



INDICE..

P R I M E R P A R C I A L .	1
I. EUROPA Y LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO.	1
1. La recepción del Derecho Romano y Europa.	1
I. Los glosadores.	1
II. Los canonistas.	1
III. Las VII Partidas.	1
2. Derecho Romano Actual y Derecho Común..	1
a) Los comentaristas.	1
b) Los humanistas.	2
c) Los iusnaturalistas.	2
d) La escuela histórica alemana.	2
e) Los pandectistas del siglo XIX.	3
3. Jurisprudencia romana y sistemas jurídicos actuales.	3
A) Códigos civiles.	3
a) Los juristas franceses y el Code Civil de Napoleón.	3
b) El Código civil alemán (Bürgerliches Gesetzbuch o BGB).	3
B) Derecho inglés (Common Law y Equity).	3
A) La codificación civil española.	4
4. Las actuales orientaciones y la enseñanza del Derecho Romano.	4
A) La orientación neohumanista o tendencia histórico- crítica.	4
B) La enseñanza del derecho romano.	4
INTRODUCCIÓN HISTÓRICA Y FUENTES.	4
I. EL DERECHO Y LA HISTORIA CONSTITUCIONAL ROMANA EN SUS ETAPAS HISTÓRICAS.	4
5. La civitas originaria y la Monarquía.	5
a) El rex.	5
b) El Senado.	5
c) El pueblo y las asambleas populares.	5
6. La civitas patricio-plebeya y la República.	5
A) Las magistraturas.	5
- El consulado.	6
- La pretura.	6
- La cuestura.	6
- La edilidad.	6
- El tribunado de la plebe.	6
B) El senado.	6
C) Las asambleas populares.	6
7. El Imperio universal y el Principado.	6
8. El Dominado.	7
II. LAS FUENTES DEL DERECHO.	7
9. Las fuentes del derecho antiguo y preclásico.	7
10. Las fuentes del derecho clásico.	7
A) Ley y plebiscito.	7
B) Senadoconsultos.	8
C) Constituciones imperiales.	8
D) Edictos.	8
11. Las fuentes del derecho postclásico.	8
12. El Corpus Iuris de Justiniano.	8
13. La literatura didáctica y los libros de instituciones.	9

III. LA JURISPRUDENCIA ROMANA Y LA ELABORACIÓN CASUÍSTICA DEL DERECHO.	9
14. El jurista romano.	9
15. La jurisprudencia de los pontífices.	9
16. La jurisprudencia clásica.	9
17. La jurisprudencia republicana.	9
18. La influencia de la filosofía griega.	10
19. Jurisconsulto y orador.	10
20. La etapa clásica central de la jurisprudencia.	10
21. La jurisprudencia clásica tardía.	10
22. El casuismo en las obras jurisprudenciales.	11
23. La técnica de elaboración casuística.	11
a) Caso.	11
b) Caso- guía.	12
c) Reglas y axiomas jurídicos.	12
24. Comparación de casos y estratos casuísticos. Geminaciones y similitudes.	12
25. Las motivaciones y fundamentos de las decisiones jurisprudenciales.	12
26. La formulación de principios generales: reglas, definiciones y máximas.	12
27. La analogía.	12
28. La ficción.	12
29. Las decisiones en las constituciones imperiales.	13
30. La jurisprudencia y la legislación postclásica.	13
CONCEPTOS GENERALES: DERECHO.	13
I. CONCEPTOS GENERALES.	13
31. Ius y iustitia. Directum.	13
32. Ius civile- ius honorarium.	13
33. Ius novum.	13
34. Ius civile, ius gentium, ius naturale.	13
35. Ius publicum- ius privatum.	14
36. Ius commune- ius singulare- privilegium.	14
ACCIONES, CASOS E INSTITUCIONES.	14
I. ACCIONES.	14
A) LA ACCIÓN.	14
37. La venganza privada, la justicia privada y la justicia pública.	14
38. Actio y acciones.	14
- Acciones civiles y pretorias.	14
- Acciones in rem y acciones in personam.	14
- Acciones arbitrarias.	14
- Acciones de buena fe y de derecho estricto.	14
- Acciones penales, reipersecutorias y mixtas.	15
- Acciones temporales y perpetuas: la prescripción.	15
- Acciones privadas y populares.	15
39. Iurisdictio, congnitio y iudicatio.	15
40. Las partes.	15
B) EL PROCESO ROMANO.	15
41. Caracteres generales.	15
C) LAS ACCIONES DE LA LEY.	16
42. El procedimiento de las legis acciones.	16
43. Acción de apuesta sacramental (legis actio sacramento).	16
44. Acción de ley por petición de juez o árbitro (legis actio per iudicis arbitrive postulationem).	16
45. Acción de ley por condición (legis actio per conditionem).	16
46. Fase ante el magistrado (in iure).	16
a) Citación (in ius vocatio).	16
b) "Litis contestatio" y designación del juez o jueces.	17
47. Fase ante el juez (apud iudicem): la prueba.	17
48. La sentencia.	17
49. La ejecución de la sentencia: acción de ley por aprehensión corporal (legis actio per manus iniectioem).	17

