carácter esencialmente complementario: el sistema del *ius publicum*, el cual se denominó así por estar constituído por las *leges publicae populi Romani*, o sea, por aquellas normas votadas por el pueblo romano reunido en los *comitia centuriata (leges centuriatae)*, o en las asambleas equiparadas de los *comitia tributa (leges tributae)* y de los *concilia plebis (plebiscita)* (n. 13).

Esta *leges publicae* consideraron, de una parte, retocándolo en diferentes puntos, el ordenamiento estatal constitucional y administrativo de la *respublica*, así por ejemplo, de modo especial, la represión de los *crimina* y, de otra, penetraron en las materias proprias del *ius civile* (como las relaciones entre *patres familiarum*, proceso privado), cada vez que lo reclamaba una exigencia de interés superior, con objeto de que se las regulase en determinado sentido.

15. LA EXPANSION DE ROMA Y EL "IUS CIVILE NOVUM".

Hacia mediados del siglo III a. de J. C. y cuando la *respublica Romanorum* se puso en contacto, cada vez más frecuente, con los demás pueblos de la cuenca del Mediterráneo llegando a establecer, con ellos, relaciones comerciales, Roma sintió la imperiosa necesidad de instituir un tribunal que dirimiese las controversias que pudiesen surgir entre romanos y extranjeros *(peregrini)*. Para ello se creó la magistratura del *praetor peregrinus* cuya misión era "*dicere ius inter cives et peregrinos vel inter peregrinos in urbe Roma*".

En realidad se trataba de "*iuris dictio*", más no en el sentido de que el *praetor peregrinus* aplicase e impusiese un *ius* ya existente (pues entre romanos y extranjeros no existía comunidad de *ius*), sino en el de que, el *praetor*, al resolver las contiendas entre romanos y extranjeros (o entre extranjeros en Roma), afirmaba la supremacía del Estado romano y de su peculiar función de *ius dicens*. De aquí que, bajo la apariencia de *iuris dictio*, el *praetor peregrinus*, creaba, en realidad, de vez en cuando, a impulsos de apreciaciones equitativas, la regla o ley del juicio *(iudicium:* n. 68) más idónea para el caso que le había sido sometido.

A través de la *iuris dictio* del *praetor peregrinus* fueron obteniendo, poco a poco, tutela jurídica nuevos tipos de relaciones, preferentemente de carácter comercial, desconocidas para el viejo *ius civile* (n. 92). Y dichas relaciones nuevas, consideradas primero válidas entre Roma y los extranjeros, terminaron siéndolo también entre romanos, porque el *praetor urbanus*, o sea el magistrado a quien estaba atribuída la *iuris dictio inter cives*, no podía dejar, a su vez, de reconocerlas y de tutelarlas.

Es de este modo como se formó una especie de rama nueva del *ius civile Romanorum*, un *ius civile novum*, aplicable tanto a los ciudadanos (en cualquier lugar en que se encontrasen), como a los extranjeros (con tal que se hallasen en Roma), rama a la que más tarde se dió el nombre de *ius gentium* (n. 28).

16. LA CRISIS DE LA "RESPUBLICA ROMANORUM" Y EL "IUS HONORARIUM".

A mediados del siglo II a. de J. C. se inicia para la *respublica* romana, como es bien sabido, un período plurisecular de grave crisis que socavó su asiento democrático, favoreció la instauración de las dictaduras y abrió la puerta al régimen de gobierno llamado del Principado.

Durante esa larga fase crítica, las asambleas populares carecieron del tiempo y de la oportunidad de proveer, mediante nuevas *leges publicae*, a las necesarias reformas y adiciones que reclamaba el cada vez más decrépito *ius civile*. De aquí que resultase obligado que, a tan insoslayable obra de complemento y superación, proveyesen, de modo indirecto, los propios magistrados *ius dicentes*, es decir, en primer lugar, el *praetor urbanus* y después, de modo subordinado, el *praetor peregrinus*, los *aediles curules* y los *praesides pro-*

vinciarum. El *praetor urbanus*, especialmente, sin negar validez al *ius civile* (tanto *vetus* como *novum*), no dudó, en aquellas particulares controversias que eran sometidas a su conocimiento, de valerse de sus amplios poderes discrecionales para formular criterios de resolución de aquéllas, que se basaban en principios completamente distintos de los que informaban a aquél y, de modo muy especial, en los principios de la *aequitas*, que le llevan a moderar las opuestas pretensiones de las partes, dentro del marco de los superiores intereses de la sociedad.

A través de la lenta formación de esta práctica, se constituyó un sistema jurídico nuevo al que se dió el nombre de *ius praetorium* o, en sentido más amplio, *ius honorarium* ("*ab honore magistratuum dictum*"). Este *ius praetorium*, "*quod praetores introduxerunt adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia*" (Papiniano: D. 1. 1. 7. 1) no abrogó ningún principio civil; se limitó a establecer, frente a las superadas reglas del *ius civile*, nuevos principios, más modernos y progresivos, que eran, después, en la práctica, los únicos que consintieron en aplicar los magistrados *ius dicentes* en su tribunal.

La fuente, materialmente visible, del *ius honorarium* fué el *edictum (praetorium, peregrinum, provinciale, aedilium curulium)* que estos magistrados publicaban al iniciarse el año de su cargo, para anunciar, a todos, los criterios a los que se atendrían en la administración de la justicia. *Edictum* que

bien pronto se hizo *tralaticium* al ser, por lo general, reproducido cada año por todo nuevo magistrado, salvo la adición de alguna que otra cláusula nueva.

17. LA JURISPRUDENCIA PRECLASICA.

Sobre el fondo de este rápido proceso de producción jurídica actuó, de modo eficacísimo, cual fuerza motriz y propulsora, la nueva jurisprudencia laica, heredera de la pontifical (n. 11) y que hubo de florecer a partir del siglo III a. de J. C.

El medio vital de los *iuris prudentes* fué, en la Roma republicana, el mismo de la clase dirigente, ya que se estimó requisito esencial para recorrer, con éxito, la carrera política (en la que figuraba el delicadísimo cargo de *praetor*), el conocimiento profundo del ordenamiento estatal y, concretamente, del ordenamiento jurídico. Bajo la apariencia de una simple *iuris interpretatio*, la jurisprudencia laica republicana desarrolló, al igual que la pontifical, una actividad práctica de creación de *ius*, o mejor, de desarrollo creador, tanto del *ius civile* como del *ius honorarium*. Esta desenvuelve su actividad a través de los *responsa*, los cuales eran emitidos a requerimiento de los particulares o de funcionarios públicos. En cambio, la actividad científica, de carácter espontáneo, fué limitadísima.

Todos los ilustres personajes de la historia de la *respublica Romanorum* fueron juristas. Como más eminentes pueden recordarse: APIO CLAUDIO CIEGO (censor en el año 312 a. de J. C.); SEXTO ELIO PETO CATO

(cónsul en el año 198 a. de J. C.), autor de una obra llamada *Tripertita;* MARCO PORCIO CATON (censor en el año 184); MARCO JUNIO BRUTO (pretor en la primera mitad del siglo II); MANIO MANILIO (cónsul en el año 149) expertísimo en la preparación de esquemas para los negocios jurídicos; QUINTO MUCIO ESCEVOLA (cónsul en el año 95), autor de una exposición fundamental del *ius civile* en 18 libros; SERVIO SULPICIO RUFO (cónsul en el año 43), gran rival del anterior y maestro con bastantes seguidores.

El último siglo de la *respublica* romano-nacional, lo mismo que vió quebrarse la admirable concordia que había caracterizado la vida de Roma en los siglos precedentes, hubo de presenciar también la desaparición de la unidad en la dirección y en la orientación anterior en el campo de la jurisprudencia. Consecuencia de ello fué la formación de dos verdaderos y propios partidos jurisprudenciales (los *Muciani* y los *Serviani*), así como una cierta inflación del ambiente de los jurisconsultos, con el inevitable efecto de un peligroso aumento de juristas superficiales y decadentes.

NOTA BIBLIOGRAFICA

Consúltense, en general, las obras citadas en el n.º 1 de la *Guía Bibliográfica* y, en particular: GUARINO, *Storia*, c. 4-6. Indicaciones, aún más concretas, en BERGER: *Dictionary*.

IV

EL PERIODO CLASICO DEL DERECHO ROMANO

SUMARIO: 18. Límites históricos del período clásico del derecho romano.—19. La *respublica* y el *principatus*.—20. El *ius vetus* y el *ius novum*.—21. La jurisprudencia clásica.

18. LIMITES HISTORICOS DEL PERIODO CLASICO DEL DERECHO ROMANO.

El período clásico del derecho romano corresponde al de la *respublica* romano-universal y al de su régimen político del *principatus*. Abarca, desde los últimos años del siglo I a. de J. C., hasta finales del siglo III d. J. C.; o, para ser más precisos, desde el año 27 a. de J. C. al 284 d. J. C. (fin de la tercera anarquía militar y subida al trono de Diocleciano).

Característica fundamental de este período romano-universal fué la expansión mundial de la civilización romana, determinada y garantizada por el predominio político-militar de la *respublica*. Roma, en efecto, no sólo llevó a su máxima extensión su *imperium*, sino que logró también imprimir el sello de

su cultura a los pueblos sometidos, romanizándolos progresivamente.

Es, sin embargo, evidente que la romanización del mundo antiguo, precisamente por su misma amplitud, no pudo ser muy profunda ni duradera. Y no puede causar sorpresa, además, el que ella haya implicado, como revés de la medalla, el sacrificio de aquel severo nacionalismo que había servido, de modo tan eficaz, para salvaguardar la pureza y consistencia de la civilización romana de corrupciones y de mezclas. En suma, la cultura de Roma se universalizó; pero, al universalizarse, hubo de perder en intensidad lo que había ganado en extensión. Se convierte, en definitiva, en una especie de denominador genérico de las distintas civilizaciones antiguas, cuyos patrimonios culturales permanecieron, en gran parte, intactos, aun cuando en reposo, bajo el manto común de la romanidad.

19. LA "RESPUBLICA" Y EL "PRINCIPATUS".

La estructura del Estado romano durante el período comprendido entre el año 27 a. de J. C. y el 284 d. J. C. siguió siendo, esencialmente, la de una *respublica*, como lo había sido en el período precedente. Sin embargo, desaparecieron, casi por completo, en esta nueva época, sus dos viejas características del fundamento ciudadano de la sociedad política romana y del criterio nacionalista que presidía la composición de su ciudadanía. Cual nueva característica apareció, en cambio, su universalidad, o sea, su expansión, primero como aspiración y

después, como realidad efectiva sobre todo el mundo civilizado de la antigüedad.

El haber tenido o querido conceder, desde los tiempos de crisis de la *respublica* nacional, la ciudadanía romana a amplísimos sectores de la población que no eran, ciertamente, afectos a las tradiciones e ideales de Roma—comenzando por los *socii Italici*—determinó, a partir de entonces, una debilitación de la concepción nacionalista del Estado romano. Este proceso se hizo más rápido y más amplio en la nueva época histórica, hasta el punto de que, en el año 212 d. J. C. se concedió la ciudadanía romana en bloque, por Antonino Caracalla, a todos los habitantes del Imperio, excepción hecha de aquellos que se hallaban privados de una organización ciudadana *(peregrini dediticii:* n. 45). Debido a esa evolución, la *respublica* romana pasó a ser concebida, cada vez con más nitidez, cual asociación política general de todos los pueblos administrados por Roma, con independencia de sus nacionalidades específicas y en oposición a los pueblos inciviles o de cualquier modo antiromanos que estuviesen situados fuera de los confines del *imperium Romanum*, a los que se denominó *barbari*.

En cuanto al gobierno de la *respublica* romano-universal, éste siguió siendo un gobierno democrático, pero con un carácter fuertemente centralizado y autoritario. Moderador supremo de la cosa pública fué el *princeps civitatis*, el más eminente entre los ciudadanos de la *respublica* y, al mismo tiempo, el jefe de aquel conjunto de *provinciae*, cada una con su

ejército de ocupación, que constituían el *imperium Romanum*. Esta es la razón de que se hable, también, refiriéndose a este periodo de la historia constitucional romana, de periodo del *principatus*.

La estructura del gobierno de la *respublica* romano-universal se caracterizó por el dualismo y por la coexistencia de los viejos organismos republicanos *(comitia, magistratus, senatus)* con la figura del *princeps* que presidía una propia y particular organización administrativa.

El *princeps* basó su posición de preeminencia constitucional en el sistema político romano (constituído por la *respublica* y por el *imperium*), sobre dos poderes especiales que, por lo menos formalmente, le eran concedidos mediante el voto de las asambleas populares republicanas: *a)* la *tribunicia potestas*, concedida vitaliciamente por los *concilia plebis* y consistente en el poder de *intercessio* análogo al de los *tribuni plebis* contra todos los actos de los magistrados republicanos, sin tener él que soportar la *intercessio* de los *tribuni*; *b)* el *imperium proconsulare maius et infinitum* concedido por un determinado número de años (aun cuando regularmente renovado por los *comitia centuriata)* y consistente en el mando supremo militar sobre las *provinciae*, con la facultad de poder ejercer el *imperium militiae*, incluso dentro de los confines de la ciudad.

Lás *provinciae* del *imperium Romanum* se dividieron en: *provinciae senatoriae*, administradas por promagistrados republicanos *(proconsules)* que estaban sometidos a la alta inspección del *princeps* y *provinciae Caesaris* atribuidas, directamente, al *princeps* y administradas, en su nombre, por *legati Caesaris pro praetore*.

20. EL "IUS VETUS" Y EL "IUS NOVUM".

Durante el período clásico, los viejos sistemas jurídicos "republicanos", con sus correspondientes fuentes de producción, siguieron, formalmente, viviendo, pero perdieron pronto, desde el punto de vista substancial, toda fuerza evolutiva y fueron consideradas, en su conjunto, *ius vetus*, es decir, el ordenamiento jurídico fundamental y superior de Roma, pero vetusto y estéril.

Tras un brevísimo período de actividad en la época de Augusto y de Tiberio, la legislación se detuvo. El *ius honorarium*, a su vez, decae, al compás de las propias magistraturas *iusdicentes* republicanas, de tal modo que, el *edictum* de los magistrados, terminó por cristalizarse y hacerse *perpetuum* (el cual, según una difundida leyenda postclásica, hubo de ser "codificado", de orden de Adriano, por el gran jurista Salvio Juliano). De todas las instituciones republicanas, fué el Senado el que conservó una remarcable vitalidad y sus opiniones, dadas a los magistrados *(senatusconsulta)*, adquirieron valor substancial de ley. Sin embargo, también los *senatusconsulta* degeneraron desde el momento, sobre todo, en que los principes acostumbraron a solicitarlas

mediante las oportunas *orationes in senatu habitae:* ante la autoridad del peticionario no les quedaba a los senadores otro camino que el de emitir sus *consulta*, de acuerdo a las *orationes* de éste, por cuya razón, en tales casos, se llegó a no hablar ya de *senatusconsulta*, sino de *orationes principum* como fuentes del derecho.

Desde el siglo II d. J. C., y prescindiendo de las *orationes principum in senatu habitae*, la iniciativa de los *príncipes* y de los funcionarios que de él dependían creó una serie de nuevas reglamentaciones jurídicas que constituyeron el que se llama *ius novum* o *extraordinarium (extraordinarium* por que se realizaba judicialmente, mediante el procedimiento *extra ordinem:* n. 74). Entre las fuentes de este *novum ius*, llamadas, en general, *constitutiones principum* o *principales*, se encuentran: los *edicta (ad magistratus* o bien *ad populum);* los *rescripta* (contestación a consultas jurídicas formuladas por los particulares); las *epistulae* (respuestas a las consultas que eran elevadas por los funcionarios o por los jueces); los *mandata* (decisiones *extra ordinem* de litigios o controversias sometidos a la *cognitio* del *princeps* y de los funcionarios que de él dependían).

21. LA JURISPRUDENCIA CLASICA.

La jurisprudencia clásica, durante tres siglos de prodigiosa actividad, se dedicó, intensamente, a la sistematización y coordinación de los distintos

sistemas imperantes, terminando por elaborar un cuadro sistemático completo del *ius* que coincide, aproximadamente, con todo el ordenamiento estatal romano.

Mientras el sistema del *ius novum* y sus mismas fuentes no tomaron consistencia y amplitud (siglo II d. J. C.), la jurisprudencia fué otro de los medios de que los *príncipes* se sirvieron para ejercer una influencia indirecta sobre el *ius Romanorum*. En efecto, Augusto introdujo una especie de patente de buen jurista *(ius respondendi ex auctoritate principis)* que era concedida, caso por caso, a los mejores (y, al mismo tiempo, a los más sumisos) jurisconsultos de la época. De este modo se creó una especie de jurisprudencia oficiosa, asaz próxima a los intereses y sugerencias del *princeps*, que prevaleció, ampliamente, sobre la restante jurisprudencia romana.

Durante el período que va desde Agusto a Adriano (117-138 d. J. C.), los juristas romanos fueron, en su mayoría, seguidores de dos escuelas que se enlazaban, en parte, con las directrices Muciana y Serviana (n. 17): la de los Sabinianos y la de los Proculianos. El origen de estas escuelas se encuentra en la rivalidad entre dos juristas de la época augustea: CAIO ATEIO CAPITON y MARCO ANTISTIO LABEON. Entre los Proculianos militarón: PROCULO (que vivió bajo Nerón); JUVENCIO CELSO, hijo (de la época de Trajano); NERACIO PRISCO; entre los Sabinianos: MASURIO SABINO; CAIO CASSIO LONGINO (autor de 3 *libri iuris civilis)* y JAVOLENO PRISCO (de la época de Trajano).

Esta rivalidad escolástica quedó apaciguada por com-

pleto en época de Adriano, merced a la fuerte personalidad de Salvio Juliano, autor de una monumental serie de 90 *libri digestorum*, en los cuales se trataron, con autoridad y agudeza, todas las partes del *ius privatum* romano.

En el período posterior a Adriano, la jurisprudencia romana manifestó una tendencia, cada vez más acusada, a decaer. Sin embargo, no faltaron, por lo menos hasta los Severos (235 d. J. C.), notables e, incluso, notabilísimas excepciones. Pueden recordarse: SEXTO POMPONIO (de la época de los Antoninos), autor de numerosos comentarios *ad Edictum* y *ad Sabinum:* ULPIO MARCELO y Q. CERVIDIO ESCEVOLA, autores de colecciones de *responsa*, de *quaestiones* teóricas y de *digesta* al modo julianeo; GAYO, modesto maestro de provincia, autor de un elegante tratadito de *institutiones* en 4 *commentarii;* EMILIO PAPINIANO (época de los Severos) autor de *responsa* y *quaestiones:* JULIO PAULO y DOMICIO ULPIANO, autores de extensísimos comentarios *ad Edictum* y *ad Sabinum;* ERENNIO MODESTINO, autor de obras en latín y en griego, es el último jurista romano digno de mención.

NOTA BIBLIOGRAFICA

Cfr. en general las obras citadas en el n.º 1 de la *Guía Bibliográfica*. En particular, GUARINO, *Storia*, c. 7-9. Indicaciones más concretas en BERGER, *Dictionary*.

V

EL PERIODO POSTCLASICO DEL DERECHO ROMANO

SUMARIO: 22. Límites históricos y caracteres del período postclásico del derecho romano.—23. El riunfo del *ius novum* y las primeras colecciones de constituciones imperiales.—24. La jurisprudencia postclásica y los residuos de su actividad compilatoria.—25. La compilación de Justiniano.—26. Las compilaciones jurídicas postjustinianeas.

22. LIMITES HISTORICOS Y CARACTERES DEL PERIODO POSTCLASICO DEL DERECHO ROMANO.

El período postclásico del derecho romano corresponde al del absolutismo imperial y abarca desde Diocleciano (284-305 d. J. C.), hasta Justiniano I (527-565 d. J. C.). Fué éste un período de decadencia de la cultura jurídica romana y de corrupción de sus principios básicos, por efecto: bien de la reacción ejercida sobre el derecho oficial romano por los ordenamientos particulares de los distintos pueblos sometidos; bien de la corrosiva acción del Cristianismo triunfante sobre los principios típicamente romanos; bien de la pavorosa de-

cadencia de la cultura y del sentido jurídico de los juristas.

Los vestigios del gobierno de la *respublica* fueron en él mínimos y sin importancia. Quedaron reducidos al mantenimiento, como cargos meramente honoríficos, de los *cónsules*, anuales y epónimos, así como de los *praetores* y *quaestores*, todos de nombramiento imperial. La ciudad de Roma quedó reducida al rango de una *civitas* cualquiera, que sólo se diferenciaba de las demás por ser capital del Imperio; pero Constantino le contrapuso, como segunda capital, a Constantinopla (la llamada *Roma nova*).

El *imperium* vino a ser concebido como un Estado patrimonial, según una construcción típicamente oriental. El *imperator* o los *imperatores*, fueron, más que sus jefes, sus *domini*, los árbitros indiscutibles e indiscutidos de sus destinos. Sin embargo, no dejó de distinguirse netamente entre el verdadero y propio *dominium* imperial y el *dominatus* político ejercido sobre personas y cosas libres del goce y de la utilización directa por el emperador. Objetos del *dominium* imperial, análogo a la propiedad privada, fueron: la *res privata principis*, constituida por los dominios imperiales y los ingresos extraordinarios del Fisco, que era administrada por el *comes rerum privatarum;* el *patrimonium principis*, instituído por Anastasio y administrado por el *comes patrimonii* y que estaba integrado por un pequeño acervo de bienes del que se podía disponer con libertad y las *res publicae* que habían de ser destinadas al uso público. Objeto del *dominatus* imperial fueron

los hombres libres que habitaban dentro de los confines del Imperio o los bienes de propiedad privada; el poder del *imperator* sobre unos y otros se reducía, normalmente, a la imposición de ciertas limitaciones a su libertad o a su libre disposición (impuestos, *munera*, etc.), y sólo, de manera excepcional, se traducía en actos de mayor intensidad (pena de muerte, confiscación, etc.).

Durante la época postclásica llegaron a cegarse todas las antiguas fuentes del derecho: *leges publicae, senatusconsulta, edicta magistratuum*, etc. Los principios que procedían de ellas fueron, usualmente, comprendidos bajo la denominación genérica de *iura* (o de *ius vetus*, como en el período clásico), denominación que fué particularmente usada para los escritos de la jurisprudencia preclásica y clásica, en los cuales se hallaban recogidos y comentados todos esos principios. Frente a los *iura* se situaron las *constitutiones principum* que fueron la verdadera y única fuente de la producción jurídica y a las que se les dió la denominación de *leges*. Las *leges*, y, sobre todo, los *iura*, fueron sometidos a una continua elaboración y reelaboración en las escuelas de derecho, por lo que sufrieron alteraciones formales y substanciales, mediante interpolaciones, glosemas, paráfrasis, etc.

23. EL TRIUNFO DEL "IUS NOVUM" Y LAS PRIMERAS COLECCIONES DE CONSTITUCIONES IMPERIALES.

Consecuencia directa del absolutismo monárquico fué el total triunfo del *ius novum* sobre *el ius vetus*. La

voluntad del *princeps* se convierte en fuente primordial del derecho del Estado: "*quod principi placuit legis habet vigorem*" (Ulpiano: D. 1. 4. 1 itp.)

La legislación imperial no fué, por ello, tan abundante como podría pensarse. Los emperadores no pretendieron renovar el derecho romano, sino que quisieron, tan sólo, acomodarlo a las nuevas exigencias de la vida social, modificando, para ello, sus principios tradicionales en el grado y en la medida que fuese necesario. Su política legislativa (sobre todo en el caso de Dioclecíano) estuvo encaminada a defender, dentro de ciertos límites, el patrimonio jurídico, genuinamente romano, de las influencias adulteradoras de los derechos provinciales; y si esto no se logró, plenamente, fué debido a la notabilísima fuerza de resistencia y de penetración que, los ordenamientos jurídicos de las *provinciae*, tuvieron, sobre todo localmente, frente a uno envejecido y rígido como, lo era, por entonces ,el derecho romano puro.

Bien pronto se confeccionaron, para uso de los prácticos, algunas colecciones de constituciones imperiales *(leges)*. Las primeras en aparecer fueron colecciones privadas: el *Codex Gregorianus*, compilado en Oriente por un Gregorio o Gregoriano hacia los años 292-293 d. J. C. y el *Codex Hermogenianus*, apéndice suplementario del primero y también compilado en Oriente por un Hermógenes o Hermogeniano, no muchos años después. El año 439 d. J. C. se publicó, por orden del emperador Teodosio II, una compilación oficial de *leges* imperiales: el *Codex Theodosianus;* éste se dividia en 16 *libri*, subdivididos en *tituli*, cada uno de los cuales contenía un cierto número de constituciones relativas a una determinada materia, abarcando la obra muchas instituciones de derecho público y de derecho privado. Estos tres Códigos fueron usados tanto en Oriente como en Occidente: el *Codex Theodosianus* fué publicado, en esta última parte, por Valentiniano III, colega de Teodosio II.

Al desaparecer el Imperio de Occidente (476 d. J. C.) algunos de los reyes bárbaros de Europa, tomaron la iniciativa de publicar colecciones mixtas de *iura* y de *leges* romanas *(leges Romanae barbarorum)* para uso de las poblaciones romanas sometidas, con objeto de proporcionarles fácil prontuario de los principios fundamentales de su derecho. Así tenemos: la *lex Romana Wisigothorum* (o *Breviarium Alaricianum)* publicada por Alarico en el año 506, para las poblaciones de España y de Aquitania (Francia occidental), y la *lex Romana Burgundionum*, publicada en la misma época, por el rey Gundobado para los pueblos de Borgoña. Carácter especial tiene el *Edictum Theoderici* que se publicó hacia el año 500 por el rey de los godos, Teodorico, pues considerándose como representante, en Italia, del Emperador de Oriente, Zenon, en vez de como rey independiente, el Edicto se aplicó, a más de a los elementos romanos, a los visigodos, los cuales tuvieron, por ello, que acatar un derecho distinto del suyo originario.

24. LA JURISPRUDENCIA POSTCLASICA Y LOS RESTOS DE SU ACTIVIDAD COMPILATORIA.

Entre los índices de la decadencia de la jurisprudencia romana en la época postclásica, el más notable, externamente, fué el constituído por la llamada ley de Citas que fué una constitución debida al emperador de Occidente Valentiniano III (año 426 d. J. C.) en la que se disponía que los únicos juristas de los cuales se podían alegar opiniones en juicio y deberían ser tenidas, entonces, en cuenta por los jueces, serían: GAYO, PAULO, ULPIANO, MODESTINO y PAPINIANO (n. 21), con predominio de este último. Esta constitución, extendida pronto al Imperio de Oriente, anuló por completo, en el mundo postclásico, el valor ya muy escaso de la jurisprudencia de entonces.

La actividad de la jurisprudencia postclásica pierde, hasta tal punto, vitalidad, que se convierte en anónima y se recluye entre los desnudos muros de las escuelas elementales de derecho. Sin embargo, en este punto, precisa distinguir entre la jurisprudencia de Occidente y la de Oriente: *a)* la jurisprudencia occidental ejerció, durante todo el siglo IV d. J. C. una notable actividad de extensión y, por ende, de modificación de las obras jurisprudenciales clásicas, pero después, degeneró en una actividad mucho más elemental de confección de crestomatias y de epítomes hasta que desapareció en el siglo IV d. J. C.; *b)* la jurisprudencia oriental, tras una fase de escasa influencia (siglo IV d. J. C.) encontró el modo, a medida que se afirmaba el Imperio de Oriente (siglo V y siguientes), de

mostrarse cada vez más activa y vivaz, sobre todo en las escuelas de Constantinopla y de Berito, en una tarea que había de resultar perniciosa, cual la de adaptar los principios jurídicos romanos a las experiencias y a las exigencias de las poblaciones helénicas.

Algo se conserva de las compilaciones jurisprudenciales postclásicas, sobre todo de las occidentales, lo cual, y dada la escasez de fuentes de cognición directa, resulta bastante útil para un conocimiento, aun cuando indirecto, del derecho romano clásico.

Entre las colecciones de *iura* pueden mencionarse: los *Tituli ex corpore Ulpiani* (o *Ulpiani liber singularis regularum)* obra occidental del siglo IV d. J. C. compuesta, predominantemente, de textos de Ulpiano, pero también de Gayo y de otros juristas, distribuídos por materias en un cierto número de *tituli;* las *Receptae sententiae Pauli* que constituyen una de las partes de la *lex Romana Wisigothorum* (n. 23) y reúnen, en cinco *libri,* divididos en *tituli* por razón de materias, textos jurídicos especialmente del jurista Paulo; el *Epitome Gai,* otra de las partes de la *l. R. Wisigothorum* que es un compendio en 3 *libri* de las *Institutiones* de Gayo.

Entre las colecciones mixtas de *iura* y de *leges,* deben señalarse: los *Vaticana fragmenta,* en los que se compilan textos de Papiniano, Paulo y Ulpiano, así como constituciones de los Códigos Gregoriano y Hermogeniano y cuya compilación se hizo, probablemente, en Occidente en el siglo IV d. J. C.; la *Col-*

latio legum Mosaicarum et Romanarum curiosa yuxtaposición de trozos de leyes mosaicas y de *leges* y de *iura* romanos llevada a cabo, en ese mismo siglo, con objeto de demostrar las analogías existentes entre ambos ordenamientos.

25. LA COMPILACION DE JUSTINIANO.

Justiniano I (527-565 d. J. C.) dedicó todo su esfuerzo, no sólo en el campo político, sino, sobre todo, en el jurídico, a la restauración de los valores genuinos de la romanidad. Consciente de la decadencia de la jurisprudencia y de la perniciosa adulteración progresiva del puro derecho romano, trató de poner coto a todo ello, ordenando una prodigiosa compilación de *iura* y de *leges*, que habría de quedar sustraida, en virtud de su carácter oficial, a posteriores manipulaciones. Pero, como era natural, él quiso también aprovechar ese grandioso programa para introducir en el material utilizado y, de modo particular, en los *iura*, aquellas modernizaciones y modificaciones que reclamaba, intensamente, el progreso de los tiempos. De aquí un cierto número de interpolaciones (llamadas *emblemata Triboniani)* muchas de carácter formal, pero otras substanciales y, a veces, radicalmente innovadoras, que los textos clásicos padecieron por obra de las comisiones compiladoras, presididas y alentadas por el *quaestor sacri Palatii*, Triboniano.

Después de un primer ensayo, constituído por un *Codex de leges* (529 d. J. C.), la obra compiladora fué

llevada a cabo en un plazo de cuatro años; desde el año 530 al 534. La posteridad llamó al conjunto de la labor, en señal de honor, *Corpus iuris civilis*.

Las partes de este *Corpus iuris civilis* son: *a)* los *Digesta seu Pandectae* (de *digerere*=ordenar): reunión de fragmentos de los juristas clásicos (cada uno individualizado por su correspondiente *inscriptio)*, agrupados en *tituli* por razón de la materia y constituyendo un total de 50 *libri; b)* las *Institutiones Iustiniani*, pequeño tratado elemental en 4 *libri*, divididos en *tituli* y confeccionado siguiendo las huellas de las *Institutiones* de Gayo y redactado, precisamente, para substituirlas como libro de texto en las escuelas jurídicas; *c)* el *Codex repetitae praelectionis*, colección de constituciones imperiales (cada una individualizada por su correspondiente *praescriptio* y por una *subscriptio* con la fecha) agrupadas en *tituli* por razón de su materia y constituyendo un total de 12 *libri*. Pueden considerarse cual Apendice del *Corpus iuris civilis*, las constituciones posteriores al 534 d. J. C. emitidas por Justiniano y sus inmediatos sucesores, que recibieron el nombre de *Novellae (constitutiones)*, de las cuales existen algunas colecciones privadas.

26. LAS COMPILACIONES JURIDICAS POSTJUSTINIANEAS.

Justiniano prohibió expresamente toda actividad jurisprudencial de crítica y de reelaboración aplicada al material de los *iura* recogido en los *Digesta*. A pesar de

ello, las escuelas jurídicas bizantinas no tardaron en reanudar su labor de sutiles y perturbadoras interpretaciones mediante obras de libre paráfrasis o de comentario marginal (empleando *scholia*) de los textos del *Corpus iuris civilis*.

De este material de la jurisprudencia oriental postjustinianea han llegado hasta nosotros, entre otras obras, las siguientes: una libre paráfrasis de las Instituciones atribuida a Teófilo y una monumental reelaboración sistemática del siglo X d. J. C., denominada *Libri Basilicorum* (τά Βασιλικά), donde se recogieron las libres versiones griegas de textos de los *Digesta* y del *Codex*, con la adición de un amplio aparato de *scholia*.

NOTA BIBLIOGRAFICA

Cfr., en general, las obras citadas en el n.º 1 de la *Guia Bibliográfica*. En particular, GUARINO, *Storia*, c. 10. Indicaciones más concretas en BERGER, *Dictionary*.

VI

EL «IUS PRIVATUM» Y SUS DIVISIONES

SUMARIO: 27. El concepto clásico del *ius privatum* y sus componentes históricos.—28. La distinción entre *ius civile* e *ius gentium (naturale)*.—29. La distinción entre *ius commune* e *ius singulare*.—30. La división de la materia del *ius privatum*.

27. EL CONCEPTO CLASICO DEL "IUS PRIVATUM" Y SUS COMPONENTES HISTORICOS.

Se entiende por derecho privado, en contraposición a derecho público, y dentro de la teoría general del derecho, el ordenamiento jurídico referente a las llamadas relaciones privadas, es decir, a aquellas relaciones (entre particulares o con entes, incluso, públicos) que no se refieran al cumplimiento de una función de gobierno, sino a la satisfacción de intereses ajenos a los fines supremos de la comunidad política.

El concepto que los romanos tuvieron (con escasa nitidez) de su *ius privatum*, difirió un tanto de ésta que acabamos de exponer, por motivos conexos a la evolución

histórica, ya estudiada (nos. 7-26), del ordenamiento jurídico romano.

Según una célebre definición (Ulpiano: D. 1. 1. 1. 2), "*ius publicum est quod ad statum rei Romanae spectat, (ius) privatum (est) quod ad singulorum utilitatem (pertinet)*". Aun cuando el texto continúe afirmando que "*sunt enim quaedam publice utilia quaedam privatim*", es evidente que, el criterio diferencial entre *publicum* y *privatum ius*, no es exclusivamente, el del interés que el ordenamiento mira a satisfacer *(utilitas publica* o *utilitas singulorum). Ius privatum* resulta ser, según la definición romana, el ordenamiento que, generalmente, concierne a los intereses de los particulares ("*quod ad singulorum utilitatem pertinet*") con tal de que no roce la organización estatal romana ("*status rei Romanae*"), pues, en tal caso, se estaría en terreno del *ius publicum*.

Por tanto, quedan excluidos del ámbito del *ius privatum*, de una parte, todas las relaciones en las que intervenga el Estado, aun cuando sean de interés privado, y de otra, se hallan incluidas en dicho *ius privatum*, entendido en sentido lato, las relaciones que los particulares establezcan en el marco del procedimiento privado, aun cuando sean de interés público y consideradas, según la teoría general, como incluídas en el derecho público.

Para explicarse cosa aparentemente tan extraña debe pensarse que, en realidad, los romanos sólo tuvieron claro y unívoco el concepto de *ius privatum*, mas no el de

ius publicum y que, para ellos, el *ius privatum* constituía la verdadera esencia de su derecho nacional, es decir, el resultado de una evolución histórica que partía del *ius Quiritium* originario. *Ius privatum* fué, por ende, para los romanos, el ordenamiento (consuetudinario o legal) de las relaciones entre las *familiae*, o sea, entre los *patres* de cada una de ellas, tanto en la fase pacífica, como en aquella que podríamos calificar de belicosa, es decir, procesal.

Frente a esta concepción unitaria y rígidamente histórica del *ius privatum*, encontramos tres concepciones diversas del *ius publicum*, todas correctas desde sus respectivos puntos de vista: *a*) *ius publicum* como derecho (privado y no privado) derivado de las *leges publicae* y de aquellas otras disposiciones que le fueron equiparadas (n. 14); *b*) *ius publicum* como derecho (no privado) "*quod ad statum rei Romanae spectat*"; *c*) *ius publicum* como aquella parte del derecho privado que, por su íntima conexión con el interés público, no puede ser derogada por la voluntad privada (Papiniano: D. 2. 14. 38: "*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*"). Ejemplos de estas normas de derecho privado inderogable (o de orden público) son las relativas a la *dos* (n. 37; cfr. Paulo: D. 23. 3. 2: "*rei publicae interest mulieres dotem salvam habere*").

28. LA DISTINCION ENTRE "IUS CIVILE" E "IUS GENTIUM" ("NATURALE").

Prescindiendo de los componentes históricos del *ius*

(privatum) Romanorum ya expuestos (nos. 7-26), han de tenerse presentes dos clasificaciones (de carácter sistemático, obra, una de ellas de la jurisprudencia clásica, revisada, después, por la postclásica, y la otra, acuñada, tal vez *ex novo*, por las escuelas postclásicas): la de *ius (privatum) civile* y *gentium* (o *naturale*) y la de *ius (privatum) commune* y *singulare*.

Los juristas clásicos dividieron el *ius (privatum)* en las dos ramas de *ius civile*, o sea, el *ius* característicamente romano (*"ius propium civitatis"*) y el *ius gentium* o sea el *ius* dictado de modo uniforme a todos los pueblos por una especie de razón natural (*"quod naturalis ratio inter omnes homines constituit"*, *"quod apud omnes populos peraeque custoditur"*, Gayo 1, 1). El aspecto práctico de esta distinción es notorio; mientras el *ius civile* debía aplicarse, exclusivamente, a los romanos y no a los *peregrini* que estuviesen en Roma, salvo que les fuese extendido expresamente, el *ius gentium* debía de aplicarse, automáticamente, tanto a los romanos como a los *peregrini*. Fué por influencia de esa repercusión sobre el concepto informador de tal distinción, por lo que el *ius civile novum* (n. 15), al haber sido declarado aplicable, tanto a los romanos, como a los *peregrini*, recibió también el nombre, en su conjunto, de *ius gentium*.

En la época postclásica, y mediante interpolaciones textuales, la dicotomía *ius civile-ius gentium* se transformó en tricotomía, debido a la adición del *ius naturale*. Por *ius naturale* se entiende aquel conjunto

de reglas vitales que son comunes, tanto a los hombres, como a todos los animales (Ulpiano: D. 1. 1. 1. 3 itp.: *"quod natura omnia animalia docuit"*). Este concepto, aparentemente ingenuo, encierra la exigencia de que las reglas del *ius naturale*, al ser impuestas por la naturaleza, no pueden ser derogadas por ordenamientos positivos particulares (ej.: la posibilidad del matrimonio entre seres de sexo distinto, la subordinación de los hijos a sus progenitores, etc.).

29. LA DISTINCION ENTRE "IUS COMMUNE" E "IUS SINGULARE".

A nuestro entender, no es clásica la división del *ius (privatum)* en: *ius commune* e *ius singulare*, entendido este último como derecho excepcional, en relación con el primero.

Esta distinción implica que el *ius singulare*, a diferencia del *ius commune*, no puede ser aplicado a casos análogos a los por él expresamente previstos (Paulo. D. 1. 3. 14: *"quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias"*). Pero toda la historia de la cultura jurídica romana, hasta fines de la época clásica, demuestra, por el contrario, que la jurisprudencia de Roma hizo uso pleno y, prácticamente, incondicionado de la analogía (n. 5).

La aparición de esta distinción, con la consiguiente prohibición del uso de la analogía, sólo se explica relacionándola con la contraposición postclásica entre *iura* y *leges* (n. 22): *ius commune*, los *iura*, expresión de sabi-

duría jurídica romana; *ius singulare*, las *leges*, o sean las *constitutiones* imperiales que constituían excepciones a los *iura* y que habían de aplicarse, por ello, de modo restringido (cfr. Paulo: D. 1. 3. 16 itp.: "*ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*"). Es en la compilación justinianea donde esta distinción adquirió un valor general.

Distinto del concepto de *ius singulare* fué el de *privilegium*, o sea el de *lex in privos lata*, lo que equivale a decir: disposición de gobierno sin los caracteres normativos (generalidad y abstracción) y dada exclusivamente para favorecer o perjudicar a una determinada persona o a un determinado grupo de personas. A lo largo de la evolución jurídica romana se emitieron numerosísimos *privilegia*, no obstante la antigua prohibición de las *XII tabulae* ("*privilegia ne inroganto*"). Tales fueron: la la famosa *lex Clodia de exilio Ciceronis* del año 58 a. de J. C. y los diversos *privilegia militum* de la época imperial.

30. LA DIVISION DE LA MATERIA DEL "IUS PRIVATUM".

Ha de confesarse que la jurisprudencia romana nos ofrece poca ayuda respecto a la división sistemática del *ius privatum*. Los juristas romanos tuvieron del *ius privatum* una visión eminentemente empírica y cuidaron, poco o nada, la elaboración y desarrollo de un sistema expositivo y coherente. La sistemá-

tica más racional, y aun ella sólo aproximada y discutible, fué la adoptada en las *Institutiones* de Gayo (n. 21): "*Omne ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones* (cfr. Gayo, 1. 8). Es decir, que Gayo habla: primero de las personas (*liberi* y *servi*: n. 41); después de las *res*, o sea de todo aquello que no se refiere al estado personal (*res corporales* e *incorporales*: n. 49); por último, de las *actiones*, es decir del procedimiento privado.

La presente exposición sistemática, prescindiendo de sugerencias romanas notoriamente inadecuadas, se asentará, siguiendo las exigencias de la teoría general del derecho: sobre la identificación de las relaciones jurídicas romanas, sobre el estudio de su estructura y sobre la descripción de sus vicisitudes (n. 34).

NOTA BIBLIOGRAFICA

Cfr., en general, las obras citadas en el n.º 2 de la *Guía Bibliográfica* y, en particular: LOMBARDI: *Sul concetto di ius gentium* (1947); GUARINO: *Il problema dogmatico e storico del diritto singolare* en *Ann. dir. comp.*, 17 (1943); cfr. también, BERGER: *Dictionary*.

VII

LAS RELACIONES JURIDICAS PRIVADAS

SUMARIO: 31. Las calificaciones jurídicas.—32. Las relaciones jurídicas y su contenido.—33. Clasificación de las relaciones jurídicas.—34. Las relaciones del *ius privatum* romano.

31. LAS CALIFICACIONES JURIDICAS.

Consecuentemente a la ya indicada función de preordenar una organización social (n. 1), el ordenamiento jurídico se concreta en la formulación de dos categorías de normas (de dirección y coercitivas): *a)* las normas de calificación las cuales establecen los presupuestos a los que el ordenamiento se refiere, con todas sus normas de relación o con algunas de ellas; *b)* las normas de relación, que son las que fijan las regulaciones adecuadas a los posibles casos de conflicto intersubjetivo de intereses, respecto a un cierto bien vital (es decir, establecen, *a priori*, qué sujeto merece la preferencia y en qué condiciones, en relación a un determinado objeto respecto a otro u otros sujetos que lo pretendan también).

Las calificaciones jurídicas son, como se ha dicho, los presupuestos que el ordenamiento mismo determina (explícita o implícitamente) para delimitar la esfera de aplicación de todas o algunas de sus normas de relación.

Las calificaciones pueden ser generales o especiales, según que hagan referencia a todas las normas del ordenamiento jurídico o, tan sólo, a algunas de ellas. Sin embargo, mientras las calificaciones generales son muy pocas, es preciso tener en cuenta una multitud de calificaciones especiales de vasta aplicación que contribuyen, precisamente por la amplitud de su ámbito, a marcar, vigorosamente, la fisionomía general del ordenamiento que las establece o crea. Desde un punto de vista empírico, por lo tanto, las calificaciones jurídicas (generales o especiales) pueden ser, con mayor utilidad, clasificadas en: *a)* calificaciones regulares que son aquéllas que se refieren a un *quantum* apreciable de normas, de tal modo que puede decirse de las mismas que determinan una regla característica del ordenamiento; *b)* calificaciones irregulares que son las que se refieren a normas particulares o a un *quantum* no estimable de normas, de suerte que puede excluirse su valor a los fines de la caracterización genérica de determinado ordenamiento.

Es obvio que las calificaciones jurídicas tienen carácter positivo, en el sentido de que varían de uno a otro ordenamiento jurídico. No obstante, es posible y útil identificar cinco categorías generales, en las

cuales, inevitablemente, podrían incluirse todas las calificaciones posibles. Tales categorías son las siguientes:

(a) calificaciones formales, llamadas también definiciones jurídicas, que son las que fijan o establecen (califican) el sentido (regular o irregular) de un término, o sea, el valor de un concepto en relación con un determinado ordenamiento (ej.: "relación", "sujeto jurídico", "derecho subjetivo", "derecho de propiedad");

(b) calificaciones temporales que establecen o fijan (califican) el período de tiempo al que el ordenamiento hace referencia con sus normas de relación o con algunas de ellas (ej.: indefinidamente, hasta tal día del año tal, hasta que se verifique tal acontecimiento);

(c) calificaciones espaciales que son las que fijan (califican) el espacio territorial dentro del cual encuentran aplicación todas o algunas normas del ordenamiento;

(d) calificaciones subjetivas, también llamadas *status* personales, que son las que señalan o establecen (califican) los requisitos necesarios para poder ser sujeto de relaciones jurídicas, en general, o de ciertas relaciones jurídicas, en particular (cap. IX).

(e) calificaciones objetivas que son las que fijan o establecen (califican) los requisitos necesarios para ser objeto de relaciones jurídicas, en general, o de ciertas relaciones jurídicas, en particular (cap. X).

32. LAS RELACIONES JURIDICAS Y SU CONTENIDO.

Dentro del marco general de las normas jurídicas de calificación, las normas de relación identifican y regulan, cada una, un tipo particular de relación (relación jurídica) con referencia a un bien de la vida social, o sea, a una fuente de intereses divergentes para los sujetos (objeto jurídico).

Con más exactitud: cada norma de relación determina, en orden a un cierto objeto, una situación de preeminencia (llamada situación activa) de uno o varios sujetos activos y una correlativa situación de subordinación (llamada situación pasiva) de otro u otros sujetos pasivos.

La situación pasiva toma el nombre de deber jurídico y consiste: *a)* en la necesidad de atender la invitación a hacer o a no hacer algo que se establece en una norma directriz (obligación); *b)* subordinadamente a la inobservancia de la obligación, la necesidad de someterse, aun en contra de la propia voluntad, a cuanto se prescribe en una norma que establece una sanción (intimidación).

La situación activa toma el nombre de poder jurídico (o derecho en sentido subjetivo) y puede consistir: *a)* en la facultad de pretender el cumplimiento de la obligación por el sujeto pasivo (pretensión); *b)* subordinadamente, y en caso de incumplimiento de la obligación, en el poder causar, directa o indirectamente, con la propia actuación, el sometimiento del sujeto pasivo a la sanción (acción).

Así como la norma jurídica es una norma compleja, resultante de la unión de un mandato directivo y de una orden coactiva, del mismo modo el derecho subjetivo es un poder complejo y el deber jurídico un deber complejo: a la pretensión del sujeto activo corresponde la obligación del sujeto pasivo; a la acción ejercida por el primero corresponde la intimidación del segundo.

No siempre, sin embargo, la satisfacción del derecho subjetivo depende, por completo, del comportamiento del sujeto pasivo. En la mayoría de las ocasiones, la satisfacción de un interés, tutelado por el ordenamiento jurídico, implica, sobre todo, la atribución al sujeto de facultades y también de deberes. Facultades son las posibilidades reconocidas y garantizadas por el derecho, al sujeto activo, de satisfacer su propio interés con sus propios medios, sin ser perturbado por parte de otro u otros sujetos jurídicos (ej.: la facultad de gozar y de disponer de la cosa libremente, que corresponde al titular del derecho de propiedad). Deberes, son los sacrificios o comportamientos que, a veces, se imponen al sujeto activo a fin de poder ejercer su propio derecho (ej.: deber de comunicar la pretensión al sujeto pasivo; deber de recurrir a la autoridad judicial para provocar la intimidación).

Es oportuno aludir, por último, a otras dos figuras subjetivas imperfectas, que no presentan todas las características del poder (o, respectivamente, del deber) jurídico: el llamado derecho (o deber) debilitado y la denominada espectativa de derecho (o de deber). Existe

derecho (o deber) debilitado cuando, a una determinada pretensión, no se le concede, indefectiblemente, una acción en el caso de incumplimiento, sino que tal acción se concede, tan sólo, cuando haya sido lesionado un interés ajeno y, muy particularmente, un interés público. Se habla también, en tal caso, de interés condicionadamente (o quizá, sólo ocasionalmente) protegido por el ordenamiento. Hay espectativa de derecho (o de deber) cuando la pretensión jurídica (con su correspondiente obligación) no ha nacido todavía, pero se han producido ya algunos hechos o actos necesarios para su nacimiento: en tal caso se producen, con frecuencia, algunos efectos preliminares o prodrómicos, cuya validez está condicionada, sin embargo, al perfeccionamiento de la pretensión.

33. CLASIFICACION DE LAS RELACIONES JURIDICAS.

Las relaciones jurídicas privadas (n. 27), al igual que todas las relaciones jurídicas, son suceptibles, abstractamente, de diversas clasificaciones, entre las que ofrecen un fundamental interés las siguientes, a las cuales tendremos frecuentes ocasiones de aludir en el curso de nuestra exposición.

(a) Relaciones absolutas y relativas. Las relaciones jurídicas absolutas son aquéllas que se establecen entre uno o varios sujetos activos y todos los otros asociados, quienes están obligados a un comportamiento de abstención *("non facere")* en relación con el sujeto activo. El sujeto activo de una relación jurí-

dica viene, pues, a tener una pretensión *erga omnes* de no ser perturbado en el ejercicio de sus facultades jurídicas: en caso de inobservancia de esa obligación absoluta por parte del sujeto pasivo, se crea, a cargo del mismo, una relación de responsabilidad a ejecución forzada, si fuese preciso. Ejemplos típicos de estas relaciones jurídicas absolutas tenemos: la relación de propiedad (todos los asociados están obligados a abstenerse de entorpecer el goce de un objeto jurídico por el propietario del mismo) o la relación de usufructo (todos los asociados, incluido el propietario, de la cosa fructífera, están obligados a abstenerse de perturbar el disfrute de la cosa por parte del usufructuario).

Son relaciones jurídicas relativas aquéllas que se establecen entre uno o más sujetos (activos o pasivos) determinados: en tal caso, los sujetos pasivos están obligados a un comportamiento positivo o negativo ("*dare*", "*facere*", "*non facere*") en el sentido de que tal comportamiento es suficiente para determinar, por sí mismo, la satisfacción de un interés del sujeto activo. Ejemplos típicos de relaciones jurídicas relativas son las relaciones llamadas obligatorias (de compraventa, de mutuo, de acto ilícito, etc.: el deudor está obligado a satisfacer al acreedor entregándole la cosa—o el precio—, restituyéndole la suma recibida en préstamo, absteniéndose de hacerle competencia, etc.)

(b) Relaciones de débito y de responsabilidad.

Las relaciones jurídicas de débito son relaciones

(absolutas o relativas) consistentes en un vínculo que se constituye por efecto de un hecho jurídico involuntario o de un acto jurídico lícito (n. 51).

Son relaciones jurídicas de responsabilidad aquellas relaciones jurídicas relativas (nunca absolutas), consistentes en una obligación que se crea a cargo de uno o de varios sujetos pasivos determinados, a título de responsabilidad, por la realización, por ellos, de un acto jurídico ilícito (n. 51). Ejemplo de relación jurídica de responsabilidad es la relación de resarcimiento del daño causado (el autor del daño u otro considerado responsable de sus acciones por el ordenamiento, viene obligado a resarcir al perjudicado).

(c) Relaciones a ejecución libre y a ejecución forzada.

Las relaciones a ejecución libre son relaciones (de débito o de responsabilidad) que se caracterizan por la correlación de una mera pretensión del sujeto activo con una simple obligación del sujeto pasivo.

Las relaciones jurídicas a ejecución forzada son relaciones de responsabilidad (jamás de débito) caracterizadas por la correspondencia de una acción del sujeto activo con un sometimiento del sujeto pasivo.

34. LAS RELACIONES DEL "IUS PRIVATUM" ROMANO.

La clasificación que acabamos de hacer (n. 33), de las relaciones jurídicas, partiendo de su posible estructura, tiene un carácter puramente abstracto. En realidad,

la estructura de las relaciones jurídicas es compleja y dinámica. Toda relación jurídica (absoluta o relativa) es, ante todo, una relación de débito; como consecuencia del incumplimiento de la obligación por parte del sujeto pasivo, se transforma, posteriormente, en una relación de responsabilidad con una eventual ejecución forzada.

Las anteriores distinciones entre relaciones de débito y de responsabilidad, a ejecución libre y a ejecución forzada, no son, en suma, verdaderas y propias contraposiciones de relaciones jurídicas autónomas, sino el modo de precisar fases y aspectos evolutivos de relaciones jurídicas concretas. En su consecuencia, una exposición jurídica como la nuestra, que pretenda conciliar la visión estática y abstracta de las relaciones con otra dinámica y concreta de las mismas, habrá de basarse, para ser útil, sobre la clasificación de las relaciones en absolutas (cap. XV) y relativas (cap. XVI), más advirtiendo que, a propósito de cada relación absoluta o relativa particular, se tratará de las relaciones relativas de responsabilidad, con posible ejecución forzada, derivadas del incumplimiento de la obligación por parte del sujeto pasivo.

Antes, sin embargo, de proceder a la exposición de las distintas relaciones, es necesario, o cuando menos muy conveniente, que se trate: en primer lugar, de las calificaciones regulares subjetivas y objetivas del ordenamiento, con objeto de fijar quienes sean los sujetos y cuales puedan ser los objetos de aquéllas; en segundo término, de las reglas generales sobre los efectos jurídicos y sobre sus causas, con la finalidad de evitar enojosas repeticiones en la exposición posterior, así como poner de relieve las analogías existentes entre las distintas relaciones jurídicas; en tercer lugar, de las normas especiales establecidas por el ordenamiento con objeto de permitir y disciplinar el ejercicio del poder de acción. Estos tres grupos de nociones constituyen la llamada parte general de la obra.

Ahora bien, con referencia específica al *ius privatum* romano, ha de decirse que, la sistematización expuesta, se presenta como particularmente oportuna por que sirve para poner de manifiesto las analogías estructurales originarias de las relaciones que, en curso de los siglos, se fueron diversificando de modo bastante notable. En efecto, como se verá, el encuadrar toda nuestra materia en las dos ramas o secciones de relaciones absolutas y de relaciones relativas, corresponde, perfectamente, por lo que al *ius privatum* romano se refiere, a lo que nos sugiere la reconstrucción histórica a medida que ésta procede, a través de sucesivos tanteos, a la identificación de los orígenes.

El presente tratado adopta, por esa razón, el orden de materias antes expuesto y justificado. De vez en cuando, y según las necesidades, se procurará, además, aclarar mejor y más detalladamente sus razones. Por lo que concierne la llamada parte general (cap. VIII-XIV) adviértase que una obra que trate del *ius privatum*

romano no tiene más remedio que iniciarse con un breve y sucinto *excursus* dedicado a la *familia romana* (cap. VIII); institución que, como sabemos (cap. II-VI), constituyó, históricamente, la base y el punto inicial de cuanto fué *el ius Romanorum*, por cuya razón su conocimiento constituye el presupuesto esencial para el estudio de las relaciones jurídicas privadas en Roma.

Ha de hacerse notar que la sistemática adoptada en la presente exposición, aun cuando se utilizan, en gran parte, indicaciones y sugerencias ya formuladas por otros, no sigue ninguna de las divisiones, al uso, en los manuales y y tratados de derecho romano, en ninguno de los cuales se quiere renunciar, hasta ahora, a yuxtaponer, según la tradición pandectística, a una "parte general" más bien genérica, "partes especiales" relativas a la familia, a las sucesiones y donaciones, a las relaciones jurídicas reales y a las relaciones jurídicas obligatorias.

NOTA BIBLIOGRAFICA

Para una comprobación de la sistemática corriente en la exposición del *ius privatum* romano, cfr. las obras indicadas en el n.º 2 de la *Guía Bibliográfica*.

VIII

LA «FAMILIA» ROMANA

SUMARIO: 35. La *familia* romana.—36. El *matrimonium*.—37. El régimen patrimonial del *matrimonium*.—38. La preparación y la cesación del *matrimonium*.—39. Las consecuencias del *matrimonium*.—40. Las uniones extramatrimoniales y sus efectos.

35. LA "FAMILIA" ROMANA.

La *familia* (etimológicamente de "*dham*" que es lo mismo que *domus)* era, en la edad preciudadana, un verdadero microorganismo político-económico, constituído por hombres, animales subhumanos y cosas materiales, y que se caracteriza por sus propios *sacra* y estaba organizado, como unidad, bajo el poder absoluto *(manus* o *mancipium)* de un antecesor o jefe *(pater familias)* (n. 8). Esta estructura originaria influyó poderosamente, por lo menos hasta fines de la época clásica, sobre el concepto de la institución familiar, haciendo que el elemento vinculativo de éste no fuese, como impondría la lógica abstracta, el puro y simple parentesco de sangre entre sus

miembros *(cognatio)*, sino algo bien distinto, la *adgnatio*.

(a) A d g n a t i o que, literalmente, indica el nacimiento dentro del grupo, pero con posterioridad al *paterfamilias*, su jefe y antecesor *("ad-nasci")*, significó, en época histórica, e l u n i r s e a u n a *f a m i l i a* otros miembros *liberi (filii o mulieres in manu)* por cualquier causa idonea para someterlos a la *potestas* del *pater*: nacimiento de *matrimonium iustum* (n. 36), *adrogatio* o *adoptio* (n. 82), *legitimatio* (n. 39). Cuando el *paterfamilias* moría o se hacía *capite minutus*, la *familia*, por regla general, desaparecía, dividiéndose en tantas *familiae* nuevas, cuantos fuesen los inmediatos descendientes del *pater* (o sean: los hijos o los nietos de hijos varones premuertos). Sin embargo, la *adgnatio*, entre quienes habían sido miembros de una misma *familia*, se consideraba subsistente, lo cual tenía su repercusión en materia de *successio ab intestato* (n. 78), de *tutela* (nos. 53-54) y de *cura* (n. 55).

A la *familia* en sentido propio *(f a m i l i a p r o p r i o i u r e)* los juristas clásicos contrapusieron aquella otra, en sentido lato e impropio *(f a m i l i a c o m m u n i i u r e)* constituída por todos aquéllos que se hubiesen hallado bajo la *potestas* de un cierto antecesor si éste no hubiera muerto o estuviese *capite minutus*; institución que se engancha con el antiguo *consortium cretum non citum* de los *fratres* que permanecían unidos aun después de la desaparición del *pater* (n. 81).

Por encima de la *familia communi iure* estaba la *g e n s* a la cual pertenecían todos aquéllos que descendiesen de un remoto (con frecuencia mítico) antecesor de determinada estirpe (n. 8).

(b) L a *c o g n a t i o* sólo tenía importancia, en los tiempos más antiguos, en la esfera del *fas*, el cual prohibía como *incestae* las nupcias entre parientes consanguíneos (n. 36). En época histórica, este parentesco fué lentamente adquiriendo cada vez mayor i m p o r t a n c i a j u r í d i c a. Así, la *lex Cincia de donis et muneribus* (n. 61) exceptuó, de la prohibición de las donaciones superiores a una cierta cantidad, a los *cognati* hasta el quinto grado; el *praetor* también tuvo en cuenta la *cognatio* en materia de *bonorum possessio ab intestato* (n. 71).

Se distinguía una *c o g n a t i o r e c t a* integrada por raciones que los separaban; tratándose de *c o g n a t i o t r a n s v e r s a* (colateral) constituída por dos líneas rectas que arrancaban de un mismo antecesor.

Los *g r a d u s c o g n a t i o n i s* entre una y otra persona, se calcularon computando el número de las generaciones que los separaban; tratándose de *c o g n a t i o r e c t a*, las generaciones eran tantas (y por tanto, los grados) cuantas eran las personas de la línea computada, excepción hecha del antecesor *("tot gradus quot personae dempto stipite")*; en el caso de *c o g n a t i o t r a n s v e r s a* se sumaban el número de generaciones que separaban a los dos *cognati* del antecesor común.

36. EL "MATRIMONIUM".

El *matrimonium* (o *n u p t i a e*) que se realizaba mediante la seria, manifiesta y durable unión de hombre y mujer *("coniunctio maris et feminae")*, fué, desde los orígenes, una institución de suma importancia social y

religiosa ("*seminarium rei publicae*") fundada sobre ritos sagrados y prácticas solemnes de distinto género.

(a) En el período arcaico, el *matrimonium* como tal, careció de importancia jurídica. Sólo era productora de efectos, en tal época, la llamada *conventio in manum*, es decir, la adquisición de la *manus* sobre la mujer por parte del marido o, si éste era *alieni iuris*, por parte de su *paterfamilias*. Tal adquisición se verificaba, bien mediante la utilización de la *mancipatio* o mediante el empleo del *usus;* instituciones ambas que, originariamente, producían el efecto de hacer adquirir a un *paterfamilias* el *mancipium* sobre un objeto jurídico (n. 81).

Al final del período arcaico esta institución extra-jurídica del *matrimonium* se fusionó con la *conventio in manum*, dando lugar al llamado *matrimonium cum manu*. Fueron reconocidos como hechos constitutivos de éste: la *coëmptio matrimonii causa* y el *usus*, como ya lo eran para la *conventio in manum*, y, además, la *confarreatio*, rito religioso que acompañaba, desde los tiempos más antiguos, a los matrimonios patricios. El *connubium*, o sea, la capacidad matrimonial recíproca que era requerido para la constitución del *matrimonium*, más no de la *manus*, pasó a ser, por ello, presupuesto esencial del *matrimonium cum manu*.

(b) Durante la época preclásica, al haber adquirido ya el *matrimonium* significación jurídica, se produjo una nueva evolución en virtud de la cual el *matrimonium* se separó de la *manus*, apareciendo, entonces,

el llamado *matrimonium sine manu*, para evitar la *conventio in manum* de la mujer y, por ende, la pérdida para ésta de los derechos sucesorales en su *familia* de origen, se rehuyó la *confarreatio* y la *coëmptio* y recurriendo al *usus* se utilizó el procedimiento de interrumpir, cada año, el *usus* marital por espacio de tres noches: la interrupción *(trinoctii usurpatio)*, al impedir el transcurso ininterrumpido del año del *usus*, impedía, al mismo tiempo, la adquisición de la *manus* sobre la mujer.

El *matrimonium sine manu* sólo producía efectos jurídicos (n. 38) si era un *matrimonium iustum*, es decir, si reunía los requisitos establecidos por el *ius privatum* romano a través de los *mores*, de las *leges*, o de las disposiciones de gobierno a éstas equiparadas.

Eran requisitos del *matrimonium iustum*, los siguientes: *a)* la manifiesta y normal convivencia de los sujetos como cónyuges, demostrada por un inequívoco acto inicial (de ordinario, la *deductio uxoris in domum mariti); b)* la seria y constante intención de los cónyuges de serlo (la llamada *affectio maritalis)* demostrada, particularmente, por la persistencia de aquel repeto y consideración que los cónyuges se deben, según la conciencia social (el llamado *honor matrimonii); c)* la recíproca capacidad matrimonial *(connubium)* la cual, antes de la *constitutio Antoniniana* (n. 19), sólo existía entre *cives Romani*, entre *cives* y *latini* y, en determinados casos, entre *cives* y *peregrini* de ciertas categorías; *d)* la ausencia de impedimentos: impubertad (n. 53),

enfermedad mental, otro matrimonio todavía existente, *cognatio* hasta el sexto grado (salvo excepciones), *adfinitas*, etc.

(c) El emperador Augusto estimuló una importante legislación matrimonial con objeto de disciplinar y robustecer esta institución de tan acusado valor social: *lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 a. de J. C.) y *lex Papia Poppaea nuptialis* (9 d. J. C.).

Con objeto de favorecer los *matrimonia* y la procreación se estableció que, los hombres entre los 25 y los 60 años, y las mujeres entre los 20 y los 50, si no estaban casados (o sea, si fuesen *coelibes)* sufrirían perjuicios y limitaciones de carácter personal y sucesorio; lo mismo se dispuso para aquellos cónyuges que no tuviesen un número mínimo de hijos (3 para los *ingenui*, 4 para los *libertini)*. El Senado (o el *princeps)* podía conceder, no obstante, en casos especiales, la exención de tales limitaciones (el llamado *ius trium vel quattuor liberorum)*.

Para impedir la celebración de *matrimonia* de baja condición, se prohibió a los *senatores* que se casasen con mujeres *libertinae* y, a todos los ciudadanos *ingenui*, el casarse con mujeres de ligeras costumbres (entre las cuales se encontraban las actrices y las esposas adúlteras). En caso de inobservancia de este precepto, el *matrimonium* era siempre *iustum*, más no *secundum legem Iuliam et Papiam* y, por eso, se le extendieron las desventajas y limitaciones establecidas para los *coelibes*.

(d) En el período postclásico, debido a la influencia del Cristianismo, la concepción clásica del *matrimonium* se fué modificando de modo sensible. Se dió cada vez más valor al acto inicial de la convivencia conyugal y al carácter voluntario de ella, de modo que sólo (o principalmente) de su cumplimiento se hizo depender la validez de la relación jurídica matrimonial, con independencia de toda indagación sobre la persistencia de la *affectio maritalis*.

La máxima tradicional, "*consensus facit nuptias*" que, en la época antigua, sólo había pretendido subrayar la esencialidad de la mutua *affectio* para el matrimonio, adquirió, de modo progresivo, el valor de un principio, según el cual el *matrimonium* tenía raíz convencional.

37. EL REGIMEN PATRIMONIAL DEL "MATRIMONIUM".

Fué principio fundamental del *matrimonium* romano que las cargas patrimoniales, derivadas del mismo, debían de ser soportadas por el marido o por su *paterfamilias*.

Este principio nace como consecuencia del *matrimonium cum manu*, cuyo efecto era el que la *mulier* se separaba de la propia *familia*, entrando a formar parte de la del marido. En el *matrimonium sine manu*, el principio perdura, aun cuando la *mulier* siga perteneciendo a su *familia* originaria o llegue a ser, en el caso de disolución de ésta, *materfamilias* con patrimonio propio autónomo.

Los bienes presentes o futuros de la *mulier* eran considerados en régimen de separación de los del marido y sustraídos a todo destino familiar (los llamados παράφερνα o bienes parafernales).

Para ayudar al marido a sobrellevar los *onera matrimonii*, surgió, desde época bastante remota, la costumbre social de concederle, con este objeto, un pequeño capital (la *dos*) que entrase a formar parte de su patrimonio o del de su *paterfamilias* para reforzarlo. La *dos* podía ser constituída por el *paterfamilias* de la mujer *alieni iuris (dos profecticia)* o por la misma mujer *sui iuris*, o, incluso, por un tercero interesado al buen éxito del matrimonio *(dos adventicia)*.

La constitución de la dote podía efectuarse de tres maneras: *dotis dictio*, declaración solemne atributiva del patrimonio dotal al marido *("dotem tibi dico sestertium milia tot")*; mediante *dotis datio*, acto o serie de actos aptos para transferir al marido los derechos sobre las *res dotales (mancipatio* o *in iure cesio* de las *res mancipi, traditio* de las *res nec mancipi*, cesión de créditos, etc.); mediante *dotis promissio*, es decir, mediante *stipulatio* (n. 91) constitutiva de un crédito del marido sobre las cosas dotales.

La *dos* entraba a formar parte, como se ha dicho, del patrimonio del marido o de su *paterfamilias*, ninguno de los cuales estaba obligado a emplearla, de modo efectivo, "*ad onera matrimonii ferenda*", ni a restituirla en el caso de disolución del matrimonio, a no ser que se hubiese, explícitamente, obligado a ello mediante *stipulatio* (la llamada *dos recepticia)*. No obstante, el pretor romano introdujo, de manera general, una *actio rei uxoriae* por la que la mujer o su *paterfamilias* podían obtener la devolución de las *res dotales* en caso de disolución del matrimonio. Si ésta era consecuencia de la muerte del marido o de divorcio, la acción era ejercida por la mujer *sui iuris* o por su *paterfamilias* con la previa anuencia de aquella *(pater adiuncta filiae persona)*; si fuese debida a la muerte de la mujer, entonces la acción correspondía a su *paterfamilias* dentro de los límites de la *dos profecticia*. Pero el marido, o su *paterfamilias*, no estaban obligados a restituir todas las *res dotales*, sino sólo aquello "*quod melius aequius erit*"; si la disolución del matrimonio era consecuencia de divorcio, la jurisprudencia le reconoció el derecho a la retención de un tanto para la alimentación de los hijos *(retentio propter liberos)*, de una cantidad para indemnizarse de ciertas culpas de la mujer *(retentio propter mores)*, etc.

En el derecho postclásico, el régimen de la *dos* experimentó una radical transformación, sobre todo al establecerse el principio de que la *dos* debía de serle devuelta a la mujer en el caso de disolución del matrimonio. En su consecuencia, el marido fué considerado como un simple administrador y usufructuario de los bienes dotales, cuya titularidad se reconoció a la *mulier*: "*quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est*" (Triph. D. 23. 3. 75 itp.).

En esta misma época postclásica se fué

difundiendo, también, la costumbre, de origen oriental, de que el novio donase a la novia, antes del matrimonio, un *quid* a fin de que ésta no quedase sin patrimonio en caso de viudedad o de divorcio por culpa del marido; es la *donatio ante nuptias*. Justiniano favoreció esta institución y la transformó en una especie de contra dote constituida por el marido a la mujer, incluso durante el matrimonio: es la *donatio propter nuptias*.

38. LAS CONSECUENCIAS DEL "MATRIMONIUM".

Prescindiendo de las obvias consecuencias del *matrimonium cum manu*, las del *matrimonium (sine manu) iustum* eran, a su vez, numerosas e importantes y, todas ellas, derivaban del hecho de crearse, por efecto de las *nuptiae*, entre los cónyuges y entre cada uno de ellos y los parientes del otro, un vínculo denominado *adfinitas*.

(*a*) La *adfinitas* entre marido y mujer determinaba, ante todo, el que los hijos nacidos durante el matrimonio, y aun cuando ella no formaba parte de la *familia* del marido, ingresaban en la *familia*; de suerte que el marido (o su *paterfamilias*) tenía, sobre ellos, la *patria potestas* ("*pater is est, quem iustae nuptiae demostrant*") (n. 82).

(*b*) En las relaciones recíprocas entre los cónyuges, la *adfinitas* determinó, en primer lugar, la obligación del marido de atender a la alimentación de la mujer al igual que la debía a los hijos (n. 37).

En caso de hurto cometido por la mujer en perjuicio del marido, éste no disponía contra la ladrona de la habitual *actio furti* (n. 49), sino de otra acción bastante menos grave: la *actio rerum amotarum*. A partir de Antonino Pío, si la mujer procedía contra su marido (en la época postclásica aun en el caso inverso), la *condemnatio* quedaría limitada al "*id quod reus facere potest*". En el derecho justinianeo se habló, precisamente, de una obligación general de mutua *reverentia* entre los cónyuges, en virtud de la cual estos estaban obligados a ayudarse recíprocamente y a no ejercer, el uno contra el otro, acciones penales o infamantes.

(*c*) En las relaciones entre cada cónyuge y los parientes del otro, la *adfinitas* fué causa de impedimento matrimonial (n. 36), mas sólo dentro de los límites de la relación entre un cónyuge y los parientes en línea recta (tanto *adgnati* como *cognati*) del otro, así como de la existente entre uno de los cónyuges y los hermanos del otro.

39. LA PREPARACION Y LA CESACION DEL "MATRIMONIUM".

Es probable que, en los tiempos más antiguos, lo mismo que la mujer era objeto de *mancipatio* entre su *paterfamilias* y el del marido, lo fuese también de simple promesa (*sponsio*) de aquel a éste. De esa antigua costumbre subsisten huellas en la época histórica con el uso social de los llamados *sponsalia*, es decir, de la promesa de futuras *nuptiae*, entre dos seres de sexo dis-

tinto, que no tenía fuerza jurídica vinculativa alguna. Sin embargo, en el derecho postclásico se manifestó una fuerte corriente favorable a conferir a los *sponsalia* eficacia jurídica, estableciendo, para ellos, reglas afines a las vigentes para el *matrimonium*.

Otra costumbre prematrimonial, difundida en el mundo postclásico fué, a parte de la *donatio ante nuptias* (n. 37), la de las *arrhae sponsaliciae*, especie de prenda dada por la esposa al esposo en garantía del futuro matrimonio. Salvo el supuesto de motivos graves que lo justificasen, si la *sponsa* se sustraía al compromiso asumido, el esposo tenía derecho a la retención de las arras; si el que incumplía era el *sponsus*, entonces la esposa tenía derecho a la restitución del *duplum* de las mismas.

Fueron causas de disolución del *matrimonium*: *a*) la muerte de uno de los cónyuges; *b*) la pérdida del *status libertatis* por alguno de ellos; *c*) el *incestum superveniens*, que tenía lugar cuando, por vía de adopción por parte del suegro, los cónyuges se convertían en hermanos; *d*) el *divortium*, es decir, el voluntario desistimiento de la relación matrimonial. La pérdida del *status civitatis* por uno de los cónyuges transformaba el matrimonio en *iniustum iure civili*, pero, como seguía siendo válido *iure gentium*, readquiría, retroactivamente, toda su eficacia en cuanto el cónyuge *capite minutus* recuperaba la ciudadanía.

En el *matrimonium cum manu*, el *divortium* consistía en llevar a cabo un acto contrario a aquel que había servido para constituir la relación; así, la *diffarreatio* solemne, en el caso de bodas confarreadas; la *remancipatio* por el marido al *paterfamilias* originario, en el caso de bodas derivadas de *coëmptio*; la *emancipatio* (n. 46) de la *mulier*, tanto en el caso anterior, como en el de matrimonio basado en el *usus*.

En el *matrimonium sine manu*, el *divortium* se producía por desaparecer la *affectio maritalis*, bien en ambos cónyuges (*divortium* propiamente dicho), bien en uno solo de ellos (*repudium*).

El derecho postclásico, debido a influencias del Cristianismo, mostró una tendencia desfavorable al *divortium*, pues trató de dificultarlo con trabas de distinto género (entre las cuales el exigir la redacción de un solemne *libellus repudii*). En su consecuencia, sólo fueron admitidos, con favor, dos tipos de *divortium*: el *divortium bona gratia*, es decir, aquel determinado por la imposibilidad de alcanzar los fines del *matrimonium* (ej.: la impotencia de un cónyuge, el voto de castidad, etc.) y el *divortium ex iusta causa*, o sea, el que estuviese justificado por culpas graves de uno de los cónyuges o de ambos a la vez. También fueron establecidas penas contra quienes se divorciaban caprichosamente.

Las segundas nupcias fueron indiferentes para el derecho clásico y más bien favorecidas por la legislación augustea por motivos demográficos (n. 36). La

única limitación que se les puso fué la de prohibir a las mujeres el casarse durante los diez meses siguientes a la disolución del matrimonio (el llamado *tempus lugendi*). El derecho postclásico, bajo la influencia del Cristianismo, obstaculizó, de varias maneras, las segundas nupcias, sobre todo en caso de divorcio.

40. LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES Y SUS EFECTOS.

A parte de los casos de *matrimonia iniusta*, de *matrimonia iusta* pero contra *legem Iuliam et Papiam* (n. 36) y de otras hipótesis de menor importancia, el derecho romano consideró, jurídicamente relevantes los siguientes casos de uniones extramatrimoniales: *adulterium, incestum, stuprum, concubinatus, contubernium.*

Los tres primeros tipos fueron regulados, orgánicamente, tras vicisitudes varias, por la *lex Iulia de adulteriis* del año 18 a. de J. C. la cual los incluyó en la categoría de los *crimina*, estableciendo, para ellos, graves penas. A tenor de esta *lex Iulia*, existía *stuprum* en el caso de unión sexual con mujer núbil o viuda; había *adulterium* (es decir *stuprum* agravado), en el caso de unión con mujer casada; se daba el *incestum* (otra forma agravada del *stuprum*), cuando la unión era con mujer que era pariente o afín. A título excepcional, la ley permitió las uniones extramatrimoniales entre personas pertenecientes al rango senatorial y las *libertinae*, así como las uniones con ciertas categorías de mujeres de costumbres ligeras (*"in quas stuprum non committitur"*: heteras, actrices, etc.).

De las excepciones establecidas en la *lex Iulia de adulteriis*, derivó, en el derecho clásico, la institución jurídica del *concubinatus;* unión durable con una mujer de aquellas con las que no era lícito casarse (n. 36). En derecho clásico el *concubinatus* fué, tan sólo, la expresión de una actividad lícita, pero sin particulares efectos jurídicos: los hijos de los concubinos, al igual que los habidos en cualquiera de las otras uniones extramatrimoniales, eran *vulgo concepti* y seguían la condición jurídica de la madre. En derecho postclásico la noción de *concubinatus* se amplió llegando a comprender las uniones duraderas, pero sin intenciones matrimoniales, con mujeres *honestae*, con evidente menosprecio de las disposiciones contra el *stuprum;* por otra parte, los hijos nacidos de concubinato fueron clasificados como *liberi naturales* reconociéndoseles un limitado derecho sucesorio y la posibilidad de ser legitimados, es decir, elevados al grado de nacidos *"ex iustis nuptiis"* (o sea, al de hijos legítimos). Fueron reconocidas dos formas de *legitimatio:* la *per subsequens matrimonium* entre padres concubinarios y la autorizada, en casos especiales, por el emperador (*per rescriptum principis*).

El *contubernium*, o sea, la unión entre esclavos o entre libres y esclavos, no tuvo, naturalmente, efectos jurídicos, pero tuvo, sin embargo, algún reflejo en el campo del derecho, sobre todo durante el período

postclásico como consecuencia del llamado *ius naturale* (n. 28).

NOTA BIBLIOGRAFICA

Cfr., en general, las obras indicadas en el n.º 2 de la *Guía Bibliográfica*. En particular, cfr. BONFANTE: *Corso di diritto romano*, I. *Diritto di famiglia* (1925); CORBETT: *The roman Law of Mariage* (1930) LAURIA: *Matrimonio-Dote* (1952) ORESTANO: *La struttura giuridica del matrimonio romano*, II (1951). Cfr. también BERGER: *Dictionary*.

IX

LOS SUJETOS DE LAS RELACIONES JURIDICAS PRIVADAS

SUMARIO: 41. Las calificaciones subjetivas regulares.—42. Pertenecer a la especie humana.—43. La existencia.—44. La libertad.—45. La ciudadanía.—46. La autonomía familiar.—47. Los sujetos jurídicos limitados.

41. LAS CALIFICACIONES SUBJETIVAS REGULARES.

Las calificaciones subjetivas regulares del *ius privatum* romano, o sean, los requisitos normalmente indispensables para ser sujetos (activos o pasivos) de relaciones jurídicas privadas, fueron: *a*) pertenecer a la especie humana; *b*) la existencia; *c*) la libertad; *d*) la ciudadanía romana; *e*) la autonomía familiar.

Antes de estudiar la importancia de estos requisitos y su reglamentación, es oportuno precisar la significación de tres términos relacionados entre sí y de frecuente uso en las fuentes romanas: *persona, caput, status.*

(a) "*Persona*". Este término, usado en el avanzado derecho clásico (en particular en Gayo: n. 30)

debido a una clara influencia estoica, vino a significar, normalmente, "hombre", con exclusión de los sujetos jurídicos inmateriales (n. 42) e incluyendo, por el contrario, a los *servi*, a los *peregrini* y a los *filii familiarum* (o sea, a quienes no eran sujetos jurídicos: n. 44-46).

(*b*) "*Caput*". Con esta palabra se expresó el hecho de pertenecer a un determinado grupo (el de los hombres libres, el de los *cives*, el de una *familia*). En relación con esto, "*capitis deminutio*" significó el cambio de situación jurídica de una *persona*, como consecuencia de su salida del grupo; de aquí que los juristas clásicos hablasen de "*capitis deminutio maxima*" para quienes salían del número de los hombres libres (convirtiéndose en *servis*), de "*capitis deminutio media*" para aquéllos que habían dejado de ser *cives Romani* (para convertirse en *peregrinis*), de "*capitis deminutio minima*" para todo el que saliese de una familia para entrar a formar parte de otra (como consecuencia de *conventio in manum* o de *adoptio*) o por convertirse en *sui iuris* (en virtud de *emancipatio*). La *capitis deminutio* no equivalió, pues, siempre a pérdida de capacidad jurídica, ni el *capite deminutus* fué, en todo caso, una persona transformada de capaz en incapaz.

(*c*) "*Status*", al igual que "*caput*" fué término que la jurisprudencia romana refirió, no al concepto de sujeto jurídico, sino al de *persona* y con él se designó la posición jurídica de una *persona*, en relación a los conceptos de *libertas*, de *civitas*, de *familia*. De aquí que, "*status libertatis*" se utilizase para clasificar a las

personae en *liberae y non liberae* y para tratar de los modos mediante los cuales éstas últimas podían adquirir la *libertas*; "*status civitatis*" fué usado, de manera análoga, respecto de la *civitas*; "*status familiae*" se empleó, del mismo modo, en relación con la *familia*.

42. PERTENECER A LA ESPECIE HUMANA.

El primer requisito de la capacidad jurídica fué el pertenecer a la especie humana: "*hominum causa omne ius constitutum est*" (Hermogeniano: D. 1. 5. 2). No fueron considerados sujetos jurídicos los *monstra vel prodigia*, o sean, aquellos seres privados de forma humana normal, salvo para hacer número con los otros nacidos en el matrimonio, a fin de obtener la concesión del *ius liberorum* a la madre (n. 36).

A partir del período clásico, el derecho romano se inclinó, con cierta moderación, a reconocer, para determinados efectos, como posibles sujetos jurídicos a algunos entes sociales, considerándolos como un todo unitario, independiente de las personas que los integraban. El modelo seguido por los juristas, en este proceso de fingir la "subjetividad" jurídica en un ente corporativo, fué el *populus Romanus Quiritium* que ya, en el período preclásico, había sido concebido, en su conjunto, como sujeto unitario (aun cuando soberano y, por ende, inadecuado, por definición, para ser parte en las relaciones jurídicas privadas: n. 27). A semejanza del *populus Romanus* fueron, poco a poco, considerados tam-

bién como sujetos jurídicos privados: los *municipia* y las *coloniae*, los *collegia* y las *sodalitates*.

Los *municipia* eran comunidades de *cives Romani* organizadas de forma similar a la de la *respublica* y estrechamente subordinadas a ésta. Las *coloniae* eran comunidades esparcidas por el territorio del *imperium Romanum*, situadas a grandes distancias del centro y que fueron de dos clases: *coloniae civium Romanorum*, verdaderas y propias "filiales" o sucursales de la *respublica*, cuyos miembros eran *Romani* a todos los efectos y *coloniae Latinae* cuyos componentes estaban equiparados, en su condición jurídica, a los *Latini* (n. 45).

Municipia y *coloniae* eran, normalmente, frente a sus miembros y a los otros seres semejantes, entes soberanos (paraestatales), que podían, sin embargo, despojarse de su soberanía para intervenir en las relaciones jurídicas privadas ("*privatorum loco habentur*" Gayo: D. 50. 16. 16). En ese caso, se les concedió el que pudieran llevar a cabo (por medio de sus propios funcionarios de gobierno, o de especiales *actores*, o en época más tardía, de *curatores* o *syndici* regulares) cualquiera actividad inherente a las relaciones jurídicas de carácter patrimonial. También les fué concedido, aun cuando con cierta dificultad, el poder ser beneficiados con legados y fideicomisos e, incluso, de aceptar herencias.

Los *collegia* y las *sodalitates* fueron, en Roma, asociaciones de tradición antiquísima: los primeros se constituyeron, especialmente, con el fin de culto en común (con frecuencia, con objeto de garantizar también una

sepultura a sus miembros: *collegia funeraticia*), los segundos, se constituían, preferentemente, por motivos de diversión o de mutua asistencia entre los socios. No se admitió, por todos, que los *collegia* y las *sodalitates* fuesen otras tantas formas de *societates* (n. 92), con sus respectivos patrimonios comunes; sin embargo, la teoría según la cual éstas eran entes distintos de las personas de sus miembros y sujetos, ellas mismas, de relaciones jurídicas, sólo se perfiló en época clásica, como consecuencia de la *lex Iulia de collegiis*, que fué rogada por Augusto. Esta ley dispuso la disolución de cuantas asociaciones existían, con excepción de un reducido número de *collegia* y *sodalitates* de antigua y noble tradición, subordinando, para lo sucesivo, la constitución de nuevos entes de esta clase, a una previa autorización del Senado.

Dada la peculiar significación que el término "*persona*" tenía, como hemos visto, para los juristas romanos (n. 41), estos, si bien reconocían la aptitud para ser sujetos jurídicos a los entes que acabamos de estudiar, no les atribuían la personalidad (que era algo que estaba reservado a los hombres de carne y hueso): no hay, pues, posibilidad, en el derecho romano, de hablar, como hoy, de "personas jurídicas" o, mejor, "inmateriales". Sin embargo, los juristas de Roma llegaron a percibir y tuvieron presente una estrecha analogía entre los entes sociales y las *personae*.

Precisamente, por ello, los juristas, que carecían de grandes facultades de abstracción, no consideraron que pudiesen ser sujetos jurídicos las llamadas funda-

ciones, o sean, los patrimonios destinados a beneficiar a una categoría de personas o, más usualmente, a la realización de un cierto fin (ej.: asistencia a los enfermos, labores de mejoramiento, etc.). Así, en la hipótesis de las *piae causae*, es decir de los legados de bienes destinados a fines de piedad, el patrimonio era considerado de propiedad del ente o del oficio (la Iglesia, el Obispo, etc.) encargado de alcanzar aquellos fines. En el derecho justinianeo, por el contrario, se reconoció, con bastante probabilidad, el carácter de sujeto jurídico, a la *hereditas iacens*, o sea al patrimonio hereditario que se hallaba en espera de ser aceptado por el heredero (n. 76): las *res hereditariae* no fueron, como en el pasado, consideradas *res nullius*, sino que se pensó que era propietaria de ellas la propia *hereditas*.

43. LA EXISTENCIA.

Segundo requisito de la capacidad jurídica fué el de la existencia: la capacidad jurídica nacía en el momento mismo del nacimiento físico del sujeto, y se extinguía en el instante de su muerte.

Surgieron dificultades prácticas para la determinación del nacimiento y de la muerte de un individuo. En cuanto al momento del nacimiento, los Proculianos sostuvieron que éste coincidía con el primer vagido, los Sabinianos, en cambio, opinaron (y su criterio prevaleció) que había de admitirse el valor de cualquier acto demostrativo de la vida del sujeto. En relación con el momento de la muerte se planteó, especialmente

el problema de la muerte conjunta en el mismo accidente de varias personas emparentadas entre sí. El derecho postclásico, negándose a considerarlos muertos en el mismo instante, se orientó hacia la presunción de que los impuberes, por ser más débiles, morían antes que los puberes, y que si todos eran puberes, los más viejos habían muerto antes que los más jóvenes.

Antes del nacimiento no existe vida autónoma y, por consiguiente, queda excluida, radicalmente, la capacidad jurídica: "*partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*" (Papiniano: D. 35. 2. 9. 1). Sin embargo, los seres que no hubiesen logrado su completa autonomía, es decir, que no estuviesen separados del claustro materno, pero hubiesen sido ya concebidos, merecieron una consideración especial por parte del *ius privatum*, precisamente por el hecho de ser ya algo: "*qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur*" (Paulo: D. 1. 5. 7). Desde el período clásico les fué reservada a estos la sucesión *ab intestato* y previsto el nombramiento de un *curator ventris* para administrar los bienes que le hubiesen sido reservados; también en este período se atendió, en ocasiones, a la condición del padre, en el momento de la concepción, para establecer, del modo más favorable posible, el *status* del hijo en el momento del nacimiento. El derecho postclásico generalizó los casos clásicos. Tal vez, por ello, se elevó a regla el tener en cuenta la concepción y no el nacimiento, cuando ello pudiera be-

neficiar al sujeto después del nacimiento ("*quotiens de eius commodis agatur*").

44. LA LIBERTAD.

Tercer requisito de la capacidad jurídica fué el de la libertad, o sea, el pertenecer a la categoría de los hombres libres. Los esclavos *(servi)*, de conformidad con una creencia universal de los pueblos antiguos, no eran considerados sujetos jurídicos, aun siendo *personae* (n. 41)

(a) Fueron considerados hechos constituyentes del estado de libertad: α) el nacimiento de procreador (padre o madre) libre, por lo menos en el momento de la concepción o en otro posterior, hasta a aquél del parto; β) el ser libertado o manumitido de la *servitus (manumissio)*. Aquéllos que fuesen libres por nacimiento, se llamaron *ingenui;* los que se hacían libres por manumisión (bien sea que hubiesen nacido *servi*, sea que se hubiesen convertido en tales después), se llamaban *libertini* y sufrían alguna disminución en su capacidad jurídica.

Los modos de manumitir a los esclavos según el *ius civile* (las llamadas *manumissiones iustae ac legitimae*) ,fueron tres, produciendo, todas ellas, el efecto característico de transformar el esclavo en libre y *civis Romanus* a un mismo tiempo: *manumissio vindicta, censu, testamento.* La *manumissio vindicta* se llevaba a cabo mediante un ficticio proceso de libertad *(vindicatio libertatis)*, siguiendo el procedimiento de la *legis actio sacramenti in rem* (n. 67). Un amigo del

dominus asumía, delante del magistrado "iusdicente", el papel de *adsertor libertatis* y tocando al esclavo con una *festuca* declaraba que éste era libre ("*hunc ego hominem liberum esse aio*") y el magistrado, ante el silencio del *dominus*, pronunciaba la *addictio in libertatem* del *servus*. La *manumissio censu* se operaba inscribiendo el *dominus* al *servus*, en el momento de la confección del censo, en las listas censuales de los hombres libres. La *manumissio testamento* se obtenía mediante una adecuada disposición testamentaria del *dominus* ("*Stichum servum meum liberum esse volo*"), cuando se producía la sucesión *mortis causa* (n. 77).

En los casos de *manumissio vindicta* o *censu* se establecía una relación llamada de *patronatus* entre el ex dueño *(patronus)* y el ex esclavo *(libertus)*: si el *patronus* moría antes que el liberto, su *ius patronatus* se transmitía a sus *heredes sui* (n. 76); el *ius patronatus*, en cambio, no surgía en el caso de *manumissio ex testamento* porque, en el momento de la manumisión el patrono se hallaba ya en el Orco (por eso, en tal supuesto, se hablaba de *liberti orcini*). Por efecto de ese *patronatus: a) patronus* y *libertus* estuvieron, recíprocamente, obligados, a partir del período clásico, a prestarse recíprocamente lo necesario para vivir *(alimenta)* en caso de indigencia; *b)* el *libertus* estaba obligado, pero solamente con vínculo religioso, a tener con el *patronus* ciertas muestras de respeto *(obsequium)*, a prestarle ciertos bienes *(bona)* y servicios varios *(operae); c)* el *patronus* tenía derecho a suceder *ab intestato*

al *libertus* que hubiese fallecido sin dejar ni testamento, ni *heredes sui* (n. 78).

Ya avanzado el período clásico se difundió, ampliamente, el uso de manumitir esclavos sin recurrir a los modos solemnes establecidos por el *ius civile:* dichas manumisiones no solemnes fueron protegidas por el *praetor*, mediante la concesión a los manumitidos de *exceptiones* y *actiones honorariae*. Una *lex Iunia Norbana* (del año 19 d. J. C?) legitimó y reglamentó tales concesiones de libertad, estableciendo las llamadas *manumissiones inter amicos* o *per epistulam* (realizadas, por tanto, en presencia de testigos o mediante un escrito) las cuales surtían el efecto de conceder a los manumitidos la libertad y la condición de *Latinitas* (los llamados *latini Iuniani:* n. 45) pero no la ciudadanía romana.

En el período postclásico, mientras las manumisiones no solemnes se difundían cada vez más y aparecía un nuevo tipo (la *manumissio per mensam* o *convii adhibitione*, o sea realizada en un banquete) apareció la *manumissio in ecclesia* que consistía en una declaración pública de manumisión hecha en la Iglesia ante el capítulo sacerdotal, la cual hacía adquirir la ciudadanía romana al manumitido. Justiniano borró toda diferencia, en cuanto a los efectos, entre los distintos modos de manumitir ordenando que cualquiera de ellos concediese la *civitas Romana*.

(b) Hecho extintivo de la libertad se consideró, en los tiempos históricos, a la captura por parte

de los enemigos, productora de la llamada *capitis deminutio máxima*. Una *lex Cornelia* del año 81 a. de J. C., con objeto de evitar la consecuencia más grave de esta situación, que era la incapacidad para testar y, por ende, la nulidad del testamento que se hubiese hecho, dispuso que el ciudadano muerto en cautividad debía considerarse fallecido en el momento de la captura, es decir, cuando aun era libre (la llamada *fictio legis Corneliae*).

Si, después de la captura y la consiguiente *capitis deminutio maxima*, el prisionero volvía a pasar los *limina* de *Roma*, recuperaba todas las situaciones jurídicas (activas y pasivas) de las que era titular antes (el llamado *ius postliminii*), pero no se restablecían, sin embargo, ni la *possessio* (n. 88), ni el *matrimonium sine manu* (n. 36), que eran dos instituciones fundadas sobre hechos necesariamente continuados (el *corpore possidere* del poseedor, en el primero, la convivencia de los cónyuges, en el segundo).

45. LA CIUDADANÍA.

Cuarto requisito de la capacidad jurídica fué el de la ciudadanía romana, o sea, el pertenecer a la categoría de los *cives Romani*. Los no ciudadanos (llamados *peregrini*), aun siendo *personae* (n. 41) (a parte de las fuertes limitaciones de que fueron objeto en el campo del derecho público) fueron excluídos, por lo menos en principio y hasta la *constitutio Antoniniana* del año 212 d. J. C., del goce del *ius civile vetus* y del *ius honorarium*.

(*a*) Hechos constitutivos de la *civitas Romana* fueron: α) el nacimiento de *matrimonium iustum* de padres romanos o, por lo menos, de padre que fuese romano en el momento de la concepción; β) el nacimiento de no *iusto matrimonio* de madre romana en el momento del parto (con tal de que no procediese de unión con *peregri* en sentido estricto; γ) la naturalización (llamada *civitatis donatio)* concedida a algunos extranjeros o a sectores de extranjeros por el Estado romano; δ) la *manumissio iusta ac legitima* (n. 44). Además de *iusta*, la *manumissio* era *legitima* si no incidía en las disposiciones limitadoras de las *leges Fufia Caninia* (año 2 a. de J. C.) y *Aelia Sentia* (año 4 d. J. C.): la primera prohibió dar la libertad, mediante *manumissio testamento* a un número de *servi* excesivos, en relación con la importancia del haber hereditario; la segunda (aparte de otras disposiciones de las que hablaremos más adelante), prohibió la manumisión de esclavos hechas por *domini* menores de 20 años o realizada en fraude de las expectativas de sus acreedores.

(*b*) Hechos extintivos de la *civitas Romana* fueron los mismos que ya se han expuesto en relación con la libertad (n. 44), los cuales producían, en este caso, la *capitis deminutio media*.

(*c*) En la categoría general de los *peregrini*, han de distinguirse los *Latini* de los *peregrini* en sentido estricto.

Los *Latini*, llamados *prisci*, por ser los descendientes de los antiguos habitantes del Lacio, aun cuando no eran *cives Romani*, se equiparaban plenamente, en la práctica, y en cuanto al *ius privatum*, a estos, ya que les fueron reconocidos, bien el *connubium* con los romanos, o sea la capacidad para contraer *matrimonium iustum* con los ciudadanos de Roma (n. 36), bien el *commercium* con aquellos, es decir la capacidad de llevar a cabo con ellos los actos regulados por el *ius civile vetus* y, por tanto, la posibilidad de utilizar, en las relaciones con romanos, todo el *ius privatum* romano.

Categorías artificiales de *Latini*—o sean personas que no eran de estirpe latina, pero gozaban de la condición jurídica de los *latini*—fueron: la de los *Latini coloniarii*, miembros de las *coloniae Latinae* (n. 42) establecidas por Roma en algunas localidades en las cuales la *respublica* no quería empeñar su nombre con la creación de *coloniae civium Romanorum;* la de los *Latini Iuniani*, los cuales, a tenor de la *lex Iunia Norbana* (n. 44), carecían de la capacidad de testar y de transmitir, incluso *ab intestato*, a los descendientes sus propios bienes, los cuales, en caso de muerte, pasaban al *patronus* ("*vivunt quasi ingenui, moriuntur ut servi*"); la de los *Latini Aeliani*, es decir, de los *servi* manumitidos antes de haber cumplido los 30 años, con infracción de otra prohibición de la *lex Aelia Sentia*. Estos se hallaban en condiciones idénticas a la de los *Latini Iuniani*.

Los *peregrini* en sentido estricto (o sea, no *Latini)* se clasificaban en: *peregrini ali-*

cuius civitatis, los cuales en sus relaciones con los romanos y con los *peregrini* de las otras ciudades, utilizaban el llamado *ius gentium*, aun cuando en las relaciones entre ellos se servían de los ordenamientos propios a sus respectivas *civitates*; *peregrini dediticii*, o sea, aquellos que carecían de *civitas* porque se rindieron sin condiciones a los romanos *(deditio)* y vivían, exclusivamente, según las normas del *ius gentium*; *(peregrini) dediticii Aeliani* que fué una categoría creada, artificiosamente, por la *lex Aelia Sentia*, ya citada, y se hallaba integrada por los *libertini* que, durante su esclavitud, habían sufrido penas infamantes, como consecuencia de sus *crimina* (y a los que, por ello, les era negado su inclusión entre los *cives Romani*).

Antonino Caracalla, con la famosa *constitutio Antoniniana* del año 212 d. J. C. (n. 19) concedió la *civitas Romana* a todos los habitantes del Imperio, borrando la distinción entre *cives*, *Latini* y *peregrini*. De este beneficio fueron, probablemente, excluídos los *peregrini dediticii*, así como las categorías artificiales de los *Latini Iuniani* y *Aeliani* y *dediticii Aeliani*.

46. LA AUTONOMIA FAMILIAR.

Quinto y último requisito de la capacidad jurídica fué el de la autonomía familiar; requisito estrictamente característico del *ius privatum* romano y consistente en no estar sometido a la *potestas* de otro.

Las personas que se hallaban en esas condiciones de autonomía familiar se les llamó *(personae) sui iuris*. Las *personae alieno iuri subiectae* (o *personae alieni iuris*) aun gozando de plena capacidad en la esfera del derecho público, eran incapaces en la del *ius privatum*. A las *personae sui iuris* se les concedía, también, el título de *patres* (o *matres*) *familiarum*, independientemente del hecho de que tuviesen o no tuviesen (o no pudiesen tener, como las *mulieres*) una *familia* bajo su potestad.

(a) Se consideraron hechos constitutivos de la autonomía familiar: α) la muerte del *paterfamilias* para quienes fuesen sus inmediatos descendientes; β) la *capitis deminutio (máxima* o *media)* del *paterfamilias*; γ) la liberación del *filius* por obra del *pater*, mediante *emancipatio*.

La *emancipatio* fué el resultado de una larga y laboriosa construcción de la jurisprudencia pontifical llevada a cabo hacia fines de la época arcaica (n. 11). Según el *ius Quiritium*, si el *pater* mancipaba (n. 81) el *filius* a otro y éste lo manumitía, el *filius* retornaba, automáticamente, bajo la potestad de su *pater*. Para impedir la utilización de esta norma, las *XII tabulae* establecieron que el *filius* (varón) mancipado y después manumitido tres veces consecutivas, se hacía *sui iuris* (*"si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto"*). Partiendo de esta disposición decenviral, los *patres*, deseosos de hacer *sui iuris* a sus hijos, lo mancipaban, una primera, una segunda y una tercera vez a una persona de su confianza, la cual los adquiría *in causa mancipii* (n. 82) y, en las tres ocasiones, procedía a ma-

numitirlos, produciendo la tercera manumisión la autonomía familiar. Tratándose de *filiae* o de *nepotes*, la *emancipatio* se lograba con una sola *mancipatio* y una sola *manumissio*.

(*b*) Hechos extintivos de la autonomía familiar fueron los mismos que producían la *capitis deminutio maxima* y *media* (n. 44 y 45), y además, la *adrogatio* de un *pater familias* por otro *pater* (n. 82) y la *conventio in manum* de la mujer *mater familias* (n. 36).

47. LOS SUJETOS JURIDICOS LIMITADOS.

Las *personae* (n. 41) no dotadas de las calificaciones antes expuestas (nos. 42-46), o eran extraños, aun cuando *peregrini*, al *ius privatum* romano—por lo menos en principio (n. 45)—, o bien eran objetos y no sujetos de relaciones jurídicas privadas (n. 48). Debemos aun examinar las figuras de los sujetos limitados del *ius privatum* romano, o sea, de aquellas personas que, si bien estaban adornadas de todas las calificaciones regulares antes expuestas, sufrían, por varios motivos, limitaciones en su capacidad jurídica en cuanto al tiempo y en cuanto a las relaciones.

Se consideraron causas de limitación de la capacidad jurídica privada: la *infamia*, el profesar ciertas religiones, el pertenecer a ciertas clases o profesiones, el ser del sexo femenino y la participación en ciertos actos jurídicos.

(*a*) *Infamia*. En el lenguaje común se definió así la situación de algunos sujetos a los cuales el Edicto pretorio prohibía, en consideración a su *ignominia*, el representar a otros en juicio *(postulare pro aliis)*; tales fueron: los que ejercían oficios torpes (ej.: actores, gladiadores); los condenados por *crimina* públicos y por algunos *delicta* privados (n. 94); los condenados en los *iudicia privata* de tutela (nos. 53-54), fiducia, depósito (n. 91), sociedad y mandato (n. 92). A la prohibición de *postulare pro aliis* acompañaban otras sanciones menos graves.

(*b*) Confesión religiosa. En el período precristiano no se conoció limitación alguna de la capacidad por el hecho de profesar determinadas religiones. Con el advenimiento del Cristianismo, los cristianos fueron, con frecuencia, perseguidos duramente, pero jamás sufrieron disminución de su capacidad privada. En cambio, tras el triunfo del Cristianismo (comienzos del siglo IV d. J. C.) se pusieron ciertas limitaciones a la capacidad privada de los paganos y de los judíos, pero sobre todo de los apóstatas y de los herejes.

(*c*) Clases y profesiones. Prescindiendo de ciertos casos de menor importancia, ha de decirse que, desde el período clásico, se impusieron limitaciones varias: a los *senatores* (ej.: incapacidad para casarse con *libertinae*, n. 36), a los magistrados provinciales (ej.: incapacidad para adquirir bienes en la provincia de su mando), a los militares (ej.: incapacidad para casarse y para manumitir esclavos).

Durante el período postclásico, el absolutismo político y la conexa estatificación de su economía, llevaron a la

creación de clases profesionales hereditarias, con prohibición a sus componentes de abandonarlas. Entre estas clases profesionales padecieron graves limitaciones en su capacidad: la de los llamados *servi fisci*, es decir de los operarios adscritos a los talleres y fábricas estatales y la de los llamados *servi glaebae* o *coloni*, es decir, de las personas adscritas al cultivo de los latifundios. Los *coloni*, en particular, se hallaron en una condición casi idéntica a la de los *servi* y constituían como una pertenencia del fundo al que se hallaban adscritos: eran enajenados con él, no podían alejarse del mismo y sólo se hacían libres, si el fundo les era donado, por su propietario.

(*d*) Sexo femenino. A las mujeres, independientemente de toda consideración de *ignominia*, les fué prohibido, por el pretor, el *postulare pro aliis*. Tampoco podían asumir obligaciones en favor de tercero *(SC. Velleianum:* prohibición de *intercessio pro aliis)* y estaban además sometidas a alguna otra limitación.

(*e*) Actos jurídicos limitadores de la capacidad jurídica privada fueron: el *nexum* (n. 94); la *addictio*, o sea, la atribución *in causa mancipi* del deudor insolvente al acreedor declarada por el magistrado en el procedimiento de la *manus iniectio* (n. 67); el *auctoramentum*, es decir, el contrato confirmado por juramento, mediante el cual los gladiadores se ponían a la plena disposición del empresario *(lanista)*; la *redemptio ab hostibus* de un prisionero de guerra, por efecto de la cual el *redemptor* tenía a su disposición al *redemptus*, mientras no hubiese sido reembolsado de la cantidad pagada como rescate.

En algunos casos excepcionales fué reconocida, desde la época clásica, una limitada capacidad jurídica a ciertas *personae* a las que, normalmente, no se las consideraba como posibles sujetos jurídicos privados. Tal fué el caso de la *filiafamilias*, viuda o divorciada, que estuviese interesada en la restitución de la *dos*. Como se ha dicho en su lugar oportuno (n. 37) la *actio rei uxoriae* era ejercida por el *paterfamilias* de la mujer pero "*adiuncta filiae persona*".

NOTA BIBLIOGRAFICA

Cfr., en general, las obras indicadas en el n.º 2 de la *Guia Bibliográfica* y, en particular: DUFF: *Personality in Roman Law* (1938); SCHNORR V. CAROSFELD: *Geschichee der juristischen Personlichkeit*, I (1933); BUCKLAND: *The roman Law of Slavery* (1908); SHERWIN-WITHE: *The roman Citizenship* (1939). Cfr. también BERGER: *Dictionary*.

X

LOS OBJETOS DE LAS RELACIONES JURIDICAS PRIVADAS

SUMARIO: 48. Las calificaciones objetivas regulares.—49. Las *res* y sus clasificaciones.—50. Las *summae divisiones rerum*.

48. LAS CALIFICACIONES OBJETIVAS REGULARES.

No toda fuente de intereses humanos fué considerada como objeto posible de las relaciones jurídicas privadas. Para serlo, fueron exigidos, por el ordenamiento jurídico romano, las siguientes calificaciones: la materialidad, el ser externas al sujeto activo, la utilidad, la limitación y su disponibilidad privada.

(*a*) El requisito de la materialidad fué entendido por los romanos en su sentido más estricto, es decir, en el de *corporalitas* y, con más precisión, en el de tangibilidad (*"tangi posse"*). No eran entonces conocidas las energías (ej.: la energía eléctrica) y, por otra parte, la limitada facultad de abstracción de los romanos, tampoco permitió que se considerasen objeto de

relaciones jurídicas privadas: las ideas (ej.: los inventos industriales) o las actividades (ej.: la prestación de trabajo). Las primeras manifestaciones ampliadoras de tan restringida visión, sólo se produjeron en el período postclásico.

(*b*) El requisito de ser externas al sujeto activo significa que, para los romanos, toda entidad material, excepto el propio sujeto activo, podía ser objeto de relaciones jurídicas privadas: cosas inanimadas (*res* en sentido estricto), *animalia* y *servi* (*res* en sentido lato) e, incluso, las personas libres y ciudadanas (aun cuando éstas por un cierto tiempo y para un fin determinado).

Este criterio fué de aplicación común en el derecho arcaico en el cual los *filii familiarum* eran objeto de *mancipium* (n. 81) y los mismos *patres familiarum* podían auto-pignorarse mediante *nexum* (n. 91) o caer en la situación de *addicti* (n. 47). En los derechos preclásico y clásico ésta primitiva concepción se fué debilitando hasta el punto de que sólo se consideró objeto típico de las relaciones jurídicas privadas las *res* (en sentido lato); sin embargo, se consideró que los *filii familiarum* eran objeto de la relación absoluta llamada *patria potestas* así como lo eran mientras fuesen *liberi in causa mancipii* (n. 82), e, incluso, se llegó a admitir, por ejemplo, que un sujeto jurídico podía *"se operasque suas locare"* a otro sujeto jurídico, convirtiéndose en objeto (durante un cierto tiempo y para un fin determinado) de una relación jurídica relativa (obligación *ex*

locato; n. 92). Es sólo en el derecho postclásico y debido, principalmente, a la influencia del Cristianismo cuando llegó a desaparecer, por lo menos en principio, la antigua concepción.

(*c, d*) El requisito de la utilidad se entendió en Roma como la aptitud del objeto para satisfacer una necesidad humana o, más exactamente, una necesidad del sujeto activo de la relación. A éste se añadía el requisito de la limitación, o sea, la idoneidad para crear, en el sujeto activo, un interés en hacer un sacrificio con tal de deducir una utilidad de la cosa; he aquí por qué no fueron consideradas aptas para ser objeto de relaciones jurídicas públicas o privadas las llamadas *res communes omnium,* como el aire, al *aqua profluens* (¿de lluvia?), el mar.

(*e*) Se requiere, por último, la disponibilidad privada, o sea, que los bienes no estuviesen sustraídos al *commercium* de los sujetos jurídicos privados, por el hecho de estar destinados a satisfacer intereses públicos o religiosos y pudiesen, por lo tanto, ser considerados *in patrimonio* (n. 50).

49. LAS "RES" Y SUS CLASIFICACIONES.

Ya muy avanzado el período preclásico, de entre los posibles objetos jurídicos, adquirieron importancia específica y predominante las *res,* tanto en sentido lato, como en sentido estricto (n. 48), es decir, en otras palabras, los objetos de aquel particular derecho absoluto que se llamó *dominium ex iure Quiritium* (n. 83).

Con el tiempo, y particularmente durante la época postclásica, se debilitó cada vez más la posibilidad de concebir como objeto de relaciones jurídicas a los hombres y entonces las *res* se hicieron, prácticamente, sinónimas, de objetos jurídicos en general, cual acaece en los ordenamientos jurídicos modernos.

Aun subsistiendo el requisito de la materialidad, como esencial a la noción de objeto jurídico, y, por ende, de *res* (n. 48), algunos juristas clásicos (por ej. Gayo: n. 30) hablaron también, bajo la influencia de las doctrinas filosóficas, de *res* en sentido traslaticio al referirse a las relaciones jurídicas o *iura.* Con objeto, tan sólo, de encuadrar la materia se distinguió (Gayo ,2, 13) entre *res corporales* (las cosas en sentido técnico: "*veluti fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles*") y *res incorporales* ("*qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicuti hereditas ususfructus obligationes quoquo modo contractae*").

Las *res (corporales)* pueden ser clasificadas, y así lo fueron, efectivamente, por los romanos, partiendo de los siguientes criterios de diferenciación: composición, divisibilidad económica, productividad, consumibilidad, fungibilidad y movilidad.

(*a*) Siguiendo el criterio de la composición se distinguió entre: α) cosas simples, o sean, creadas unitariamente por la Naturaleza y animadas por un único soplo natural (*quae uno spiritu continentur:* cfr. Pomponio, D. 41. 3. 30 pr.), como un esclavo, un caballo, un tronco de árbol, un bloque de mármol (aun cuando transformado en estatua); β) cosas materialmente

compuestas, es decir, constituídas mediante la reunión artificial de varias cosas simples (*quae ex pluribus inter se cohaerentibus constant:* cfr. Pomponio *eod.*), como un edificio, una nave, un vestido; γ) cosas económicamente compuestas, o sea, idealmente reunidas con objeto de lograr una finalidad económica unitaria (*quae ex pluribus inter se distantibus constant: corpora soluta, sed uni nomini subiecta:* cfr. Pomponio, *eod.*), como una piara, un rebaño.

La especulación jurisprudencial clásica, en la concepción de las cosas económicamente compuestas (llamadas *universitates facti*), no pasó del *grex* y afines. El derecho romano desconoció el concepto moderno de las llamadas *universitates iuris.*

(b) Partiendo de la divisibilidad económica se distinguieron: α) cosas (simples o compuestas) divisibles, es decir, las suceptibles de partición material, con tal de que cada uno de sus trozos o partes tuviese la misma cualidad del todo y una utilidad económica proporcional (ej.: un fundo, una casa, un pan); β) cosas indivisibles que eran las que no podían ser partidas del modo antes indicado (ej.: un caballo, una máquina).

(c) Con arreglo a la productividad se distinguió entre: α) cosas fructíferas o sean capaces de dar, con mayor o menor periodicidad, un producto material, económicamente autónomo (caso fundamental fué el del *fructus;* casos derivados: el de las flores, la leche, las crías de los animales subhumanos, la lana de esquila periódica, la leña de un bosque talar, los productos minerales, etc.); β) cosas infructíferas, o sean las incapaces de producción.

Esa otra distinción, más amplia y comprensiva, entre cosas rentables y cosas que no lo son, basada sobre la aptitud para dar, en cualquier forma, una renta económica (mediante arrendamiento, mutuo, etc.) no fué generalmente utilizada. A veces, se habló sin embargo junto a los *frutus naturales* (o frutos en sentido propio) de *fructus civiles* o *reditus.*

(d) A base del criterio de la consumibilidad se distinguió entre: α) cosas consumibles, las cuales, para ser utilizadas, habían de ser, necesariamente, destruídas, enajenadas o transformadas (ej.: géneros alimenticios, dinero, materias primas); β) cosas inconsumibles, o sean, las suceptibles de un uso reiterado y, prácticamente, ilimitado (ej.: un fundo, un cuadro, un vestido).

En la época postclásica las cosas que no se consumían de una sola vez, pero se deterioraban por el uso reiterado (*quae usu minuuntur;* ej.: *vestimenta*) pasaron a constituir una categoría o clase intermedia entre las dos anteriores.

(e) Con arreglo a la llamada fungibilidad se distinguió entre: α) cosas fungibles es decir, aquellas pertenecientes a un *genus* relativamente extenso ("*quae in genere suo functionem recipiunt*"; Paulo: D. 12. 1. 1), para las cuales, por lo tanto, no tiene importancia jurídica la individualidad de cada una de ellas y sí, en

cambio, el pertenecer a un *genus* (*res quae pondere numero mensura consistut:* ej.: el dinero, los alimentos); β) cosas infungibles o sea, individualizadas en su específica identidad (*singula corpora:* ej.: un determinado caballo, el esclavo Estico).

La infungibilidad, además de natural puede ser artificial, cuando se conceda por los sujetos una individualización particular a cosas de por sí fungibles (ej.: "este montón de trigo").

(f) Con arreglo a la movilidad se clasificaron las cosas en: α) inmuebles, o sea, las que no se podían transportar de un lugar a otro (ej.: un fundo, un edificio, el baño instalado en una casa); β) muebles, es decir, las transportables de un lugar a otro e, incluso, semovientes. Esta clasificación que es fundamental, desde muchos puntos de vista, en los ordenamientos jurídicos modernos, careció de importancia en Roma hasta el período postclásico.

50. LAS "SUMMAE DIVISIONES RERUM".

Las clasificaciones más importantes de las *res* en el derecho romano fueron aquéllas que miraban a la diferente función social de las mismas. Desde tal punto de vista, se distinguieron las *res mancipi* de las *res nec mancipi* y las *res in commercio* de las *res extra commercium.*

(a) La distinción entre *res mancipi* y *res nec mancipi* fué de fundamental importancia, hasta fines del período clásico, pero decayó en la época post-

clásica, hasta ser abolida por Justiniano (CI. 7. 31. 1. 5).

Res mancipi eran las *res* que, en el período arcaico, habían constituído el objeto posible de la relación de *mancipium* (n. 81) por estar estrechamente ligadas a las necesidades vitales de la *familia* (n. 35). Estas fueron: los *fundi in agro Romano* (y, en los últimos años del período preclásico, también los *in agro Italico*), los *servi*, los *animalia quae collo dorsove domantur* (caballos, bueyes, asnos, mulos) y, por motivos que, en otro lugar, expondremos (n. 85), las servidumbres rústicas de paso (*iter, via, actus*) y de *aquaeductus*. Por esta función esencial desempeñada, en la antigüedad, por las *res mancipi*, el *dominium* sobre ellas no podía ser transmitido mediante *traditio*, sino mediante *mancipatio* y (salvo para las servidumbres rústicas) mediante *in iure cessio* (n. 83). Con la reforma justinianea, la *traditio* se utilizó también para las *res mancipi*.

(b) La distinción entre *res in commercio* (o, según la terminología de Gayo, *in patrimonio*) y *res extra commercium* (o *extra patrimonium*) fué de fundamental importancia para determinar si una *res* se hallaba o no en la esfera de la disponibilidad privada (n. 48) y, por ende, si podía o no constituir objeto de relaciones jurídicas privadas.

Res extra commercium fueron consideradas: α) las *res divini iuris*, es decir, aquellas dedicadas al culto y dentro de las cuales había que distinguir: las *sacrae*, o sean las destinadas al culto de los dioses (templos, ornamentos sagrados, etc.), las *reli-*

a i o s a e destinadas al culto de los difuntos (*res diis Manibus relictae* y entre las cuales figuraban los *sepulchra*) y las *s a n c t a e*, pertenecientes a la comunidad y puestas bajo la protección directa de los dioses (ej.: las puertas y las murallas de la ciudad); β) las *r e s h u m a n i i u r i s* que se clasificaban en: *p u b l i c a e*, o sean las pertenecientes a la comunidad estatal y destinadas, normalmente, al uso de la misma (*quae publico usui destinatae sunt:* carreteras, edificios públicos, *flumina publica*) y *u n i v e r s i t a t i s* pertenecientes a la comunidad ciudadana y para el uso colectivo. Las *res communes omnium*, privadas, en realidad, de la calificación de objetos jurídicos (n. 48) fueron incluidas, por algunos, entre las *extra commercium (humani iuris)*, en consideración al hecho de que no podían constituir objeto de relaciones jurídicas privadas.

NOTA BIBLIOGRAFICA

Cfr., en general, las obras indicadas en el n.º 2 de la *Guía Bibliográfica*. Cfr., en particular, GROSSO: *Le cose* (s. a.) y también BERGER: *Dictionary*.

XI

EL ORDEN JURIDICO PRIVADO Y SUS CAUSAS

SUMARIO: 51. Los efectos jurídicos y los hechos jurídicos.—52. La capacidad de obrar y sus requisitos.—53. La *tutela impuberum*.—54. La *tutela mulierum*.—55. Las curatelas.—56. La mera capacidad de obrar.

51. LOS EFECTOS JURIDICOS Y LOS HECHOS JURIDICOS.

Como ya se ha dicho (n. 1), es fin del ordenamiento jurídico, la realización del *o r d e n j u r í d i c o*, o sea, el que se produzcan aquellos efectos que las normas jurídicas renonocen en el caso de que tenga lugar uno de los supuestos previstos por ellas (los llamados *e f e c t o s j u r í d i c o s*).

El orden jurídico puede resolverse, con más precisión, en una triple categoría de efectos jurídicos: *a)* la *c o n s t i t u c i ó n* de una calificación o de una relación inexistente hasta ese momento; *b)* la *e x t i n c i ó n* de una calificación o de una relación existente; *c)* la *m o d i f i c a c i ó n* de una calificación o de una relación en uno

de sus elementos característicos (ej.: la sucesión, n. 75).

Es causa del orden jurídico, el que se produzcan acaecimientos conformes a los casos supuestos por las normas jurídicas (hechos jurídicos). La clasificación más simple y general de los hechos jurídicos distingue entre hechos involuntarios y voluntarios, subdividiendo estos últimos en lícitos e ilícitos.

(a) Son hechos jurídicos involuntarios, todos aquéllos cuyo acaecer es independiente de la voluntad de los futuros o actuales titulares de una calificación o relación, respecto a los cuales están llamados a ejercer su influencia, aun cuando dependiendo, bien del orden natural de las cosas (los llamados hechos naturales, como por ejemplo: el nacimiento o la muerte del sujeto, el perecimiento natural de un objeto jurídico), bien de la voluntad de un sujeto extraño (los llamados actos de un tercero: ejemplo: la requisa de un objeto de propiedad privada por la autoridad gubernativa).

(b) Los hechos jurídicos voluntarios, también llamados actos jurídicos, son aquéllos que se producen por voluntad de los futuros o de los actuales titulares de una calificación o de una relación, respecto a los cuales están llamados a ejercer su influencia.

Los actos jurídicos se llaman: α) lícitos, cuando el comportamiento que suponen está permitido, explícita o implícitamente (por no estar prohibido) por el ordenamiento jurídico; β) ilícitos si la conducta que suponen está prohibida por el ordenamiento jurídico, quien, por ello, atribuye, a dicho comportamiento o conducta, una responsabilidad para el agente, siempre que haya causado una lesión a la esfera jurídica de otro u otros sujetos (relación jurídica de responsabilidad: n. 33).

52. LA CAPACIDAD DE OBRAR Y SUS REQUISITOS.

Según el *ius privatum* romano de la época histórica, todos (fuesen o no sujetos jurídicos) podían ejecutar actos jurídicos ilícitos; pero, en el caso de agentes que no fuesen jurdicamente capaces, la responsabilidad de tales actos recaía sobre los *patres familiarum*, quienes sólo podían liberarse de ella entregando el culpable al sujeto jurídico ofendido (*noxae deditio:* n. 94).

En cuanto a los actos jurídicos lícitos, precisaba distinguir, por el contrario, entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, es decir, idoneidad para llevarlos a cabo válidamente.

En la época histórica, no todos los sujetos jurídicos tenían la capacidad de obrar. Por otra parte, podía suceder que, al menos dentro de ciertos límites, fuese reconocida, incluso a *personae* a quienes no se consideraban sujetos jurídicos *(filii familias* y *servi)*, una mera capacidad de obrar (n. 50).

Fundamento del concepto de capacidad de obrar fué la convicción, cada vez más difundida y profunda, con el trascurso del tiempo, de que un acto jurídico lícito sólo podía ser llevado a cabo válidamente por quien fuese física y mentalmente idoneo para darse

cuenta de su alcance y trascendencia. Sin embargo, durante todo el período clásico, los romanos no llegaron a admitir que la capacidad de obrar debiese de existir *in concreto*, es decir, que fuese preciso determinar en cada caso si el agente, en el momento de la realización del acto, era efectiva y concretamente capaz de entenderlo y de quererlo (la llamada capacidad natural de obrar).

El derecho clásico consideró suficiente la capacidad abstracta de obrar, o sea, la concurrencia en el agente, en el momento de la realización del acto, de algunos requisitos, los cuales, abstractamente (es decir, en consideración del *id quod plerumque accidit*), hacían presumible su idoneidad física y mental. Fué tan sólo en el derecho postclásico donde se manifestó, si bien de modo esporádico e inseguro, la exigencia de la capacidad natural como integrativa de la capacidad abstracta de obrar; por tanto, aun concurriendo los requisitos de la capacidad abstracta de obrar, se consideró inválido el acto, si éste había sido llevado a cabo en estado de incapacidad natural.

En la época histórica fueron requisitos principales de la capacidad abstracta de obrar, los siguientes: α) la pubertad, que los Sabinianos querían que se determinase, en cada caso, mediante la oportuna *inspectio corporis*, pero que los Proculianos (cuya opinión prevaleció) fijaron, basándose en la experiencia, en los 14 años para los hombres y en los 12 para las mujeres; β) la masculinidad; γ) la normalidad psíquica, resultante de la ausencia de enfermedades mentales, del suficiente discernimiento administrativo, de la experiencia social y de otros elementos de menor y más limitada importancia.

En su consecuencia, cuantos careciesen de los anteriores requisitos fueron sometidos: a *tutela (impuberum, mulierum;* n. 53-54) o a *cura (furiosi, prodigi, minorum,* etc.: n. 55).

53. LA "TUTELA IMPUBERUM".

Durante la época histórica la *tutela impuberum* fué una institución de asistencia para aquellos sujetos jurídicos incapaces de obrar por razón de su edad *(impúberes:* n. 52). A tal fin, eran concedidos, a un sujeto capaz de obrar *(tutor)*, poderes de vigilancia, de sustitución o de complemento de la actividad jurídica del asistido *(pupillus, pupilla): "tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa"* (Ulpiano. D. 26. 1. 1 pr.).

El carácter exageradamente autoritario de la tutela de los tiempos históricos nos da a entender que, en la época más antigua, las cosas anduvieron de manera un tanto diferente. En el período arcaico, al no haberse perfilado aún la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, los *impúberes*, que eran a todas luces incapaces de obrar, fueron probablemente considerados, durante todo el período

de su *impubertas*, como jurídicamente incapaces y, por tanto, sometidos a una *potestas* del *tutor* que era, en todo y por todo, idéntica (salvo en su duración) a la *potestas* de un *pater* sobre sus *filii familias*. Con el tiempo se introdujo el principio de que el *pupillus*, aun siendo *impúber* y, por ello, incapaz de obrar, era, sin embargo, *sui iuris*, por cuya razón, los poderes del *tutor*, que antes eran absolutos, fueron objeto de limitaciones, a excepción, por motivos obvios, de la tutela de los *infantes*, es decir, de los *impúberes* "*qui fari non possunt*" (hasta los 6 ó los 7 años).

(*a*) En la época histórica fueron hechos constitutivos de la *tutela impuberum*, los siguientes: α) la *datio tutoris testamentaria*, es decir, el nombramiento de un *tutor (tutor testamentarius)* hecho por el *paterfamilias* en su *testamentum* (n. 77) para después de su muerte; β) subordinadamente, y para los casos en que no se hubiese nombrado o no hubiese aceptado el tutor testamentarius, la *successio ab intestato* (n. 78) en cuya virtud, a la muerte del *paterfamilias* eran llamados por la *lex XII tabularum* al oficio de *tutor (tutor legitimus)*: el *adgnatus proximus* o, en su defecto, los *gentiles*; γ) en el caso de no existir *tutores legitimi*, la *datio magistratus*, es decir, el nombramiento de un *tutor* (llamado *tutor Atilianus* o *dativus)* hecho, a tenor de la *lex Atilia de tutore dando* (siglo II a. de J. C.), por el *praetor* con la asistencia de la mayoría de los *tribuni plebis*: en

las provincias proveyeron a esa necesidad, para los *impúberes* ciudadanos romanos, los respectivos gobernadores en virtud de las leyes *Iulia* y *Titia*.

Fueron requisitos personales del *tutor* en la época clásica y para cualquier clase de tutela, los siguientes: la capacidad jurídica (n. 41), la pubertad, la masculinidad; en el derecho postclásico la pubertad fué sustituída por la mayoría de edad (n. 55) y se admitió, además, la *tutela* de la madre viuda sobre sus hijos.

(*b*) Las funciones del *tutor* variaron sensiblemente hacia fines de la época clásica, según la clase de *tutela*. En efecto, mientras las tutelas *testamentaria* y *legítima* conservaron, durante mucho tiempo, su originario carácter de *potestates*, la *tutela Atiliana* tuvo, desde el comienzo, sólo carácter de *munus publicum*, de carga asistencial impuesta por interés público.

Los poderes de los tutores se concentraban en tres clases de actividades: α) una general de vigilancia de la conducta personal del *pupillus* (o *pupilla)*, que no estaba, en modo alguno, sancionada por el *ius privatum*; β) *auctoritas interpositio* en relación con los actos jurídicos lícitos realizados por el *pupillus*: ésta se llevaba a cabo mediante una declaración con la cual el *tutor* expresaba su aprobación del acto celebrado; γ) *administratio patrimonii*, es decir, la gestión de los asuntos patrimoniales del pupilo en nombre propio, pero por cuenta de aquél, con facultad de ponerse en relación con terceras personas (n. 64).

La *administratio patrimonii* era irrenunciable para el *tutor Atilianus* mientras no correspondía, por lo general, a los otros dos tipos de *tutores*. Estos sólo podían asumirla de modo voluntario, si prometían, previamente, al pupilo, de modo solemne, no dilapidarle su patrimonio (*satisdatio rem pupilli salvam fore*). Septimio Severo limitó, notablemente, esta *administratio*, al prohibir la enajenación, salvo ciertas excepciones, de los *praedia rustica et suburbana* (*oratio Severi* del año 195 d. J. C.). A esta siguieron otras limitaciones hasta que, en el derecho justinianeo, se afirmó el principio de que el *tutor* tenía que obtener la previa autorización del magistrado para todo acto que excediese de una administración ordinaria, o sea, para cualquier enajenación que no tuviese por objeto los frutos y las cosas perecederas.

(*c*) En la época histórica, se consideraron hechos extintivos de la *tutela impuberum*, los siguientes: α) el haber alcanzado la pubertad el *pupillus* o la *pupilla* (ésta pasaba, entonces, bajo la *tutela mulierum:* n. 54); β) la muerte o *capitis deminutio* del *tutor;* γ) la solemne *abdicatio tutelae* hecha por el *tutor testamentarius* (con la consiguiente apertura de la *tutela legitima);* δ) la *in iure cessio tutelae* llevada a cabo por el *tutor legitimus* a un *tutor cessicus* (la cual, por otra parte, sólo suponía la transmisión del ejercicio de la *tutela* y no de la titularidad de la misma); ε) la *remotio* del *tutor Atilianus* (y de los *tutores* a éste equiparados) hecha por el magistrado a causa de su ineptitud.

En el siglo II d. J. C. (época de Marco Aurelio) fué abolida la *abdicatio tutelae testamentariae* y prohibida la *in iure cessio tutelae legitimae*, mientras se extendió la *remotio* al *tutor legitimus* condenado a consecuencia de la *accusatio suspecti tutoris*. En esta misma época se difundió y se perfeccionó el sistema de las *excusationes* que habían sido establecidas, a título excepcional, para los *tutores Atiliani:* de aquí que, el *tutor Atilianus* y el *tutor testamentarius*, pudiesen alegar una larga serie de graves motivos para ser dispensados de la tutela (ausencia *rei publicae causa*, profesiones o cargos muy absorbentes, número de hijos, etc).).

(*d*) Hemos de examinar separadamente la responsabilidad de los *tutores* por su gestión pupilar, en relación con los terceros y con respecto al *pupillus* (o *pupilla*).

En relación con los terceros, el tutor era responsable de cuantos actos hubiese realizado, en nombre propio y por cuenta del *pupillus*, a título de *administratio:* para los actos llevados a cabo por el *pupillus* con la *auctoritas* del tutor (*tutore auctore*) era, por el contrario, directamente responsable el *pupillus*.

En relación con el *pupillus:* α) el *tutor legitimus* sólo fué considerado responsable, durante la época clásica, de las malversaciones voluntarias, estando, en tal caso, el *pupillus* autorizado para ejercitar contra él una acción penal *in duplum* (*actio rationibus distrahendis*); β) al *tutor Atilianus* se le consideró

responsable por cualquier deficiencia en su *officium*, pudiendo ejercerse contra él una acción de buena fe e infamante: la *actio tutelae;* γ) el *tutor testamentarius* fué también considerado responsable en ese caso, dándose contra el mismo la *actio tutelae*, mas sólo a partir del siglo I a. de J. C., pues antes únicamente se le podía perseguir por las malversaciones realizadas, en concepto de *crimen suspecti tutoris* y mediante una acción pública *popularis*, o sea, ejercitable por un *quivis de populo;* δ) el *tutor* que hubiese prestado la *satisdatio rem pupilli salvam fore* estaba obligado, en caso de incumplimiento, y se podía ejercer contra él la *actio ex stipulatu*.

En derecho postclásico: la *accusatio suspecti* se confundió con la petición de *remotio* y fué ejercitable contra toda clase de *tutores;* la *actio tutelae* se pudo ejercer contra toda clase de *tutores*, en los casos de mala administración no dolosa y la *actio rationibus distrahendis* fué también ejercitable, contra todos ellos, en los casos de malversación.

54. LA "TUTELA MULIERUM".

La *tutela mulierum* fué una institución, fundamentalmente, análoga a la *tutela impuberum* (n. 53), salvo que eran sujetos de la misma las mujeres *sui iuris* y *viripotentes* (por consiguiente no sometidas a la *tutela impuberum*). Esta se basaba en la presunción de una irreducible *levitas animi* de las mujeres, aun cuando se trataba de una presunción poco fundada (Gayo, I, 190: "*feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur*").

En la *tutela mulierum* se aprecian, mucho mejor que en la *tutela impuberum*, las huellas de una arcaica estructura autoritaria que se adecuaba, evidentemente, a una situación de incapacidad jurídica absoluta y perpetua de las *mulieres*. Sin embargo, mientras la *tutela impuberum* se transformó, con el tiempo, de institución autoritaria en institución asistencial, la *tutela mulierum*, en cambio, se desacreditó prácticamente, aun cuando permaneciendo, formalmente, en vida, debido a la general reprobación social de la presunción sobre la que se basaba.

En su consecuencia: *a*) las funciones del *tutor mulieris* quedaron reducidas a la *auctoritas interpositio*, respecto a unos pocos y concretos actos (enajenación de *res mancipi*, asunción de obligaciones, *litis contestatio* en un *iudicium legitimum*, etc.); *b*) podía ser *tutor mulieris* incluso un *impuber* o un *furiosus; c*) junto al *tutor testamentarius*, al *tutor legitimus* y al *tutor Atilianus*, fué admitida y ampliamente utilizada la figura del *tutor optivus*, es decir, del tutor elegido por la propia mujer, en virtud de una autorización contenida en un *testamentum; d*) la mujer fué autorizada a liberarse de la tutela legítima mediante la *coemptio fiduciae causa* (n. 36); el *coemptionator* fiduciario procedía, poco después de la *coemptio*, a transferirla en el *mancipium* de la persona deseada, la cual se convertía en *tutor fiduciarius* de la mujer.

La *tutela mulierum* decayó a partir del siglo I a. de J. C. y desaparece, del todo, durante el período postclásico.

55. LAS CURATELAS.

Los sujetos jurídicos que eran psíquicamente anormales o flacos de entendimiento (n. 52) quedaron encomendados, por el *ius privatum* romano, a la asistencia de *curatores*, los cuales presentaban, en la época histórica, la común característica de quedar limitadas sus funciones al campo patrimonial, sustituyendo, en dicho terreno, al asistido.

La *cura*, por lo tanto, no implicó la *auctoritas interpositio*, sino sólo la *negotiorum gestio*.

Los más notables casos de *cura* fueron los siguientes: la *cura furiosi*, la *cura prodigi*, la *cura impuberis*, la *cura debilium personarum*, la *cura minoris*.

(*a*) La *cura furiosi*, de antiquísimo origen, se ejerció, en la época histórica, sobre aquellas personas que padecían algún tipo de manifiesta locura, incluso no furiosa *(furor vel dementia)*. La *cura furiosi* correpondía, a tenor de la *lex XII tabularum*, en primer término a los *adgnati* y, subordinadamente, a los *gentiles;* si faltaba el *curator legitimus* se le substituía con un *curator honorarius* nombrado por el pretor.

(*b*) La *cura prodigi*, también muy antigua, fué reglamentada del mismo modo que la *cura furiosi*. Al principio sólo fué objeto de esta *cura* el *prodigus heres ab intestato*, es decir, aquel que dilapidaba el patrimonio recibido por sucesión *ab intestato* (n. 78); más tarde, esta *cura* se extendió a todos los casos de imprudente prodigalidad. La apreciación de la prodigalidad del sujeto y la declaración de su incapacidad de obrar eran hechas por el *praetor*, mediante la solemne ceremonia de la *interdictio prodigi*.

(*c*) La *cura impuberis* fué establecida, en la época clásica, como institución supletoria de la *tutela impuberum*. El *curator adiunctus*, nombrado por el *praetor*, ejercía la *negotiorum gestio* en lugar del *tutor* y a riesgo de éste, en el caso de que se hallase, transitoriamente, impedido para administrar.

(*d*) Los *curatores debilium personarum* fueron nombrados por el pretor para asistir a ciertos sujetos jurídicos defectuosos *(surdi, muti*, etc.).

(*e*) El *curator minoris XXV annorum* se creó en la época clásica. La *lex Plaetoria de circumscriptione adulescentium* (¿191 a. de J. C.?) había establecido penas pecunarias contra quienes, negociando con sujetos púberes menores de 25 años, les hubiesen engañado. En su virtud, el pretor concede a estos menores una *exceptio* para el caso en que hubiesen sido demandados ante un tribunal para que cumpliesen las obligaciones contraídas (n. 69). Por otra parte, los *minores XXV annorum*, para tranquilizar y asegurar a las personas con las que establecían relaciones de negocios, de la inatacabilidad futura de tales negociaciones, acostumbraron a solicitar del magistrado que les nombrase *curatores* mayores de edad que los asistiesen. En la época

postclásica, al generalizarse su uso, tal *curator* fué nombrado, ordinariamente, a los *minores*, aun sin que lo pidiesen y por un período de tiempo igual al que había de transcurrir para que alcanzasen la mayoría de edad.

56. LA MERA CAPACIDAD DE OBRAR.

La mera capacidad de obrar de las *personae*, a las que no se les reconocía capacidad jurídica privada fué, en parte, admitida por el *ius civile* y, en parte, por el *ius honorarium*. En su virtud, se admitió, en una medida cada vez más amplia, que los actos jurídicos lícitos, llevados a cabo por los sometidos a un *pater familias* romano *(filii, mulieres in manu, liberi in causa mancipii, servi)*, produjesen efectos para su *pater familias* y que, en ciertos casos, tales actos produjesen efectos para el propio agente, a partir del día en que éste llegase a ser *sui iuris*.

(*a*) Según el *ius civile* se admitió, desde tiempos remotos, que los *alieno iuri subiecti* realizaban, válidamente, los actos jurídicos lícitos, siempre que estos fuesen provechosos para su *pater familias* sobre quien, además, recaerían sus efectos (ej.: adquisición de derechos reales y de créditos).

Respecto a los *filii familias* masculinos se admitió, también, que estos podían obligarse, mediante *stipulatio*, con terceras personas, quedando la eficacia de tal acto subordinada a su liberación de la *patria potestas*.

(*b*) Los actos no provechosos para el

pater familias (enajenaciones, asunción de obligaciones) eran (salvo el caso ya indicado de la *stipulatio* del *filiusfamilias)* civilmente nulos, pero el *ius honorarium* vino a conceder, en algunos casos, una acción contra el *paterfamilias* por obligaciones contraídas por las personas sometidas a su potestad, con su previa autorización o cuando le habían resultado provechosas.

Tales acciones (las llamadas *actiones adiecticiae qualitatis)* fueron las siguientes: la *actio quod iussu* que se basaba en el hecho de que el acreedor había recibido del *paterfamilias* una autorización expresa *(iussus)* para negociar con su subordinado; la *actio exercitoria* relativa a las obligaciones contraídas por el subordinado, en el ejercicio de una empresa marítima, por cuenta del *pater;* la *actio institoria*, semejante a la anterior, pero para los casos de empresas comerciales terrestres; la *actio de peculio* ejercitable dentro de los límites del *peculium* concedido por el *pater* al subordinado *(dumtaxat de peculio);* la *actio de in rem verso* encaminada a proteger las ganancias con las que el subordinado había logrado aumentar el patrimonio del *pater;* la *actio tributoria* dirigida a obtener del *pater* la justa parte del *peculium* del subordinado cuando éste lo hubiese empleado, con su conocimiento, en especulaciones comerciales. En el período clásico, las *actiones exercitoria* e *institoria* fueron concedidas también en aquellos casos en que una *persona*, que no podía ser sujeto jurídico, había sido colocada al frente de una empresa o negocio

(marítimo o terrestre) por persona que no fuese su *pater familias*.

(*c*) Debido al reconocimiento cada vez más amplio de la mera capacidad de obrar de las *personae* privadas de capacidad jurídica (y, en particular, de los *filii familiarum*), se operó, desde comienzos del período clásico, una progresiva desvalorización del requisito de la autonomía familiar, tradicionalmente considerado como esencial para la capacidad jurídica privada (n. 46). Esta se produjo, primero mediante la creación del *peculium castrense* y después, en la época postclásica, a través del *peculium quasi castrense* y del *peculium adventicium* (n. 82): conjuntos patrimoniales sobre los cuales se admitió la casi ilimitada disponibilidad del *filius familias*.

En la época postclásica, además, se admitió, también, que el *filius familias* pudiese ser considerado personalmente responsable por los *delicta* que cometiese.

NOTA BIBLIOGRAFICA

Véanse las obras indicadas en el n.º 2 de la *Guía Bibliográfica*. Cfr., en particular, BONFANTE: *Corso di diritto romano*, I. *Diritto di famiglia* (1925), y BERGER: *Dictionary*.

XII

LOS NEGOCIOS JURIDICOS Y SUS EFECTOS

SUMARIO: 57. Los actos jurídicos de autonomía.—58. Los actos de autonomía del *ius privatum*.—59. Validez y eficacia de los negocios jurídicos.—60. La forma en los negocios jurídicos.—61. La causa en los negocios jurídicos.—62. La voluntad en los negocios jurídicos.—63. Las cláusulas accidentales de los negocios jurídicos.—64. La sustitución en la actividad negocial.—65 La interpretación de los negocios jurídicos.

57. LOS ACTOS JURIDICOS DE AUTONOMIA.

En estricto rigor lógico, la determinación de los efectos que se pueden producir al verificarse un hecho jurídico (voluntario o involuntario), debería operarse, por lo menos en lo que concierne el orden jurídico privado, por el ordenamiento jurídico. En otras palabras, los sujetos jurídicos privados, sólo deberían poder influir sobre los efectos jurídicos en el caso de que el ordenamiento jurídico los hiciese depender de un hecho voluntario y, en tal supuesto, únicamente, bien entendido, en el sentido de que son libres para llevar a cabo el acto, provocando

así los efectos prestablecidos o para no realizarlo, impidiendo, entonces, la producción de tales efectos.

Ahora bien, semejante sistema presupone la existencia de unos ordenamientos jurídicos tan perfectos y completos en todos sus particulares, que resulte, prácticamente, imposible, que un efecto jurídico cualquiera no haya sido previsto por ellos. Mas esto es absurdo, pues los ordenamientos jurídicos (y, en particular, los más primitivos y menos completos) acostumbran a dejar a los sujetos jurídicos unas veces más y otras menos, una cierta esfera de autonomía para que estos fijen los efectos que deberán producir sus actos, siempre que estos sean lícitos.

De aquí la distinción en los actos jurídicos lícitos entre: *a*) meros actos jurídicos que son, precisamente, aquellos cuyos efectos han sido fijados exactamente por el ordenamiento; *b*) actos jurídicos de autonomía, o sean aquellos cuyos efectos son, total o parcialmente, determinados por los sujetos mismos que los llevan a cabo.

Estos actos jurídicos de autonomía pueden definirse, con más exactitud, como los que producen lícitamente efectos jurídicos, de conformidad con la voluntad manifestada por quien los realiza y con el fin práctico que, mediante él, se ha querido alcanzar. El ordenamiento jurídico establece, únicamente, los límites más o menos amplios de la licitud, precisando quienes son capaces de realizarlos, a qué tipo de objeto pueden referirse, qué clases de fines

prácticos pueden ser perseguidos (o, para decirlo mejor, qué fines prácticos no son perseguibles mediante actos de autonomía). Por lo demás, los efectos jurídicos de los actos de autonomía dependen, de modo exclusivo, de la identificación de su fin práctico específico (la llamada causa del acto) y de la interpretación de la voluntad manifestada por quienes los realizan.

Es algo que depende del grado de evolución de una cultura jurídica el que se confiera mayor o menor importancia, antes que a la pura y simple manifestación exterior de la voluntad (manifestación que, por un conjunto de motivos, puede, en ocasiones, no coincidir con el verdadero querer del sujeto agente), a la verdadera voluntad interna, permitiéndose, incluso, la investigación sobre los eventuales vicios que hubiesen podido viciar la propia determinación volitiva (ej.: error en la valoración de los hechos; engaño de la otra parte contratante; inhibición provocada por la amenaza ajena). Pero, como es natural, ningún ordenamiento permite que se llegue, por ese camino, hasta el punto de no tener en cuenta la razonable confianza que los sujetos jurídicos puedan haber tenido, a base de una indagación sumaria, en la regularidad del proceso volitivo y en la exactitud de la manifestación externa de esa voluntad.

La clasificación fundamental de estos actos de autonomía se hace mirando a la naturaleza, pública o privada, de los intereses que tienden a satisfacer, es decir, en consideración al hecho de que su causa consista o no en el ejercicio de

una función de gobierno. Desde tal punto de vista se distinguen los actos de autonomía pública o disposiciones de gobierno, de los actos de autonomía privada o negocios jurídicos. Los primeros se subdividen, a su vez, en disposiciones legislativas, penales y administrativas (n. 2). Los ordenamientos jurídicos suelen establecer una rígida jerarquía entre estos actos, en el sentido de que los negocios jurídicos no pueden, de ordinario, interferir en la esfera de eficacia de las disposiciones de gobierno y que, entre estas últimas, las legislativas predominan sobre las otras dos clases y las penales sobre las administrativas.

Por lo que se refiere a los efectos de los actos jurídicos de autonomía, estos pueden: *a*) determinar la integración del ordenamiento jurídico con otras reglas normativas (eficacia normativa del acto); *b*) determinar la realización del ordenamiento jurídico mediante regulaciones particulares y concretas (eficacia ordenadora del acto). Las disposiciones legislativas tienen, normalmente, eficacia normativa (aun cuando pueden, de modo excepcional, no tenerla, como acaece, por ejemplo, con las llamadas "leyes en sentido formal"); los otros actos de autonomía tienen, por lo general, una eficacia ordenadora (si bien pueden, en casos excepcionales, tener reconocida una eficacia normativa).

58. LOS ACTOS DE AUTONOMIA DEL "IUS PRIVATUM".

Está fuera de duda que la mayor parte del *ius privatum* romano, a partir de las primeras instituciones del *ius Quiritium*, surgió de la iniciativa privada, o sea, de manifestaciones de autonomía privada a las cuales fué reconocida eficacia jurídica, tras un período más o menos largo de incubación. Sin embargo, fué tendencia de los romanos, sobre todo en los períodos arcaico y preclásico, la de rodear los actos de autonomía privada, a medida que eran acogidos en el *ius Romanorum*, de limitaciones tan numerosas e intensas que, prácticamente, los dejaba reducidos a meros actos jurídicos, o sea, a actos productores de efectos rígidamente prestablecidos.

La cautela de los romanos para reconocer la autonomía privada se manifestó, sobre todo, en el campo del *ius Quiritium* (n. 9). Los negocios del *ius civile vetus* fueron relativamente escasos, provocando la dura necesidad de tener que adaptar estos a las más diversas situaciones concretas; además, tal vez por respeto a los ritos de la religión y, en ocasiones, por simple tradicionalismo, fueron sometidos estos negocios a tales exigencias formales prestablecidas, que voluntad y causa permanecían, en realidad, como absorbidas y anuladas por la fórmula solemne que se debía pronunciar o escribir.

Lentos progresos se debieron al *ius civile novum*, respecto a los negocios introducidos por él y al *ius honorarium* (n. 16), pues a ellos se debe la

atribución de un cierto relieve—aun cuando no grande—a la voluntad manifestada por las partes y a la causa del acto. Mas fué la jurisprudencia del último período de la época preclásica (n. 17) y de la época clásica (n. 21) las que, a través de un sutil y desmesurado trabajo de interpretación, pusieron las bases para una concepción del negocio jurídico que girase sobre el requisito de la voluntad.

Durante el período postclásico, por último, y debido sobre todo a influencias bizantinas, se consolidó una concepción del negocio jurídico análoga a la que impera en los ordenamientos jurídicos modernos, los cuales, por lo general, dejan una amplísima libertad a la autonomía privada para establecer los efectos jurídicos.

Como consecuencia de los factores históricos antes indicados, fueron características generales —que han de tenerse muy presentes—del régimen romano de los negocios jurídicos, las siguientes: *a*) la adaptación funcional, o sea, la adecuación de los negocios nacidos con determinada estructura (y con objeto de que sirviesen para una cierta función) a funciones diversas, incluso, de aquellas originarias (ej.: la *mancipatio familiae*, negocio bilateral entre un *mancipio dans* y un *familiae emptor* fué adaptada a los fines del *testametum* unilateral, de suerte que, en ese caso, se le consideró como *testamentum* del *mancipio dans* y, por ende, como negocio unilateral: n. 77); *b*) la relatividad de los efectos, es decir, la limitación de los efectos de los

negocios pertenecientes a un determinado sistema del *ius privatum*, a ese sistema del que forman parte, con la consecuencia de que dichos efectos podían ser eliminados o considerados, de modo diverso, en el marco de otro sistema cualquiera (n. 59). También en este caso el derecho postclásico llevó a cabo, con cierta prudencia, la modernización y la flexibilidad del *ius privatum*, bien eliminando muchos negocios estructuralmente superados y modificando otros, bien unificando los sistemas jurídicos, con el resultado de que el régimen de los negocios jurídicos se encaminó, también, hacia una organización unitaria.

Tanto de los negocios jurídicos, como de los actos de autonomía en general, es necesario tener presentes las siguientes clasificaciones:

(*a*) Desde el punto de vista de su estructura, los negocios jurídicos se clasifican en: *α*) unilaterales, si son obra de la manifestación de voluntad de un sujeto (negocios unilaterales simples) o del conjunto de las conformes manifestaciones de voluntad de varios sujetos, todas ellas encaminadas a realizar o conseguir intereses concurrentes (negocios unilaterales complejos); *β*) plurilaterales (también llamados convencionales), si constan de dos o más manifestaciones o conjuntos de manifestaciones de voluntad, representativas, cada una de ellas, de intereses contrapuestos o divergentes y enderezadas o dirigidas a la conciliación de esos intereses opuestos (el llamado "*consensus in idem placitum*").

(*b*) Desde el punto de vista de la causa, los negocios jurídicos pueden ser clasificados en: α) negocios (unilaterales o plurilaterales) a título oneroso (o de conmutación), si tienen por objeto el lograr el cambio entre una ventaja que se obtiene y un sacrificio que se lleva a cabo; β) negocios (unilaterales o plurilaterales) a título gratuito (o de liberalidad), si el fin que con ellos se persigue es el hacer adquirir a alguien una ventaja, sin un sacrificio correlativo.

Los negocios pluriaterales de conmutación pueden ser, con más exactitud: a prestaciones iguales (o conmutativos) y a prestaciones desiguales, según que la conciliación de las opuestas exigencias se logre mediante sacrificios, equivalentes o no, de los intereses en juego.

59. VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS NEGOCIOS JURIDICOS.

Un negocio jurídico (y, en general, todo acto jurídico) se dice válido si tiene vida jurídica y si, por consiguiente, tiene valor como acto jurídico. Se le llama eficaz si es, concretamente, productor de efectos jurídicos.

Para que un negocio jurídico (o, en general, un acto jurídico) sea válido y eficaz, se precisa: *a*) que concurran los presupuestos exigidos por el ordenamiento: capacidad (jurídica y de obrar) de los sujetos que lo llevan a cabo y que no contraríe las prohibiciones establecidas, con carácter general, por el ordenamiento; *b*) que se den los elementos constitutivos del acto, tal y

como son exigidos por el ordenamiento o queridos por los sujetos y que tales elementos no presenten vicios importantes para el derecho; *c*) que se produzcan las circunstancias positivas eventuales, o sean aquellos hechos ajenos al acto de los cuales los sujetos y el ordenamiento hacen depender la eficacia del propio acto; *d*) que no se produzcan circunstancias negativas, es decir, hechos ajenos al acto cuya presencia provocaría la ineficacia del mismo.

La ausencia o el vicio importante de un presupuesto o de un elemento constitutivo del negocio, determinan su invalidez. La falta de una circunstancia positiva o la presencia de una negativa producen la ineficacia del negocio válido. La ineficacia es, a mayor abundamiento, consecuencia de la invalidez del negocio; sin embargo, mientras la invalidez del negocio no sea puesta de manifiesto, puede muy bien ocurrir que se produzcan efectos, los cuales serán consolidados por la convalidación del negocio, o bien eliminados al apreciarse su invalidez (es la llamada eficacia del negocio aparentemente válido).

Estos generalísimos principios sobre la validez y la eficacia de los negocios jurídicos fueron conocidos por el *ius privatum* romano, pero consideraciones específicas de oportunidad, de una parte, y la peculiaridad de la evolución histórica del derecho romano, de otra, determinaron una evolución característica de tales principios que es oportuno exponer.

(*a*) Respecto a la invalidez del negocio jurídico,

los romanos distinguieron entre: validez total y parcial; inicial y sobrevenida, definitiva y provisional, *ipso iure* y *ope magistratus*.

La distinción entre invalidez total y parcial abriose paso durante el periodo clásico y se afirmó en el postclásico. Esta se basó sobre el principio de que, si lo viciado era un elemento del negocio que podía ser fácilmente separable del resto, la invalidez, en tal caso, debía afectar, tan sólo, a dicho elemento, mas no a todo el negocio: *utile per inutile non vitiatur*.

La distinción entre invalidez inicial y sobrevenida (la llamada invalidación), partía de la consideración de que un negocio podía invalidarse aun después de haber sido válido, "*in eum casum inciderit, a quo incipere non potest*" (Paulo, D. 45. 1. 140. 2).

La distinción entre invalidez definitiva y provisional se basó sobre la idea de que, mientras se espera el surgir de cierto presupuesto o elemento, no había verdadera invalidez del negocio, sino más bien imperfección del mismo (es el llamado *negotium imperfectum*).

Por último, la distinción entre invalidez *ipso iure* y *ope magistratus* derivó, esencialmente, aun cuando no por completo, de la contraposición del sistema del *ius honorarium* al del *ius civile*. Negocios válidos con arreglo al *ius civile* fueron, prácticamente, invalidados por el *praetor*, mediante la *denegatio actionis* (n. 70), la concesión de una *exceptio* (n. 69) o la orden de efectuar una *in integrum restitutio* (n. 72). Estos medios

de invalidación pretoria operaban de modo diverso, pero todos presentaron la común característica de hacer depender la invalidez del negocio, no sólo de ella, sino de la decisión del magistrado. Es precisamente en esto donde se halla la raíz del concepto moderno (y ya en parte postclásico) de la anulabilidad del negocio, diferente de la nulidad absoluta.

Consecuencia de este concepto de anulabilidad fué el de convalidación o validez sobrevenida del negocio anulable: por pérdida del medio concedido para la anulación (la llamada convalidación del negocio); por ratificación o confirmación del acto (renovación); por conformidad con el mismo por parte de quien tenía interés en pedir su anulación; por el saneamiento de los vicios que afectaban el acto.

(*b*) En cuanto a la ineficacia del negocio jurídico válido, los romanos distinguieron, al igual que para la invalidez, entre: ineficacia total y parcial; inicial y sobrevenida; definitiva y provisional.

Respecto a esta última distinción, los romanos: α) en el caso de ineficacia definitiva, o sea, ineliminable, procuraron, a través del *ius honorarium* y de la jurisprudencia, sacar claras consecuencias contrarias a la validez del negocio, estableciendo, según los casos: la resolución, la rescisión, la revocación o la reducción del negocio, cuyas instituciones tendían todas, en cierto modo, a un fin análogo al de la anulación; β) en el caso de ineficacia provisional,

es decir eventual o ciertamente eliminable en el futuro, consideraron al negocio como en un estado de incertidumbre y de suspensión *(in suspenso)* debido a que se hallaba pendiente de una circunstancia positiva.

(c) En relación con la eficacia del negocio aparentemente válido, los romanos, basándose en la distinción entre invalidez *ipso iure* y *ope magistratus*, estimaron que: α) cuando el negocio resultaba afectado de nulidad *ipso iure*, habían de eliminarse los efectos producidos durante el período de su validez aparente *(quod nullum est, nullum producit effectum;* la invalidación opera, pues, *ex tunc);* β) en el caso de que el negocio fuese inválido *ope magistratus*, habían de considerarse confirmados, en principio, los efectos producidos hasta el momento de la invalidación (opera, por tanto, *ex nunc).*

Sin embargo, en el caso de la *in integrum restitutio* (n. 72), al ir encaminada la orden pretoria a obtener, precisamente, el retorno a la situación anterior que fué modificada por el negocio viciado, la regla de que opera *ex nunc* tuvo una excepción. Elaborado el concepto general de la anulabilidad, la excepción se convierte en regla a su vez y se considera, por lo tanto, que la anulación operaba *ex tunc*, salvo casos excepcionales que era *ex nunc.*

60. LA FORMA EN LOS NEGOCIOS JURIDICOS.

Es elemento indispensable de todo negocio jurídico (como en general de todo acto jurídico) su forma, o

sea, su modo de exteriorizarse, con objeto de que pueda ser reconocido por los sujetos jurídicos. Tal forma puede ser libre, es decir dejada a la iniciativa del autor o autores del negocio, o bien regulada por el ordenamiento o por los propios sujetos jurídicos.

La forma libre es simple medio de individualización del negocio. La reglada puede ser exigida, tanto a fines de individualización *(ad probationem negotii,* es decir que sólo aquella determinada forma servirá a individualizar el negocio válido), como a fines substanciales *(ad substantiam negotii),* o sea, como elemento constitutivo del negocio, el cual, de faltarle, lo haría inválido.

Por último, la forma reglada, exigida *ad substantiam,* puede tener, bien el carácter de elemento concurrente con los demás elementos del negocio (voluntad manifestada, causa, elementos accidentales), bien el carácter de elemento dominante o, incluso, de elemento absorbente. Como elemento dominante, la forma es el requisito negocial cuya existencia hace presumible la existencia de los restantes requisitos, salvo la posibilidad de probar su inexistencia o su vicio; como elemento absorbente, la forma es el elemento que resume en sí el negocio, quitando toda importancia a los demás elementos. En este último caso, es claro que el negocio formal se reduce, en realidad, a un mero acto jurídico, siendo necesario y suficiente, a la producción del efecto jurídico, el haber utilizado, voluntariamente, aquella determinada formalidad.

Como ya se ha dicho (n. 58), el sistema del *ius civile vetus*, en parte por motivos tradicionales, y, en parte, por motivos religiosos, concedió gran importancia a la forma de los negocios jurídicos. La mayor parte de los efectos jurídicos se alcanzaban, en el sistema del *ius civile vetus*, mediante un escaso número de negocios solemnes (*mancipatio, in iure cessio, stipulatio* y otros de menor importancia) que debían de adaptarse, forzosamente, a las más variadas circunstancias (transmisión del *dominium* sobre las *res mancipi*, liberación de los *filii* de la *potestas* paterna, constitución de servidumbres, testamento, etc.), sin alteración alguna en todos esos casos, por lo menos al principio. La forma fué, pues, sobre todo en los tiempos más antiguos, elemento absorbente del acto. Si las partes querían, según los casos, modificar el esquema de los efectos jurídicos, regladamente reconocidos al negocio, sólo les quedaba el recurso de ponerse de acuerdo mediante *pacta*, con objeto de que aquellos efectos se entendiesen modificados (ej.: el *pactum fiduciae* mediante el cual se convenía que la cosa mancipada al acreedor, en garantía del crédito, por la persona obligada, debía de ser remancipada al mancipante y obligado el día en que éste hubiese cumplido su obligación; n. 91).

Los *pacta* no tenían, al principio, importancia jurídica alguna, se les reputaba cual simples compromisos de honor; sin embargo, la costumbre de adicionar con *pacta* las solemnidades civiles, llevó, progresivamente, por obra sobre todo de la jurisprudencia, al reconocimiento jurídico, mediante *leges* o mediante el *edictum* de los

magistrados "iusdicentes", de algunos de los *pacta* más frecuentes e importantes (n. 93) y al convencimiento de que la forma, en los negocios civiles, era tan sólo elemento constitutivo dominante y, en ocasiones, elemento constitutivo concurrente.

Como ya se ha dicho, el *ius civile novum* y el *ius honorarium* contribuyeron, grandemente, a la decadencia del formalismo absorbente en la vida jurídica romana, pues ambos sistemas fueron opuestos al formalismo en los negocios jurídicos y, sobre todo, a que fuese absorbida la formalidad en los actos. Esta obra eliminadora fué continuada y llevada más lejos por la jurisprudencia clásica, a la cual se debe el que la forma, en los negocios civiles, quedase reducida al rango de elemento concurrente con la voluntad manifestada y con la causa, y, a veces, a la categoría de mero elemento probatorio.

Durante la época postclásica se acentuó, aun más, la decadencia del formalismo antiguo. Las viejas formas verbales (de la *mancipatio*, de la *in iure cessio*, de la *stipulatio*, etc.) fueron cayendo en desuso y, por último, casi todas ellas abolidas. Adquirió, en cambio, importancia en esta época, la forma escrita (*instrumentum*): unas veces, con función probatoria y, otras, cual elemento constitutivo concurrente. Los *instrumenta* habían sido ya usados, en los últimos años del período clásico, como medios de prueba del cumplimiento de las formalidades de la *mancipatio* o de la *stipulatio*. De simples medios de prueba pasaron, con el tiempo, a ser considerados como útiles

sustitutivos de aquellas viejas formas y, finalmente, en ciertos casos y con objeto de facilitar y simplificar el tráfico jurídico, se dió el último paso, al considerar el derecho como incorporado al documento y condicionado a la redacción y a la existencia del mismo.

61. LA CAUSA EN LOS NEGOCIOS JURIDICOS.

En sentido técnico, se entiende por causa del negocio, el fin práctico correspondiente al efecto jurídico, a cuya consecución va encaminado el negocio; en otras palabras, es la función economico-social del acto.

La causa, en sentido técnico, no ha de confundirse, ni con el elemento voluntad, ni con los motivos del autor del negocio. No puede confundirse con la voluntad negocial, porque la causa está por fuera de ella, al ser el objetivo externo hacia el cual el negocio va dirigido (eventualmente, incluso, por error o por otro vicio cualquiera) por la voluntad, tal cual ésta se ha manifestado. No se ha de confundir con los motivos del autor del negocio (impropiamente llamados, incluso en las fuentes, *causae)*, por que estos son, tan sólo, los impulsos internos, generalmente sin importancia jurídica, que han inducido al sujeto o a los sujetos a llevar a cabo el acto.

La exterioridad de la causa respecto al negocio, determinó que pudieran concebirse causas autónomas.

El más claro ejemplo de causa autónoma, que,

adicionada a cualquier negocio, determinaba la aplicación al mismo de un particular régimen jurídico, lo constituyó, en derecho romano, la *causa donationis.*

A diferencia del derecho postclásico, el derecho clásico no conoció un negocio típico de *donatio,* clasificado entre los negocios a título gratuito (n. 58), sino que sólo conoció una *causa donandi* para cuya realización podía utilizarse cualquier clase de negocio, incluso si era a título oneroso: negocios traslativos de la propiedad o constitutivos de derechos reales (en cuyo caso se habla de donación real); negocios constitutivos de *obligationes* (en cuyo caso se habla de donación obligatoria); negocios extintivos de derechos del donante (en cuyo supuesto se habla de donación liberatoria). Lo esencial, en la época clásica, para que hubiese *donatio,* era que se tratase de un negocio *inter vivos* por el cual se concediese al donatario una ventaja patrimonial que correspondía antes al donante y que la finalidad del acto fuese la de empobrecer, definitivamente, al donante en favor del donatario.

En la época postclásica, en cambio, se llegó a estimar que era preciso que concurriese, a dicho fin, una específica voluntad del donante de enriquecer al donatario (el llamado *animus donandi).* Esto favoreció el tránsito a la concepción de la *donatio,* no ya como *causa* autónoma, sino como negocio basado sobre el elemento del *animus* y acompañado de una forma escrita característica *(insinuatio).*

Tal vez se encuentre el origen del concepto autó-

nomo de *causa donationis* en la publicación de la *lex Cincia de donis et muneribus* del año 204 a. de J. C. que prohibió las liberalidades de valor superior a una cierta cantidad, salvo que tuviesen por finalidad constituir una dote (n. 37) o se hiciesen a ciertos y limitados *cognati* (n. 35: las llamadas "*exceptae personae*"), así como en la tradicional prohibición, reiterada por la legislación matrimonial augustea (n. 36), de las donaciones entre cónyuges (Ulpiano, D. 24, 1, 1: "*ne mutuo amore invicem spoliarentur*"). Las donaciones entre cónyuges eran inválidas; con más exactitud, nulas *iure civili;* las donaciones *ultra modum legis Cinciae* eran, en cambio, *iure civili* válidas, porque la ley se había limitado a formular la prohibición sin ordenar la nulidad del acto, ni una pena para los trasgresores (caso de *lex imperfecta);* pero, en relación con estas últimas, el pretor, por lo menos en el caso de donaciones obligatorias aun no consumadas, toma la iniciativa de conceder al donante, mientras viva ("*morte Cincia removentur*") una *exceptio* contra el donatario que le demandase para que cumpliera *ultra modum.*

62. LA VOLUNTAD EN LOS NEGOCIOS JURIDICOS.

La voluntad es el elemento esencial del negocio jurídico, no sólo porque se requiere que el negocio (como todo acto jurídico) se cree por una determinación volitiva del agente, sino porque es necesario que, quien da vida a ese negocio, quiera concretamente los efectos, incluso si los quiso aproximadamente (n. 57). Pero la voluntad del agente o de los agentes no puede dejar de revestirse de una cierta forma (aun cuando sea completamente libre) que constituya su manifestación exterior; de aquí que se hable, con más precisión, de voluntad manifestada como elemento esencial de los negocios jurídicos (exclusión hecha de los meramente formales: n. 60).

El derecho romano evolucionó, profundamente, al valorar la importancia de la voluntad, como uno de los elementos constitutivos del negocio.

Fué punto de partida, recogido ya por la *lex XII tabularum,* el que la voluntad negocial estuviese representada, exclusivamente, por su manifestación exterior ("*cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita ius esto*"). Sin embargo, tiempo después, y a través del *ius civile novum,* del *ius honorarium* y, sobre todo, de la *interpretatio prudentium* del período clásico, se llegó, precisamente, en la época clásica, a considerar que, aun imperando la regla de la manifestación como representativa de la voluntad, se debía dar, excepcionalmente, importancia a algunos supuestos de divergencia entre la voluntad interna y su manifestación exterior, así como a ciertos casos de formación, a todas luces defectuosa, de la voluntad interna.

En la época postclásica, por último, y salvo algunos casos de incorporación del negocio en la forma documental (n. 60), lo que en el período precedente era una excepción se transformó, ahora, en regla. Alma del

negocio jurídico se consideró ya, en principio, la voluntad interna (llamada *animus*), de la que se debía buscar, detenidamente, los precisos y concretos contornos, por encima de las indicaciones de la manifestación y de la causa. Adquirieron, pues, importancia jurídica, en la época postclásica: el error obstativo, es decir, el error en la manifestación de la voluntad (ej.: queriendo decir "vendo", Ticio dice, erróneamente, "dono") y, en algunos casos, la reserva mental, es decir, la deliberada reserva no expresa de una voluntad distinta de la manifestada.

En otros términos, mientras el principio clásico era el de la confianza despertada en los terceros merced a la manifestación, el postclásico fué el de la verdadera voluntad del autor o autores del negocio (n. 58).

Respecto a la hipótesis de evidente divergencia entre manifestación exterior y voluntad interna, la jurisprudencia clásica tuvo el criterio de no dar importancia a la voluntad real (interna) frente a la voluntad aparente (manifestación externa), a no ser que tal divergencia fuese el efecto de un acuerdo simulador o que la voluntad externa careciese, evidentemente, de seriedad.

Fué considerada como carente de seriedad toda manifestación de voluntad hecha, palmariamente, en broma *(ioci causa)* o, evidentemente, con fines didácticos y ejemplificativos *(docendi causa:* piénsese en un Profesor de Derecho que

recite una fórmula vinculatoria, haga una *traditio* con un objeto que le pertenece, etc., con la finalidad de hacer más claros los conceptos a sus alumnos).

En cambio, en el caso de manifestación aparentemente seria, no fué lícito, a quien la hubiese hecho, el alegar la propia reserva mental, es decir, el haber tenido una voluntad negocial distinta o, incluso, no haber tenido, en realidad, ninguna, a menos que la manifestación, como queda dicho, no resultase ser el fruto de un acuerdo simulador.

Por simulación se entiende, con más exactitud, el hecho de que, dos o más personas, que manifestaron una cierta voluntad negocial (el llamado negocio simulado), se pusieron de acuerdo para no querer, en realidad, negocio alguno (es el caso de la simulación absoluta) a para querer otro negocio distinto (caso de la simulación relativa o disimulación). Para frustrar los poco limpios intentos de los acuerdos simuladores, se afirmó el principio de que "*plus valet agitur, quam quod simulate concipitur*"; por consiguiente, el negocio simulado fué considerado inválido y nulo, mientras que, en el caso de simulación relativa, se consideró válido, en su lugar, el negocio disimulado.

(*b*) En la hipótesis de formación defectuosa de la voluntad interna, el *ius honorarium* y la jurisprudencia clásica siguieron el camino de dar importancia a algunos casos, en los cuales era cierto que el autor o el coautor de un negocio no habrían tenido

una determinada voluntad, si no hubiese intervenido un vicio de la misma.

Los más importantes vicios de la voluntad fueron tres: el *error facti*, o sea, la ignorancia o el inexacto conocimiento de una circunstancia de hecho; el *dolus malus*, es decir, el comportamiento particularmente malicioso de una de las partes de un negocio bilateral, encaminado a provocar un *error facti* en la otra; el *metus*, o sea, el temor a una grave e injusta amenaza ajena, dimanante, bien de la otra parte, bien de un tercero (es la llamada *vis compulsiva* o *animo illata)*.

Tanto el *dolus malus*, como el *metus* (también llamado "violencia moral"), adquirieron importancia, por obra del *ius honorarium*, a fines del período preclásico (n. 94). En el supuesto del *dolus malus* de una de las partes, el pretor concedió a la otra (la víctima del engaño): una *exceptio doli*, con objeto de paralizar la acción encaminada a obtener el cumplimiento de la obligación, en el caso de que no se hubiese consumado ya el negocio; la *in integrum restitutio ob dolum*, en el caso de que ya se hubiese cumplido y, finalmente, y para el supuesto de que se hubiese cumplido la obligación o no apareciese practicable la *in integrum restitutio ob dolum*, una *actio de dolo* (o *actio doli)* anual, infamante e *in duplum*. Paralelamente, en el supuesto de *metus* sufrido por una parte, el *praetor* concedió a ésta: una *exceptio metus*, la *in integrum restitutio* y, en última instancia, una *actio metus* (o *actio quod metus causa) in quadruplum* contra el

autor de la violencia: acción que, después del año, se transformaba en *actio in simplum* y era ejercitable contra cualquiera que estuviese, en aquel momento, en posesión de los objetos jurídicos de los que la víctima de la violencia había sido privada.

En cuanto al *error facti*, éste adquirió importancia, principalmente, por obra de la jurisprudencia que llegó, de modo progresivo, a reconocer en él una causa de nulidad del negocio, siempre que fuese excusable, es decir, determinado por unas circunstancias de hecho que habrían inducido a engaño a cualquiera, y esencial, es decir, tal que, sin él, el negocio no se habría realizado. Como clases de *error facti* conocieron los romanos: el *error in negotio* (se daba vida a un negocio creyendo realizar otro); el *error in persona* (cuando se hacía referencia a una persona diferente de aquella querida); el *error in corpore* (si se alude a un objeto jurídico diverso de aquel que se quería); el *error in substantia* (cuando se atribuye a una cosa un requisito esencial que no existe), y otras.

63. LAS CLAUSULAS ACCIDENTALES DE LOS NEGOCIOS JURIDICOS.

Voluntad manifestada, causa y, en ciertos casos, forma solemne, representan el *minimum* de la estructura de un negocio jurídico, o sean, los elementos esenciales del mismo *(essentialia negotii)*. Pero, en principio, al ser el negocio jurídico una expresión de la autonomía jurídica, no debe, necesariamente, quedar limitado

a los elementos esenciales. El autor o los coautores del mismo han de poder, para mejor determinar los efectos jurídicos a producirse o para hacer frente, más adecuadamente, a las diversas eventualidades de la vida, proveerlo de variadas cláusulas accidentales, llamadas así por no ser esenciales, sino simplemente eventuales (ej.: cláusula que limite la responsabilidad normal de un contratante en el caso de incumplimiento contractual; cláusula que excluya la exigibilidad del crédito en determinadas circunstancias o en un determinado período de tiempo, etc.).

Las cláusulas accidentales *(accidentalia negotii)* del negocio jurídico no son, evidentemente, requisitos para la validez del mismo, pero pueden ser requisitos de eficacia del negocio válido (n. 59). Precisa distinguir, con más exactitud, entre: cláusulas influyentes sobre la eficacia del negocio, es decir, capaces de hacer depender la eficacia (o ineficacia) del negocio de una determinada circunstancia y cláusulas no influyentes sobre la eficacia del negocio; es decir, que ligan al negocio, de modo accesorio, otros efectos jurídicos (ej.: la conminación de una pena para el supuesto de verificarse un determinado hecho). Mas, por la conocida competencia entre el sistema del *ius civile* y el del *ius honorarium*, esta distinción no se mantiene siempre pura en el *ius privatum* romano, pues podía suceder que una cláusula ininfluyente, de por sí, sobre la eficacia del negocio, indujese al magistrado "iusdicente" a invalidar, en ciertos casos, el negocio mediante una *denegatio actionis*, o una *exceptio* o una *in integrum restitutio*.

(*a*) Entre las variadas cláusulas no influyentes sobre la eficacia del negocio, que el *ius privatum* romano puede mostrarnos, nos fijaremos, a modo de ejemplo, en una de las más características: la cláusula modal, el llamado *modus*, que se utilizó, ampliamente, en los negocios a título gratuito (n. 58).

El *modus* era, en dichos negocios, una módica obligación impuesta al destinatario de la liberalidad; obligación de tal naturaleza que, por su modicidad, no supusiese transformación del acto de liberalidad en acto de correspondencia (ej.: erigir un monumento funerario al benefactor; destinar una parte de los bienes recibidos a costear juegos públicos, etc.). Si el gravado con el *modus* no cumplía, el negocio de liberalidad seguía siendo, no obstante, igualmente eficaz y debía recurrirse por los interesados, para constreñir al gravado al cumplimiento o al resarcimiento, a expedientes judiciales: *denegatio actionis* al legatario que reclamase, judicialmente, la entrega de la cosa legada, sin haber cumplido el *modus;* exigencia de una *cautio* preventiva (n. 72) al beneficiario, etc.

(*b*) Las cláusulas accidentales influyentes sobre la eficacia del negocio jurídico, en el *ius privatum* romano, fueron: la cláusula terminal (también llamada término) y la cláusula condicional (llamada también condición) cuyo reconocimiento, sin embargo, acaece durante el período clásico, merced a una evolución

lenta que sólo quedó acabada en el período postclásico.

La cláusula terminal establecía que la eficacia, total o parcial, del negocio dependía de una circunstancia o hecho futuro pero cierto (certidumbre en cuanto a que se verificaría o produciría, si bien podía no ser cierto el momento en que tendría lugar) llamada *dies (certus an et quando*, o bien *certus an et incertus quando*: ej.: "el 15 de Enero" o bien, "cuando Ticio muera"). La cláusula condicional establecía que la eficacia, total o parcial, del negocio dependía de una circunstancia o hecho futuro e incierto llamado *condicio* (ej.: "si llueve mañana" o bien, "si no se produce la huelga", etc.).

En el derecho postclásico-justinianeo se llegó a distinguir entre término suspensivo o inicial y término resolutorio o final, así como entre condición suspensiva y condición resolutoria. Se habló de término suspensivo o inicial (el llamado *dies a quo* de los negocios denominados *ex die)* cuando del *dies* dependiese el inicio de la eficacia del negocio (ej.: "te daré 100 el día 15 de Enero"); se habló de término resolutorio o final (el llamado *dies ad quem* de los negocios denominados *in diem)* cuando del *dies* dependiese la cesación de la eficacia del negocio (ej.: "te daré 100 semanales, desde hoy hasta el 15 de Enero"). Análogamente se habló de condición suspensiva (la llamada *condicio* en sentido propio de los negocios denominados *sub condicione)* cuando de la *condicio* dependía

el comienzo de la eficacia del negocio (ej.: "te daré 100 si llega a puerto mi nave que viene de Asia"); se habló de condición resolutoria (en los denominados negocios que *sub condicione resolvuntur)* cuando de la *condicio* dependía la cesación de la eficacia del negocio (ej.: "te daré 100 liras a la semana mientras yo no tenga hijos").

Mas, de las cuatro cláusulas que acabamos de estudiar, el derecho clásico sólo conoció las tres primeras, si bien consideró el término resolutorio cual una figura del todo excepcional, aplicada inútilmente a los negocios transmisores de propiedad o constitutivos de servidumbres y circunscrita, únicamente, a los negocios creadores de relaciones jurídicas, por su naturaleza, temporales (usufructo, arrendamiento, comodato, mutuo, etc.).

Además, *dies* y *condicio* fueron considerados, durante toda la evolución del derecho romano, como inaplicables, en cualquiera de sus formas, a algunos negocios jurídicos de los más antiguos; a los llamados *actus legitimi ("qui non recipiunt nec diem nec conditionem"): mancipatio* (y *emancipatio), in iure cessio, acceptilatio, datio tutoris, servi optio, cretio hereditatis (hereditatis aditio,* en derecho justinianeo). La cláusula terminal o condicional adicionada a tales actos determinaba su nulidad.

Respecto a los efectos de la cláusula terminal y de la condicional, precisa distinguir dos hipótesis: *a*) hipótesis de la pendencia del hecho sobre el negocio: en este caso se producía la ineficacia provisional de éste, si se trataba de circunstancia o hecho sus-

pensivo, o bien la eficacia provisional si se trataba de circunstancia o hecho resolutorio; *b)* hipótesis de la realización del hecho o circunstancia: en tal caso, y tratándose de hecho o circunstancia suspensiva, el negocio tenía eficacia; si se trataba de resolutoria el negocio perdía su eficacia.

Poco a poco y a medida que, por obra preferentemente de la jurisprudencia preclásica y clásica, la *condicio* se fué diferenciando del *dies*, la mayor complejidad del supuesto de la cláusula condicional indujo a la formación, en esta materia, de una teoría bastante más compleja. De las *condiciones* en sentido propio (circunstancias futuras e inciertas) se comenzaron a diferenciar las llamadas condiciones impropias, o sean, las llamadas *condiciones iuris*, es decir, circunstancias ya exigidas por el ordenamiento (llamadas también, impropiamente, presupuestos) y que por ello, las partes habían mencionado inútilmente (ejemplo: "lego 100 a Ticio si mi *heres voluntarius* acepta la herencia"); las *condiciones* subjetivamente inciertas (pero ciertas objetivamente) y las denominadas *condiciones in praesens vel in praeteritum collatae* (ej.: "te dono 100 si mi nave ha llegado de Asia").

Las condiciones se clasificaron, además, en positivas y negativas, según que la eficacia del negocio se hiciese depender del efectuarse o no efectuarse de un determinado hecho; en causales, potestativas y mixtas, según que, el que tuviese o no lugar

el hecho, dependiese del azar (o de la voluntad de un tercero), de la voluntad de una de las partes del negocio o de ambas causas a la vez (ej.: "si te casas con Ticia").

Mas aún. Dada la incertidumbre típica de la *condicio*, se tomó en consideración el supuesto de la imposibilidad de la *condicio*, bien fuese en relación a la imposibilidad sobrevenida (certeza posterior de que el hecho es irrealizable: ej.: la nave que debía llegar a puerto había naufragado), bien en relación con la imposibilidad inicial (certeza *ab initio* de que el hecho no podrá realizarse: ej.: "te daré 100 si tocas el cielo con el dedo"). Por lo general, se consideró que la imposibilidad de la *condicio* suspensiva, al dar lugar a la ineficacia perpetua del negocio, producía la nulidad del mismo, pero los Sabinianos sostuvieron la tesis, que terminó por prevalecer, de que, por lo menos en los negocios *mortis causa*, la condición suspensiva imposible debía de considerarse como no puesta ("*vitiatur sed non vitiat*"), en consideración al hecho de que tales negocios no eran ya posibles de rehacer a causa de la muerte de su autor.

64. LA SUSTITUCION EN LA ACTIVIDAD NEGOCIAL.

En principio, la actividad negocial puede ser llevada a cabo, bien personalmente por quien tenga interés en ella, bien por un tercero, en interés de aquél. En este segundo supuesto se verifica el fenómeno de la sustitución en la actividad negocial, denomi-

nado también celebración del negocio jurídico por persona interpuesta.

La sustitución en la actividad negocial puede ser de dos clases: *a)* sustitución material que tiene lugar cuando un sujeto se hace sustituir, físicamente, por una persona, incluso incapaz (es el llamado *nuncius*), para manifestar su voluntad; *b)* sustitución jurídica que se produce cuando, por cuenta y en interés de un sujeto jurídico (el llamado representado) otro sujeto (llamado representante) lleva a cabo el negocio.

Este segundo supuesto de la sustitución jurídica en la actividad negocial o representación puede ser, a su vez, de dos clases: el de la representación directa que se produce cuando el representante actúa por cuenta y en nombre del representado, (es decir, como si él fuese el representado) y la representación indirecta, que se produce cuando el representante obra en nombre propio, si bien por cuenta del representado, de modo que, entre éste y aquél existe una relación interna por cuya virtud el representante tiene derecho a que el representado le reembolse las pérdidas sufridas, mientras que el representado tiene derecho a obtener del representante todas las ventajas logradas, mediante el negocio celebrado.

Nótese, por último, que la representación (directa o indirecta), desde el punto de vista de su fuente constitutiva, puede clasificarse en: representación necesaria, o sea dispuesta por el ordenamiento jurídico por

razones de interés general; representación voluntaria o rogada, es, decir, llevada a cabo a instancias del representado (con la consiguiente aceptación por parte del representante) y representación espontanea o gestiones de negocios que es la que se efectúa por iniciativa del representante (salvo, regularmente, la ratificación *a posteriori* del representado: n. 93).

Puede decirse que, en general, el *ius privatum* romano, no conoció la representación directa, por la cual, los efectos de los actos realizados por el representante debían de recaer, directamente, sobre el representado: en él imperó, durante toda su evolución histórica, la representación indirecta.-Sin embargo, se fueron admitiendo, de modo progresivo, limitadas aplicaciones, de carácter excepcional, del sistema de la representación directa, por obra, en primer término, del *ius honorarium* y de la jurisprudencia clásica, después.

Pueden considerarse cual casos excepcionales de representación directa necesaria, los siguientes: la posición del *curator furiosi* (n. 55), el cual, dada la absoluta incapacidad de obrar de su representado, y como huella del carácter autoritario que tuvo la *cura* arcaica, podía llevar a cabo negocios del *ius civile* (ej.: la *mancipatio* en nombre y por cuenta del *furiosus*); la posición del propio *tutor impuberis*, pues el *praetor* se sintió inclinado, en algunos negocios llevados a cabo por cuenta del pupilo, a la concesión directa al pupilo o directamente contra él, de *actiones utiles* (n. 53).

También es posible estimar como casos excepcionales de representación directa voluntaria: la situación del *procurator omnium bonorum* (persona encargada de la administración del patrimonio de un sujeto), siempre que se tratase de la adquisición de la posesión (n. 88) o del *dominium* mediante *usucapio* (n. 83), así como en otros actos de adquisición basados, también, en la posesión y que tuvieron validez como si hubiesen sido llevados a cabo por el titular; la posición del *cognitor* o persona encargada de la representación de un litigante en el procedimiento privado; la situación del *exercitor* y del *institor* cuando éstos no fuesen personas sometidas a la *potestas* del representado, sino sujetos jurídicos autónomos, puesto que de sus actos emanaban, igualmente, las acciones *exercitoria* e *institoria* (n. 55); la posición misma del *procurator unius negotiationis* (encargado de llevar a cabo un determinado negocio) cuya actuación daba lugar a una *actio quasi institoria*, ejercitable, directamente, contra el llamado *dominus negotii*.

65. LA INTERPRETACION DE LOS NEGOCIOS JURIDICOS.

Los negocios jurídicos, al igual que todos los actos de autonomía, deben ser sometidos, para poder producir, concretamente, sus efectos, a un proceso de interpretación, es decir, de confirmación de su significado y de su valor (n. 5): proceso que debe aplicarse a toda manifestación de voluntad negocial particular y que, por lo tanto, da lugar, en los negocios jurídicos, bi o plurilaterales, a un posterior proceso de confirmación del punto de convergencia de las dos voluntades concurrentes.

La interpretación del negocio jurídico no tiene un carácter unívoco, pudiendo oscilar entre dos extremos distantes entre sí: *a*) el de la interpretación típica u objetiva, es decir aquélla que se limita a establecer el significado usual, corriente de la manifestación de voluntad y sobre él basa la confirmación del significado y del valor del negocio; *b*) el opuesto de la interpretación individual o subjetiva, o sea aquélla que intenta penetrar más hondo de la capa externa del acto, a fin de reconstruir, con toda exactitud posible, la voluntad del autor o autores del mismo.

La jurisprudencia romana partió, en su actividad interpretativa de los negocios jurídicos, de posiciones severamente objetivas, de acuerdo con los tiempos y con el formalismo jurídico primitivo. Sin embargo, lentamente ella moderó, sobre todo durante el período clásico, esta actitud inicial e hizo patente una inclinación, cada vez acusada, hacia la interpretación individual. En todo conflicto entre manifestación externa (los llamados *verba*) y voluntad interna (la denominada *voluntas*), los juristas romanos mostraron, con el tiempo ,y cada vez con más claridad, una decidida tendencia hacia la valorización de la *voluntas*, particularmente en los negocios jurídicos *mortis causa* cual la *heredis institutio* (n. 77) o el *legatum* (n. 79)

(Cfr. Papiniano: D. 50. 16. 219: "*in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectare placuit*"; Paulo. D. 50. 17. 2: "*in testamentis plenius voluntatem testantium interpretamur*"). Sin embargo, durante el período clásico, la *voluntas* jamás llegó a adquirir importancia exclusiva, ni siquiera predominante en los negocios, especialmente en los *inter vivos*. Prevalece, en efecto, el criterio de que no podía procederse nunca a una indagación de la efectiva voluntad del agente en detrimento de la confianza que la otra parte o los terceros pusieron en la manifestación externa y que, por ello, la investigación de la voluntad negocial era, solamente, lícita en cuanto faltase esa confianza ajena en los *verba* o hubiese duda respecto a la significación de éstos (Paulo: D. 32. 25. 1: "*cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*").

El derecho postclásico, saltando por encima de estas posiciones de la *interpretatio prudentium* clásica, consideró el *animus* negocial cual alma del negocio (n. 62) y redujo la actividad interpretativa a una investigación relativa a éste.

Al lado de las tendencias generales hasta ahora expuestas, se afirmaron, en la época clásica y la siguiente, algunos específicos cánones interpretativos determinados por condiciones de orden general. Estos fueron: *a)* el *favor testamenti*, según el cual la interpretación aplicada a los testamentos debía de ir dirigida, en caso de duda, a favorecer la validez del acto, habida cuenta de que no podía ser rehecho por su autor; *b)* el *favor libertatis*, que había de tenerse presente siempre que se dudase del estado servil de un sujeto; *c)* el *favor promissoris* en la *stipulatio* (n. 91) cuyo criterio se afirmó ante el hecho de que el *promissor*, al ser contratante *per adaesionem*, en relación a la propuesta que le era hecha por el *stipulans*, era también quien menos cuenta podía darse de las obligaciones que nacían, a su cargo, de tal negocio; *d)* el *favor debitoris*, criterio más general y menos apreciable que el anterior, que se afirmó en el período postclásico; *e)* el *favor benignitatis* en los casos dudosos (Marc. D. 28. 4. 3 = 50. 17. 192. 1: "*in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est quam tutius*").

NOTA BIBLIOGRAFICA

Véanse, en general, las obras recogidas en el n.º 2 de la *Guía Bibliográfica*. Es particularmente importante: BETTI: *Diritto romano*, I (1935). Vid. también, BERGER: *Dictionary*.

XIII

LAS "ACTIONES" Y EL PROCESO PRIVADO

SUMARIO: 66. Las *actiones* y el proceso privado romano.—67. El sistema procesal *per legis actiones*.—68. El sistema procesal *per formulas*.—69. Estructura y clasificación de las *formulae*.—70. La fase *in iure* del procedimiento formulario.—71. La fase *apud iudicem* del procedimiento formulario.—72. Los medios complementarios del procedimiento formulario.—73. La ejecución de la sentencia y la cosa juzgada.—74. Los sistemas procesales *extra ordinem*.

66. LAS "ACTIONES" Y EL PROCESO PRIVADO ROMANO.

Entre los actos de autonomía previstos y regulados por el *ius privatum* romano, merecen una particular mención las *actiones* procesales, es decir los actos encaminados a dar vida, impulso y término al llamado proceso judicial privado, y, en su consecuencia, a constituir, modificar o extinguir las llamadas relaciones jurídicas procesales privadas y, por ello, mediatamente, a constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas privadas a ejecución

forzada (n. 33). Tales *actiones* (que según las concepciones modernas formarían parte del derecho público, al ser el procedimiento judicial institución claramente pública) fueron consideradas, por los romanos, como instituciones del *ius privatum* por motivos esencialmente históricos (n. 27) que sólo comenzaron a perder vigor en la época postclásica, en relación con la *cognitio extra ordinem* (n. 74).

Para captar, con precisión, los conceptos de acción, en sentido procesal y de proceso (así como de procedimiento), se hace preciso, ante todo, recordar que, a los fines de la consecución del orden jurídico, el ordenamiento jurídico prevé, aun cuando sea en última instancia, la posibilidad, para los sujetos, de transformar una relación jurídica, de libre ejecución, en relación a ejecución forzada (n. 33). Sin embargo, la satisfacción de las relaciones a ejecución forzada, difícilmente podría lograrla el sujeto activo por sus propios medios, es decir autonomamente. A parte del hecho de que, con frecuencia, puede obstaculizarla o impedirla la lícita resistencia del sujeto pasivo, ha de tenerse presente que, en principio, se opone a ello la exigencia de la paz y del orden sociales, los cuales serían perturbados y disminuídos por el juego incesante e incontrolado de las acciones y de las reacciones entre particulares.

Precisamente por ello, el Estado, desde los tiempos más antiguos, al avocar así la función judicial (n. 2), limitó fuertemente y, a veces, suprimió el sistema de la

auto-tutela, sentando el principio de que los particulares, para obtener satisfacción de las relaciones jurídicas a ejecución forzada, deben recurrir, salvas ciertas excepciones ,a la tutela estatal, la cual viene dispensada por apropiados funcionarios de gobierno, mediante una serie de actos denominados proceso.

El proceso judicial privado es, más exactamente, el resultado de un conjunto ordenado de actos llevados a cabo por las partes en litigio, por el funcionario de gobierno nombrado para dirigirlo, por las personas por éste encargadas o por otras (ej.: los testigos). Actos, todos estos, encaminados a alcanzar una declaración definitiva que puede ser, tanto de admisión de las peticiones hechas por quien ha promovido el proceso, como de repudiación de las mismas y, por tanto, de protección del derecho de libertad de la otra parte.

El proceso judicial privado puede ser de tres clases *a*) proceso de confirmación, o de declaración si la petición de quien lo ha promovido está dirigida a obtener (es el llamado *petitum*) la confirmación autoritaria de la existencia (o de la inexistencia) de una relación jurídica controvertida; *b*) proceso de ejecución, si la pretensión de quien lo promovió va encaminada a obtener la ejecución material de un derecho ya reconocido, incluso si lo fué extra-procesalmente; *c*) proceso cautelar, si la demanda de quien lo promueve va dirigida a lograr medidas de garantía, con vistas a la

posterior e independiente decisión de otro proceso de confirmación o de ejecución.

El proceso de confirmación o de declaración puede, pues, dirigirse, ora a la confirmación pura y simple o mera confirmación (ej.: confirmación de que Ticio no es esclavo de Cayo), ora a una confirmación con la condena del vencido en juicio, de hacer lo que debe, ora de confirmación con efectos llamados constitutivos, o sean, implicantes de una modificación del orden jurídico (ej.: anulación de un acto, previa confirmación de la existencia de un vicio en la voluntad).

Pero el proceso judicial privado no se realiza siempre del mismo modo o de una sola vez. Este puede tramitarse de maneras externamente distintas, o sea con trámites diversos o a través de una serie orgánica y enlazada de actividades, es decir, a través de varios procedimientos, cada uno de los cuales terminará con un pronunciamiento provisional o parcial.

La vida y las vicisitudes del proceso judicial privado, dependen, como hemos dicho, de la iniciativa y de los posteriores actos de los particulares. Se habla, y también se habló entre los romanos, en tal caso, de acciones procesales. Mas téngase presente que, el término "*actio*", es un término a significación plurivalente o múltiple. Unas veces sirve para designar el poder de actuación de un sujeto respecto de otro (n. 3º. *actio* en sentido substancial), otras, indica el acto procesal con el que se da comienzo o impulso a un proceso

(*actio* en sentido procesal), otras, significa toda la tramitación necesaria para alcanzar un cierto fin de justicia (*actio* como procedimiento).

Esta pluralidad de significados depende de que, al principio, cuando el poder jurídico de un sujeto no obtenía del otro sujeto de la relación el voluntario cumplimiento de su obligación, ello se traducía, sin más, en una actividad material, en una *actio* del sujeto activo, dirigida a la realización coactiva del propio interés. Más tarde, hacia fines del siglo VI a. de J. C., aun permaneciendo firme el principio de la autotutela (que sólo fué derogado del todo al declinar la época clásica), se afirmó también en Roma el sistema de recurrir, para la protección de los derechos, al *rex* (y después a uno de los *praetores*), a fin de que declarase el principio jurídico aplicable al caso que le había sido expuesto (*iuris dictio;* nos. 13, 15, 16).

En la historia de Roma se conocieron y aplicaron, sucesivamente, tres sistemas procesales distintos: el de las *legis actiones* (n. 67); el de las *formulae* (nos. 68-73) y el de la *cognitio extra ordinem* (n. 74).

67. EL SISTEMA PROCESAL "PER LEGIS ACTIONES".

El sistema procesal de las *legis actiones*, el más antiguo del *ius privatum* romano, fué objeto de minuciosa reglamentación por parte del *ius legitimum vetus* y, en particular, de la *lex XII tabularum* (n. 11). Fué quizá, por ello, por lo que, dichos procedimientos fueron usualmente denominados "*legis actiones*". La *legis actiones* tuvieron una amplia difusión hasta mediados del

siglo II a. de J. C., momento en el que comenzó a suplantarlo el sistema procesal *per formulas*. Fueron, oficialmente, abolidas, salvo algún caso especial, por la *lex Iulia iudiciorum privatorum* del año 17 a. de J. C.

Fué característica del sistema de las *legis actiones* el que las partes acudían ante el magistrado (originariamente el *rex* y, por último, el *praetor urbanus*) y allí (fase *in iure* de este procedimiento) llevaban a cabo los actos que habían renunciado a efectuar privadamente; el magistrado aseguraba, con su presencia, el justo desarrollo de la discusión, en la cual intervenía, de modo exclusivo, para *dicere ius*, es decir, para dar a conocer a las partes los límites de sus acciones y reacciones (*iurisdictio*). Después de ello, y tratándose de acciones declarativas o de confirmación, los litigantes llamaban a terceras personas para que fuesen testigos de cómo quedaban planteados los términos de la cuestión debatida (*litis contestatio*) y se citaban para acudir, en su día, ante un árbitro privado (*iudex* o *arbiter*), el cual emitía su parecer u opinión sobre la controversia (*sententia*), resolviéndola en favor de uno o de otro (fase *apud iudicem* del procedimiento); cuando se trataba de una acción ejecutiva, el sujeto o actor se hacía conceder por el magistrado la autorización para llevar él a cabo, con sus medios propios, la ejecución.

El *iudex* o *arbiter* era, habitualmente, único y era elegido sin consideración especial a su capacidad técnica, requiriéndose en él, más que otra cosa, cualidades de ponderación y buen sentido. Sin embargo, en la antigua Roma

se formaron listas de juzgadores especializados, particularmente la de los *centumviri* (de la cual eran elegidos los que habían de juzgar las cuestiones hereditarias) y la de los *decemviri stlitibus indicandis* (de la cual eran nombrados los que habían de entender de las cuestiones relativas a la libertad y la esclavitud).

Las *legis actiones* fueron cinco: tres declarativas *(legis actio per sacramentum, per iudicis postulationem, per condictionem)* y dos ejecutivas *(legis actio per manus iniectionem* y *per pignoris capionem)*. Los sujetos jurídicos estaban, pues, obligados a adaptar en el lecho de Procusto de estos cinco medios procesales, las variadas exigencias que pudiesen formular en la práctica.

(*a*) La *legis actio sacramenti* constituyó un procedimiento declarativo general, o sea, válido para cuantas cuestiones no tuviesen, específicamente, establecido o admitido un procedimiento distinto. Su peculiaridad consistía en que cada una de las partes litigantes prestaba, solemnemente, *in iure*, el juramento *(sacramentum)* de pagar una suma al *aerarium* (originariamente, de hacer un adecuado sacrificio a los dioses) en el caso de que resultase, *apud iudicem*, que no tenía razón en su demanda; por lo tanto, el *iudex privatus* decidía, sobre la base de las pruebas que le eran presentadas, cuál de los dos *sacramenta* era el *iustum*, quedando la parte vencida obligada a pagar la *summa sacramenti* al *aerarium* y, además, a cumplir la obligación que tenía con la parte vencedora.

La *summa sacramenti* fué la de 50 ases para las cuestiones de cuantía inferior a 1.000 ases y de 500 ases para aquellas cuya cuantía fuese superior a dichos 1.000 ases. A la solemne formulación de los *sacramenta* eran invitados a asistir un cierto número de testigos, a fin de que pudiesen ser, imparcialmente, referidos al juez los términos exactos de la controversia: este momento procesal, en el que terminaba la fase *in iure*, se llamaba *litis contestatio*.

En la fase *in iure* el procedimiento variaba un tanto según que se tratase de *legis actio sacramenti in rem* (es decir, relativa a la declaración sobre una relación jurídica absoluta, generalmente sobre una *res)* o *in personam* (es decir referente a la declaración a hacer sobre una relación jurídica relativa).

En la *actio sacramenti in rem*, las dos partes, que contendían acerca de la titularidad de un derecho absoluto sobre un determinado objeto jurídico, se presentaban, de común acuerdo, ante el magistrado, llevando consigo el objeto en litigio *(lis)* y, allí, cada una de ellas pronunciaba la solemne *vindicatio* del objeto discutido, tocando, inmediatamente después, el mismo con una vara *(vindicta)* en señal de propiedad *("hanc ego rem ex iure Quiritium meam esse aio secundum suam causam: sicut dixi, ecce vindictam imposui")*. Frente a estas dos afirmaciones contradictorias, el magistrado comenzaba dando la orden a los litigantes de no tocar el objeto con-

trovertido *("mittite ambo rem")*, después atribuía *(addictio)* la posesión interina del mismo *(vindiciae)* a una de ellas, la cual quedaba obligada, por ello, a proporcionar unas *praedes litis et vindiciarum*, es decir, personas que se comprometiesen (mediante *praeditura:* n. 91) a pagar una cantidad si el objeto no era, en su día, entregado a la parte vencedora en el caso de que el poseedor interino perdiese el litigio; por último, se prestaba el *sacramentum*, para cuya garantía eran exigidas unos *praedes sacramenti*.

En la *actio sacramenti in personam* la iniciativa partía de quien se consideraba acreedor *(actor)*, el cual, después de haber citado *in ius* a la otra parte *(in ius vocatio)*, afirmaba, solemnemente, la obligación de ésta *("aio ex sponsione te mihi X milia sestertiorum dare oportere")*: si el demandado negaba, entonces le provocaba al *sacramentum*.

(b); *Legis actiones* declarativas especiales, más modernas y de carácter más progresivo que la *legis actio sacramenti*, fueron la *iudicis postulatio* y la *condictio*.

La *legis actio per iudicis postulationem* fué admitida por las *XII tabulae* para los créditos derivados de *sponsio* y extendida, después, también, a los juicios divisorios *(actiones familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum)*. En ella, el actor, tras de haber declarado su pretensión y haber oído la negativa del demandado, en lugar de provocar a este último al *sacramentum* (lo cual implicaba un gasto), se dirigía al

magistrado pidiéndole que nombrase un *iudex* que decidiese sobre su buen derecho *("quando tu negas, te, praetor, postulo iudicem uti des")*.

La *legis actio per condictionem* fué establecida en el siglo III a. de J. C. por una *lex Silia* para los créditos de sumas de dinero y extendida, en virtud de la *lex Calpurnia*, de fecha posterior, a los créditos de cosas determinadas. En ella, el actor, tras de haber declarado su pretensión y haber oído la negativa del demandado, requería, conminaba *(condictio) in iure* a este último a fin de que volviese a comparecer transcurridos treinta días, con objeto de proceder juntos a elegir un *iudex* que decidiese acerca de su buen derecho *("quando tu negas, in diem tricensimum tibi iudicis capiendi causa condico")*.

(c) Como se ha dicho, las acciones ejecutivas fueron dos: la antiquísima *manus iniectio* y la *pignoris capio*.

La *legis actio per manus iniectionem* se promovía por el acreedor insatisfecho, el cual, agarrando al *obligatus* lo arrastraban ante el magistrado para proclamar allí, solemnemente, su insolvencia *("quod tu mihi iudicatus es sestertium decem milia, quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium decem milium* agarrando al *obligatus* lo arrastraba ante el magistrado pronunciaba la *addictio* del *obligatus* al *creditor*, quien podía tenerlo, durante 60 días, encadenado, llevándolo, sin embargo, a tres mercados consecutivos, en busca de quien lo quisiese rescatar y, finalmente, a falta de res-

cate, el acreedor podía darle muerte o venderlo como esclavo *trans Tiberim*.

El caso más antiguo y típico de *manus iniectio* fué el relativo a las cantidades debidas por el condenado en un proceso declarativo *(manus iniectio iudicati)*. A éste fueron equiparados, posteriormente, otros créditos reconocidos *(manus iniectio pro iudicato;* ej.: créditos basados sobre la *confessio in iure* del demandado).

Normalmente, sólo se podía escapar a la *manus iniectio*, si se presentaba un tercero *(vindex)* a poner fuera de causa al deudor y a negar la realidad de la deuda. En tal caso, se abría un nuevo procedimiento declarativo que terminaría: con la absolución del *vindex* o con su condena al doble de la suma originariamente debida. En algunos casos se admitió, excepcionalmente, que el deudor mismo podía negar la deuda, sin intervención de *vindex* (la llamada *manus iniectio pura)* y una *lex Vallia*, de época relativamente tardía, dispuso que la regla general fuese, en lo sucesivo, esa *manus iniectio pura*.

La *legis actio per pignoris capionem* sólo se admitió para ciertos créditos de carácter público (ej.: el crédito del *miles* contra el *civis* obligado a suministrarle la cebada para su caballo y a pagarle su soldada) y tuvo un carácter muy especial. Consistía en el apoderamiento de una cosa mueble del *obligatus*, sin intervención del Tribunal, e, incluso, sin necesidad de que fuese *dies fasti*, a título de compensación *(pignus)*

acompañando la acción con las palabras de una fórmula solemne.

68. EL SISTEMA PROCESAL "PER FORMULAS".

El sistema procesal de las *formulae* se inició durante el período preclásico y fué, ampliamente, regulado por una *lex Aebutia* (120 a. de J. C.?). La *lex Iulia iudiciorum privatorum* del año 17 a. de J. C. (n. 67) lo hizo obligatorio, pero dejando subsistente el sistema procesal de las *legis actiones*, únicamente para los procesos en que intervenían los *centumviri* y para la antigua *actio damni infecti*. Este sistema cayó en desuso al declinar el período clásico y fué, oficialmente, abolido por Constancio y Constante en el año 342 d. J. C.

El procedimiento formulario nació en el tribunal del *praetor peregrinus* (n. 15). En él, las partes, al no poder referirse al *ius civile (vetus)*, ni litigar *per legis actiones*, acostumbraron a exponer al pretor los términos precisos de su controversia y, con la ayuda de éste, la transformaban en una exposición en forma alternativa, en virtud de la cual el juzgador era invitado a condenar al demandado, si resultaban fundadas y ciertas las afirmaciones del actor o a absolverlo, en el caso contrario. En otras palabras, las partes, con el beneplácito del *praetor peregrinus* convenían remitirse al juicio de un tercero; cuando faltaba este acuerdo entre ellos, el juicio no podía tener lugar y, por lo tanto, la cuestión quedaba sin resolver. El *praetor peregrinus* ayudaba a las partes a conseguir tal acuerdo y, con el tiempo, acostumbró a pu-

blicar, en su edicto anual, las fórmulas más aptas para la resolución de las cuestiones litigiosas más frecuentes (*formulae edictales*). Los litigantes sólo tenían, pues, en la mayoría de los casos, que escoger la *formula* más apropiada para su problema particular, vaciándola, de común acuerdo, en una forma escrita u oral que se llamaba *iudicium* porque contenía, precisamente, los criterios orientadores del *iudex privatus*.

Este nuevo sistema gustó tanto a los ciudadanos romanos, que comenzaron a utilizarlo, también, ante el *praetor urbanus* para sus controversias particulares, siempre que se tratase de litigios afectantes a instituciones del *ius civile novum*. Después, la *lex Aebutia* permitió, al parecer, el uso del nuevo procedimiento para las cuestiones relacionadas con el *ius civile vetus*, en sustitución de las demasiado rígidas *legis actiones*. Más tarde, el procedimiento formulario fué el medio técnico de que se valió el *praetor urbanus* para introducir las instituciones del llamado *ius honorarium* (n. 16), llegándose así a la última reforma que fué llevada a cabo, cual ya se ha indicado, por la *lex Iulia iudiciorum privatorum*.

Este procedimiento formulario, al igual que el anterior, se dividió en las dos fases *in iure* y *apud iudicem*, la última de las cuales fué, sustancialmente, idéntica a la del procedimiento *per legis actiones*.

Fué, en cambio, característica la *fase in iure*. Ante el pretor se abría una amplia discusión entre las partes y el magistrado, tras valorar con criterios de

aequitas las opuestas alegaciones, manifestaba si estaba o no dispuesto y dentro de qué límites, a dar curso a la pretensión del actor, y si estaba dispuesto y en qué medida, a reforzar la defensa del demandado; al final de todo esto se llegaba a concertar un *iudicium* (generalmente correspondiendo a una *formula* edictal) que el actor leía al demandado y éste declaraba aceptar (*"dictare et accipere iudicium"*). Partiendo de tal acuerdo (al que se dió el antiguo nombre de *litis contestatio*: n. 67), el pretor ordenaba al juez de juzgar; pero, al juicio, por lo menos en teoría, no se podía llegar si faltaba el acuerdo de las partes litigantes.

En el marco del procedimiento formulario pueden hacerse, de las *actiones* procesales, las clasificaciones principales siguientes: *actiones civiles* y *honorariae; actiones in rem* e *in personam; actiones poenales, reipersecutoriae* y *mixtae; iudicia stricta, bonae fidei* y *arbitraria; iudicia legitima* e *imperio continentia; actiones* normales y *utiles*.

(*a*) La distinción entre *actiones civiles* y *actiones honorariae* está basada en la procedencia de la tutela procesal.

Las *actiones civiles* son aquellas que corresponden *ipso iure*, por estar fundadas sobre el *ius civile (vetus* o *novum)* o sobre fuentes constitutivas del mismo *(leges, senatusconsulta)*.

Las *actiones honorariae* son aquellas que, aun cuando prometidas en el *edictum* del magistrado, de-

penden, en concreto, en cada ocasión, de una concesión del magistrado "iusdicente" (*"a praetore dantur"*).

Esta distinción perdió importancia en el período clásico, a medida que se fué agotando el *ius honorarium* y se amalgamó en el concepto de *ius vetus* (n. 20).

(*b*) La distinción entre *actiones in rem* y *actiones in personam* deriva de la antigua distinción en-se amalgamó en el concepto de *ius vetus* (n. 20).

Actiones in rem son aquellas encaminadas a la defensa de un derecho absoluto contra la agresión de cualquiera (n. 80). *Actiones in personam* son las utilizadas para tutelar un derecho relativo; este término (sobre todo tratándose de instituciones del *ius honorarium*) fué empleado, con frecuencia, para designar los mismos derechos relativos (n. 99).

Mas esta distinción, precisamente por referirse, originariamente, tan sólo a la *actio sacramenti*, no llegó, en realidad, a extenderse a toda clase de acciones, pues quedaron fuera de ella: las acciones divisorias (ligadas a la *legis actio per iudicis postulationem;* n. 67); la *actio quod metus causa* (n. 62, ejercitable contra cualquiera que poseyese la cosa que había sido entregada a impulsos de la violencia moral); las *actiones noxales* (n. 94: ejercitables contra cualquiera que tuviese en su poder el autor de un *delictum*) y otras. Estas acciones, intermedias entre las *in rem* y las *in personam*, fueron denominadas, por Justiniano, *actiones mixtae*.

(*c*) La distinción entre *actiones poenales, rei persecutoriae* y *mixtae*, atiende al objeto de la pretensión del actor.

Las *actiones poenales* iban dirigidas, exclusivamente, a castigar, con una pena pecunaria, al autor de un acto ilícito, generador de una relación de responsabilidad primaria (nos. 51 y 94).

Las *actiones quibus rem persequimur* se encaminaban a obtener el contravalor de aquello que pertenece al actor o le es debido.

Las *actiones quibus et rem et poenam persequimur* pretendían conseguir ambas cosas.

(*d*) La distinción entre *iudicia stricta, iudicia bonae fidei* y *iudicia arbitraria*, hace referencia al *officium iudicis*.

Los *iudicia stricta* o *stricti iuris*, llamadas también, tradicionalmente, *condictiones*, eran *actiones in personam* basadas sobre la mera declaración de una obligación a contenido cierto y determinado, las cuales no dejaban, por ende, al *iudex* posibilidad alguna de hacer valoraciones discrecionales.

Los *iudicia bonae fidei* eran *actiones in personam*, las cuales dejaban al juez un amplio margen de valoración discrecional en orden a la validez y eficacia de la *obligatio*, así como en orden al contenido de la condena (*"...quiquid ex fide bona facere oportet iudex condemnato"*).

Los *iudicia arbitraria* eran *actiones in personam* o *in rem*, en las cuales se confiaba al juez un

arbitratus de restituendo. Subordinadamente a la declaración del buen derecho del actor, el *iudex* debía de invitar al demandado a restituir la *res* controvertida y restablecer el estado jurídico por él perturbado, y si éste lo hacía, entonces estaba obligado a absolverlo en vez de condenarlo (ej.: "*si paret fundum Capenatem quo de agitur Ai. Ai. esse ex iure Quiritium, neque is fundus a No No Ao Ao arbitrio tuo restituetur, quanti ea res erit, tantae pecuniae iudex Nm Nm Ao Ao condemnato,* etc."; n. 83).

(*e*) La distinción entre *iudicia legitima* e *imperio continentia* se debió a la *lex Iulia iudiciorum privatorum*

Se consideraron *iudicia legitima* todos los que reunían las tres condiciones siguientes: que se diese entre un actor y un demandado ambos *cives Romani;* que se celebrase dentro del territorio comprendido hasta la primera piedra miliar; que se remitiese para sentencia a un *iudex unus* que fuese *civis Romanus* (y no a *recuperatores* o a un *iudex* no romano).

Se denominaron, en cambio, *iudicia quae imperio continentur* todos aquellos juicios en los que faltaba alguna de esas tres condiciones.

Mientras para los *iudicia legitima,* la *lex Iulia* admitió que la *sententia* pudiese ser pronunciada, dentro de los 18 meses siguientes a la *litis contestatio,* para los otros sigue siendo válida la regla general de que había de ser pronunciada, dentro del año en que desempeñaba su cargo el magistrado que hubiese emitido el *iussum iudicandi* (n. 70).

(*f*) Frente a las *actiones civiles* normales, se llamaron *actiones utiles* todas aquellas que eran utilizadas para un fin diverso del originario y con objeto de tutelar supuestos inicialmente imprevistos.

Esto se obtenía, en concreto, mediante adaptaciones de los esquemas de las fórmulas normales, entre los que pueden destacarse las siguientes:

(α) La trasposición de sujetos, consistente en indicar un sujeto jurídico como deudor en la *intentio* y otro como condenable en la *condemnatio* (n. 69). Con este sistema, en las llamadas *actiones adiecticiae qualitatis* (n. 56), el pretor podía hacer que, por una deuda contraida por el *filius familias* o por el *servus* fuese condenado, en algunos casos, el *pater familias;*

(β) la *fictio iuris civilis* que consistía en invitar al juez a condenar o a absolver finjiendo la existencia de un requisito del *ius civile,* en realidad inexistente. Este sistema fué aplicado, por ejemplo, en el caso de la *in bonis habere (actio Publiciana:* n. 84); en el de la *bonorum venditio (actio Serviana:* n. 72) y en el de la *bonorum possessio* (nos. 72 y 76): "*Si As As Lucio Titio heres esset, tum si eum fundum, de quo agitur ex iure Quiritium eius esse oporteret,* etc.").

69. ESTRUCTURA Y CLASIFICACION DE LAS "FORMULAE".

En el sistema procesal *per formulas,* a diferencia del *per legis actiones* (n. 67), las partes gozaban de la más

amplia libertad para obtener la elaboración de unos *iudicia* que reflejasen, real y exactamente, la cuestión práctica por ellos debatida, puesto que, la estructura esencial de los esquemas formularios a rellenar, era extremadamente simple y dúctil.

Desde un punto de vista lógico, si bien no siempre desde un punto de vista formal, la *formula* procesal se componía de cuatro partes distintas: *a*) la *iudicis nominatio*, o sea, la designación de la persona o personas encargadas por el pretor, previo acuerdo o asentimiento de las partes, de pronunciar la sentencia (ej.: "*Titius iudex esto*"); *b*) la *pars pro actore*, en la cual se formulaba la hipótesis de que resultasen fundadas las alegaciones esgrimidas por el actor e infundadas las aducidas por el demandado y, en su consecuencia, se invitaba al juez a emitir la declaración solicitada por el actor (ej.: "*si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia dare oportere—nec inter A^m A^m et N^m N^m convenisse ne ea pecunia peteretur—iudex, N^m N^m A^o A^o sestertium decem milia condemnato*"); *c*) la *pars pro reo* en la cual se recogía la hipótesis de que no resultasen probadas las alegaciones del actor y si fundados los argumentos aducidos por el demandado y, en su virtud se invitaba, consecuentemente, al juez a absolver a este último (ej.: "*si non paret, absolvito*"); *d*) el *iussum iudicandi*, o sea, la concesión al juez del poder de emitir una declaración o sentencia basada sobre los términos de la fórmula: *iussum* que se derivaba, en la mayoría de las

ocasiones, del tono imperativo de la formulación (ej.: "*condemnato, absolvito*").

El núcleo de la *formula*, constituído por las *partes pro actore* y *pro reo*, se componía de dos elementos esenciales: la *intentio* y la *condemnatio* y de distintos elementos accidentales: *demonstratio, adiudicatio, praescriptio, taxatio, exceptio* y cláusulas afines).

(*a*) Elementos esenciales de la *formula* eran: la *intentio*, o sea, la formulación de la pretensión del actor y la *condemnatio*, es decir, la invitación dirigida al juez de condenar al demandado al pago de una cantidad de dinero, siempre que resultase fundada la *intentio* o de absolverlo, en el caso contrario.

La *intentio* podía ser *in ius* o *in factum*. Era *in ius concepta*, si consistía en la afirmación de un derecho o de un deber (ej.: "*si paret fundum Capenatem A^l A^l esse ex iure Quiritum*"; "*si paret N^m N^m A^o A^o centum dare oportere*"); era *in factum concepta* si consistía en la indicación o referencia a un hecho que legitimaba la *condemnatio*, lo cual era característico de la mayor parte de las *actiones honorariae* (n. 68).

La *intentio in ius* podía ser *certa* e *incerta*. Era *certa* si en ella se indicaba la *summa* que debía ser objeto de la condena o servir de múltiplo a la misma; era, en cambio, *incerta* si omitía esa indicación y dejaba, por lo tanto, al juez la misión de fijar la cantidad de la condena (ej.: "*quad A^s A^s N^o N^o rem qua de agitur vendidit, quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere*

oportet ex fide bona, eius iudex Nm Nm Ao Ao condemnato, etc.").

La *condemnatio* podía, a su vez, ser también *certa* e *incerta*. La *incerta* podía tener por objeto el "*quidquid dare facere oportet*" enunciado en la correlativa *intentio incerta* o bien una cantidad de dinero, que habría de establecerse en relación con el valor general de lo controvertido en el momento de la *litis contestatio*, o, excepcionalmente, en el instante de iniciarse el litigio o en el de la formulación de la *sententia* ("*quanti ea res est* [*fuit, erit*] *tantam pecuniam iudex condemnato*").

Excepcionalmente se dieron *formulae* con sólo la *intentio*, en el sentido de que el juez era invitado a hacer una simple declaración de la existencia o inexistencia de un derecho o de una circunstancia de hecho. Tales *formulae* servían, por otra parte, para establecer los presupuestos de una acción posterior, de donde, en definitiva, de una *condemnatio* y, precisamente por ello, se les llamó *praeiudicia* (ej.: "*quanta dos C. Seiae sit* [*vide*]"; "*an Titius ingenuus sit* [*vide*]").

(*b*) Fueron elementos accidentales de la fórmula: la *demonstratio*, la *adiudicatio*, la *taxatio*, la *praescriptio*, la *exceptio* y aquellas otras cláusulas afines a esta última.

La *demonstratio* era una cláusula mediante la cual, en los casos de *intentio incerta*, se aclaraban y se precisaban los términos de hecho de la cuestión. Ej.: la frase "*quod As As apud Nm Nm mensam argenteam deposuit, qua de re agitur*" con la que se completaba la *intentio* que le sigue en la fórmula de la *actio depositi*: "*quidquid ob eam rem Nm Nm Ao Ao dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Nm Nm condemnato*, etc.".

La *adiudicatio*, que es propia de los juicios divisorios (n. 83), era una cláusula mediante la cual se concedía al juez el poder de atribuir a los comuneros, en *dominium ex iure Quiritium*, las partes que les correspondiesen en la cosa común y, además, a condenar a alguno de ellos a pagar a los restantes las cantidades compensatorias a que hubiere lugar.

La *taxatio* era una cláusula con la que, en los casos de *condemnatio incerta*, se limitaba la cuantía de la condena al fijarse un *maximum* (ej.: "*dumtaxat quod facere potest condemnato*", "*dumtaxat sestertium decem milia condemnato*", etc.).

La *praescriptio* era una cláusula mediante la cual se introducían, al comienzo de la fórmula, reservas *pro actore* o *pro reo* (estas últimas poco usadas) a fin de limitar el campo de la acción. Ej.: "*ea res agatur cuius rei dies fuit*", *praescriptio pro actore* por la que se limitaba la acción, contra el deudor a plazos, a los ya vencidos y no pagados.

La *exceptio*, cláusula colocada inmediatamente después de la *intentio*, servía para condicionar la condena del demandado, no sólo a que la pretensión del actor estuviese bien fundada, sino a que careciese de importancia una circunstancia o hecho, aducido por el demandado, y encaminado a hacer inoperante o ineficaz la pretensión

del actor. Eran cláusulas afines a la *exceptio:* la *replicatio* del actor, la *duplicatio* del demandado, la *triplicatio* del actor, etc., mediante las cuales, contra una circunstancia o hecho aducido por uno de los litigantes, el otro alegaba otro para neutralizarlo.

La *exceptio* y las cláusulas afines podían basarse: bien sobre disposiciones legales (ej.: *exceptio legis Plaetoriae de circumscriptione adulescentium*, opuesta al acreedor demandante por el deudor *adulescens*, n. 55), bien sobre concesiones del magistrado "iusdicente" (ej.: *exceptio doli, metus, pacti conventi*, etc.). Las *exceptiones* podían clasificarse en *peremptoriae*, si podían oponerse a la acción en cualquier momento procesal (ej.: la *exceptio doli* que se oponía a la *actio* del acreedor doloso) y *dilatoriae*, si sólo podían ser opuestas en determinados momentos o situaciones (ej.: contra quien ejerciese una acción en pago de una deuda, aun no vencida, el *obligatus* podía alegar, la *exceptio* derivada del *pactum de non petendo*, hasta el día del vencimiento). Pero si el actor, no obstante la oposición de una *exceptio dilatoria*, en vez de retirarse, insistía en la acción alegada, llegando hasta la *litis contestatio*, el demandado era absuelto y la acción no podía ser ejercitada de nuevo.

70. LA FASE "IN IURE" DEL PROCEDIMIENTO FORMULARIO.

Como ya se ha dicho (n. 68), la fase *in iure* del procedimiento formulario declarativo se iniciaba con la

comparecencia de las partes ante el magistrado y se terminaba con la *litiscontestatio*.

Partes en el proceso (es decir, personas legitimadas para el ejercicio de la acción procesal) sólo podían serlo los sujetos de la relación jurídica litigiosa. A excepción de un reducido número de prohibiciones establecidas en el Edicto, se admitió la representación procesal (directa), por mediación del *cognitor* (n. 64); en aquellos casos en los cuales no se admitiese la intervención del *cognitor*, el demandado era habilitado para el ejercicio de la oportuna *exceptio dilatoria* (n. 69) contra el actor (es la llamada *exceptio cognitoria*). Si en el litigio intervenía, por cuenta de una de las partes, un *procurator*, éste venía obligado a garantizar la aprobación de su principal a lo hecho mediante una *stipulatio praetoria* (n. 72): la *cautio ratam rem dominum habiturum*, si se trataba del *procurator* del actor o la *cautio iudicatum solvi* si se trataba del *procurator* del demandado.

Los *defensores (oratores, patroni, advocati)*, cuando actuaban, no ejercían funciones representativas, sino tan sólo de asistencia.

La citación del demandado, por parte del actor, se llevaba siempre a cabo mediante la solemne *in ius vocatio* de la *actio sacramenti in personam* (n. 67). Pero, en la práctica, ésta era, usualmente, sustituída por el *vadimonium*, es decir, por la solemne promesa extrajudicial del demandado (promesa, al principio, garantizada mediante *vades* y,

después, por *sponsores)* de comparecer *in iure* un día determinado.

Una vez que el demandado comparecía *in ius*, el actor (que ya había procedido a indicarle, con ocasión del *vadimonium*, la acción que pretendía ejercitar) llevaba a cabo la *editio actionis*, es decir, la declaración de cuál era su pretensión, con la consiguiente referencia a la *formula* edictal que había elegido, o, en el caso de no existir *formula* edictal *ad hoc*, con la pertinente petición al magistrado, de que le concediese un *iudicium* adecuado. En dicho momento el demandado podía entablar un debate con el actor, al final del cual, el magistrado se hallaba en condiciones de decidir, si había de acceder a la solicitada *datio actionis* o, por el contrario, si debía de rechazar la petición del actor, mediante una *denegatio actionis*.

Podían ser causas de conclusión del proceso antes de que éste llegase a la *litiscontestatio*, las siguientes: la *confessio in iure* del demandado, es decir, la admisión, por parte de éste, de lo bien fundado de la pretensión del actor (en ocasiones, sobre precisa *interrogatio in iure* de éste); el *iusiurandum in iure delatum*, deferido por el actor al demandado en la *actio in personam* y por el cual el demandado se consideraba, automáticamente, absuelto, si juraba de no ser deudor y, condenado (en la medida del *confessus)*, si se sustraía al juramento que se le había pedido.

Se consideraron causas de imposibilidad del

proceso, las siguientes: la ya mencionada *denegatio actionis* por el magistrado "iusdicente"; la ausencia de una de las partes o, por último, la resistencia de cualquiera de los litigantes a llegar a la *litiscontestatio*. En estos tres casos, no se excluía la posibilidad de que se pudiese proponer, por el actor, otra vez, la misma acción, aprovechando la sustitución del magistrado o cualquiera otra circunstancia. En cuanto a los supuestos de ausencia y de resistencia de una de las partes, el pretor provee a los intereses del actor, amenazando al *indefensus*, en el caso de *actio in personam*, con el ruinoso procedimiento ejecutivo de la *missio in bona* (n. 72); en el caso de *actio in rem*, si el demandado abandonaba la cosa, su posesión pasaba al actor reclamante.

La posibilidad, tanto para el pretor como para las partes, de impedir la *litiscontestatio*, demuestra que ésta era el fruto de estas tres voluntades: la *datio iudicii* del magistrado, la *dictatio iudicii* del actor y la *acceptio iudicii* del demandado. Conceptualmente independiente de la *litiscontestatio*, aun cuando en la mayoría de las ocasiones implícito en ella, existía el *iussum iudicandi*, dirigido por el magistrado al juez, el cual podía ser separado de la *litiscontestatio* o, posteriormente, reiterado.

Eran efectos de la *litiscontestatio*, el extinguir la relación jurídica discutida y crear, contemporáneamente, otra relación según los términos recogidos en la *litiscontestatio*: relación nueva por la cual el demandado venía obligado a soportar la condena, si el juez afirmaba que

no tenía razón ("*condemnari oportere*"). Efecto del *iussum iudicandi* era investir al juez del poder de condenar o de absolver al demandado, dentro del plazo de 18 meses en los casos de *iudicia legitima* o, durante el año de la magistratura del que lo emitió, para los *iudicia imperio continentia* (n. 68).

71. LA FASE "APUD IUDICEM" DEL PROCEDIMIENTO FORMULARIO.

La fase *apud iudicem* del procedimiento formulario (confirmatorio o declarativo) comenzaba: en teoría, en el momento de la *litiscontestatio*, instante en el cual finalizaba la fase *in iure;* en la práctica, en el momento en que las partes o una de ellas (generalmente el actor) comparecían ante el *iudex privatus* pidiéndole que, en virtud del *iussum iudicandi* y partiendo del *iudicium* concertado *in iure*, desarróllase su actividad de juzgador.

Si una de las partes no comparecía ante el *iudex*, éste llevaba a cabo, no obstante, su misión, tomando como base las alegaciones de las partes y pronunciaba la *sententia*, aun en el caso de ausencia o rebeldía de uno de los litigantes. Si ninguna de las partes comparecía ante el *iudex*, entonces el procedimiento no podía continuar. Si, por último, las partes no comparecían o el *iudex* no fallaba en el plazo establecido, entonces sobrevenía la *mors litis;* pero parece que el actor podía solicitar después del magistrado una confirmación

de la precedente *litiscontestatio* y una reproducción de la fase *apud iudicem*.

El procedimiento *apud iudicem* era muy sencillo y libre. Las partes, eventualmente asistidas de sus *defensores* (n. 70), reproducían las afirmaciones que habían hecho *in iure* y que habían sido recogidas en el *iudicium*, aduciendo las pruebas que creyesen oportunas y que el juez admitía y valoraba. La carga de la prueba recaía, regularmente, sobre quien afirmase un hecho o circunstancia, no sobre quien lo negase ("*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*"). Por lo tanto, al actor correspondía el deber de probar los hechos justificativos de la solicitada condena del demandado; éste, por el contrario, sólo debería probar aquellos hechos en los que apoyaba su *exceptio* o su *duplicatio* (y en tal caso se decía que "*reus in excipiendo fit actor*"). En cuanto a los medios de prueba se dejaba la máxima libertad a las partes para aducirlas en toda su multiplicidad (documental, testifical, etc.); pero, también se dejaba en completa libertad al juez, para valorar su eficacia. Sin embargo, el juez no era libre para basar su *sententia* sobre indagaciones o pesquisas *(inquisitiones)* llevadas a cabo por él mismo o por su iniciativa, ya que debía de juzgar "*iuxta allegata et probata*".

La *sententia iudicis*, con la que se cerraba la fase *apud iudicem* era un acto complejo integrado: de un parecer sobre la controversia que el juez emitía como particular *ex informata conscientia*

(*sententia* en sentido estricto) y de la consiguiente declaración de *condemnatio, adiudicatio* o *absolutio* que el juez hacía, en virtud de los poderes que le habían sido conferidos por el magistrado, mediante el *iudicium* y el *iussum iudicandi*.

La condena del demandado era siempre pecuniaria, es decir, había de consistir en una cantidad de dinero, fijada en la *intentio* o dejada a la apreciación del juez (n. 70), pero jamás *in ipsam rem*. Dicha condena sólo podía evitarla el demandado, restituyendo la cosa de la que hubiese desposeído al actor o cumpliendo, en favor de éste, la obligación de cosa determinada. A diferencia de los Proculianos, los Sabinianos, basándose, justamente, sobre la diferencia conceptual existente entre *sententia* en sentido estricto y providencia, sostuvieron que el demandado podía, hasta el último momento, lograr la absolución, restituyendo la cosa o cumpliendo la prestación (y en este sentido se decía: "*omnia iudicia absolutoria esse*").

72. LOS MEDIOS COMPLEMENTARIOS DEL PROCEDIMIENTO FORMULARIO.

Muchas razones, y, entre ellas, la limitación del procedimiento formulario al proceso declarativo y la subordinación del proceso, según el rito formulario, al acuerdo de las partes sobre la *litiscontestatio*, indujeron a los magistrados "iusdicentes" romanos y, en particular, al pretor, a crear diversos medios complementarios de este procedimiento, dirigidos, sobre todo, a garantizar la adhesión de las partes al proceso y la ejecución de las pretensiones, judicialmente declaradas.

Estos medios complementarios se basaron, esencialmente, sobre el *imperium* del magistrado ("*magis imperii quam iurisdictionis*") y fueron: los *interdicta*, las *in integrum restitutiones*, las *stipulationes praetoriae*, las *missiones in possessionem*, las *bonorum possessiones*.

(*a*) Los *interdicta* que, probablemente, aparecieron antes que el procedimiento formulario, eran órdenes de urgencia, mediante las cuales el magistrado mandaba, a quien correspondía: que restituyese la cosa de la que se había posesionado (*interdicta restitutoria*: ej.: *int. quorum bonorum*); que exhibiese un objeto que tenía guardado (ej.: un documento: *interdicta exhibitoria*) o, que, por último, se abstuviese de un determinado comportamiento (*interdicta prohibitoria*: ej.: *interdicta possessoria*, n. 88).

Esta orden era dada por el magistrado, a requerimientos de quien declaraba tener interés en ello, y dirigida a la persona o personas que este requirente hubiese llevado *in ius*, para oírsela dar. En el caso de algunos *interdicta prohibitoria*, esa orden iba dirigida a ambas partes (*interdictum duplex*).

Puesto que el *interdictum*, precisamente por ese su carácter de urgencia, era emitido sin previa confirmación del fundamento de las afirmaciones del solicitante (*causa non cognita*), el destinatario del mismo que no quisiese obedecerlo, podía, antes de salir del Tribunal,

provocar, mediante una declaración por la que se negaba a obedecer la orden, un procedimiento declarativo y confirmatorio de su infracción; proceso que, evidentemente debía ser promovido por quien tuviese interés en el cumplimiento del *interdictum*. Semejante procedimiento interdictal podía ser: α) *cum poena*: el destinatario del interdicto (o ambas partes, en el caso de *interdicta duplicia*) se obligaba, mediante *sponsio*, (n. 91) con la otra parte a pagarle una cantidad a título de pena, si resultaba condenado; la otra parte, a su vez, se obligaba también, mediante *sponsio* (llamada *restipulatio*), con el destinatario del interdicto, a pagarle una cantidad, a título de pena, en el caso de que no resultase demostrada su sinrazón. Después de que las partes ejercitaban, la una contra la otra, las *actiones ex stipulatu* derivadas de las recíprocas *sponsiones*, un *iudex* era encargado, como consecuencia de una *litiscontestatio* única, de decidir por quién había sido desobedecido el *interdictum*, pronunciado las oportunas condenas y absoluciones; β) *sine poena* (procedimiento únicamente admitido en los *interdicta exhibitoria* y *restitutoria*), en este caso se solicitaba, contra el destinatario del interdicto, la formulación de un *iudicium arbitrarium* (n. 68) en base al cual un juez afirmaría su sinrazón y, eventualmente, le condenaría, tras de haber resultado inútiles las invitaciones que se le hicieron para que acatase el interdicto.

(*b*) Las *in integrum restitutiones* eran providencias o decisiones encaminadas a invalidar, *ope magistratus* (n. 59), actos que eran plenamente

válidos *iure civili* y, por tanto, a retornar a su pristino estado (*restituere in integrum*), una situación que había sido modificada por un acto jurídico. El magistrado tomaba tal decisión a instancias del interesado y previa confirmación de los hechos (*causa cognita*), unas veces en forma explícita, mediante el adecuado *decretum*, otras de modo implícito, al conceder *formulae ficticiae* con las cuales se invitaba al *iudex* a fingir que un cierto hecho (ej.: una *capitis deminutio*), no había sucedido o que, otro hecho distinto, había tenido lugar.

(*c*) Las *stipulationes praetoriae* (también llamadas *cautiones*) eran *stipulationes* normales (n. 91) que el pretor, a requerimientos del interesado, obligaba a celebrar a una persona, bajo la amenaza de una *denegatio actionis*, de un *missio in possessionem* o de cualquiera otra providencia o decisión perjudicial para sus intereses. El fin de las *stipulationes pretoriae* era un fin cautelar (n. 66) y, en ellas, el destinatario de la orden o mandato pretorio venía constreñido a obligarse (como *promissor*) al pago de una cantidad de dinero a la otra parte, a fin de garantizarla contra el acaecimiento del hecho que se temía ocurriese (ej.: *cautio rem pupilli salvam fore*, n. 53; *cautio ratam rem dominum* [*negotii*] *habiturum*, n. 70).

Las *cautiones praetoriae* se clasificaban en: *repromissiones* si era suficiente la simple promesa del destinatario de la orden pretoria y *satisdationes*, si el pretor exigía que ésta fuese acompañada de las

cautiones de terceras personas para garantizar mejor el cumplimiento.

(*d*) Las *missiones in possessionem* eran providencias o disposiciones del magistrado por las cuales se autorizaba a alguien a constituirse en detentador o, incluso a veces, en poseedor (n. 88) de algunos o de todos los bienes de otra persona, con la consecuencia de que el magistrado denegaría a ésta toda acción tendente a recuperar la material disponibilidad de tales bienes.

En el caso de que la *missio in possessionem* se hubiese concedido sobre determinados bienes, se hablaba de *missio in rem*; si, por el contrario, la *missio* se había concedido sobre el patrimonio entero de un sujto, entonces se decía que había habido *missio in bona* (n. 73).

(*e*) La *bonorum possessio* era la autorización concedida por el pretor a una o a varias personas para constituirse en detentadores del patrimonio hereditario de una persona fallecida, haciendo caso omiso de los derechos que, sobre dicho patrimonio, pudiesen alegar los sucesores *iure civili* (n. 76).

Al principio, la *bonorum possessio* era *sine re*, en el sentido de que los *bonorum possessores* podían comportarse como *domini* frente a todos, menos frente a los *heredes sui civili*, ante cuya *hereditatis petitio* habían de sucumbir; mas, al finalizar el período clásico, ésta se convierte en *cum re* y, por tanto, los *bonorum possessores* fueron protegidos (mediante la *denegatio* de la *hereditatis petitio*) incluso contra los *heredes*, y se les

autorizó a ejercer, contra cualquiera, *actiones ficticiae* (en las cuales se ordenaba al juez de fingir que ellos eran *heredes sui civili*).

73. LA EJECUCION DE LA SENTENCIA Y LA COSA JUZGADA.

En el sistema formulario, la *ejecución de la sententia* condenatoria no se podía lograr directamente, sino sólo de modo indirecto, a través del ejercicio de la *actio iudicati*, o bien, por vía anormal, mediante la intervención *ex imperio* del magistrado.

La *actio iudicati* que, en el procedimiento formulario, ocupaba el lugar de la *manus iniectio iudicati*, no era una verdadera y propia acción ejecutiva, sino más bien una acción para obtener una nueva declaración judicial sobre el fondo de la cuestión controvertida; es decir, con más exactitud, una acción en *revisión*. El actor que hubiese resultado vencedor y al cual el demandado no hubiese pagado, espontáneamente, la *summa condemnationis*, debía, para cobrar su crédito, citar, de nuevo, al demandado ante el magistrado, invocando la *sententia* condenatoria pronunciada contra éste. En dicho momento, el demandado podía: o efectuar la *confessio in iure* o sostener la irregularidad del primer juicio y solicitar nueva *litiscontestatio*. El juez que había de entender de la *actio iudicati* era invitado a pronunciar una sentencia, absolviendo al demandado si resultaban fundadas sus alegaciones o, condenándole en el *duplum* de la primitiva *summa condemnationis*, en el caso contrario.

El actor sólo estaba autorizado, a la concreta ejecución, cuando el demandado hubiese sido condenado en virtud de la *actio iudicati* o en el caso de su *confessio in iure* (*"confessus pro iudicato est"*). En cuanto a la naturaleza de esa concreta ejecución, ésta fué siempre, en teoría, personal (n. 67), si bien quedó fuertemente mitigada como consecuencia de la antiquísima *lex Poetilia Papiria* (426 a. de J. C.) que prohibió que se llegase a los extremos de dar muerte al deudor y de venderlo *trans Tiberim*.

El sistema ejecutivo de la *actio iudicati* (demasiado complicado y, además, condicionado a la vida y a la presencia *in iure* del demandado) fué sustituído, paulatinamente, durante el período clásico, por el sistema anormal —pero bastante más efectivo—de la *missio in possessionem* concedida a los acreedores (n. 72) con su consiguiente *bonorum venditio*

Los casos en los que se dió, originariamente, este procedimiento ejecutivo, fueron los siguientes: el de la fraudulenta resistencia a obedecer la *vocatio in ius* (la llamada *latitatio fraudationis causa)*; el de la ausencia injustificada de Roma y el del deudor fallecido sin herederos. Más tarde, sin embargo, este sistema se generalizó extendiéndose a todos los supuestos de insolvencia. El pretor pronunciaba la *missio in bona* para todos los acreedores que lo solicitasen y nombraba, entre ellos, un *curator bonorum* que administraría el patrimonio del deudor insolvente y anunciaría, mediante bandos públicos, la acaecida *missio*, con objeto de que se pudiese

presentar y beneficiar de ella cualquier otro acreedor. A los 30 días de acordada la *missio* (o a los 15 si se trataba de la *missio in bona* de un difunto), los acreedores inscritos elegían a un *magister bonorum* quien procedería a inventariar los bienes y a redactar un edicto de venta de los mismos *(lex venditionis)*.

La *venditio bonorum* que acarreaba la *infamia* para el fallido (n. 47) se hacía, en bloque, a favor de quien *(bonorum emptor)* ofreciese a los acreedores pagarles el más alto porcentaje de sus créditos. Este *bonorum emptor* era considerado como sucesor universal del quebrado (n 75), por lo cual un interdicto especial tutelaba su *bonorum possessio* y, además, se le permitía reclamar los créditos del fallido mediante la *actio Serviana* (acción ficticia que lo equiparaba al heredero, en el caso de que el fallido hubiese muerto) o mediante la *actio Rutiliana* (acción, con transposición de sujetos, utilizada en el caso de que el quebrado viviese).

En algunos supuestos particulares (como por ej.: cuando el deudor fuese un senador), para evitar la ruina total del deudor y su infamia, se utilizó el procedimiento ejecutivo de la *bonorum distractio*, o sea la venta de los bienes del fallido, uno tras otro, hasta la concurrencia del monto de los créditos.

La *sententia iudicis* (o la *confessio in iure* a ella equiparada) determinaba la *res iudicata* ("causa juzgada, litigio resuelto": o sea, la llamada "cosa juzgada en sentido substancial") y, por tanto, el final del litigio entre las partes. Era consecuencia de

la *mors litis*, producida por la *res iudicata*, la imposibilidad de ser propuestas otras acciones entre las mismas partes (o sus herederos o representantes) sobre el mismo asunto: "*bis de eadem re ne sit actio*".

En los *iudicia legitima in personam* (n. 68) la *eadem res iudicata* podía ser señalada por el juez *ex oficio* hasta el momento de pronunciar la *sententia*, con la consecuencia de que el demandado era, entonces, absuelto. En los otros *iudicia* (es decir, en los *iudicia legitima in rem* y en los *iudicia imperio continentia*) sólo se permitía a las partes, en la fase *in iure*, alegar, mediante *exceptio*, la existencia de una *eadem res iudicata* o de una precedente *litiscontestatio* sobre el mismo asunto (*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*).

74. LOS SISTEMAS PROCESALES "EXTRA ORDINEM".

Desde el período clásico, las controversias o litigios que se suscitaban en territorio exterior a Roma y los relativos a ciertas materias especiales (ej.: *fideicommissa*, n. 79), fueron sometidas, por iniciativa del *princeps*, a un procedimiento distinto del ordinario que hemos examinado hasta ahora.

Se habló, por ello, de procedimientos extraordinarios, de *cognitio extra ordinem* (n. 20) que terminó suplantando el procedimiento formulario (n. 68), para convertirse en el usual.

Fueron características comunes a esos diversos procedimientos *extra ordinem*: *a*) que el magistrado asumía la misión de juzgar (convirtiéndose, por tanto, en magistrado-juez, cual ocurre en los derechos modernos; *b*) que en él existe la posibilidad de actuar aun en el caso de contumacia del demandado; *c*) que se puede pedir y lograr la revisión de la primera *sententia*, mediante la *appellatio* a un magistrado-juez de rango superior; *d*) que se podía obtener la *condemnatio* del vencido en juicio *in ipsam rem*, en lugar de a una cantidad de dinero como antes; *e*) que era posible proceder *manu militari* contra el demandado para la ejecución de la sentencia, sirviéndose de especiales oficiales judiciales (*apparitores*). En los procedimientos *extra ordinem*, por ende, la *litis contestatio* perdió el carácter que tenía en el procedimiento *per formulas* (n. 70) y quedó reducida a la simple exposición oral (*narratio*) de las incidencias de la causa durante los debates habidos delante del magistrado-juez.

El acto inicial y fundamental del procedimiento *extra ordinem*, durante el período clásico, fué (en lugar de la *in ius vocatio* y del *vadimonium*) la llamada *evocatio* del demandado por iniciativa del actor. Esta podía hacerse de tres formas distintas: *denuntiationibus*, es decir, haciendo llegar al demandado, por mediación de un funcionario, la invitación a presentarse ante el magistrado provincial, el día en que éste celebrase audiencia pública (*conventus*); *litteris*.

o sea, haciéndose expedir el actor por el magistrado una carta o cédula de citación a juicio, que él mismo haría llegar al demandado; *edictis*, es decir, obteniendo del magistrado que fuese él quien citase, directamente, a la otra parte.

En la época postclásica, en lugar de esta *evocatio*, se utilizó el sistema de la *litis denuntiatio*, o sea, la citación escrita del demandado que se le hacía llegar con el auxilio de un funcionario público. También en esta época postclásica se difundió, y terminó por prevalecer, el procedimiento *per libellos*, en el cual, actor y demandado se remitían, por mediación de un oficial judicial *(executor negotii)* una cédula de citación *(libellus conventionis)* y un escrito de contestación *(libellus contradictionis)*.

En el derecho justinianeo la justicia ordinaria era administrada: en Constantinopla, por el *praefectus urbi* (o por su *vicarius)*; en las provincias, por los *defensores plebis* o *civitatis* en primera instancia y, por el *praeses provinciae*, en apelación. Pero fueron también reconocidas muchas jurisdicciones especiales.

NOTA BIBLIOGRAFICA

Véanse, en general, las obras indicadas bajo los números 2 y 3 de la *Guía Bibliográfica*. Vid. también BERGER: *Dictionary*.

XIV

LA SUCESION EN LAS RELACIONES JURIDICAS PRIVADAS

SUMARIO: 75. Generalidades.—76. La sucesión en las relaciones jurídicas privadas de una persona fallecida.—77. El llamamiento *ex testamento* a la sucesión *mortis causa*.—78. El llamamiento *ab intestato* a la sucesión *mortis causa* y la sucesión necesaria.—79. Efectos particulares de la sucesión testamentaria.

75. GENERALIDADES.

Siempre que, subsistiendo los restantes elementos, un nuevo sujeto ocupa la posición de una de las partes de una relación jurídica privada, se suele hablar de sucesión del primero al segundo o, cuando se tiene más particularmente en cuenta la situación (activa o pasiva) en la que se coloca, de adquisición derivativa de un derecho o de una obligación por parte del sucesor (n. 51).

Se suele distinguir después entre: sucesión particular y sucesión universal, según que se suceda en una sola relación o en todas aquellas de las

que el causante era titular; entre sucesión de una persona viva y sucesión de una persona fallecida, según que se suceda en la relación o en las relaciones de las que era titular un causante vivo o muerto.

El Derecho romano sólo llegó a esta amplia y completa concepción del fenómeno sucesorio durante el período postclásico. En el transcurso de los períodos precedentes, no se llegó, en principio, a concebir la posibilidad de una sucesión a título particular, fuese *inter vivos* o *mortis causa* y se consideró que, una verdadera y propia *successio*, solamente se producía cuando un sujeto jurídico perdía su cualidad de sujeto (por muerte o por *capitis deminutio)* y, en su puesto, en toda su situación jurídica, entraba otro sujeto. Por esto, mientras en el período clásico se habló siempre de sucesión en el sentido de *successio in locum et ius (alicuius)*, es sólo en el derecho postclásico donde se formó y se difundió la distinción entre una *successio in singulas res* y una *successio in universum ius*, como si, en este último caso (correspondiente a la *successsio in locum et ius* de los períodos anteriores), el conjunto de las relaciones jurídicas privadas, pertenecientes al causante, constituyese también una *singula res*, como resultado de la ideal unificación de todos sus elementos patrimoniales (la llamada *universitas iuris)*.

De los casos de sucesión particular *inter vivos* nos ocuparemos en las páginas siguientes,

al tratar de cada una de las relaciones jurídicas privadas y de los hechos jurídicos necesarios para su constitución. La sucesión universal de una persona viva (desconocida en los derechos modernos) se producía, según el *ius civile*, junto a los supuestos de *capitis deminutio maxima* (n. 44) y *media* (n. 45), en algunos casos en los cuales el causante perdía la posibilidad de poder ser sujeto jurídico, no obstante seguir viviendo y permanecer *liber* y *civis Romanus*. Tal ocurría, por ej.: con el *adrogatus* por otro *paterfamilias* ya que éste absorbía, en la suya, la posición jurídica de aquél (n. 82); con la mujer *sui iuris* que se sometía a la *manus* de su marido (n. 36). Todas éstas instituciones decayeron rápidamente en el derecho preclásico. En cambio, en el período clásico se abrió paso una especie de sucesión universal entre vivos *iure praetorio*, cual fué la del *bonorum emptor* en relación con los *universa bona* del quebrado (n. 73).

76. LA SUCESION EN LAS RELACIONES JURIDICAS DE UNA PERSONA FALLECIDA.

En el sistema del *ius civile*, la *successio in locum et ius* de una persona fallecida, tomaba el nombre de *hereditas*, término que servía, también, para indicar el conjunto de las relaciones jurídicas que pasaban del causante al sucesor. Al lado de la *hereditas* se conoció la sucesión a título particular, lograda mediante la institución de los *legata* (n. 79). El *ius praeto-*

rium completó y corrigió, en muchos particulares, el anticuado sistema civil de la *hereditas*, dando lugar, prácticamente, a un distinto y superior sistema sucesorio (la *bonorum possessio*. n. 79). El *ius novum*, particularmente durante el período postclásico, tuvo en cuenta estos dos sistemas anteriores para reformarlos y, sobre todo, para crear un sistema unitario de *successio in universum ius mortis causa*.

Para que el fenómeno sucesorio se produjese, no era suficiente el hecho de la muerte del causante, pues, con este hecho, habían de concurrir otros varios, entre los cuales, y como principalísimo, se hallaba el de la vocación o llamamiento a la sucesión. Este llamamiento *(vocatio)* podía estar prestablecido por el ordenamiento jurídico o dispuesto por el propio causante. Esta última (la *vocatio ex testamento: n.* 77) tenía preferencia sobre la primera *(vocatio* llamada *legítima* o *ab intestato:* n. 78), salvo ciertos supuestos en los que la sucesión se producía, por explícita disposición del ordenamiento jurídico, *contra testamentum*.

Era preciso, además de la vocación o llamamiento, la delación *(delatio)*, la cual, en algunos casos, se producía automáticamente *(ipso iure)*; en otros estaba condicionada a la aceptación *(aditio)* o a la petición *(adgnitio)* del llamado a suceder. La *delatio ipso iure* tenía lugar en los casos en los que los *filii familias* eran llamados a suceder por el *ius civile* o por un *testamentum iure civili*, o cuando lo eran los esclavos que el causante hubiese manumitido y llamado a la *hereditas* en testamento (estos instituídos se llamaron, por ello, *heredes necessarii*). Cualquier otro instituído adquiría la *hereditas* mediante *aditio* y para la adquisición de la *bonorum possessio* se precisaba, por último, la *adgnitio*.

Ya en época histórica y para obviar la difícil situación en que se encontraban los *heredes necessarii*, en el caso de que el acervo hereditario contuviese más deudas que elementos activos *(hereditas damnosa)*, se crearon dos instituciones: el *ius abstinendi* concedido por el pretor al instituído que fuese *filius familias* (el llamado *heres suus et necessarius)* y el denominado *beneficium separationis* reconocido por la jurisprudencia clásica al *servus cum libertate institutus*, a fin de permitirle separar, de la masa hereditaria, cuantas adquisiciones pudiera, eventualmente, hacer en lo futuro.

La aceptación de la herencia, por parte de los llamados *heredes voluntarii*, se realizaba, durante el período clásico, bien mediante el negocio solemne de la *cretio* ("...*hanc hereditatem adeo cernoque*"), bien, incluso, tácitamente, mediante actos que sólo un *heres* aceptante podía llevar a cabo *(pro herede gestio:* ej.: enajenación de un bien hereditario; cobro de un crédito del causante). En el derecho postclásico se consideró suficiente la exteriorización, de cualquier modo hecha, de la *voluntas suscipiendae hereditatis (aditio nuda voluntate)*.

La *adgnitio bonorum possessionis* se

realizaba ante el pretor, sin solemnidad alguna, y la adquisición derivaba de un *decretum* de dicho magistrado: en el derecho postclásico, debido a la fusión de los institutos sucesorios, el sistema se invierte y se considera sujeta a aceptación, incluso la *bonorum possessio*.

Durante la época postclásica se creó el instituto del *beneficium inventarii* por el cual los herederos podían limitar su responsabilidad patrimonial a las "*vires hereditariae*"; es decir, al activo hereditario, según el monto que resultase de un inventario previo del mismo.

En el sistema del *ius civile*, el *heres* a quien se hubiese obstaculizado el posesionarse de los *bona hereditaria*, podía ejercitar, además de la *vindicatio* de cada una de las *res* (n. 83), una *vindicatio* de toda la *hereditas* instada contra el poseedor de la misma (*hereditatis petitio*). En esta materia fueron introducidas importantes innovaciones por un *SC. Iuventianum* del siglo II d. J. C.

Para la división del as hereditario entre los coherederos, cada uno de estos podía ejercer, contra los restantes, la *actio familiae herciscundae*, con objeto de obtener del *iudex privatus*, la *adiudicatio* de las cuotas respectivas (n. 69).

77. EL LLAMAMIENTO "EX TESTAMENTO" A LA SUCESION "MORTIS CAUSA".

El modo más general de hacer el llamamiento a la sucesión *mortis causa* fué el *testamentum* (Mo-

destino: D. 28. 1. 1: "*Voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit*").

(*a*) Prescindiendo de las formas más antiguas (*testamentum calatis comitiis* y *testamentum in procinctu*) cuya historia es bastante incierta, la forma de *testamentum* que imperó en las épocas preclásica y clásica fué el *testamentum per aes et libram*, derivación de una originaria *mancipatio* (n. 83) de la *hereditas* (*mancipatio familiae*) a un *familiae emptor*, quien, de originario adquirente efectivo, quedó reducido, después, a un mero ejecutor testamentario. Las disposiciones del testador eran, generalmente, escritas sobre *tabulae* de cera cerradas y selladas por éste y los demás actores de la *mancipatio* (el *familiae emptor*, los cinco testigos y el *libripens*); la entrega de las tablitas iba acompañada de una *nuncupatio* solemne ("*Haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote*").

El pretor urbano, por otra parte, acostumbró a conceder a los instituidos que se lo solicitasen, la *possessio* de los *bona defuncti* en el caso de que su adquisición, *iure civili*, no fuese posible por la falta de alguno de los requisitos del ritual testamentario y, en particular, del de la *mancipatio familiae*. Tal concesión (llamada *bonorum possessio secundum tabulas*), se hacía siempre que existiesen, por lo menos, las *tabulae* y los siete sellos de las personas presentes en la ceremonia, consideradas en lo sucesivo como *testes*.

Testamento civil y testamento pretorio se fusionaron,

durante el período postclásico, en el que Justiniano denominó *testamentum tripertitum* que era el confeccionado por el testador y sellado por siete testigos.

(b) Contenido esencialísimo del *testamentum* civil, era la *heredis institutio,* es decir la designación solemne del *successor in locum et ius ("L. Titius mihi heres esto")* y la expresa *exheredatio* de los *heredes sui,* cuando se les quisiese excluir de la *successio ("sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi").*

En lugar de un solo heredero podían ser instituídos varios coherederos, bien lo fuesen en cuotas iguales o en cuotas desiguales; pero la *institutio* de un heredero no podía ser hecha para una cosa determinada *(ex certa re)* o con detracción de un determinado bien *(excepta re),* puesto que precisaba respetar el principio de la sucesión en la universalidad de los bienes del difunto o en una cuota ideal de ella. La jurisprudencia clásica consideró, en estos casos, válido el testamento e inválida la mención de la *certa res ("detracta rei certae mentione"),* mientras, más tarde, se admitió que todas las indicaciones del testador debían de ser respetadas, dentro de lo posible, en el momento de procederse a la división de la herencia.

El *testamentum* podía contener también la *substitutio heredis,* o sea, el nombramiento de un *heres* al *suus heres* impuber, para el caso en que éste falleciese antes de haber alcanzado la pubertad y, con

ella, la capacidad para poder testar *(substitutio pupillaris),* o bien, de modo más general, el nombramiento de otro o de otros *heredes* al testador mismo para el caso de que las personas por él instituídas en primer lugar, no adquiriesen la herencia *(substitutio vulgaris).*

Subordinadamente a la presencia de la *institutio,* el *testamentum* podía contener, por último, una *datio tutoris* (nos. 53 y 54), una *manumissio* (n. 44) y otras disposiciones particulares *(legata, fideicomissa)* de las que hablaremos más adelante (n. 79).

El *testamentum* fué considerado como revocable por el testador "*usque ad vitae supremum exitum*". Pero no bastaba la destrucción del documento para que se produjese la revocación; era preciso hacer un nuevo testamento con una *institutio heredis* distinta o diversas disposiciones accesorias.

78. EL LLAMAMIENTO "AB INTESTATO" A LA SUCESION "MORTIS CAUSA" Y LA SUCESION NECESARIA.

(a) A falta de *testamentum,* se daba el llamamiento o vocación *ab intestato,* también denominado *legítimo,* por haber sido regulado primeramente por las XII Tablas.

Las *XII tabulae* establecieron que, en defecto de *heredes sui* (es decir, de *filiifamilias),* la *familia* y la *pecunia* del difunto (es decir, su patrimonio en *res mancipi* y *res nec mancipi:* n. 50) pasase al *adgnatus proximus* y, en defecto de *adgnati,*

a los *gentiles*, o sea, a los *patres* de la misma *gens*. Si el *adgnatus proximus* no aceptaba la herencia, quedaba entonces vacante, aun cuando hubiese, tras de él, otros sucesores *ab intestato*.

El *praetor* introdujo importantes reformas a este sistema civil al ofrecer su tutela (mediante la concesión de la llamada *bonorum possessio ab intestato)* a los *filii emancipati* que concurriesen con los *heredes sui*, sobre la base de considerar que unos y otros, desde el punto de vista de la *cognatio* (n. 35), eran *liberi* del testador. Estableció, también, que los *legitimi*, es decir, los otros llamados por las XII Tablas, constituyesen un *ordo* sucesorio subordinado al de los *liberi;* que, en ausencia de *legitimi*, tuviesen derecho a la sucesión los *cognati* (es decir, los parientes consanguíneos que no fuesen, al mismo tiempo, *adgnati)* y, por último, que en defecto de los *cognati* sucediese al difunto el cónyuge superstite *(vir* o *uxor)*. En contraste con el sistema civil, el pretor admitió, además, que, en el caso de no aceptar el primer llamado, se entendiese hecha la vocación a aquel que perteneciese al grado de parentesco posterior y que, en el caso de no aceptar ninguno de los miembros de un *ordo* sucesorio, el llamamiento se transmitiese, según el orden gradual de la proximidad, a los miembros del *ordo* siguiente *(succesio ordinum et graduum)*.

Debido a posteriores reformas llevadas a cabo por el *ius novum*, se llegó al sistema sancionado por las *Novellae* de Justiniano, según las cuales eran llamados

sucesivamente: los descendientes, los ascendientes, los hermanos y hermanas, los restantes colaterales.

(*b*) Durante la época clásica se perfiló, al lado de las sucesiones testada y *ab intestato*, otro tipo de sucesión, la sucesión necesaria, de la cual se conocieron dos clases: la llamada sucesión necesaria formal, constituida por la *bonorum possessio contra tabulas* y la llamada sucesión necesaria substancial, concretada en la *querella inofficiosi testamenti*.

La *bonorum possessio contra tabulas* fué creada por el pretor. Este, considerando que a la sucesión universal tenían derecho, no solamente los *filii in potestate*, sino también los emancipados, concedió, tanto a unos como a otros (denominados genéricamente *liberi)*, si se la solicitaban, la *bonorum possessio* en caso de preterición en las *tabulae* testamentarias.

Pero, a parte de este supuesto, ha de añadirse que, a fines de la época clásica, los magistrados reconocieron, a los parientes más cercanos del testador, el derecho de combatir la validez del testamento, aun cuando hubiesen sido, expresamente, desheredados, siempre que resultase evidente que el testador, al no tenerles presentes al redactar su testamento, había quebrantado el *officium pietatis* que se debe tener con los parientes. De aquí surgió la concesión a los preteridos de la llamada *querella inofficiosi testamenti*, encaminada a obtener la autorización para ejercer la *hereditatis petitio*, por lo menos en orden a una cierta cuota o parte del as hereditario. Este sistema se perfeccionó en los siglos siguien-

tes, llegándose a considerar, en la época justinianea, a los descendientes y a los ascendientes (o sean, los dos primeros *ordines* de la sucesión *ab intestato)* como herederos necesarios de una cierta cuota (cuota de reserva) de los bienes del difunto.

79. EFECTOS PARTICULARES DE LA SUCESION TESTAMENTARIA.

Entre las disposiciones accesorias de un *testamentum*, fué muy usada, en la práctica, el *legatum*, o sea, la manda de un cierto bien hereditario a una determinada persona (legatario o beneficiario) como carga impuesta a la persona instituída heredera (gravado: "*a quo legatum est*").

Podían ser objeto de legado: un derecho real, un derecho de crédito, la remisión de una deuda *(legatum liberationis)*, una cuota de la herencia *(legatum partitionis)*, una pensión alimenticia, etc. El uso de esta forma de legados *mortis causa* surgió, probablemente, a través de la *mancipatio familiae* (n. 77), en la cual los *legata* debieron configurarse como cargas impuestas por el *mancipio dans* al *familiae emptor;* pero no puede excluirse que esta institución apareciese antes.

El *ius civile* conoció cuatro tipos distintos de legado: *a) legatum per vindicationem* (con la forma: "*do, lego*"), cuyo efecto era la transmisión directa de la propiedad de una cosa (o de otro derecho absoluto sobre la misma) del testador al legatario, el cual podía, sin más, ejercer la *actio in rem* contra quien retuviese

la posesión de la misma (herederos o terceros); *b) legatum per damnationem* (con la forma: "*heres meus damnas esto dare*"), cuyo efecto era la constitución de una deuda por la *res legata* a cargo del heredero y a favor del legatario, quien podía obrar contra el primero, mediante una *actio in personam (actio ex testamento); c) legatum sinendi modo* (con la forma: "*heres meus damnas esto sinere*"), subespecie del anterior y generador de una obligación para el heredero de permitir que el legatario se posesionase de una cosa, no pagase una deuda, etc.; *d) legatum per praeceptionem* (con la forma: *heres meus praecipito*") que tenía por efecto la constitución de un determinado derecho real a favor de uno de los coherederos, el cual podía posesionarse de la cosa antes *(prae-capere)* de la división de la herencia.

Estos cuatro tipos de legados fueron estrechamente acercados unos a otros por un *SC. Neronianum* del siglo I d. J. C., el cual estableció que, si un *legatum per vindicationem* no podía ser válido como tal (ej.: porque el testador hubiese legado una cosa ajena), valiese, por lo menos, como *legatum per damnationem* (de aquí, en el ejemplo citado, que el heredero debiese adquirir dicha cosa y transmitir la propiedad de la misma al legatario).

Es evidente que el *legatum* no podía adquirirse si el heredero no había, a su vez, adquirido la herencia. A este respecto se distinguía el *dies cedens*, o sea, el momento de la muerte del testador, en cuyo instante el

legatario adquiría el derecho al legado, del *dies veniens*, es decir, el momento de la aceptación del heredero (*heres voluntarius:* n. 76), desde el cual el legatario podía ejercer su derecho. Verificada la aceptación, el legado podía ser considerado como adquirido desde el momento de la muerte del testador.

El uso de los *legata* estuvo tan extendido en Roma que, con frecuencia, los causantes llegaban a distribuir, testamentariamente, todo su patrimonio en legados, dejando, tan sólo, al heredero, un *nudum nomen*. Para obviar este inconveniente se publicaron, entre los siglos II y I a. de J. C., tres leyes: la *Furia*, la *Voconia* y la *Falcidia*, disponiendo esta última que al *heres* debía de quedarle, por lo menos, una cuarta parte del acervo hereditario (*quarta Falcidia*) y que, por ende, los legados que sobrepasasen esa cantidad debían ser reducidos proporcionalmente.

A fines del período preclásico, y en substitución de los legados, se introdujo el uso de ordenar mandas en actos *mortis causa* por *fideicommissum*, es decir, mediante un ruego (*rogatio*), dirigido al heredero o al legatario, de transmitir (*restituere*), en todo o en parte, el bien recibido a un tercero (*fideicommissarius*). Esta *rogatio fideicommissaria*, completamente desprovista de formas prestablecidas, se hacía, no sólo en testamento, sino oralmente e, incluso, en un documento a parte formado por tablillas enceradas (*codicilli*). De esa *rogatio* nacía, inicialmente, un simple compromiso de honor, no un deber jurídico, para el gravado; pero Augusto

creó una magistratura *extra ordinem* (*praetor fideicommissarius:* n. 74) para que quedase asegurado, judicialmente, el cumplimiento de los fideicomisos.

De este modo el *fideicommissum* se transformó en una institución jurídica muy difundida, que mostró, en la época postclásica, clara tendencia a absorber a los legados. Justiniano terminó, en efecto, si no unificando su estructura, por lo menos equiparando en sus efectos a *legata* y *fideicommissa* ("*per omnia exacquata sunt legata fideicommissis*").

NOTA BIBLIOGRAFICA

Vid., en general, las obras indicadas bajo el n.º 2 de la *Guía Bibliográfica*. Vid. en particular: BONFANTE: *Corso di diritto romano*. 6, *Successioni (Parte Generale)* (1930); SOLAZZI: *Diritto ereditario romano* (2 Vols. 1932-33); BIONDI: *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano* (2 Vols. 1946-47); BIONDI: *Successione testamentaria-Donazioni* (1943). Vid. también BERGER: *Dictionary*.

XV

LAS RELACIONES JURIDICAS ABSOLUTAS

SUMARIO: 80. Generalidades. — 81. El *mancipium* quiritario. — 82. Las potestades familiares.—83. El *dominium ex iure Quiritium*. 84. Las otras relaciones absolutas reales en sentido propio.— 85. Las *servitutes praediorum*.—86. El *usufructus* y las instituciones afines.—87. Las otras relaciones absolutas reales en sentido impropio.—88. La *possessio* y la *quasi possessio*.

80. GENERALIDADES.

Como ya hemos dicho (n. 33) son relaciones jurídicas (privadas) absolutas aquellas existentes entre un sujeto activo (o varios sujetos activos determinados) y todos los restantes asociados, los cuales están obligados a observar un comportamiento de abstención frente al sujeto activo en lo que se refiere al objeto de la relación. En el caso de que uno de los sujetos pasivos perturbe el libre ejercicio de las facultades correspondientes al sujeto activo, se produce, entre ambos, una relación (relativa) de responsabilidad que puede ser, eventualmente, a ejecu-

ción forzada o coactiva. En otras palabras, la pretensión *erga omnes* del sujeto activo se convierte en una pretensión específica hacia el inobservante, la cual, en el caso de que éste persistiese en su actitud hostil, se traducía en la posibilidad, para el titular, de ejercer contra él una adecuada acción.

A la base de toda convivencia social (n. 1) existe, siempre y en todo caso, una relación absoluta fundamental que es la de libertad. Todo asociado es titular de una pretensión *erga omnes* para que no se le perturbe en el goce de aquella esfera de libertad, o sea de licitud, que el ordenamiento jurídico le ha reconocido. Respecto a las relaciones de libertad, que tienen un contenido indeterminado, todas las otras relaciones a contenido determinado, o sea, referidas a sujetos específicos, pueden definirse como relaciones de segundo grado. Todas ellas, en efecto, presuponen la existencia y la validez de la relación de libertad, o sea, de la esfera de licitud establecida por el ordenamiento. De aquí que, aun cuando una relación tenga carácter relativo (ej.: una relación de crédito generada por la entrega de una cantidad de dinero en mutuo), tiene una proyección *erga omnes* como consecuencia de la existencia de esa relación fundamental de libertad. En efecto, el sujeto activo (ej.: el acreedor), no sólo es titular de una pretensión específica hacia un determinado sujeto pasivo (el deudor), sino que es, además, titular de una pretensión *erga omnes* para que no se niegue o se perturbe esa su situación activa, lícitamente creada.

De la relación fundamental de libertad, cuyo objeto es indeterminado, se diferencian las restantes relaciones absolutas por el hecho de referirse a objetos determinados o determinables (una persona, una casa, un animal, un rebaño, una alhaja). En efecto, todo objeto jurídico, por el hecho de serlo, supone una relación absoluta que le concierne, o sea, que implica un sujeto que tenga sobre él todas las facultades no prohibidas por el ordenamiento en interés general *(ius utendi, fruendi et abutendi:* facultad de usar, de percibir los frutos y de abusar de la cosa hasta su destrucción).

Son, por lo tanto, características de las relaciones absolutas en sentido propio (que pueden ser, bien entendido, a sujeto activo único o a sujetos activos múltiples), las siguientes: su inherencia a un objeto jurídico, en el sentido de que, desde que el objeto existe como tal, existe también la relación absoluta a él inherente, aun cuando cambien los sujetos (modificación subjetiva de la relación: n. 51); las facultades del sujeto activo son ilimitadas, en el sentido, como se ha dicho, de que el sujeto activo puede hacer sobre el objeto cuanto le agrade, a no ser que el ordenamiento jurídico se lo prohiba en interés de la comunidad; la elasticidad de las facultades del sujeto activo, en el sentido de que, al desaparecer cualquier limitación impuesta a las mismas, éstas tornan a ser ilimitadas como al principio.

Junto a las relaciones absolutas en sentido propio y

subordinadas a ella, se han ido formando, en los distintos ordenamientos jurídicos, comenzando por el romano—y por exigencias del todo empíricas—un número más o menos amplio de relaciones absolutas impropias: impropias porque son limitadas en cuanto a las facultades del sujeto activo y por referirse al objeto jurídico de otra relación absoluta propia (ej.: la relación de usufructo que supone para el sujeto activo [el usufructuario] la facultad de percibir los frutos de la cosa fructífera perteneciente a otro [el propietario], pero no comprende, sin embargo, ni la facultad de disponer a placer de la cosa, ni de cualquiera otra facultad sobre la misma, todas las cuales siguen correspondiendo al propietario). Con rigor terminológico, estas relaciones jurídicas absolutas impropias deberían calificarse como relativas; sin embargo, es más oportuna su inclusión en la categoría de las relaciones absolutas, ora por respeto a la Historia, ora por el hecho de que éstas tienen, por lo general, algunas de las características que son propias de las relaciones absolutas (ej.: la inherencia al objeto).

De todos modos, la identificación de las relaciones jurídicas impropias no puede obtenerse a base de esquemas lógicos, sino sólo partiendo de indicaciones taxativas y concretas de cada uno de los ordenamientos positivos. Es por ello por lo que constituyen un *numerus clausus,* es decir, que sólo lo son aquellas que dispone el ordenamiento jurídico.

81. EL "MANCIPIUM" QUIRITARIO.

El antiquísimo sistema del *ius Quiritium* (n. 9) reconoció y tuteló un tipo único de relación absoluta, de contenido amplísimo y que constituyó, además, el arquetipo de las principales relaciones reguladas después por el *ius civile vetus*. Tal relación, en consideración a la facultad del sujeto activo, se denominó *manus* o *mancipium* (de "*manu capere*").

El *paterfamilias* fué el sujeto activo de la relación jurídica quiritaria de *mancipium* y ello frente a los demás *Quirites* y, por estos, de todos los otros *patres familiarum* quiritarios.

Objeto de la misma fué la *familia* (n. 35) en sus distintos y variados elementos, representados: *a*) por los *filii, nepotes ex filio, pronepotes,* etc., denominados todos *filii familias,* en cuanto nacidos después del *pater (adgnati:* n. 35); *b*) de los *adrogati,* es decir, de aquellos *patres familiarum* que se sometieron libremente y mediante *adrogatio* a otro *pater* y, por ende, reducidos, con sus propios *filii,* a la condición de *filii familias* (n. 82); *c*) de las *adgnatae* o *filiae familias; d*) de las *uxores in manu,* o sea de las mujeres del *pater* y de sus *filii* sometidas todas a la potestad de aquél y, por tanto, *filiarum loco* (n. 36); *e*) de los *filii* adquiridos de otras *familiae* (llamados después, propiamente, *mancipia); f*) más adelante, de los *servi,* o sea, de los prisioneros de guerra a los que no se había dado muerte, sino que se les conservó

(servati) para el trabajo; *g*) de la *domus* (del indoeuropeo "*dham*"="*fam*"="*familia*") con el huerto y el pequeño *heredium* circundante, al que se agregó más tarde el *fundus in agro Romano* resultante de la *divisio et adsignatio agrorum; h*) de los animales domésticos destinados a los trabajos agrícolas y a los servicios familiares *(animalia quae collo dorsove domantur:* bueyes, mulos, asnos, caballos); *i*) de las otras cosas muebles, en cuanto eran, funcionalmente, necesarias a la familia, o sean, los utensilios para el cultivo de la tierra *(instrumentum fundi).*

La situación de los elementos constitutivos de la *familia* no era, sin embargo, la misma para todos ellos. La *domus,* el *fundus,* los *animalia* y las demás cosas, eran objetos jurídicos por su naturaleza (denominadas después *res* en sentido propio: n. 49). Los *servi* y los *mancipia* eran objetos normales de relaciones jurídicas (también llamados después *res),* pero podían ser libertados *(manumissi)* convirtiéndose, por ello, en *liberti* de sus antiguos *patres* (relación llamada de *patronatus:* n. 44). Los restantes elementos (incluyéndose entre ellos, más adelante, las mujeres) eran, en cambio, objetos jurídicos a título temporal, pero eran, potencialmente, sujetos jurídicos porque se harían independientes cuando desapareciese su *pater familias;* a estos se les designó con el término de *liberi* o de *capita,* o sea, de miembros que, de algún modo, influían en la vida de la comunidad (*"vivo quoque parente quodammodo domini existimatur"*).

La difusión de los cambios produjo, después, en muchas *familiae* riquezas que excedían de las reducidas necesidades de la comunidad (predominantemente: bronce, alhajas, muebles, etc.). Tales riquezas, al valorarse solamente en relación a su intrínseco valor en cambio, se llamaron *pecunia* (posteriormente, *res nec mancipi:* n. 50) y no constituían objeto de *mancipium*, sino de simple *possessio*.

El acto mediante el cual se llevaba a cabo la transmisión de la titularidad activa de estas relaciones era, tratándose de *pecunia*, la entrega material de la *res (traditio)*, mientras que, para los restantes objetos jurídicos, se exigía, en garantía de que el negocio llegaba a conocimiento de la comunidad, la *mancipatio:* el peso del *aes rude* (es decir, del bronce no acuñado que se utilizaba para los pagos) se efectuaba por un *libripens* (portador de la balanza) en presencia de las partes y de cinco testigos, romanos y púberes, después de que el adquirente afirmaba ser el titular activo de la relación, en vez del enajenante. Pero, la adquisición de un objeto jurídico ajeno, podía también tener lugar por el mero hecho de que un *pater familias* hubiese usado, públicamente y sin oposición alguna, del objeto *(usus o usucapio)* durante un adecuado período de tiempo (dos años para los *fundi*, uno para las *ceterae res)*.

Hacia fines del siglo VI a. de J. C., la distinta valoración social de los diversos elementos constitutivos de la *familia* y la formación de una *pecunia* extrafamiliar, determinaron que se esbozase una división del *mancipium* en dos grupos fundamentales de relaciones jurídicas absolutas: las potestades familiares *(patria potestas, potestas* sobre los *liberi in causa mancipii, manus maritalis:* n. 82) y las potestades reales entre las cuales ocupó el primer rango el *dominium*, es decir, la relación absoluta cuyo contenido era la facultad de gozar y de disponer de los *servi* o de las *res (fundus* y *ceterae res)*, clasificadas estas últimas en *res familiares* (o *mancipi)* y *pecunia* (o *nec mancipi:* n. 38).

82. LAS POTESTADES FAMILIARES.

Las potestades familiares, derivadas de la desintegración del antiguo *mancipium* unitario (n. 81), fueron de tres clases, en consideración a sus diferentes objetos: la *patria potestas* sobre los *filii familias*, la *manus maritalis* sobre las *mulieres in manu*, la *potestas* sobre los *liberi in mancipio*.

(*a*) De la *manus maritalis* ya se ha hablado a propósito de la *familia* romana (n. 36). Su contenido era el mismo que el de la *patria potestas* y nos informamos a través del estudio de esta última.

(*b*) La *patria potestas* fué la relación jurídica absoluta (entre el *pater* y los demás sujetos del ordenamiento) que tenía por objeto los *filii familias* y por contenido las facultades ilimitadas del *pater* sobre ellos.

Acerca del contenido de la *patria potestas* hemos de precisar que, durante todo el período clásico, el

pater familias fué el único titular del patrimonio familiar, aun cuando estuviese entregado en administración a sus subordinados o hubiese sido adquirido por estos, a quienes les era solamente reconocida una simple capacidad de obrar en ciertos supuestos bien determinados (n. 47).

En el aspecto personal, el *pater* tenía el más amplio poder de disciplina sobre sus subordinados y, en particular, le eran reconocidas las facultades de vender al *filius*, reduciéndolo a la condición de *persona in causa mancipii* (el llamado *ius vendendi)*; de entregar al subordinado a la persona ofendida por el acto delictivo de éste (el llamado *ius noxae dandi)*; de matarlo (el denominado *ius vitae et necis)*.

Este riguroso régimen familiar experimentó atenuaciones desde la época clásica; atenuaciones que se multiplicaron en el período siguiente. *Ius vitae et necis* e *ius noxae dandi* terminaron por ser abolidos por Justiniano, mientras que éste sólo permitió, en casos muy excepcionales, el ejercicio del *ius vendendi* de los recién nacidos. En cuanto a las facultades patrimoniales, operó la convicción social, que remonta a la época republicana, de que si una parte o cuota del patrimonio era entregada por el *pater* al *filius* (el llamado *peculium profecticium)* éste podía disponer, prácticamente, del mismo, aun sin el consentimiento de su padre. Tal convencimiento, al difundirse, llevó a Augusto a disponer, oficialmente, que los *filii familias* militares podían testar libremente respecto al llamado *peculium castrense*, o sea, sobre aquellos bienes adquiridos en el ejército. Esta concesión augustea fué extendida, por Adriano, a ciertos actos de enajenación *inter vivos* y, después, ampliada, en cuanto a lo que podía ser objeto del *peculium*. Durante el período postclásico se reconocieron otros dos tipos de patrimonios separados del *filiusfamilias:* el *peculium quasi castrense*, constituido por los bienes adquiridos por el hijo en el servicio civil del Estado (la llamada *militia* civil) y el *peculium adventicium* (o *adventicium* o *bona adventicia)* integrado por los bienes heredados de la madre *(bona materna)* y de los ascendientes maternos *(bona materna generis)*, así como de otros bienes menores de los que el *pater* fué, ordinariamente, considerado simple usufructuario.

Fueron hechos constitutivos de la *patria potestas: a*) la procreación *ex iustis nuptiis* de los hijos y demás descendientes (n. 38); *b*) la *adrogatio*, o sea, el antiquísimo acto de pasar bajo la *patria potestas* de otro *pater familias* (o sea de una persona *sui iuris)* con sus respectivos subordinados. Esta se realizaba ante los *comitia curiata* (o sea ante los *lictores* que los representaron en época histórica: n. 13) presididos por el *pontifex maximus*, tomando su nombre de la *rogatio* que el *pontifex* dirigía a los comicios para saber si accedían a ella; *c*) la *adoptio*, acto por el cual se adquiría la *potestas* sobre un *filius familias* ajeno (es decir, sobre una persona *alieni iuris)*. El *pater* originario, de acuerdo con una persona de su confianza, llevaba a

cabo las formalidades de la *emancipatio* (n. 46) y el adoptante se presentaba a reivindicar, ficticiamente, el hijo como si fuese suyo.

Adrogatio y *adoptio* experimentaron modificaciones substanciales en la época postclásica. En particular, se distinguió, en esa época, entre *adoptio plena* y *adoptio minus plena*, en la última de las cuales el adoptado conservaba todos los derechos y deberes hacia su familia de origen y el adoptante no adquiría la *patria potestas* sobre él. La *adoptio minus* plena fué autorizada, incluso, a las mujeres sin hijos (*"in solacium amissorum liberorum"*).

Se consideraron hechos extintivos de la *patria potestas* los siguientes: la muerte o la *capitis deminutio* (n. 46) del *pater;* la muerte o la *capitis deminutio* del *filius;* la *adoptio* y la *emancipatio* de éste.

(*c*) La *potestas* sobre los *liberi in causa mancipii* (o *mancipia* o *liberi in mancipio*) era una relación análoga a la *patria potestas*, pero que prescindía de las vinculaciones parentales (naturales o artificiales) entre el que tenía la potestad y sus subordinados.

Liberi in causa mancipii eran personas *alieni iuris* que habían sido enajenadas por su *pater* a un tercero, mediante *mancipatio, noxae deditio*, etc.: no se convertían en *filii* (salvo *adoptio*) de este tercero, sino tan solo en *mancipia*, en la medida de los *servi*, aun cuando permanecían libres. En su consecuencia, si el que tenía la potestad moría o era *capite minutus*, ellos pasaban entonces bajo la potestad de sus descendientes. El único modo para liberarlos era la *manumissio* (n. 44).

83. EL "DOMINIUM EX IURE QUIRITIUM".

En el sistema del *ius civile* (n. 14), el *dominium ex iure Quiritium* (así llamado por derivar del *mancipium* quiritario) era una relación jurídica absoluta, en sentido propio (n. 80), cuyo objeto era una *res, mancipi* o *nec mancipi*, mueble o inmueble.

En virtud del encuadramiento del *dominium* en el sistema del *ius civile*, únicamente podían ser sujetos activos del mismo (*domini ex iure Quiritium*) los *cives Romani*. En cuanto a su objeto, y si se trataba de bienes immuebles, es evidente que solo podían ser objeto de *dominium* los fundos situados en territorio ciudadano (*fundi in agro Romano* y después, desde fines del siglo I a. de J. C. hasta finales de la época clásica, los *in agro Latino*).

El derecho del *dominus* era considerado tan absoluto que: se extendía, dentro del *fundus*, ilimitadamente hacia arriba y hacia abajo (*"usque ad sidera et usque ad inferos"*); no admitía la posibilidad de gravarlo con tributos territoriales a pagar al Estado y excluía, a mayor abundamiento, que se pudiese concebir y admitir la llamada expropiación por pública utilidad.

En cambio, se admitió y se difundió, rápidamente, el *condominium* o *communio*, es decir, la coparticipación de varios sujetos en la titularidad activa de una relación de *dominium*, en el sentido de que cada

uno se consideraba titular de una cuota ideal de las facultades espectantes al *dominus*. Como consecuencia de esta concepción, cada *condominus* participaba, *pro parte*, en la utilización de los frutos y en soportar los gastos y los daños. En teoría, cualquier acto que comprometiese, en su totalidad, el condominio, debía ser consentido por todos los condóminos, de aquí que le fuese reconocido, a cada condómino, la facultad de oponerse a los actos llevados a cabo por los demás, paralizándolos (el llamado *ius prohibendi*); pero, en la práctica, durante el periodo clásico, este *ius prohibendi* perdió toda ocasión de ser ejercido, pues se difundió la costumbre de ponerse de acuerdo previamente acerca del acto a realizar, aceptando, eventualmente, la minoría de los condóminos, el parecer expreso de la mayoría.

Fueron considerados, entre otros, hechos jurídicos (naturales) constitutivos del *dominium*, los siguientes: *a)* el incremento natural de un *fundus* por: *adluvio* (aumento lento del *humus* de los fundos ribereños de un río, debido al curso de las aguas y a costa de los fundos superiores); *avulsio* (separación de un trozo de tierra de los fundos superiores por la fuerza de las aguas, el cual era incorporado, por ellas, a uno de los predios inferiores); *insula in flumine nata* (al nivel de un fundo ribereño) y por otras causas semejantes. *b)* la adhesión o incorporación de una cosa, económicamente accesoria, a una *res* principal ("*accessorium sequitur principale*": ej.: la tinta que pasa a ser *dominium* del propietario del pergamino; los colores que pasan a la propiedad del dueño de la tabula, etc.). *c)* la fructificación de la *res*, que determina la adquisición de los *fructus* por el *dominus*, a no ser que existan situaciones a las que se reconozca mejor derecho (ej.: la del usufructuario; la del poseedor de buena fe, etc.).

Se consideraron hechos jurídicos extintivos del *dominium* desde otro ángulo, los mismos de los dos primeros casos anteriores y, además: el perecimiento de la *res*, su pérdida, etc. La muerte o la *capitis deminutio* del *dominus* no determinaban la extinción del *dominium*, sino solo su modificación subjetiva, según las reglas propias de la *successio* (nos. 51 y 76).

Entre los actos jurídicos constitutivos y extintivos del *dominium* tuvieron una particular importancia en las fuentes, las siguientes: *a)* la *ocupatio*, o sea la aprehensión material de una *res nullius* (ej.: caza, pesca), así como, según algunos, de la *res nec mancipi* abandonada por sus propietario *(res derelictae)* y del tesoro *("vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non extat memoria, ut iam dominum non habeat")*; *b)* la *derelictio* de una *res nec mancipi* (acto extintivo); *c)* la *usucapio*, es decir, la disposición de hecho *(usus)* de una *res (mancipi* o *nec mancipi)* durante un cierto tiempo (dos años para los *fundi*, un año para las otras *res)*, sin oposición por parte del *dominus*, cuya actitud hacia presumible que el propieta-

rio había reconocido, tácitamente, la adquisición *(capio)* del *dominium* por parte del poseedor.

Se consideraron requisitos de la *usucapio*: "*res habilis, titulus, fides, possessio, tempus*". Prescindiendo del *tempus* y de la *possessio ad usucapionem* (n. 88, de los que ya se ha hablado, hemos de decir: en cuanto a la *res habilis* que se dispuso que algunas *res* (ej.: las *res furtivae* y las *vi possessae)* no podían ser usucapidas; en cuanto al *titulus* (o *iusta causa usucapionis)*, que la *usucapio* era solamente admitida (salvo el caso de *usus* de *res* pertenecientes a una masa hereditaria: la llamada *usucapio pro herede)*, si la situación objetiva inicial, aun no pudiendo determinar por sí misma la adquisición del *dominium*, no era jurídicamente ilícita (piénsese en la situación de una *res mancipi tradita*, y no *mancipata*, al adquirente, frente a la situación de una cosa robada); en cuanto a la *fides* (o *bona fides)*, que carecía de capacidad para usucapir quien no estuviese persuadido, por lo menos inicialmente ("*mala fides superveniens non nocet*") de no lesionar, con su actuación, el derecho ajeno.

Fueron negocios jurídicos típicos para la transmisión del *dominium ex iure Quiritium* de un sujeto activo a otro, los siguientes: *a)* la *mancipatio*, necesaria para las *res mancipi* y residuo de la antigua *mancipatio* (n. 81). Ante los cinco testigos y el *libripens*, el adquirente *(mancipio accipiens)* reivindicaba, solemnemente, el *dominium* ("*aio hanc rem meam esse ex iure Quiritium eaque mihi empta esto hoc aere aenea-*

que libra") mientras el enajenante *(mancipio dans)* asentía con su silencio; *b)* la *in iure cessio*, válida para cualquier clase de *res*, para la cual se utilizaba la *legis actio sacramenti in rem* (n. 67). Enajenante y adquirente se trasladaban con la cosa, o con una parte de ella, ante el *praetor* y allí el adquirente reivindicaba el *dominium* y el enajenante, en lugar de *contravindicare*, callaba y, por tanto, "*in iure cedebat*"; *c)* la *traditio*, valedera únicamente para las cosas *nec mancipi*. El enajenante *(tradens)* ponía la *res* a la disposición del adquirente (entregándola material o simbólicamente), dependiendo la transmisión del *dominium* de la doble circunstancia de que el tradente fuese *dominus* y que la *traditio* se realizase, públicamente, con ese fin (la llamada *iusta causa traditionis)*.

Los medios procesales fundamentales para tutelar la situación jurídica del *dominus* contra las perturbaciones causadas por terceros, fueron: *a)* la *rei vindicatio*, mediante la cual el *dominus* actuaba contra quien se hubiese posesionado de la cosa, a fin de recuperarla o, por lo menos, de obtener el valor de ella (el tenor de la llamada *formula petitoria* era: "*Si paret fundum Capenatem, quo de agitur, Auli Agerii esse ex iure Quiritium, neque is fundus Aulo Agerio arbitrio tuo a Numerio Negidio restituetur, quanti is fundus erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium condemnato; si non paret absolvito*"); *b)* la *actio negatoria* con la cual el *dominus* se oponía a quien se comportase con su *res* como si fuese titular de un *ius praedii*

o de un *ususfructus* (el tenor de la fórmula era el siguiente: "*Si paret N° N° ius non esse fundo Capenate utendi fruendi*, etc." o "...*per fundum Capenatem eundi agendi*, etc."); *c*) la *exceptio iusti dominii* que el *dominus* alegaba contra quien, pretendiendo ser el dueño de la cosa, le discutiese el goce de la *res*, mediante ejercicio de la *rei vindicatio*.

Para la división del *condominium*, cuando no existiese acuerdo entre las partes, éstas podían ejercitar la *actio communi dividundo* ("*Quod L. Titius C. Seius de fundo Capenate communi dividundo iudicem sibi dari postulaverunt, quidquid adiudicari oportet, iudex L. Titio C. Seio adiudicato; quantum condemnari oportet alterum alteri certa pecunia condemnato*"). La *adiudicatio* constituía título suficiente para la adquisición del *dominium* por parte de los comuneros sobre las cosas singulares atribuidas a cada uno de ellos; la *condemnatio* era pronunciada para el caso en que fuese preciso el pago de sumas compensatorias entre los condominos.

84. LAS OTRAS RELACIONES ABSOLUTAS REALES EN SENTIDO PROPIO.

En época histórica, el *dominum ex iure Quiritium* no fué la única relación absoluta real, en sentido propio (n. 80). Junto a él se crearon otras dos, para obviar las restricciones impuestas a su aplicación por el ordenamiento civil: las llamadas *propiedad provincial* y *propiedad pretoria*. Estos tres

tipos clásicos terminaron por unificarse en el período postclásico.

(*a*) Como ya se ha dicho, en la época clásica, era inconcebible el *dominium ex iure Quiritium* sobre fundos no romanos (y más tarde, no itálicos). Los fundos de las *provinciae* eran concebidos, cual ellas mismas, como objetos del *dominium* público del Estado, quien los entregaba, a veces, a los particulares para su explotación, contra pago de un *stipendium* para los de las provincias senatoriales o de un *tributum* para los de las imperiales (*fundi stipendiarii vel tributarii*). La jurisprudencia clásica reconoció, sin embargo, en esta concesión de los fundos provinciales, si era perpetua, una *situación análoga al dominium*, designándola con la circunlocución de *possessio vel ususfructus* y otras semejantes.

(*b*) Otra fractura, aún más importante, en el rígido concepto civil del *dominium ex iure Quiritium* fué hija del *ius honorarium*. Como ya se ha visto, una *res mancipi* solamente podía ser transmitida al *dominium* ajeno mediante los negocios de *mancipatio* o de *in iure cessio*, o bien como consecuencia de la *usucapio*; pues bien, en el caso en que se hubiese verificado la simple *traditio* de la *res*, sin haber transcurrido todo el tiempo preciso para la *usucapio* y el adquirente fuese perturbado en el *usus* de ella, el *praetor urbanus* acude en su auxilio concediéndole los dos medios procesales de la *exceptio rei venditae et traditae* y de la *actio Publiciana*,

reconociéndole, en substancia, una posición análoga a la del *dominus ex iure Quiritium.*

La *exceptio rei venditae et traditae,* le servía al adquirente para paralizar la maliciosa pretensión del *dominus* de llevar a cabo la *vindicatio* de la misma, después de haberle *tradita* la *res* ("*Si paret fundum Capenatem... A^i A^i esse ex iure Quiritium, nisi eum fundum A^s A^s N^o N^o vendidit et tradidit,* etc.").

La *actio Publiciana* (*actio utilis* de la misma especie que las llamadas *actiones ficticiae:* n. 69), se concedía al adquirente de una cosa para recuperarla de quienquiera que se hubiese posesionado de ella, como si él fuese su verdadero y propio *dominus,* caracterizándose, técnicamente, porque la fórmula invitaba al *iudex privatus* a fingir que había transcurrido el tiempo para la usucapión y, por ende, que el actor se había convertido en *dominus ex iure Quiritium* ("*Si quem fundum A^s A^s emit et is ei traditus est, biennio possedisset, tum si eum fundum, de quo agitur, eius ex iure Quiritium esse oporteret, neque is fundus arbitrio tuo restituetur, iudex,* etc.").

Con esto había sido, pues, creado, prácticamente, un nuevo *dominium* (la llamada propiedad pretoria o *in bonis habere*), respecto al cual carecía de todo valor la vieja distinción entre *res mancipi* y *res nec mancipi.*

(*c*) En el derecho postclásico se produjo la completa fusión de estos distintos tipos de propiedad.

La nueva propiedad se la consideró ya como sujeta a los tributos territoriales e, incluso, como expropiable; la distinción entre *res mancipi* y *nec mancipi* fué, formalmente, abolida y la *traditio* se convirtió en el medio usual de transmisión de este derecho.

En cuanto a la *usucapio,* ésta se fusionó con una institución análoga, vigente en las provincias para los *fundi stipendiarii vel tributarii:* la *longi temporis praescriptio:* para la adquisición de la propiedad se exigió un plazo de 3 años para los muebles y de 10 ó 20 para los inmuebles, así como la *bona fides* del adquirente, en el sentido de la ignorancia efectiva y excusable de los vicios del título de adquisición.

85. LAS "SERVITUTES PRAEDIORUM".

Fueron de origen antiquísimo aquellas relaciones absolutas reales en sentido impropio referentes, exclusivamente, a las *res immobiles,* a las que se dió el nombre de *servitutes* (o *iura*) *praediorum.*

Servitus praedii indica, literalmente, la situación de subordinación en la que venía a encontrarse un inmueble (llamado fundo sirviente) respecto a otro vecino (llamado fundo dominante) cuando aquél estaba destinado a proporcionar cierta *utilitas* objetiva al otro fundo. Sin embargo, la relación jurídica de *servitus* no se da, evidentemente, entre los dos fundos, sino entre las personas de sus propietarios, en el sentido de que el propietario del fundo dominante tiene derecho a que el dueño del sirviente so-

porte *("pati")* un determinado sacrificio, con el fin de procurar cierta *utilitas* objetiva al fundo dominante. Ese *pati* del dueño del fundo sirviente puede consistir: bien en tener que soportar una actividad que se ejercitará sobre su fundo por el otro propietario (la llamada servidumbre positiva), o en la abstención de una actividad que, de otro modo, él hubiera podido llevar a cabo (la llamada servidumbre negativa); pero no puede consistir, regularmente, en obrar en favor del otro fundo, o sea un *facere ("servitus in faciendo consistere nequit")*. Dada la inherencia de la relación a la *utilitas* del fundo dominante, aquella se consideró que sobrevivía a todo cambio de los sujetos, es decir, de los respectivos propietarios.

Las *servitutes praediorum* se clasificaron, en la época histórica, en dos categorías: *a*) las *servitutes rusticae*, consideradas *res mancipi* y que fueron: la servidumbre de paso *(ius eundi agendi)*, la servidumbre de acueducto *(ius aquae ducendae)*, la servidumbre de abrevadero *(ius pecoris ad aquam apellendi)*, etc.; *b*) las *servitutes urbanae* (relativas a inmuebles urbanos) consideradas *res nec mancipi* y que fueron: la servidumbre de no elevar más alto *(ius altius non tollendi)*, la servidumbre de sostener al inmueble dominante *(servitus oneris ferendi)*, las servidumbres de vistas y luces *(servitus ne prospectui officiatur, servitus ne luminibus officiatur)* etc.

El motivo por el cual las *servitutes praediorum rusticorum* fueron consideradas *res mancipi* (y, posteriormente, todas las *servitutes* fueron, bajo un cierto aspecto, clasificadas como *res incorporales)*, es el siguiente: originariamente, en el sistema del *ius Quiritium*, las servidumbres más antiguas fueron las rústicas *(iter, via, actus, aquaeductus)* y estas servidumbres, en realidad, no eran concebidas aún como tales, sino cual partes del fundo sirviente, sometidas al *mancipium* del titular del fundo dominante (n. 84).

Fueron modos principales de constitución de las *servitutes praediorum*: la *mancipatio servitutis*, válida para las servidumbres rústicas; la *in iure cessio servitutis* que se utilizaba, tanto para las servidumbres rústicas, como para las urbanas; la *deductio servitutis*, o sea, la explícita reserva de una servidumbre a favor del enajenante, efectuada en el acto de la *mancipatio* o de la *in iure cessio* de un fundo en *dominium ex iure Quiritium;* la *adiudicatio* hecha por el *iudex* en la *actio communi dividundo* (n. 83). No se admitió la *traditio servitutis*, pero, en la época postclásica, se reconoció que, una *servitus* rústica, podía fundarse sobre una *quasi traditio*, o sea, sobre su admisión, si bien de modo no formal, por parte del propietario del fundo sirviente *(patientia)*.

Una *lex Scribonia*, de la época preclásica, prohibió la *usucapio* de las servidumbres. En el período postclásico se admitió, por último, que la servidumbre de hecho prestada por una *pars fundi* a la otra parte, podía transformarse, automáticamente, en servidumbre

de derecho, cuando el fundo resultase dividido entre dos distintos propietarios (la llamada destinación del padre de familia).

Se reconocieron como modos de extinción de las *servitutes praediorum* los siguientes: la reunión, en una sola persona, de las cualidades de propietario del fundo dominante y de propietario del fundo sirviente (*confusio*: "*nemini res sua servit*"), lograda por cualquier modo o forma (ej.: *successio, mancipatio, in iure cessio*, etc); el *non usus* de las servidumbres positivas por parte del propietario del fundo dominante (dos años en el derecho clásico, diez o veinte años en el derecho justinianeo); la *usucapio libertatis* para las servidumbres negativas (transcurso del período de prescripción, después de un acto inicial de oposición realizado por el propietario del fundo sirviente).

Medio procesal fundamental para la tutela de las *servitutes praediorum* fué la *vindicatio servitutis* ejercida por el propietario del fundo dominante contra el propietario del fundo sirviente, en el supuesto de que este último negase la existencia de la servidumbre (tenor de la fórmula correspondiente: "*Si paret Aº Aº ius esse per fundum Capenatem eundi agendi*, etc.").

86. EL "USUSFRUCTUS" Y LAS INSTITUCIONES AFINES.

Fueron también relaciones absolutas reales en sentido impropio: el *ususfructus* y las instituciones afines del *usus*, del *fructus sine usu*, de la *habitatio* y de las *operae servorum*.

(a) El *ususfructus*, que se formó durante el período preclásico, consistía en una relación, entre el propietario de una cosa fructífera (el llamado nudo propietario) y el usufructuario, en virtud de la cual este último tenía la facultad de usar de la cosa y de percibir sus frutos, sin alterar, sin embargo, ni mudar su estructura o su destinación económica ("*ius alienis rebus utendi, fruendi salva rerum substantia*"). Por efecto de la constitución de una relación jurídica de usufructo, la propiedad sobre la cosa fructífera quedaba pues, "nuda".

A diferencia de la *servitus*, el *ususfructus* no era concebido como una relación jurídica perpetua, sino como un derecho temporal unido a la persona del usufructuario: derecho que, por lo tanto, no podía tener una duración mayor que la vida del usufructuario, por cuya razón se extinguía con la muerte o la *capitis deminutio* de este último, no pudiendo ser transmitido por él a otros (el usufructuario podía, sin embargo, proceder a la *locatio* o a la *conditio* de su derecho con efectos obligatorios: n. 92).

Los modos de constitución del *ususfructus* fueron los siguientes: la *in iure cessio*, la *deductio*, la *adiudicatio*, tal vez la *usucapio* y, en el derecho postclásico, la *quasi traditio* exteriorizada mediante la *patientia* del propietario.

Fueron modos de extinción: la reunión en

una sola persona de las cualidades de nudo propietario y de usufructuario *(consolidatio)* y el *non usus.*

Para la tutela del *ususfructus* el medio procesal fundamental lo constituyó la *vindicatio ususfructus* (el tenor de la fórmula era: "*Si paret A° A° ius esse fundo Capenate utendi fruendi*, etc.").

Instituciones afines al *ususfructus* fueron: *a)* el *usus (sine fructu)* de una cosa, fructífera o infructífera, reconocido desde el período clásico; *b)* el *fructus sine usu*, de construcción predominantemente escolástica; *c)* la *habitatio* que concedía la facultad de usar de una casa-habitación; *d)* las *operae servorum* que suponía la facultad de servirse del esfuerzo o actividad de los esclavos ajenos.

87. LAS OTRAS RELACIONES ABSOLUTAS REALES EN SENTIDO IMPROPIO.

Otras relaciones absolutas reales en sentido impropio, reguladas en distintas épocas del ordenamiento jurídico romano, fueron: la enfiteusis, la superficie, la fiducia, la prenda y la hipoteca.

(a) La *emphytheusis* fué, en derecho justinianeo, una relación absoluta impropia, en virtud de la cual un sujeto (enfiteuta) podía gozar y disponer del modo más pleno, completo y a perpetuidad, o por un gran número de años, del fundo de otro sujeto (concedente) con la única obligación de pagarle un canon anual y con el riesgo de perder el fundo, en el caso de

incumplimiento de esta obligación durante dos años (devolución).

Esta institución postclásica, fuertemente influenciada por el derecho griego, se enlaza al precedente clásico conocido como *ius in agro vectigali*, el cual pertenecía a aquel que hubiese obtenido el goce de terrenos pertenecientes a comunidades dependientes de Roma *(municipia, coloniae:* n. 42), a título análogo, aun cuando no idéntico, a la *locatio-conductio* (n. 42), obligándose, en cambio, a pagar un canon anual *(vectigal)*.

(b) La *superficies* fué, en derecho justinianeo, una relación absoluta impropia por la cual un sujeto (superficiario) podía construir y mantener sobre suelo ajeno, a perpetuidad o durante muchos años, un cierto edificio con la obligación de pagar al concedente un canon *(solarium)*.

Esta institución, tuvo una aplicación asaz limitada, durante la época clásica, y se la concebía, de ordinario, cual una forma de *locatio-conductio* (n. 92).

(c) La *fiducia cum creditore* fué una relación que sólo se usó en las épocas preclásica y clásica. Presuponía una *obligatio* entre dos personas (n. 90) y consistía en la transmisión del *dominium* de una *res mancipi* hecha por el *obligatus* (fiduciante) al *creditor* (fiduciario) acompañado del pacto *(pactum fiduciae)* de que la *res* debería ser restituida por el *creditor* al *obligatus* en cuanto éste hubiese extinguido su obligación.

La *fiducia cum creditore* creaba, pues, una relación de

dominium ex iure Quiritium a favor del acreedor, mas sólo con fines de garantía de una *obligatio*. El *obligatus* disponía de una *actio fiduciae* contra el fiduciario en el caso de incumplimiento del *pactum fiduciae*.

(*d*) *Pignus* e *hypotheca*, fueron ambas, en el derecho justinianeo, relaciones absolutas impropias constituidas en garantía de una *obligatio*, diferenciándose entre sí por lo siguiente: mientras el *pignus* gravaba una *res mobiles*, de la cual el acreedor pignoraticio recibía, desde el comienzo, la posesión *(datio pignoris)*, la *hypotheca* se constituía sobre la *res immobiles*, cuya posesión conservaba el deudor (o quien garantizase la obligación por él) hasta el vencimiento. En el caso de que el acreedor no fuese satisfecho, vencida la obligación, éste tenía la facultad de enajenar la cosa y de pagarse con el precio obtenido, restituyendo, sin embargo, el excedente *(hyperocha)* a quien le hubiese dado la cosa en garantía.

Ambas instituciones llegaron a esta reglamentación justinianea después de una compleja evolución que se inició en el ámbito del *ius honorarium*, desde la época preclásica.

88. LA "POSSESSIO" Y LA "QUASI POSSESSIO".

En relación a las *res corporales*, la detentación material de ellas, el actuar sobre las mismas como dueño (el "*potis sedere*") independientemente de ser o no ser jurídicamente su titular, (o sea, con independencia del "*potis esse*"), se llamó por los romanos

possessio. Pero de la pura y simple detentación (la llamada *possessio naturalis* consistente en el "*esse in possesione*", en el "*rem tenere*") comenzó a diferenciarse la llamada *possessio civilis* o *possessio ad usucapionem*, es decir, la posesión basada sobre una "*iusta causa*" que legitimaba la tradición y la usucapión (n. 83).

En el ámbito de la *possessio naturalis* se perfiló, además, durante el período preclásico y por obra del pretor romano, la *possessio* por excelencia o *possessio ad interdicta*, consistente en ciertos supuestos de *possessio* que el pretor consideraba oportuno proteger mediante *interdicta* (n. 72) contra quien se atreviese a violarla, es decir, a substituir, arbitrariamente, al poseedor, sin procurar demostrar su propiedad u otro derecho sobre dicha cosa.

Los casos de *possessio* tutelada fueron los siguientes: *a*) todo supuesto de posesión en nombre y en interés propios *(possessio pro suo)*; *b*) entre los casos de posesión en nombre ajeno *(possessio pro alieno)*, la del acreedor pignoraticio (n. 87), la del secuestratario en quien las partes depositaban la cosa litigiosa hasta la resolución de su controversia (n. 91), la del vectigalista y, más tarde, del enfiteuta (n. 87) y, por último, la del precarista, o sea, de aquel que había recibido una cosa del poseedor con la obligación de restituírsela en cuanto se la pidiese (Ulpiano: D. 43, 23. 1 pr.: "*precarium est, quod precibus petendi utendum conceditur*").

En derecho clásico se concedió también, a otros supuestos de *possessio (naturalis) pro alieno*, una tutela análoga a la de los casos antes reseñados: así en los supuestos del superficiario y del usufructuario, para los cuales la jurisprudencia clásica habló, por aproximación, de una *quasi possessio* ejercitada por quienes tenían derecho sobre la *res*. En la época postclásica la categoría de la *quasi possessio* fué extendida a otros supuestos; se difundió la idea de que existía *possessio* cuantas veces se ejercitaba un derecho como titular, pasándose así de la concepción de la *quasi possessio rei* a la de *possessio iuris* (ej.: *possessio ususfructus*).

Los *interdicta* concedidos por el pretor para tutelar la *possessio*, fueron de dos tipos: uno de ellos orientado hacia la retención de la posesión, es decir, dirigido a la defensa de la situación actual del poseedor contra las agresiones ajenas *(interdicta retinendae possessionis)* y, el otro, encaminado a la defensa del poseedor contra el despojo de la posesión, es decir, de hacerle recuperar la *possessio* que le había sido arrebatada por otro *(interdicta recuperandae possessionis)*.

Los *interdicta retinendae possessionis* fueron: *a*) el *interdictum uti possidetis*, mediante el cual se conservaban las *res immobiles* poseídas, con tal de que la agresión no procediese de quien había sido desposeído de ella con violencia o cladestinidad o que la hubiese concedido al poseedor, a título de *precarium* (tenor de este interdicto fué: "*Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto*"); *b*) el *interdictum utrubi* para retener las *res mobiles* poseídas durante la mayor parte del último año (su tenor fué: "*Utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni fuit, quominus eum ducat, vim fieri veto*").

Los *interdicta recuperandae possessionis* fueron otros dos: *de vi* y *de vi armata* y se encaminaban, exclusivamente, a proteger al poseedor de *res immobiles*. En el derecho postclásico ambos se unificaron en el *interdictum de vi*. La orden interdictal era dirigida por el *praetor* al destinatario a instancias del poseedor, sin que debiese fundamentar su alegación. El destinatario del interdicto, si no la consideraba fundada, podía formular su protesta antes de salir del Tribunal, con lo cual se iniciaba un procedimiento declarativo del derecho aducido por quien hubiese pedido y obtenido el interdicto (n. 72).

Partiendo de esta actividad pretoria, la jurisprudencia romana elaboró toda una compleja teoría de la *possessio*. Se consideraron requisitos esenciales para merecer la tutela pretoria: el *corpus* ("*corpore possidere*"), o sea, el contacto material de una persona con la *res* y el *animus possidendi*, es decir, la intención (resultante esencialmente del comportamiento exterior) de defender las *res* de los ataques ajenos, como si fuese propia. La adquisición de la *possessio* estuvo condicionada a la concurrencia de ambos requisitos; la

pérdida de la misma se hizo depender de la desaparición de uno u otro de ellos, pero se consideró, por excepción, que la *possessio* se conservaría *(possessio solo animo retenta)*, particularmente, en el caso de los pastos invernales (o de verano) abandonados durante las estaciones en que resultaban inútiles para el pastoreo (los llamados *saltus hiberni vel aestivi)*, así como en el caso del *servus* que había escapado a la vigilancia del poseedor (el llamado *servus fugitivus)*.

NOTA BIBLIOGRAFICA

Vid., en general, las obras indicadas en el n.º 2 de la *Guía Bibliográfica*. En particular, consúltese: BONFANTE: *Corso di diritto romano*, 2 (1-2). *La propietà* (1928). 3, *I diritti reali* (1935); GROSSO: *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana* (1944). Vid. también: BERGER: *Dictionary*.

XVI

LAS RELACIONES JURIDICAS RELATIVAS

SUMARIO: 89. Generalidades.—90. Las *obligationes*.—91. Las *obligationes contractae* del *ius civile vetus*.—92. Las *obligationes ex contractu* del *ius civile novum*.—94. Las otras relaciones obligatorias de acto jurídico lícito.—94. Las obligaciones primarias de acto jurídico lícito.—95. Las obligaciones secundarias de acto jurídico lícito.—96. Actos extintivos de las relaciones jurídicas obligatorias.

89. GENERALIDADES.

Son relaciones jurídicas (privadas) relativas, como ya se ha dicho (n. 33), aquellas existentes entre uno o varios sujetos activos y uno o varios sujetos pasivos determinados. El sujeto pasivo está obligado, respecto al sujeto activo, a un comportamiento (llamado prestación) que puede ser positivo *("dare", "facere")* o negativo *("non facere")*.

Las relaciones jurídicas relativas se clasifican en: relaciones de deuda, si derivan de un hecho jurídico involuntario o de un acto jurídico lícito y relaciones de

responsabilidad, si proceden de un acto jurídico ilícito. Las relaciones jurídicas de responsabilidad pueden dividirse, a su vez, en relaciones primarias de responsabilidad, si nacen de la lesión del derecho de libertad o de un derecho absoluto, propio o impropio, y relaciones secundarias de responsabilidad, si proceden de la lesión de un derecho relativo, es decir, del incumplimiento del mismo por parte del sujeto pasivo. Las relaciones de responsabilidad pueden, por último ser: a ejecución libre o a ejecución forzada: en el segundo caso la pretensión específica hacia el incumplidor, siempre que este persevere en su actitud, se traduce en que se puede accionar contra él.

Es bastante difícil que los ordenamientos jurídicos positivos sometan las relaciones relativas a una reglamentación unitaria. Exigencias prácticas unidas a influencias históricas determinan que, algunas relaciones relativas, sean asimiladas, en cuanto a su régimen jurídico, a las relaciones absolutas, constituyendo la categoría de las relaciones jurídicas absolutas en sentido impropio (n. 80). Entre las restantes relaciones relativas se distinguen aquellas en las cuales la prestación del sujeto pasivo es suceptible de valoración económica, de aquellas otras que no son valorables. Las relaciones jurídicas relativas con prestación patrimonial se denominan, usualmente, obligaciones o relaciones obligatorias.

Considerando más de cerca la figura de las obligaciones, se debe precisar que éstas se establecen con el fin normal de obtener el cumplimiento de una cierta prestación de caracter patrimonial (en cuyo caso se habla también, usualmente, de relaciones de deuda), pero que, cuando la deuda no es satisfecha, se transforma, indefectiblemente, en relación secundaria de responsabilidad, a ejecución forzada eventual (en cuyo caso se habla de responsabilidad por incumplimiento de la prestación).

Los sujetos de la relación obligatoria se llaman, generalmente, acreedor, el sujeto activo y deudor, el sujeto pasivo; pero si la relación nace como relación (primaria) de responsabilidad, o se hace tal como consecuencia del incumplimiento, entonces al sujeto pasivo se le da, con más propiedad, el nombre de obligado (de "*obligare*") o responsable civil.

Los hechos constitutivos de las relaciones obligatorias pueden ser de muy diversas clases y se denominan, corrientemente, fuentes de las obligaciones. Estas fuentes se suelen clasificar del modo siguiente: *a)* actos de negocios lícitos, bilaterales o plurilaterales, celebrados entre los sujetos (llamados convenciones o, más técnicamente, contratos); *b)* actos ilícitos; *c)* todo otro hecho involuntario o acto lícito que sea reconocido idóneo por el ordenamiento jurídico.

En cuanto a los hechos extintivos de las relaciones obligatorias, se clasifican en: *a)* hechos extintivos en sentido propio, que son aquellos que producen, de cualquier modo, el cumplimiento de la pres-

tación; b) hechos extintivos en sentido impropio que son aquellos que generan el efecto extintivo sin que se cumpla la prestación.

90. LAS "OBLIGATIONES".

Una concepción de la relación obligatoria, conforme con lo que ha sido expuesto (n. 89), sólo se logró, en el derecho romano, tras una larga y laboriosa evolución, durante la época postclásica (n. 22 y sgs.). En las Instituciones, 3,13 pr., la *obligatio* es, en efecto, definida como: "*iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*" y, un poco más adelante, se señalan cuatro clases de fuentes: "*aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio*".

La historia de las *obligationes* romanas puede sintetizarse, a nuestro parecer, del siguiente modo. En el período arcaico (n. 9), en el sistema del *ius Quiritium*, el fenómeno económico del crédito no era, en cuanto tal, reconocido; los compromisos de cumplir una obligación se basaban sobre la *fides*, o sea, sobre la confianza recíproca de las partes, o bien, sobre el sistema del *fas*, en el caso de que hubiesen sido asumidas a través del antiquísimo rito de la *sponsio* (n. 91). Desde estos tiempos remotos se difundió la costumbre, entre los *Quirites*, de reforzar y garantizar las relaciones crediticias, mediante la constitución de una relación quiritaria de poder, o sea, acudiendo al expediente del *nexum*. En efecto, el deudor (o bien un amigo suyo) se mancipaba al acreedor, convirtiéndose así en objeto de su *mancipium* (y, precisamente, por ello, en *nexus, adstrictus, obligatus*, en el sentido literal de "materialmente vinculado": n. 81) hasta el día en que alquien le rescatase o él llegase a libertarse, a desatarse con su trabajo *(nexi liberatio, solutio obligati)*. Con el tiempo, a la par que se consideró necesario acoger en la órbita del *ius* las relaciones entre *patres* derivadas de la *sponsio* o de otros hechos constitutivos de deuda, se fué modificando la concepción de la *obligatio*, en el sentido de estimar exagerado colocar, al deudor o a otro por él, en la condición de objeto de *mancipium*, negándole la cualidad de sujeto jurídico. De aquí que apareciera la concepción de la *obligatio* cual relación entre acreedor y *obligatus* en garantía de un *debitum* del propio *obligatus* o de otros.

Fué el *ius legitimum vetus* (n. 11) el que difundió esta concepción de la *obligatio* cual vínculo, no ya material, sino ideal, de un sujeto y creó, correlativamente, la *legis actio sacramenti in personam* (n. 67) caracterizada por el hecho de que el acreedor afirmaba, frente al *obligatus*, un "*dare* (o *facere*) *oportere*" de este o de otros. En el sistema del *ius civile vetus* (n. 14), al haber sido abolido el *nexum* por la *lex Poetilia Papiria* del año 326 a. de J. C. (?) la *obligatio* quedaba perfilada ya claramente como "*iuris vinculum*" y sus fuentes fueron agrupadas en dos grandes categorías: el *contractus*, categoría comprensiva de un cierto núme-

ro de actos lícitos y el *delictum*, categoría en la que se reunían algunos actos ilícitos.

Durante los períodos preclásico y clásico, tanto por obra del *ius honorarium* (n. 16) como de la jurisprudencia, fueron reconocidas muchas otras fuentes de relaciones obligatorias, pero se evitó, en principio, el adoptar, para esas relaciones, el término civil de "*obligatio*". La concepción unitaria del fenómeno obligatorio fué atisbada, aun cuando no alcanzada, por la jurisprudencia clásica postadrianea (n. 21), la cual redujo la noción de *contractus* a la de negocio jurídico bilateral o plurilateral, mostrando, por otra parte, inclinación a acoger en ella a todo tipo de negocio convencional (civil o pretorio), por cuya razón llegó a clasificar las fuentes de las obligaciones en tres categorías: los *contractus*, los *delicta* (o *maleficia*) y una categoría ecléctica constituída por los hechos involuntarios, por los simples actos jurídicos o por los actos jurídicos de negocios de estructura unilateral (las denominadas: *variae causarum figurae*).

Al lado de las *obligationes* verdaderas y propias, generadoras de un *actio in personam*, los romanos colocaron las llamadas *obligationes naturales*, es decir, las obligaciones no reconocidas por el derecho, pero que se estimaban vinculantes por la conciencia social. Al apreciarse que tales relaciones merecían alguna consideración y relevancia jurídicas, se estableció que, todo aquel que hubiese cumplido, espontáneamente, una *obligatio naturalis*, no podía, después, ejercitar la *condictio indebiti* (n. 93)

para obtener la restitución de lo entregado en cumplimiento de la prestación no debida, o sea, que el *creditor naturalis* tenía derecho a la denominada *soluti retentio*. Mientras, en el derecho clásico, el número de las *obligationes naturales* fué bastante reducido y parece haberse limitado a los créditos y deudas de los *filiifamiliarum* y de los *servi*, los cuales no podían ser sujetos jurídicos (nos. 44 y 46), en el derecho postclásico y en el justinianeo se admitieron muchos otros casos y parece que se llegó hasta identificar las *obligationes naturales* con todos los deberes morales y sociales.

En el supuesto de pluralidad de sujetos, activos o pasivos, de las relaciones obligatorias, la regla general era que la obligación fuese dividida, o sea, que se fraccionase en tantas obligaciones cuantos fuesen los sujetos activos o pasivos, de suerte que el cumplimiento, o *solutio*, correspondía a cada uno en relación con su parte. Los romanos reconocieron, sin embargo, la posibilidad de que la prestación, por su naturaleza o por voluntad de las partes, fuese indivisible (las llamadas obligaciones indivisibles), o sea, que debía ser, totalmente, cumplida por cada deudor o a favor de cada acreedor (las llamadas obligaciones acumuladas o mancomunadas) o que, por último, esta debiese de ser cumplida de una sola vez, por cualquiera de los deudores o a favor de uno cualquiera de los acreedores (las llamadas obligaciones solidarias).

91. LAS "OBLIGATIONES CONTRACTAE" DEL "IUS CIVILE VETUS".

En el sistema del *ius civile vetus* toda asunción de una deuda mediante un acto lícito fué designada con la expresión: *obligatio contracta* (es decir, "obligación asumida", "vínculo constituído") a la que se adicionaba la indicación del modo por el cual había sido constituída (*verbis, litteris* o *re*).

Otras figuras de *obligationes contractae* (las *obligationes consensu contractae*) surgieron, más tarde, del *ius civile novum* y, alguna particular, fué individualizada y encuadrada en el sistema por la jurisprudencia preclásica (nos. 92-93). A este limitado elenco se redujo el número de las *obligationes contractae iuris civilis*, llamadas también por la jurisprudencia clásica: *obligationes iuris civilis ex contractu* (n. 90).

Estas *obligationes contractae iuris civilis* fueron clasificadas, al final de su evolución creadora, en cuatro categorías: *verbis, litteris, re, consensu contractae*. Trataremos, en primer término, de las que se remontan al *ius civile vetus*.

(*a*) *Obligationes verbis contractae* fueron aquellas que nacían del hecho de que ambos contratantes pronunciaban determinadas frases solemnes (*certa verba*). La existencia y la ritualidad de la forma verbal eran consideradas suficientes para conferirles validez, de suerte que, el consentimiento de las partes, carecía, en tales casos, de importancia jurídica.

En esta categoría se incluyeron una serie de figuras

de origen muy antiguo y, para ser más exactos, sagrado, cual: la *promissio iurata liberti* con la cual el liberto se obligaba a prestar ciertos servicios a su *patronus* (n. 44); la *vadiatura* y la *praediatura*, mediante las cuales, y a requerimientos del interesado (*"vas, praes es?"*), se asumían, antiguamente, ciertas y determinadas garantías (*"vas sum, praes sum"*: n. 67). Fué, particularmente, importante la *sponsio* o *stipulatio* (n. 89) que permaneció, en pleno vigor, durante toda la época clásica.

La *sponsio o stipulatio* consistía en una petición solemne de obligarse dirigida por el futuro acreedor (*stipulans*) al futuro deudor (*promisor*) y en una adecuada e inmediata respuesta del segundo al primero (*"spondes dari centum* [o *aliquid fieri*]*?; spondeo"*). En los comienzos, la *obligatio* surgía, tan sólo, si había sido utilizado el verbo *"spondere"*; más adelante se consideraron posibles también otras palabras equivalentes (*"promittere", fideiubere"*, etc.) y se admitió que podrían utilizarlas, incluso, los extranjeros en sus relaciones con romanos. He aquí por qué, a este tipo derivado de *sponsio*, se le llamó *stipulatio iuris gentium*] (n. 28).

Merced a retoques en la fórmula o a la indicación de la *causa* del acto se pudo adaptar la *stipulatio* a las más diversas necesidades: para constituir obligaciones de *dare* (la llamada *stipulatio in dando*) o de *facere* (*stipulatio in faciendo*); para prometer la *dos* (n. 37) al marido (la llamada *promissio dotis*: *"promittis dari centum dotis causa?; promitto"*); para

comprometerse al pago de una cantidad de dinero o de cosas fungibles (la llamada *stipulatio certi)* o para prometer algo *(stipulatio incerti)*; para garantizar, subsidiariamente, que la obligación de un tercero será cumplida (la llamada *sponsio* o *fidepromissio* o *fideiussio*: "*idem dari spondes* [o *fidepromittis* o *fideiubes*]?; *spondeo* [o *fidepromitto*, o *fideiubeo*]")*.*

El *stipulans* podía ejercer, contra el *promissor* que no cumpliese, la *actio ex stipulatu certi* o, en su caso, *incerti*. La fórmula de esta última invitaba al *iudex privatus* a condenar al *promissor*, si verdaderamente había incumplido, al "*quiquid dare facere oportet*" (n. 69).

(*b*) *Obligationes litteris contractae* fueron aquellas que nacían de determinadas anotaciones *(litterae)* efectuadas por las partes.

En las épocas preclásica y clásica era conocida, aun cuando no estaba muy difundida, la *expensilatio* o *nomen transcripticium*, consistente en anotaciones hechas por las partes en sus respectivos libros de caja *(codices accepti et expensi)*.

En la época postclásica, y por influencia de los derechos helénicos, se difundieron los *singrapha* y los *chirographa*, es decir, documentos con función, no sólo probatoria, sino representativa del crédito (los llamados títulos de crédito). La decadencia de la *stipulatio* hizo, además, que se dejase de cumplir, realmente, la solemnidad verbal y se acostumbrase insertar, en los

documentos probatorios del crédito, la llamada *cláusula estipulatoria* *("et interrogatus spopondit...")* la cual afirmaba el cumplimiento de una *stipulatio* y tenía valor, salvo prueba en contrario (ej.: prueba de la ausencia de la ciudad de uno de los contratantes en la fecha de la pretendida *stipulatio)*.

(*c*) *Obligationes re contractae* fueron aquellas nacidas de un pacto no formal al que acompañaba una *datio rei*, es decir, la transmisión de la propiedad, de la posesión o de la detentación de una cosa: contenido de tales obligaciones fué la restitución de la cosa recibida o de su equivalente. Al principio, esta categoría sólo comprendió la *fiducia* y el *mutuum* en cuyos negocios la *datio rei* coincidía con la transmisión de la propiedad; pero, en la época clásica, se incluyeron también en ella, el *commodatum*, el *depositum* y el *pignus*.

Se llamó *fiducia* a aquella figura constituida por la transmisión de la propiedad de una cosa del fiduciante al fiduciario, al que se unía un pacto *(pactum fiduciae)* por el que éste se obligaba a retransmitirla al fiduciante, en cuanto se verificasen determinadas condiciones. Junto a la *fiducia cum creditore*, específicamente utilizada para garantizar el cumplimiento de las obligaciones (n. 87), existió la *fiducia cum amico* en otros diferentes casos (ej.: con fines de depósito). Hacia finales de la época preclásica fué reconocida al fiduciante una *actio fiduciae* encaminada a obtener la condena del fiduciario, si éste no hubiese obrado de buena fe en la conservación y restitución de la cosa.

Se dió el nombre de *mutuum* (o también préstamo de consumo) a aquella figura de negocio consistente en la transmisión, por el mutuante, de la propiedad de una cantidad de *pecunia* o de otras cosas fungibles al mutuatario, con el pacto de restituir al mutuante, en cuanto se diesen ciertas condiciones, el *tantundem eiusdem generis*. Para proteger su derecho a la restitución, el mutuante disponía de la *actio certae creditae pecuniae*, en el caso de mutuo de dinero y de la *condictio certae resi* (o *condictio triticaria*) en los demás casos.

Afín al *mutuum* conocieron los romanos el *commodatum* (llamado también, préstamo de uso), consistente en la transmisión de la detentación (la llamada *possessio naturalis*) de una cosa al comodatario por parte del comodante, con el pacto de que la usaría y la restituiría después intacta.

El *depositum*, en cambio, se encaminaba a alcanzar una de las finalidades de la *ficucia cum amico*, evitando, sin embargo, la transmisión de la propiedad de la cosa. Consistía en la transmisión de la detentación de una cosa mueble del deponente al depositario con el pacto de que éste la custodiaría y la devolvería al primer requerimiento.

Por último, el *pignus* (n. 87), el cual se dirigió a alcanzar la finalidad propia de la *fiducia cum creditore*, evitando la transmisión de la propiedad de la cosa al acreedor. Consistía en la transmisión de la posesión de una cosa por el pignorante (o deudor pignoraticio) al pignoratario (o acredor pignoraticio) con el pacto de que

éste la conservase en garantía de un crédito propio o ajeno y la restituyese, en el caso de cumplimiento o se apropiase de ella (salvo la devolución de los *hyperocha*) en el caso contrario.

Depositante, comodante y pignorante fueron protegidos, al principio, por el pretor mediante *actiones in factum* (n. 69); pero, después, durante el período clásico, se concedió también a estos una *actio in ius conceptae* llamada *bonae fidei*, mediante la cual el *iudex* era invitado a fijar el "*quantum dare facere oportet ex fide bona*". A las otras partes de tales contratos les fué, correlativamente, reconocida una *actio contraria (in ius)* para obtener el resarcimiento del daño y el reembolso de los gastos realizados mientras habían poseído o detentado la cosa.

92. LAS "OBLIGATIONES EX CONTRACTU" DEL "IUS CIVILE NOVUM".

Como ya se ha dicho (n. 91) remonta al *ius civile novum* la introducción de la importantísima categoría de las *obligationes consensu contractae*, es decir, basadas sobre el puro y simple ("*nudus*") *consensus in idem placitum* de las partes, manifestado de cualquier forma.

Esta categoría de *obligationes* dió paso, como ya se ha dicho (n. 90) a la teoría del *contractus* como *conventio*, desarrollada por la jurisprudencia de la época más avanzada del período clásico. Pero el *ius civile novum* no llegó, por su parte, a admitir que las *obligationes* pu-

diesen nacer de cualquier clase de *conventio;* por el contrario, reconoció y esquematizó cuatro tipos bien determinados de *contractus*, señalando, a cada uno de ellos, las *obligationes* que generaban para las partes. Los cuatro contratos consensuales típicos del *ius civile novum* (o *ius gentium*) fueron: la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato.

(a) Por *emptio-venditio* se entendió el contrato celebrado entre *venditor* y *emptor* del cual nacían las siguientes *obligationes*: *a)* la obligación del *venditor* de proporcionar al *emptor* la posesión de una cosa (*merx*) la cual podía ser, en el momento de perfeccionarse el contrato, propia o ajena (*res aliena*), ya existente o bien futura (*res sperata*) que no ha de confundirse con la *spes rei*, pues, en este caso, es el comprador el que pecha con el riesgo de que la cosa no llegue a ser; *b)* la obligación del *venditor* de garantizar al *emptor* el goce pacífico de la cosa mientras no llegue a adquirir, sobre ella, el *dominium ex iure Quiritium* y cuya obligación quedaba eliminada mediante una *stipulatio* de garantía celebrada con la otra parte (*stipulatio habere licere*); o bien una *stipulatio duplae* que obligaba al pago del doble del valor de la *merx* eviccionada); *c)* la obligación del *emptor* de transmitir, en concepto de contraprestación a la otra parte, la propiedad de una cantidad de dinero (*pretium*).

Para defender su derecho al *pretium*, el *venditor* disponía de la *actio venditi* y el *emptor*, para la protección de sus derechos sobre el vendedor, tenía la *actio empti* y, además, la *actio ex stipulatu*. La adquisición del *dominium* sobre la *merx* era independiente, por completo, del contrato de compraventa y se lograba mediante los modos *ad hoc* del *ius civile* (n. 83): generalmente, mediante *usucapio*, para la *res mancipi*. Desde el momento de la perfección del contrato, y con independencia de la toma de posesión de la *merx*, el *emptor* asumía el riesgo del perecimiento de la cosa por fuerza mayor ("*periculum est emptoris*"), por cuya razón estaba obligado, en todo caso, al pago del *pretium*.

(b) Se denominó *locatio-conductio* el contrato celebrado entre el *locator* y el *conductor* del cual nacían las siguientes obligaciones: *a)* la obligación del *locator* de poner, por un cierto tiempo, a disposición del *conductor* un determinado objeto jurídico; *b)* la obligación del *conductor* de restituir el objeto al locator, después de haberlo utilizado en beneficio propio o del *locator*, del modo y por el tiempo convenidos; *c)* la obligación del contratante que hubiese deducido una utilidad del contrato, de contraprestar al otro (*locator* o *conductor*) una cantidad de dinero (*merces*).

Para proteger sus respectivos derechos, el *conductor* disponía de la *actio conducti* y el *locator* de la *actio locati*.

En el ámbito del único *genus* de *locatio-conductio* hasta ahora descrito, se fueron diferenciando, progresivamente, durante el período clásico, tres distintas *spe-*

cies que, en el derecho justinianeo, llegaron a considerarse como figuras contractuales distintas: a) la *locatio rei* (que corresponde al arrendamiento moderno), por la cual el *locator* estaba obligado a poner a disposición del *conductor* (llamado en el caso de fundos rústicos, *colonus*, y, en el caso de casas habitación, *inquilinus*) una *res* material, mueble o inmueble, a fin de que el *conductor* gozase de ella y le pagase a cambio una *merces*; *b)* la *locatio operis* (o, se diría mejor, *locatio ad opus perficiendum*), en virtud de la cual el *locator*, poseedor de ciertos materiales, los ponía a disposición de un artífice *(conductor)*, a fin de que éste los trabajase y transformase en beneficio del *locator*, obligándose éste, por su parte, a pagarle, *ad opus perfectum*, una *merces; c)* la *locatio operarum* (correspondiente al contrato de trabajo moderno) por el cual el *locator* (llamado *mercennarius*) con determinada capacidad de trabajo, se obligaba a ponerse personalmente, con aquella su aptitud *(operae)*, a disposición del *conductor* (el llamado *dominus*), quien se comprometía a pagarle, por ello, una *merces*. Fué, precisamente, esta figura de la *locatio operarum* la que más se modificó durante la época postclásica, debido, sobre todo, a la influencia del cristianismo.

(c) Se denominó *societas* el contrato celebrado entre dos o más *socii*, por el cual cada *socius* se obligaba a aportar, al común, una cierta cantidad, incluso desigual, de *res* o de *operae*, con el fin de desarrollar una sola actividad *(societas unius negotiationis)* o varias actividades, distribuyéndose entre todos ellos, según normas prestablecidas, los beneficios obtenidos así como, en su caso, las pérdidas.

Para la protección de sus derechos cada *socius* tenía, contra los demás, la *actio pro socio*.

(d) Se llamó *mandatum* el contrato celebrado entre *mandator* y *mandatarius*, en virtud del cual este último se obligaba a realizar, gratuitamente, uno o varios actos que le habían sido encomendados por el *mandator*, en beneficio de éste, en beneficio de un tercero o, incluso, en beneficio, en parte, de él mismo *(mandatum mea gratia, aliena gratia, mea et tua gratia, tua et aliena gratia)*.

Para la protección de sus derechos el *mandator* disponía de la *actio mandati directa* y, contra éste, y para obligarle al pago de las eventuales indemnizaciones, el mandatario tenía a su disposición la *actio mandati contraria*.

93. LAS OTRAS RELACIONES OBLIGATORIAS DE ACTO JURIDICO LICITO.

Al lado de las *obligationes contractae iuris civilis* (nos. 91-92), el derecho romano clásico reconoció, paulatinamente, muchos otros tipos de relaciones obligatorias a fuente convencional, evitando, no obstante, en lo posible, de utilizar, con relación a ellas, los términos "*obligatio*" y "*contractus*", pues éstos se reservaban para las figuras, estrictamente civiles. Tales obligaciones pueden agruparse en las dos categorías siguientes: las relaciones obligatorias derivantes de *pacta* y las proce-

dentes de los llamados contratos innominados. Por último, han de recordarse también las otras causas de obligaciones a fuente no convencional a las que Justiniano denominó *quasi contractus*.

(a) Entre los *pacta praetoria*, tutelados por el *praetor* mediante *exceptiones* o *actiones in factum*, pueden recordarse: el *constitutum debiti*, es decir, la promesa de pagar, en determinada fecha, una deuda propia o ajena, generalmente constituida y aceptada con fines de garantía; el *receptum argentarii*, pacto por el cual un banquero tomaba sobre sí *("in me recipio")* la deuda de un cliente para con un tercero; el *receptum nautarum, cauponum, stabularium* que fué el medio de asumir la responsabilidad derivada de la eventual pérdida de los objetos pertenecientes a un pasajero o viajero, por parte de los capitanes de los navíos y de los dueños de las posadas y establos; el *receptum arbitrii* por el que una persona, designada como árbitro mediante un convenio, se obligaba a decidir el litigio o controversia.

(b) Los contratos innominados fueron todos figuras afines a los *contractus* reales, por lo menos en el sentido de que la obligación del deudor surgía como consecuencia de una prestación que le había hecho el acreedor *(do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias)*. Si tales figuras de negocios no fueron incluídas en el número de los contratos civiles, ello se debió a meras razones históricas, pues se comenzó a meditar sobre ellas, cuando ya habían

sido constituídas las cuatro categorías típicas de los *contractus*.

La jurisprudencia clásica reconoció que la parte que había dado vida al contrato, llevando a cabo su prestación, tenía derecho, por analogía con los contratos reales, a pretender la restitución de lo por ella entregado cuando la otra parte no hubiese ejecutado su correlativa prestación. En los casos en que la prestación del acreedor hubiese consistido en un *dare (do ut des, do ut facias)* se concedía a este la *condictio* para obtener la restitución *(condictio ob causam datorum)*: si, por el contrario, la prestación inicial hubiese consistido en un *facere*, al no ser concebible la restitución de un *facere* *("pactum infectum fieri nequit")*, se concedía al acreedor la *actio de dolo*. El pretor añadió, para proteger el crédito insatisfecho, una *actio in factum*. En el derecho postclásico se creó una acción especial, denominada *actio praescriptis verbis*.

Entre los contratos innominados figuraron: la *permutatio*, consistente en la transmisión de la propiedad de una cosa para obtener otra en cambio (es, por consiguiente, el antiquísimo trueque); el *aestimatum* que consistía en la transmisión, a la otra parte, de la detentación de una *res* estimada, con el encargo de venderla y con la obligación, por parte del receptor de ella, de pagar el precio señalado o restituirla en el caso de no haberla podido vender; la *transactio* o acuerdo de las partes de poner fin a una controversia entre ellas o

de evitarla, haciéndose recíprocas concesiones ("*aliquo dato aliquo retento*").

(c) Entre las causas no convencionales de relaciones jurídicas obligatorias pueden recordarse las siguientes: a) los legados *per damnationem* y *sinendi modo*, que obligaban al *heres* con el *legatarius* (n. 79); la *pollicitatio* y el *votum*, promesas solemnes y unilaterales del ciudadano, bien a la ciudad, bien a los dioses, quienes gozaban de una tutela *extra ordinem* (n. 74); *c)* la *solutio indebiti*, o sea, la transmisión de la propiedad de una cantidad de dinero o de otra cosa a título de pago no debido, la cual generaba, para el accipiente, la obligación de restituir el *indebitum* y autorizaba al *solvens* para ejercitar la *condictio indebiti*, con objeto de obtener la restitución; *d)* la *negotiorum gestio*, que consistía en la gestión del negocio o negocios de otra persona *(dominus negotii)* llevada a cabo por el *negotiorum gestor* en interés de aquél, pero sin su *mandatum* (n. 64): el hecho de que el asunto o negocio hubiese sido gestionado útilmente *(utiliter gestum)* en interés del *dominus negotii* (ej.: condómino que paga los gastos de la cosa común; tercero que hace frente a los gastos de funeral de un parinte), generaba la obligación, para el *dominus negotii*, de satisfacer al gestor los gastos causados e indemnizarle por los daños sufridos.

94. LAS OBLIGACIONES PRIMARIAS DE ACTO JURIDICO ILICITO.

El *ius civile* sólo reguló cuatro tipos de actos jurídicos ilícitos generadores de relaciones primarias de responsabilidad (n. 89). Tales actos, denominados genéricamente, *delicta*, se consideraron tan solo productores de *obligationes* en sentido técnico, desde bien avanzado el período preclásico. Algunos otros actos ilícitos fueron reconocidos por el *ius honorarium*, si bien, durante todo el período clásico, se rehuyó de calificarlos de *delicta* y Justiniano habló, en relación con algunos de ellos, de *obligationes quasi ex delicto*.

Fueron características comunes de las *obligationes* primarias de acto ilícito: la noxalidad, su adherencia a la persona, su acumulabilidad y la penalidad. La noxalidad (de *noxa*=delito) implicaba que de los actos ilícitos cometidos por un *servus* o por un *filius familias* respondía su *paterfamilias*, el cual, para sustraerse a la *actio* del perjudicado podía ceder el culpable a éste *(noxae deditio:* n. 82). La adherencia a la persona suponía que las *actiones* por actos ilícitos no podían ni trasmitirse hereditariamente, ni ejercitarse contra los herederos del ofensor; pero, en el período clásico, la intransmisibilidad activa quedó limitada a poquísimas *actiones* (las llamadas *actiones vindictam spirantes)*. De la acumulabilidad obligatoria se ha hablado ya (véase el n. 90). Penalidad significa que las *actiones* procedentes de acto ilícito se encaminaban, sobre

todo, a que el autor del acto soportase una *poena* por la ilicitud cometida, es decir, fuese condenado al pago de una cantidad de dinero superior (en el duplo o en el cuadruplo) al importe del daño causado; en el caso de que el daño hubiese consistido en la sustracción de una *res*, el perjudicado disponía, junto a la *actio poenalis*, de una *actio reipersecutoria* (n. 68: *condictio, rei vindicatio*).

(a) Los *delicta* previstos y regulados por el *ius civile* fueron: *furtum, rapina, damnum iniuria datum* e *iniuria*.

Se estimó, originariamente, *furtum*, la mera sustracción de una cosa mueble (*amotio*) a quien la poseyese. Pero, en la época clásica, se llegó a considerar *furtum* toda acción encaminada a obtener un provecho ilícito de una cosa mueble o inmueble, contra la voluntad de su poseedor o de quien tuviese derecho sobre la misma; por lo tanto, era *furtum*, no sólo la sustracción de una cosa mueble al propietario o a quien tuviese derecho sobre la misma (el llamado *furtum rei*), sino la sustracción de una cosa al poseedor (ej.: el acreedor pignoraticio) incluso por el mismo propietario de ella (el llamado *furtum possessionis*), así como el uso indebido de una cosa ajena por quien tuviese legítimamente su posesión (el llamado *furtum usus*). En la época postclásica se exigió en el *fur*, para poder considerarle realmente tal, la intención de obtener un provecho de su acto, por lo que se calificó ya de *furtum* toda "*contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus possessionisve*" (D. 47. 2. 1. 3).

A parte de las acciones *reipersecutoriae (rei vindicatio, condictio ex causa furtiva)* se concedió al robado la *actio (poenalis) furti*, infamante, que se dirigía a obtener el *quadruplum* del valor de la cosa robada, si el ladrón había sido cogido *in fraganti (actio furti manifesti)*, el *duplum* si el ladrón no había sido cogido *in fraganti (actio furti nec manifesti)* y el *triplum* en algunos casos particulares.

Se consideró *rapina* (también denominada *bona vi rapta)* todo hurto cometido con violencia sobre las personas. A la víctima correspondía la *actio vi bonorum raptorum* que era *in quadruplum* si se ejercitaba dentro del año, e *in duplum*, si después.

Se calificó de *damnum iniuria datum* todo daño ilcitamente causado a una *res* ajena mediante actos materiales *(damnum corpore corpori illatum)*. Esta figura general de *delictum* fué creada en el siglo II a. de J. C. por la *lex Aquilia de damno*. Contra el autor del daño correspondía, al propietario, una *actio legis Aquiliae* para obtener una pena equivalente al más alto valor alcanzado por la cosa durante el último año o, en ciertos casos, durante el último mes; la *actio legis Aquiliae* se transformaba *in duplum* en el caso de resistencia *(infitiatio)*. El autor del daño sólo estaba obligado al pago si era culpable, incluso de mínima negligencia *("in lege Aquilia et levissima culpa venit")* y si el daño derivaba de un acto positivo suyo *(culpa in faciendo)*. Los pretores y las jurisprudencias clásica y postclásica aumentaron, paulatinamente, los casos de aplicación de esta *actio*

legis Aquiliae, admitiendo, en particular, diversos supuestos de *actio legis Aquiliae utilis*. En el derecho justinianeo la acción correspondía, tanto al propietario, como a cualquiera que hubiese sufrido daño (ej.: el usufructuario), mas no para que se impusiese una pena al autor, sino para que se resarciese del daño causado *(damnum Aquilianum*, también llamado daño extracontractual).

Se denominó *iniuria* en el derecho clásico—tras de una dilatadísima evolución—a toda ofensa inferida a la integridad física o moral de una persona. Los pretores sustituyeron la primitiva *actio iniuriarum* con pena fija, por la *actio iniuriarum aestimatoria*, infamante e intransmisible a los herederos (porque *vindictam spirans)* la cual perseguía el pago de una pena adecuada a la importancia de la ofensa.

(*b*) Entre los actos ilícitos del *ius honorarium*, incluídos por Justiniano en la categoría de los *quasi delicta* pueden ser recordados: el *effusum et deiectum*, acción dañosa consistente en verter líquidos o sólidos desde una ventana; el *positum et suspensum*, acción peligrosa que consistía en tener una cosa apoyada o suspendida por la parte exterior de un edificio; el *litem suam facere* del juez que emitiese una sentencia injusta de mala fe. Pero los más importantes casos de actos ilícitos del *ius honorarium* (aun cuando quedaron fuera de la categoría de los *quasi delicta)* fueron el *dolus malus* y la *vis animo illata* (n. 62).

Por *dolus malus* se entendió toda actividad desplegada por un sujeto para inducir a otro en error, con objeto de empujarle, de ese modo, a que celebre un negocio que, de otra forma, no hubiese realizado *("omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita")*. El pretor concedió, al sujeto pasivo, una *exceptio doli* para el caso en que el sujeto activo actuase en contra suya para obtener el cumplimiento. Además, y para el caso en que el sujeto pasivo no tuviese ningún otro medio para la reparación del daño causado, el pretor le concedió la *actio de dolo*, infamante y anual contra el sujeto activo.

Por *vis animo illata* se entendió la amenaza de un mal notable encaminado a provocar un estado de temor *(metus)* en un sujeto y dirigido a forzar a éste a la celebración de un negocio que, de otra manera, no hubiera realizado. El pretor concedió a este sujeto pasivo una *exceptio metus* y, además, una *actio metus in quadruplum*, anual, contra el sujeto activo y contra todo aquel que hubiese deducido algún beneficio de tal violencia moral.

95. LAS OBLIGACIONES SECUNDARIAS DE ACTO JURIDICO ILICITO.

El criterio básico del que partieron los romanos para determinar cuándo surgía una responsabilidad por incumplimiento, fué que, el sujeto pasivo de la relación jurídica de deuda, estaba obligado a llevar a cabo todo

cuanto de él dependía para lograr el cumplimiento de su obligeión. Si, por tanto, la *res* debida perecía antes del tiempo del cumplimiento por causa que no le era imputable *(vis maior, casus fortuitus)*, él no era responsable del incumplimiento.

Se consideraba, pues, que existía incumplimiento, en sentido propio, siempre que éste dependiese de un comportamiento positivo o negativo del deudor *("per debitorem stat quominus praestet")*.

Durante todo el período clásico, los romanos distinguieron los casos en los que era suficiente la falta objetiva de la prestación (salvo *casus fortuitus* o *vis maior)* para determinar la responsabilidad del deudor por incumplimiento, de aquellos otros en los que era preciso que el deudor hubiese querido, deliberadamente, el incumplimiento. En el primer supuesto, se hablaba de una responsabilidad por *custodia* (ej.: en el *commodatum)*, en el segundo, de una responsabilidad por *dolus* (ej.: en la *emptio-venditio)*.

En el derecho postclásico se creó un término intermedio entre la *custodia* y el *dolus:* la *culpa*, que fué entendida en el sentido de falta de *diligentia* y clasificada, después, en *lata ("quae dolo aequiparatur") levis* y *levissima*.

La responsabilidad por incumplimiento surgió, por lo tanto, unas veces por *culpa levissima* (muy próxima a la *custodia* clásica), otras por *culpa levis* y otras por *culpa lata* (o sea, *dolus)*.

El contenido de la responsabilidad por incumplimiento era, por lo general, la *aestimatio* en dinero de la prestación debida *("quanti ea res est")*.

Dos supuestos particulares de incumplimiento fueron la *mora solvendi* y la *fraus creditorum*.

La *mora solvendi*, o sea, el retraso en el cumplimiento, determinaba la obligación secundaria para el incumplidor de soportar, también, los riesgos del posible perecimiento de la cosa, por fuerza mayor o caso fortuito, así como (al principio en ciertos casos nada más; en el derecho postclásico en todos los supuestos) la obligación de pagar intereses especiales *(usurae moratoriae)*; si, por el contrario, ese retraso dependía de la negativa del acreedor a recibir la prestación *(mora accipiendi)*, es obvio que estas consecuencias no se daban.

La *fraus creditorum* consistía en la dolosa enajenación, por el deudor, de bienes patrimoniales propios con objeto de crear o de agravar su insolvencia, es decir, aumentar o producir la propia incapacidad para hacer frente a sus compromisos, con perjuicio de sus acreedores. Los acreedores defraudados tenían derecho, en tal caso, a la *missio in bona fraudatoris* y a la repetición de la *res* enajenada, fraudulentamente, de manos de quien la hubiese adquirido con *scientia fraudis*,

96. HECHOS EXTINTIVOS DE LAS RELACIONES JURIDICAS OBLIGATORIAS.

El modo normal de extinguir la obligación era su cumplimiento, lo que determinaba la *solutio* del *obligatius*, habiéndose llegado a llamar, de modo general, a ese cumplimiento, en los tiempos históricos, *solutio*. Con el previo consentimiento del acreedor, el deudor podía liberarse prestando *aliud pro alio* (la llamada *datio in solutum*).

En los tiempos más antiguos, y cuando aún las *obligationes* no habían entrado a formar parte del mundo del derecho (n. 90), la *solutio obligati* era la *nexi liberatio* y, por ende, se efectuaba mediante *mancipatio* (la llamada *solutio per aes et libram*). Esta forma se conservó durante todo el período clásico y consistía en que el deudor, dirigiéndose al acreedor, pronunciase ante los cinco testigos y el *librípens* la fórmula: "*quod ego tibi tot milibus condemnatus sum (similiave), me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra* (etc.)".

Otro modo originario de extinguir las obligaciones fué la *acceptilatio*, valedera para las *obligationes verbis contractae* y consistente en una solemne pregunta del deudor ("*Habesne acceptum?*") y una concorde respuesta afirmativa del acreedor ("*Habeo*"). Para las *obligationes litteris contractae* sirvió la forma solemne de la *expensilatio* (n. 91).

Las obligaciones podían extinguirse también *ipso iure*, sin efectivo cumplimiento. A tal fin podían utilizarse, en los tiempos históricos: la *solutio per aes et libram*, la *acceptilatio* y la *expensilatio*, entendidas cual "*imaginariae solutiones*" (es decir, como modos de remisión de la deuda por parte del acreedor), así como el *contrarius consensus* de las partes de un contrato consensual.

Otros modos fueron: la *novatio*, o sea, la transformación (realizada mediante *stipulatio*) de una obligación ya existente, en una nueva con el mismo contenido económico de la primera ("*idem debitum*"); la *litis contestatio* formularia, por las razones expuestas en otro lugar (véase el n. 70); la imposibilidad posterior de la prestación a causa de la *vis maior* o del *casus fortuitus* (n. 95); la *confusio*, es decir la reunión, en la misma persona, de las cualidades de deudor y de acreedor; la *compensatio* (sólo admitida en ciertos casos), o sea, la deducción del importe del crédito del monto de la deuda que se tiene con una misma persona.

Al lado de los modos de extinción *ipso iure*, el pretor introdujo algunos modos de extinción de las obligaciones *ope exceptionis*, en el sentido de que concedía a los deudores una *exceptio* a oponer a los acreedores que actuasen contra ellos para que cumpliesen sus obligaciones. Así, por ejemplo, en el caso de que entre las partes se hubiese celebrado un *pactum de non petendo*, el deudor podía oponer al acreedor actuante la *exceptio pacti conventi*.

NOTA BIBLIOGRAFICA

Vid., en general, las obras indicadas en el n.º 2 de la *Guía Bibliográfica*. Vid. también, BERGER; *Dictionary*.

GUÍA BIBLIOGRÁFICA

GUIA BIBLIOGRÁFICA (*)

1. Obras generales sobre historia del derecho romano

ARANGIO-RUIZ: *Storia del diritto romano* 6 (1953) * (trad. española de la 2.ª ed. por De Pelsmacker — 1943).

BONFANTE: *Storia del diritto romano* (2 vols. 1934) * (trad. española de Santa Cruz — 1944).

DE FRANCISCI: *Sintesi storica del diritto romano* (1948) * (trad. española — 1954).

GUARINO: *Storia del diritto romano* 2 (1954).

KASER: *Roemische Rechtsgeschichte* (1950).

KUEBLER: *Geschichte des roemischen Rechts* (1925).

SCHERILLO-DELL'ORO: *Storia del diritto romano* (1949).

2. Obras generales sobre el derecho privado romano

ARANGIO-RUIZ: *Istituzioni di diritto romano* 11 (1952).

BETTI: *Istituzioni di diritto romano*.1 (1942).

BIONDI: *Istituzioni di diritto romano* 2 (1952).

BONFANTE: *Istituzioni di diritto romano* 11 (1946) * (trad. española por Bacci-Larresa — 1929).

BUCKLAND: *A text book of Roman Law from Augustus to Justinian* 2 (1950).

CORREIA y SCIASCIA: *Manual de direito romano*, I (1949) 3 (textos con trad. 1951).

COSTA: *Storia del diritto romano privato dalle origini alla compilazione giustinianea* 2 (1925).

(*) Los asteriscos indican las adiciones hechas por el traductor a la obra original.

CUQ: *Les institutions juridiques des Romains* 2 (2 vols. 1949).
VON CZYHLARZ y SAN NICOLÓ: *Lehrbuch der Institutionen des roemischen Rechts* 10 (1933).
DI MARZO: *Istituzioni di diritto romano* 5 (1946).
FERRINI: *Manuale di Pandette* 3 (1908).
GIRARD: *Manuel elémentaire de droit romain* 8 (1928).
IGLESIAS: (J): *Derecho romano* 2 (2 vols. 1953).
JOERS-KUNKEL: *Roemisches Privatrecht* 2 (1949) * (trad. española de Prieto Castro — 1937).
KIPP: *Das roemische Recht* (1930).
MONIER: *Manuel élémentaire de droit romain* 16 (1947) 24 (1948).
FACCHIONI: *Manuale di diritto romano* 3 (1953) * (trad. española de Martín y Reverte — 1942).
FEROZZI: *Istituzioni di diritto romano* 2 (2 vols. 1928).
PETROPOULOS: Ἱστορία καὶ Εἰσηγήσεις τοῦ ρωμαικοῦ δικαίου (1944)
RABEL: *Grundzuege des roemischen Privatrechts* (1915).
RADIN: *Handbook of Roman Law* (1927).
SANFILIPPO: *Istituzioni di diritto romano* 2 (1946).
SCHWIND: *Roemisches Recht. Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechts* (1950).
SCHULZ: *Classical Roman Law* (1951).
SOHM, MITTEIS y WENGER: *Institutionen, Geschichte und System des roemischen Privatrechts* 17 (1923) * (trad. española de Roces — 1936).
VAN OVEN: *Leerboek van Romeinsch Privatrecht* 2 (1946).
VOCI: *Istituzioni di diritto romano* (1949).
WEISS: *Institutionen des roemischen Privatrechts* 2 (1949).

Consúltense también las siguientes obras más extensas:

BETTI: *Diritto romano*, I (Padua, 1935).
BONFANTE: *Corso di diritto romano*, 1, 2 (1-2), 3, 6 (1) (1925-1930).
DERNBURG: *Pandekten* 8 por SOKOLOWSKI, 4 vols. (1912), trad. italiana de Cicala (1903-1907).
MITTEIS: *Roemisches Privatrecht*, 1 (1908).
VANGEROW: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3 (3 vols. 1865-1876).
WINDSCHEID: *Lehrbuch des Pandektenrechts* 9 por KIPP (3 vols. 1900-1906) (trad. italiana de Fadda y Bensa) (1902-1904).

(*) Obras españolas que pueden consultarse también:

ALVAREZ SUAREZ (U): *Curso de derecho romano*, I (1955).
ARIAS RAMOS (J): *Derecho romano* 6 (2 vols. 1954).

DIAZ (E): *Instituciones de Derecho romano* (6.ª ed. ampliada y anotada por Iglesias (J) (s. f.).
HERNANDEZ TEJERO (F). *Historia e Instituciones de Derecho romano* (1949).
SANTA-CRUZ (J). *Instituciones de Derecho romano* (1946).
SANCHEZ DEL RIO y PEGUERO (C): *Notas sobre los temas generales del Derecho romano* (1955).

3. Obras generales sobre el derecho procesal privado

BERTOLINI: *Appunti didattici sul processo civile romano* (3 vols. 1913-1915).
COSTA (E): *Profilo storico del processo civile romano* (1918).
KELLER: *Das roemische Civilprocess* 6, por WACH (1883).
WLASSAK (M): *Roemische Prozessgesetze* (2 vols. 1888-1891).
WENGER (L): *Institutionen des roemischen Zivilprozessrechts* (1925) trad. italiana de Orestano (1938).
(*) SANTA CRUZ: *Principios de Derecho procesal romano* (1947).

4. Obras sobre la evolución de la civilización romana

BARBAGALLO: *Storia universale* 2 (1-2): *Roma antica* (1931-1932).
DE SANCTIS: *Storia dei Romani*, 1-3 (1-2), 4 (1-2) (1907-1953).
DURUY: *Histoire des Romains* 2 (7 vols. 1888-1904), trad. italiana de Marchisio (1929).
FERRERO y BARBAGALLO: *Roma antica* (3 vols. 1912-1922).
FRANK: *A history of Roma* (1923), trad. italiana de Fazio (1932).
HARTMANN y KROMAYER: *Roemische Geschichte* 2 (1921); trad. italiana de Cechini 3 (1935-).
MOMMSEN: *Roemische Geschichte*, 1-3 11 (1912-1917), 5 7 (1917): trad. italiana de los vols. 1-3 de San Giusto (1903-1905), del vol. 5 de De Ruggiero (1887-1851).
NIEBUHR: *Roemische Geschichte*, 1 3, 2 2, 3 (1828, 1830, 1832), trad. italiana de Moschetti (1846-1851).
NIESE: *Grundriss der roemischen Geschichte nebst Quellenkunde* 5 (1923-): trad. italiana de Longo (1921).
PAIS: *Storia di Roma dalle origini all'inizio delle guerre puniche* 5 5 vols. (1926-1928).
ROSTOVZEFF: *A history of the ancient World*, 1, Rome (1926).
VOGT: *Die Roemische Republik*. KORNEMANN: *Das Roemische Kaiserzeit* (en Gercke y Noren: Einleitung in die Altertumswissenchaft 3. 2 3 (1933) trad. italiana de Pellis (1945).

5. Obras sobre el derecho romano posterior al fin de la civilización romana

KOSCHAKER: *Europa und das Roemische Recht* (1948) * (trad. española de Santa Cruz — 1955).
WIEACKER: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1952).

Consúltese también:

KRELLER: *Roemisches Recht. 2 Grundlehren des Gemeinen Rechts (Romanistische Einfuehrung in das geltende Privatrecht)* (1950).

6. Enciclopedias y Diccionarios

BERGER: *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (1953).
DAREMBERGER CH., SAGLIO E., POTTIER E., LAFAYE G., *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines* 2 (6 vols. 1875-1912).
DIRSEN H. E.: *Manuale latinitatis fontium iuris civilis Romanorum* (1837).
HEUMAN H. G. y SECKEL E.: *Handlexikon su den Quellen des roemischen Recht* 9 (1907).
(*) GUTIERREZ ALVIZ (F.): *Diccionario de Derecho romano* (1948).
MONIER R.: *Petit vocabulaire de droit romain* 3 (1942).
PWRE. = PAULY, WISSOWA, STOLL, KROLL: *Real-Encyclopaedie der klassischen Altertumswissenschaft* (21 vols. más 7 vols. de suplementos, 1894 y sgs.).

7. Principales revistas técnicas

ARIDA. = *Archives d'histoire du droit oriental* y *Revue internationale des droits de l'antiquité* (Bruselas).
BIDR. = *Bulletino dell'Instituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"* (Roma).
IVRA. — *Rivista internazionale di diritto romano e antico* (Nápoles).
RHD. = *Revue historique de droit français et etranger* (Paris).
SDHI. = *Studia et documenta historiae et iuris* (Roma).
ZSS. = *Zeitschrift der Savigny-Stiftung fuer Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* (Weimar).
(*) Ha de añadirse por reciente aparición:
LABEO: *Rassegna di Diritto romano* (Nápoles).

(*) Entre las españolas:

AHDE. = *Anuario de Historia del Derecho Español.*
IJ. = *Información Jurídica.*
RDP. = *Revista de Derecho Privado.*

8. Principales colecciones y ediciones de fuentes jurídicas romanas

HUSCHKE PH. E.: *Iurisprudentiae anteiustinianae reliquiae* 6, edición revisada por Seckel y Kuebler, 3 vols. (Leipzig 1908-1927), extracto de *Gai institutiones* por Kuebler (1939).
KRUEGER P., MOMMSEN TH., STUDEMUND G., *Collectio librorum iuris anteiustiniani*, 1 7, 2, 3 (Berlin 1927, 1878, 1890).
GIRARD P. F.: *Textes de droit romain* 6, revisados por Senn (Paris 1937).
Fontes ital. = RICCOBONO S., BAVIERA G., FERRINI C., FURLANI G., ARANGIO-RUIZ V.: *Fontes iuris Romani anteiustiniani*, 1 2; *Leges*, 2 2; *Auctores*, 3; *Negotia* (Florencia, 1940-1943).
BRUNS: *Fontes iuris Romani antiqui* 7, revisado por Gradenwitz, 3 vols. (Tubinga, 1999).
C TH. = *Codex Theodosianus, cum perpetuis commentariis Iacobi* GOTHOFREDI, 6 vols. (Lyon, 1665); *Theodosiani libri XVI cum constitutionibus Sirmondianis et leges novellae ad Theodosianum pertinentes, edid.* TH. MOMMSEN y P. M. MEYER, 2 vols. (Berlin 1905).
I., D., CI., NOVI. = *Corpus iuris civilis*, edid. MOMMSEN, KRUEGER, SCHOELL, KROLL, 1 10: *Institutiones* (Krueger), *Digesta* (Mommsen, Krueger), 2: *Codex repetitae praelectionis* (Krueger), 3; *Novellae* (Schoell, Kroll) — (Berlin).
D. ed maior = *Digesta Iustiniani Augusti, recognovit* TH. MOMMSEN, 2 vols. (Berlin, 1886-1870).
D. ital. = *Digesta Iustiniani Augusti. edid.* P. BONFANTE y V. SCIALOJA (Milán, 1908-1931).
FAR. I. = *Institutionum Graeca Paraphrasis Theophilo vulgo tributa, recensuit et versione latina instruxit* C. Ferrini (Milán, 1897)
B. = *Basilicorum libri LX, edid.* G. F. HEIMBACH, 6 vols. (Leipzig, 1833-1870), *Supplementum edid.* C. E. ZACHARIAE (1846), *Supplementum alterum edid.* J. MERCATI y C. FERRINI (Milán, 1897).

Consúltese también:

DESSAU: *Inscriptiones latinae selectae*, 5 vols. (Berlin, 1892-1915).

Inscriptiones Graecae ad res Romanas pertinentes... collectae et editae cura R. CAGNAT, J. TOUTAIN, J. LAFAYE, 4 vols. (Paris, 1903).
BREMER: *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, 3 vols. (Leipzig, 1896-1901).
L. = LENEL O., *Palingenesia iuris civilis*, Iuris consultorum reliquiae quae Justiniani Digestis continentur ceteraeque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros disposuit—. 2 vols. (Leipzig, 1889).

9. Metodología para el estudio de las fuentes de cognición

GUARINO: *Guida allo studio delle fonti giuridiche romane* 2 (1954).

10. Obras generales sobre el moderno derecho privado italiano

BARBERO: *Sistema istituzionale di diritto privato italiano* 3 (1951).
DE RUGGIERO-MAROI: *Istituzioni di diritto privato* 8 (1950).
DUSI: *Istituzioni di diritto civile* 5 (1951).
MESSINEO: *Manuale di diritto civile e comerciale* 8 (1950).
TRABUCCHI: *Istituzioni di diritto civile* 7 (1953).

11. Obras generales recientes sobre el moderno derecho privado español (*)

BORREL Y SOLER: *Derecho civil español*, 5 vols. (1955).
CASTRO BRAVO: *Derecho Civil de España*, 2 vols. (1949-1950).
CASTAN TOBEÑAS: *Derecho civil común y foral*, 5 vols. (1954).
ESPIN CANOVAS: *Manual de derecho civil español*, 3 vols. (1951-1954).
PUIG PEÑA: *Tratado de derecho civil español*, 5 vols. (1947 sgs.).
ROYO MARTINEZ: *Exposición elemental del Derecho civil*, 2 vols. (1951)

INDICE ANALITICO - ALFABETICO

INDICE ANALITICO - ALFABETICO

(Para las referencias se utilizan los números en que se divide el texto)

Abdicatio tutelae: 53
acceptilatio: 96
acceptio iudicii: 70
aclaración del derecho: 5
acuerdo simulador: 62
acumulabilidad obligatoria: 90, 94
actio: 66
— *certae creditae pecuniae*: 91
— *communi dividundo*: 83
— *conducti*: 92
— *damni infecti*: 68
— *de in rem verso*: 56
— *doli*: 62, 94
— *de peculio*: 56
— *empti*: 92
— *ex stipulatu*: 91
— *excercitoria*: 56
— *familiae herciscundae*: 76
— *fiduciae*: 87-91
— *furti*: 94
— *iniuriarum*: 94
— *institoria*: 56
— *iudicati*: 73
— *legis Aquiliae*: 94
— *locati*: 92
— *mandati*: 92
— *metus*: 62, 94
— *negatoria*: 83
— *praescriptis verbis*: 93
— *pro socio*: 92
— *Publiciana*: 84
— *rationibus distrahendis*: 53
— *rei uxoriae*: 37
— *rerum amotarum*: 38
— *Rutiliana*: 73
— *Serviana*: 73
— *tributoria*: 56
— *tutelae*: 53
— *venditi*: 92
— *vi bonorum raptorum*: 94
Actiones: 66-68-74
— *adiecticiae qualitatis*: 56
— *civiles* y *honorariae*: 68
— *ficticiae*: 68
— *in rem* e *in personam*: 68
— *poenales* y *rei persecutoriae*: 68
— *utiles*: 68
actores municipii: 42
actus legitimi: 63
addictio: 47, 67
adhesión: 83
adfinitas: 38
adgnatio: 35
adgnatus proximus: 78

adgnitio bonorum possessionis: 76
aditio hereditatis: 76
adiudicatio: 69
adluvio: 83
administratio tutoris: 53
adoptio: 82
adrogatio: 82
adulterium: 40
adventicium: 82
ædiles curules: 13, 16
aestimatum: 93
affectio maritalis: 36, 39
agri vectigales: 87
alimenta: 44
alteraciones postclásicas: 24
administración pública: 2
animalia quae collo dorsove domantur: 81
animus: 62
— *donandi:* 61
— *possidendi:* 88
anulabilidad del negocio jurídico: 59
appellatio: 74
Apio Claudio ciego: 17
arbitratus de restituendo: 68
arrha sponsalicia: 39
ausencia en el proceso: 70, 71, 74
asociaciones: 42
actos de un tercero: 51
actos jurídicos: 33, 51
— — de autonomía: 57
— — ilícitos: 51, 52
— — lícitos: 51, 52, 57
auctoramentum: 47
auctoritas senatus: 13.
— *tutoris:* 53, 54
autonomía familiar: 46
avulsio: 83
acción jurídica: 32
Basilici: 26
beneficium inventarii: 76
— *separationis:* 76
bienes parafernales: 37
benignitas: 65
bona fides: 83
bona vi rapta: 94
bonorum possessio: 72
— — *ab intestato:* 78
— — *contra tabulas:* 78
— — *secundum tabulas:* 77
— *venditio:* 73
Breviarium Alaricianum: 23
Calificaciones jurídicas: 31
— objetivas regulares: 48
— subjetivas regulares: 41
Capacidad de obrar: 52
— jurídica: 41 42
capitis deminutio: 41
Capiton: 21
caput: 41
carga de la prueba: 71
Casio Longino: 21
casus fortuitus: 95
Catón: 17
causa cognita: 72
causa del negocio jurídico: 61
causa donationis: 61
causa de la sociedad: 1
causas del orden jurídico: 51 56
cautio prætoria: 72
— *indicatum solvi:* 70
— *ratum rem:* 70
Celso, hijo: 21
censores: 13
centumviri: 67, 68
chirographa: 91
circunstancias del negocio jurídico: 59, 63

citación: 67, 70, 74
ciudadanía: 2, 45
cives Romani: 45
civilización quiritaria: 7
civitas: 7, 12
— *Quiritaria:* 8, 10
Clases y profesiones: 47
Cláusula condicional: 63
— modal: 63
— estipulatoria: 6.
— terminal: 63
Codex Gregorianus: 23
— *Hermogenianus:* 23
— *Iustinianus:* 25
— *Theodosianus:* 23
codicilli: 79
coelibes: 36
coemptio fiduciae causa: 54
— *matrimonii causa:* 36
cognati: 78
cognatio: 35
cognitio extra-ordinem: 29, 74
— *ordinaria:* 67, 73
cognitor: 64, 70
Collatio legum Mos. et Rom: 24
collegia: 42
colonatus: 47
confirmación procesal: 66
conformidad con el negocio: 56
confianza despertada en los terceros: 62
consecución del orden jurídico: 66
coloniae: 42
comitia centuriata: 10, 13
— *curiata:* 8, 13
— *tributa:* 13
commercium: 45
commodatum: 91
compensatio: 96
Compilación de Justiniano: 25
compilaciones jurisprudenciales postclásicas: 24
— postjustinianeas: 26
concebidos: 43
concilia plebis: 13
concubinatus: 40
condena: 67, 71, 74
condemnari oportere: 70
condemnatio: 69
— *in ipsam rem:* 74
condicio: 63, 68
condictio: 67
— *certae rei:* 91
— *indebiti:* 93
— *ob causam datorum:* 93
condominium: 83
conductio: 92
confarreatio: 36
confirmación del negocio jurídico: 59
confessio in iure: 70
confesión religiosa: 47
confusio: 85, 96
cónyuge superstite: 78
cónyuges (donaciones entre): 61
connubium: 36, 45
consensus nuptialis: 36
consolidatio: 86
constitutio Antoniniana: 19, 15
constitutiones principum: 20-23
constitutum debiti: 93
consules: 10, 13
consulta senatus: 13, 20
contractus: 90, 92
contrarius consensus: 96
contratos innominados: 93
contubernium: 40
contumacia: 74
convalidación del negocio jurídico: 59
conventio in manum: 36
conventio pignoris: 87

corpore possidere: 88
Corpus iuris civilis: 25
cosa juzgada: 73
cosas: 48-50
— consumibles etc.: 49
— divisibles etc.: 49
— fructíferas etc.: 49
— fungibles etc.: 49
— inmuebles etc.: 49
— simples etc.: 49
constitución política: 4
costumbre: 4
cretio: 76
crimen suspecti tutoris: 53
culpa: 95
cuota de reserva: 78
cura: 55
curator bonorum: 73
— *adiunctus:* 55
— *furiosi:* 55, 64
— *impuberis:* 55
— *minoris:* 55
— *prodigi:* 55
curatores debilium personarum: 55
— municipii: 42
custodia: 95

Damnum iniuriam datum: 94
datio actionis: 70
— *dotis:* 37
— *in solutum:* 96
— *pignoris:* 87
— *rei:* 91
— *tutoris:* 53
débito: 33
deber jurídico: 32
decemviri stilitibus iudicandis: 67
decreta principum: 20
dediticii: 45
deductio: 85, 86
— *uxoris:* 36
defensores: 70
definiciones jurídicas: 31
delatio: 76
delicta: 94
demostratio: 69
denegatio actionis: 70
denuntiatio litis: 74
depositum: 91
derecho: 1, 5
— romano (períodos): 6
— subjetivo: 32
— (deber) debilitado: 32
despojo de la posesión: 88
destinación del padre de familia: 85
detentación, 88
dictator: 13
dictatio iudicii: 70
dictio dotis: 37
dies: 63
— *cedens* y *veniens:* 79
diffarreatio: 39
Digesta: 25
disconformidad entre manifestación y voluntad: 62
disimulación: 62
disolución del matrimonio: 39
divortium: 39
docendi causa: 62
dolus malus: 62, 94
dolus en el incumplimiento: 95
dominatus principis: 22
dominium ex iure Quiritium: 83
— *principis:* 22
domus: 81
donatio: 61
— *ante (propter) nuptias:* 37
donaciones entre cónyuges: 61
dos: 36
do ut des, ut facias: 93
Duodecim tabulae: 11

duplicatio: 69

edad púber: 52
Edicta principum: 20
edictum magistratus: 16
— *perpetuum:* 29
— *praetoris:* 68
Edictum Theoderici: 23
editio actionis: 70
efectos jurídicos de la confirmación: 66
— jurídicos: 51
eficacia de los negocios jurídicos: 59
— normativa u ordenadora: 57
effusum et deiectum: 94
elementos del negocio jurídico: 58-59
Elio Peto: 17
emancipatio: 39, 46
emblemata Triboniani: 25
emphytheusis: 87
emptio-venditio: 92
emptor bonorum: 73
fines sociales: 42
epistulae principum: 20
Epitome Gai: 24
error facti: 62
error obstativo: 62
ejecución de la sentencia: 73
— *manu militari:* 74
Estado: 1, 2
Estatuto político: 4
escuelas jurisprudenciales postclásicas: 24
Escevola (Q. Cervidio): 21
espectativa de derecho: 32
essentialia negotii: 63
evocatio: 74
exceptio: 69
— *doli:* 62, 94
— *iusti dominii:* 83
— *metus:* 62, 94
— *rei iudicatae:* 73
— *rei venditae et traditae:* 84
excusationes tutelares: 53
excercitor: 64
excercitus centuriatus: 10
exheredatio: 77
existencia: 43
expensilatio: 91, 96
extinción del procedimiento formulario: 70
— de las obligaciones: 96
extraordinaria cognitio: 73

Facio ut des, ut facias: 93
facultades jurídicas: 32
familia: 8, 35, 40, 81
familia proprio iure: 35
— *communi iure:* 35
fas: 9, 90
favor: 65
fictio iuris civilis: 68
— *legis Corneliae:* 44
fideicommissum: 79
fideiussio: 91
fides: 90
fiducia: 91
— *cum amico:* 91
— *cum creditore:* 87, 91
foedera quiritarios: 9
forma en los negocios jurídicos: 60
formación de la voluntad: 62
formulae: 69
— *edictales:* 68
fragmenta Vaticana: 24
fraus creditorum: 95
fructus: 49
— *sine usu:* 86
fructificación: 83
fuentes de las obligaciones: 89
— de conocimiento: 4

— de producción jurídica: 4
fundi stipendiarii vel tributarii: 84
furiosus: 55
furtum: 94

Gayo: 21, 24
genera legatorum: 79
gens: 8, 35
gentiles: 78
gestión de negocios: 64
glosemas postclásicos: 24
gobierno: 2
gradus cognationis: 35
Gregorius o *Gregorianus:* 23

Habitatio: 86
hechos jurídicos: 33, 51
— jurídicos y naturales: 51
heredes: 76, 78
— *sui:* 78
heredis institutio: 77
hereditas: 76-79
— *iacens:* 42
— *damnosa:* 76
hereditatis petitio: 76
heredium: 81
Hermogenes o *Hermogenianus:* 23
hyperocha: 87
hypotheca: 87

Ilícitos del *ius honorarium:* 94
ilicitud de los actos jurídicos: 51
impedimentos matrimoniales: 36
imperatores: 22
imperium proconsulare maius: 19
imperium Romanum: 19
imposibilidad de la prestación: 96
impuberes: 53, 55
incumplimiento: 95
insula in flumine nata: 83
in bonis habere: 84
incestum: 40
— *superveniens:* 39
incorporación: 83
indebiti solutio: 93
indefensus: 79
ineficacia del negocio jurídico: 59
infamia: 47
infantes: 53
ingenui: 44
in integrum restitutio: 59, 72
— — *ob dolum:* 62
— — *ob metum:* 62
in iure cessio: 83, 85, 86
— — *tutelae:* 53
iniuria: 94
in ius vocatio: 67, 70
insinuatio: 61
institor: 64
institutio heredis: 77
Institutiones Iustiniani: 25
instrumentum: 60
intentio: 69
interdicta: 72
— *possessoria:* 88
interdictio prodigi: 55
interés protegido: 32
interpolaciones justinianeas: 25
interpretatio pontificum: 11
— *prudentium:* 14
interpretación de los negocios jurídicos: 65
— *del derecho:* 5
interrogatio in iure: 70
invalidez del negocio jurídico: 59
ioci causa: 62
iudex privatus: 67, 68, 71

iudicia arbitraria: 68
— *bonae fidei:* 68
— *imperio continentia:* 68
— *legitima:* 68
— *stricta:* 68
iudicis nominatio: 69
— *postulatio:* 67
iudicium: 68
— *tutelae:* 53
"*iura*": 22
iura praediorum: 85
iuris interpretatio: 17
iurisdictio: 66
peregrina: 15
— *urbana:* 16
ius abstinendi: 76
— *civile:* 28
— *civile novum:* 15, 28
— *civile vetus:* 14
— *commune:* 29
— *gentium:* 15, 28
— *honorarium:* 16, 20
— *in agro vectigali:* 87
— *iurandum in iure delatum:* 70
— *legitimum vetus:* 11
— *liberorum:* 36
— *naturale:* 28
— *novum:* 20, 23
— *noxae dandi:* 82
— *patronatus:* 44
— *postliminii:* 44
— *privatum:* 27, 30, 34
— *prohibendi* en el *condominium:* 83
— *publicum:* 14
— *publicum* (acepciones): 27
— *Quiritium:* 9
— *respondendi:* 24
— *singulare:* 29
— *vendendi:* 82
— *vetus:* 20
— *vitae ac necis:* 82
iussum iudicandi: 69, 79
iusta causa usucapionis: 83

Javoleno Prisco: 24
Juliano: 20, 21
Junio Bruto: 17
Jurisprudencia clásica: 21
— preclásica: 17
— postclásica: 24
Justiniano I: 25

Labeon: 21
Latini: 45
lectio senatus: 13
legata: 79
legati Caesaris: 19
legatum: 93
"*leges*": 23
leges XII tabularum: 11
leges postclásicas: 22
— *publicae:* 14
— *regiae:* 8, 9
— *Romanae Barbarorum:* 23
ley de citas: 24
legis actiones: 67
legislación: 2
legitimatio: 40
legitimi: 78
lex Aebutia: 68
— *Aelia Sentia:* 45
— *Aquilia de damno:* 94
— *Atilia de tutore dando:* 53
— *Cincia de donis et muneribus:* 61
— *Cornelia de captivis:* 44
— *Falcidia de legatis:* 79
— *Fufia Caninia:* 45
— *Furia testamentaria:* 79
— *imperfecta:* 61
— *Iulia de adulteriis:* 40
— *Iulia de collegiis:* 42

— *Iulia de maritandis ordinibus:* 36
— *Iulia de tutore:* 53
— *Iulia iudiciorum privatorum:* 67, 68
— *Iunia Norbana:* 44
— *Papia Poppaea nuptialis:* 36
— *Romana Burgundionum:* 23
— *Romana Wisigothorum:* 23
— *Scribonia:* 85
— *Tilia de tutore:* 53
— *Voconia testamentaria:* 79
libelli: 74
liberi: 78
— *in causa mancipii:* 81, 82
— *naturales:* 40
libertad: 44, 80
liberti orcini: 44
libertini: 44
libri Basilicorum: 26
licitud de los actos jurídicos: 51
litem suam facere: 94
litis contestatio: 67, 68, 70, 72, 74, 96
— *denuntiatio:* 74
locatio conductio: 92
locatio operis: 92
— *operarum:* 92
— *rei:* 92

Magister bonorum: 73
magistratus reipublicae: 13
mancipatio: 81, 83, 85
— *familiae:* 77
mancipia: 81, 82
mancipium: 81
mandata principum: 20
mandatum: 92
manifestación de la voluntad: 62
Manilio: 17
manumissio: 44
— *iusta ac legitima:* 45
manus iniectio: 67, 73
manus maritalis: 36, 81, 82
Marcelo: 21
mater familias: 46
matrimonium: 36, 39
— *cum manu y sine manu:* 36
— *iustum:* 36, 38
mera capacidad de obrar: 56
mercennarius: 92
merces: 92
meros actos jurídicos: 57
mera confirmación: 66
merx: 92
metus: 62, 94
medios complementarios del procedimiento formulario: 72
medios de prueba: 71
minores XXV annorum: 55
missiones in possessionem: 72
Modestino: 21, 24
modus: 63
monarquía absoluta: 22
monstra vel prodigia: 42
mora accipiendi: 95
— *solvendi:* 95
mores maiorum: 9
mors litis: 72, 73
muerte: 43
Muciano: 17
Mucio Escevola (Q): 17
mulieres: 54
municipia: 42
mutuum: 91

Nacimiento: 43
naturalis ratio: 28
nefas: 9
negotiorum gestio: 93
negotium imperfectum: 59
negocio jurídico: 57, 65

— — disimulado: 62
— — simulado: 62
Neracio Prisco: 21
nexum: 47, 90
nomen transcripticium: 91
non usus: 85, 86
normalidad psíquica: 52
normas jurídicas: 3
— — de calificación: 31
— — de relación: 31, 32
novatio: 96
Novellae (constitutiones): 25
noxae deditio: 82, 94
núcleo de la fórmula: 69
nuncius: 64
nuncupatio testamenti: 77
nuptiae: 36, 39

Obligaciones: 89-96
— primarias de responsabilidad: 94
— secundarias de responsabilidad: 95
Obligación jurídica: 32
Obligationes: 90
— *contractae:* 91
— *ex contractu:* 92
— *ex delicto:* 94
— *naturales:* 90
— *quasi ex delicto:* 94
obsequium liberti: 44
occupatio: 83
objetos de las relaciones jurídicas privadas: 48-50
objeto jurídico: 32
onera matrimonii: 37
operae: 92
— *servorum:* 86
optio tutoris: 54
oratio Severi: 53
orationes principis: 20
ordenamiento jurídico: 1-5
— quiritario: 9
— social: 1
— estatal: 1
orden jurídico privado: 51-56
ordo iudiciorum privatorum: 67-73

Pacta: 60
— *praetoria:* 93
pactum de non petendo: 96
— *fiduciae:* 87-91
Pandectae: 25
Paulo: 21, 24
Papiniano: 21, 24
παράφερνα: 36
partes formularum: 69
paterfamilias: 46
patientia: 85, 86
patres: 8
patria potestas: 81, 82
patrimonium principis: 22
patronatus: 44
Pauli Sententiae: 24
peculium adventicium: 82
— *castrense:* 82
— *profecticium:* 82
— *quasi castrense:* 82
pecunia: 81
peregrini: 45
periodos del derecho romano: 6
período arcaico: 7-11
— clásico: 18-21
— postclásico: 22-26
— preclásico: 12-17
permutatio: 93
persona: 41
personae alieni iuris: 46, 56
— *debiles:* 55
— *sui iuris:* 46
pertenecer a la especie humana: 42

pelitio hereditatis: 76
piae causae: 42
pignoris capio: 67
pignus: 87, 91
plebiscita: 14
plebs: 10
poder jurídico: 32
πόλις: 7, 12
: 7, 12
pollicitatio: 93
Pomponio: 21
pontifices: 11
populus Romanus Quiritium: 42
positum et suspensum: 94
possessio: 88
— *animo retenta:* 88
— *naturalis, civilis, ad interdicta:* 88
— *pro suo, pro alieno:* 88
— *vel ususfructus:* 84
postliminium: 44
potestades familiares: 82
praedes: 67
praediatura: 91
praeiudicia: 69
praescriptio: 69
praesides provinciarum: 16
praetor: 10, 13
— *fideicommissarius:* 70
— *peregrinus:* 15, 68
— *urbanus:* 16, 68
precarium: 88
préstamo de consumo: 91
préstamo de uso: 91
presupuestos: 59, 63
pretensión jurídica: 32
pretium: 92
principatus: 19
privilegium: 29
procedimiento *apud iudicem:* 67, 71
— *in iure:* 67, 70
— *per libellos:* 74
procedimiento formulario: 68-73
— interdicial: 72
— *per legis actiones:* 67
proceso privado: 66-72
proconsules: 19
Proculianos: 21
Proculo: 21
procurator: 64, 72
prodigus: 55
producción del derecho: 4
pro herede gestio: 76
promissio dotis: 37, 91
— *iurata liberti:* 91
propiedad pretoria: 84
— provincial: 84
prorogatio imperii: 13
pruebas: 71
provinciae: 19
pueblo: 2
pupillus: 53

Quaestores: 13
quarta Falcidia: 79
quasi delicta: 94
quasi possessio: 88
quasi traditio: 85, 86
querella inofficiosi testamenti: 78
Quirites: 8

Rapina: 94
ratificación: 59
rebeldía en el proceso: 71
relaciones jurídicas privadas: 27, 32-34
— — absolutas: 80-88
— — — en sentido impropio: 80, 85, 86, 87
— — — en sentido propio: 80-84

— — procesales: 66-74
— — relativas: 89-96
relación de libertad: 80
Receptae Sententiae Pauli: 24
receptum arbitrii: 93
— *argentarii:* 93
— *nautarum, cauponum, stabulariorum:* 93
redemptio ab hostibus: 47
reditus: 49
rei vindicatio: 83
remancipatio uxoris: 39
remotio tutoris: 53
replicatio: 69
representación: 64
repromissiones: 72
repudium: 39
res: 48-50
— *corporales e incorporales:* 49
— *derelictae:* 83
— *in commercio* y *extra commercium:* 50
— *in patrimonio* y *extra patrimonium:* 50
— *mancipi* y *nec mancipi:* 50
— *nullius:* 83
res iudicata: 73
res privata principis: 22
rescisión del negocio jurídico: 59
rescripta: 20
responsa pontificum: 11
responsabilidad: 33
— por incumplimiento: 95
respublica romano-universal: 18, 19
— *Romanorum:* 12, 13, 16
restitutio in integrum: 59, 72
retentiones dotales: 37
reverentia entre cónyuges: 38
revocación testamentaria: 77
— del negocio jurídico: 59
rex: 8
— *sacrorum:* 10
reducción del negocio jurídico: 59
reserva hereditaria: 78
reserva mental: 62
resolución del negocio jurídico: 59

Sabinianos: 21
Sabino: 21
sacramentum: 67
saltus hiberni et aestivi: 88
Salvio Juliano: 20, 21
saneamiento del negocio jurídico: 59
satisdatio: 72
— *rem pupilli salvam fore:* 53
scholia: 26
segundas nupcias: 39
senatores: 47
senatus: 13
senatusconsulta normativos: 20
Senatusconsultum Neronianum: 79
sententia iudicis: 67, 71
secuestratario: 88
servi: 44
— *fisci:* 47
— *glebae:* 47
Servianos: 17
servicios de gobierno: 2
Servio Sulpicio Rufo: 17
servitutes praediorum: 85
servus fugitivus: 88
sexo femenino: 47
— masculino: 52
simulación: 62
singrapha: 91
— *extra ordinem:* 74
— ordinarios: 67-73
sistemas procesales: 66-74

situaciones jurídicas: 32
sociedad política: 1
societas: 92
sodalitates: 42
solarium: 87
soluti retentio: 90
solutio: 96
— *indebiti:* 93
sustitución en la actividad negocial: 64
soberanía: 2
sponsalia: 39
sponsio: 90, 91
status personales: 31, 41
stipulatio: 91
— *duplae:* 92
— *habere licere:* 92
stipulationes praetoriae: 72
stuprum: 40
substitutio heredis: 77
successio inter vivos: 75
— *mortis causa:* 76-79
sucesión: 75-79
— legítima: 78
— necesaria: 78
— testamentaria: 77
sui heredes: 78
sujetos jurídicos: 41-47
— — limitados: 47
sujeción jurídica: 32
summa sacramenti: 67
summae divisiones rerum: 50
superficies: 87
syndici: 42

Tarquinos: 19
taxatio: 69
tempus lugendi: 39
Teodosio II. 23, 24
Teofilo: 26
término: 63
territorio: 2
testamentum: 77, 79
— *inofficiosum:* 78
thesaurus: 83
Tituli ex corpore Ulpiani: 24
traditio: 81, 83
transactio: 93
trasposición de sujetos: 68
tribuni plebis: 13
tribunicia potestas: 19
trinoctii usurpatio: 36
triplicatio: 69
tutela impuberum: 53, 64
— *mulierum:* 54

Ulpiani liber sing. reg.: 24
Ulpiano: 21, 24
uniones extramatrimoniales: 40
universitates facti e iuris: 49
usucapio: 81, 83, 84, 86
— *libertatis:* 85
usurae moratoriae: 95
usurpatio trinoctii: 36
usus: 86
usus maritalis: 36
ususfructus: 86
utiliter gestum: 93

Vadiatura: 94
vadimonium: 70
Valentiniano III: 23, 24
validez de los negocios jurídicos: 59
vasallaje: 2
Vaticana fragmenta: 24
venditio: 92
verba y voluntas: 65
vicios del negocio jurídico: 59
— de la voluntad: 62
vinculum iuris: 90
vindicatio rei: 67
— *servitutis:* 85
— *ususfructus:* 86

vis animo illata: 62, 94
vocatio ab intestato: 76, 78
— *ex testamento:* 76, 77
voluntad negocial: 62
votum: 93
vulgo concepti: 40

INDICE-SUMARIO

PAG.

EL DERECHO PRIVADO ROMANO

I.—El ordenamiento jurídico y el derecho romano

1. Derecho y sociedad política 5
2. Estructura del Estado 7
3. Estructura del ordenamiento jurídico 10
4. La producción del derecho 13
5. La interpretación del derecho 16
6. El derecho romano y sus períodos 18

II.—El período arcaico del derecho romano.

7. Límites históricos del período arcaico del derecho romano. 20
8. Génesis y estructura originaria de la *civitas* quiritaria 22
9. El *ius Quiritium* 23
10. La evolución constitucional de la *civitas quiritaria* . . 25
11. El *ius legitimum vetus* y la formación del *ius civile* . 28

III.—El período preclásico del derecho romano

12. Límites históricos del período preclásico del derecho 31
romano 34
13. La *respublica Romanorum* 38
14. *Ius civile vetus* e *ius publicum* 40
15. La expansión de Roma y el *ius civile novum* . . . 41
16. La crisis de la *respublica Romanorum* y el *ius honorarium*
17. La jurisprudencia preclásica 43

IV.—El período clásico del derecho romano

18. Límites históricos del período clásico del derecho romano 45
19. La *respublica* y el *principatus* 46

PAG.

20. El *ius vetus* y el *ius novum* 49
21. La jurisprudencia clásica 50

V.—El período postclásico del derecho romano

22. Límites históricos y caracteres del período postclásico del derecho romano 53
23. El triunfo del *ius novum* y las primeras colecciones de constituciones imperiales 55
24. La jurisprudencia postclásica y los restos de su actividad compilatoria 58
25. La compilación de Justiniano 60
26. Las complicaciones jurídicas postjustinianeas 61

VI.—El "ius privatum" y sus divisiones

27. El concepto clásico del *ius privatum* y sus componentes históricos 63
28. La distinción entre *ius civile* e *ius gentium* (*naturale*). 65
29. La distinción entre *ius commune* e *ius singulare* . . 67
30. La división de la materia del *ius privatum* . . . 68

VII.—Las relaciones jurídicas privadas

31. Las calificaciones jurídicas 70
32. Las relaciones jurídicas y su contenido 73
33. Clasificación de las relaciones jurídicas 76
34. Las relaciones del *ius privatum* romano . . . 77

VIII.—La «familia» romana

35. La *familia* romana 81
36. El *matrimonium* 83
37. El régimen patrimonial del *matrimonium* 87
38. Las consecuencias del *matrimonium* 90
39. La preparación y la cesación del *matrimonium* . . 91
40. Las uniones extramatrimoniales y sus efectos. . . 94

IX.—Los sujetos de las relaciones jurídicas privadas

41. Las calificaciones subjetivas regulares 97
42. Pertenecer a la especie humana 99
43. La existencia 102
44. La libertad 104
45. La ciudadanía 107
46. La autonomía familiar 110
47. Los sujetos jurídicos limitados 112

PAG.

X.—Los objetos de las relaciones jurídicas privadas

48. Las calificaciones objetivas regulares 116
49. Las *res* y sus clasificaciones 118
50. Las *summae divisiones rerum* 122

XI.—El orden jurídico privado y sus causas

51. Los efectos jurídicos y los hechos jurídicos . . . 125
52. La capacidad de obrar y sus requisitos . . . 127
53. La *tutela impuberum* 129
54. La *tutela mulierum* 134
55. Las curatelas 136
56. La mera capacidad de obrar 138

XII.—Los negocios jurídicos y sus efectos

57. Los actos jurídicos de autonomía 141
58. Los actos de autonomía del *ius privatum* 145
59. Validez y eficacia de los negocios jurídicos . . . 148
60. La forma en los negocios jurídicos 152
61. La causa en los negocios jurídicos 156
62. La voluntad en los negocios jurídicos 158
63. Las cláusulas accidentales de los negocios jurídicos . 163
64. La sustitución en la actividad negocial 169
65. La interpretación de los negocios jurídicos . . . 172

XIII.—Las "actiones" y el proceso privado

66. Las *actiones* y el proceso privado romano 176
67. El sistema procesal *per legis actiones* 180
68. El sistema procesal *per formulas* 187
69. Estructura y clasificación de las *formulae* 193
70. La fase *in iure* del procedimiento formulario . . . 198
71. La fase *apud iudicem* del procedimiento formulario. . 202
72. Los medios complementarios del procedimiento formulario 204
73. La ejecución de la sentencia y la cosa juzgada. . . 209
74. Los sistemas procesales *extra ordinem* 212

XIV.—La sucesión en las relaciones jurídicas privadas

75. Generalidades 215
76. La sucesión en las relaciones jurídicas de una persona fallecida 217
77. El llamamiento *ex testamento* a la sucesión *mortis causa* 220
78. El llamamiento *ab intestato* a la sucesión *mortis causa* y la sucesión necesaria 223

PAG

79. Efectos particulares de la sucesión testamentaria . . 226

XV.—Las relaciones jurídicas absolutas

80. Generalidades 230
81. El *mancipium* quiritario 234
82. Las potestades familiares 237
83. El *dominium ex iure Quiritium* 241
84. Las otras relaciones absolutas reales en sentido propio . 246
85. Las *servitutes praediorum* 249
86. El *usufructus* y las instituciones afines 252
87. Las otras relaciones absolutas reales en sentido impropio 254
88. La *possessio* y la *quasi possessio* 256

XVI.—Las relaciones jurídicas relativas

89. Generalidades 261
90. Las *obligationes* 264
91. Las *obligationes contractae* del *ius civile vetus* . . 268
92. Las *obligationes ex contractu* del *ius civile novum*. . 273
93. Las otras relaciones obligatorias de acto jurídico lícito. 277
94. Las obligaciones primarias de acto jurídico lícito . . 281
95. Las obligaciones secundarias de acto jurídico ilícito. . 285
96. Hechos extinctivos de las relaciones jurídicas obligatorias 288

Guía Bibliográfica 291

Indice analítico-alfabético 299

FE DE ERRATAS

Página	Línea	DICE	DEBE DECIR
11	5	subordinándolos	subordinándolas
15	5-6	consuetudiarias,	consuetudinarias,
17	27	interpretación es	interpretaciones
45	8	: del *principatus*.	: el *principatus*.
53	4	23. El riunfo	23. El triunfo
68	28	sistema expositivo y coherente.	sistema expositivo coherente.
83	12	raciones que los separaban; tratándose de *cognatio*	ascendientes y descendientes, de una *cognatio*
83	22	se sumaban	se sumaba
85	23	repeto y consideración	respeto y consideración
98	14	*servis*	*servi*
98	16	*peregrinis*	*peregrini*
106	19-20	*convii adhibitione,*	*convivii adhibitione,*
108	5	de no *iusto matrimonio*	*ex non iusto matrimonio*
112	12-13	aun cuando *peregrini*	en cuanto *peregrini*
120	28	del *fructuc*	del *fructus*
121	9	a los *frutus naturales*	a los *fructus naturales*
122	2	*mensura consistut*:	*mensura consistunt*:
134	11	estaba obligado	quedaba obligado
150	1	: validez total	: invalidez total
150	19	había verdadera	existe verdadera
170	21	por cuya	en cuya
171	5	gestiones de	gestión de
185	20	lo arrastraban	lo arrastraba
185	24	agarrando al *obligatus* lo arrastraba ante el magistrado	*iudicati manum inicio*"). En este momento el magistrado
190	8	se amalgamó en el concepto de *ius vetus* (n. 20).	tre *legis actio sacramenti in rem* e *in personam* (n. 67).
191	28	*bona facere*	*bona dare facere*
195	7	*exceptio* y clausulas	*exceptio* (y cláusulas
213	5	derechos modernos;	derechos modernos):
239	13	*materna generis*	*materni generis*
256	11	sobre la	sobre las
259	6	*quominus cum*	*quominus eum*
259	27	defender las *res*	defender la *res*
267	22	o sea que	o que esta
272	10	*resi*	*rei*
279	14	("*pactum*	("*factum*
280	24	de un parinte),	de un pariente),
286	2	obligción	obligación
318	18	primarius	primarias