50. Acción por toma de prenda (legis actio per pignoris capionem).	17
D) EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO.	17
51. Origen y caracteres del procedimiento formulario.	17
52. Fase ante el magistrado (in iure).	18
I. Editio actionis extraprocesal.	18
II. Citación ante el magistrado (in ius vacatio).	18
III. La comparecencia ante el pretor.	18
53. Naturaleza y caracteres de la fórmula.	18
54. Partes de la fórmula.	18
Partes ordinarias.	18
Partes extraordinarias.	19
55. Clases de fórmulas: fórmulas civiles y pretorias.	19
56. La litis contestatio y sus efectos.	19
Efectos de la litis contestatio.	19
57. Fase ante el juez (apud iudicem).	19
Prueba.	19
58. La sentencia.	20
Ejecución de la sentencia.	20
La distractio bonorum.	20
La cessio bonorum.	20
59. Recursos complementarios de la jurisdicción del pretor.	20
I. Las estipulaciones pretorias.	20
II. Misiones in possessionem.	20
III. Interdictos.	21
IV. Restituciones in integrum..	21
E) EL PROCEDIMIENTO COGNITORIO.	21
60. El procedimiento de la cognitio extra ordinem.	21
61. La tramitación del proceso extra ordinem: la citación del demandado.	21
62. La comparecencia ante el magistrado y la litis contestatio.	21
La prueba.	22
63. La sentencia. Impugnación y ejecución.	22
Impugnación de la sentencia.	22
Otros remedios contra la sentencia.	22
64. El proceso cognitorio postclásico: caracteres y tramitación.	22
a) Citación del demandado.	22
b) Comparecencia ante el magistrado.	23
c) Prueba.	23
d) Sentencia y su ejecución.	23
65. El proceso en las provincias. Leges Ursonensis y Flavia municipalis.	23
66. El procedimiento por rescripto del príncipe.	23
67. Audiencia episcopal- s. III (episcopalis audiencia).	23
PERSONAS.	23
I. PERSONAS.	23
68. Persona y capacidad.	23
69. Nacimiento, existencia y muerte del hombre.	23
70. El cambio de estado o capitis deminutio.	24
71. Ciudadanos, latinos y peregrinos.	24
72. Las personas jurídicas.	24
73. El populus romanus y los entes públicos.	24
74. Las corporaciones y asociaciones.	24
75. Las fundaciones.	24
COSAS, PROPIEDAD Y POSESIÓN.	25
I. COSAS.	25
76. Concepto y clasificación de las cosas.	25
77. Clasificación de las cosas por la posibilidad de apropiación.	25
78. Cosas mancipables y no mancipables.	25
79. Familia y pecunia.	25

80. Cosas muebles e inmuebles.	25
81. Partes accesorias y pertenencias.	25
82. Frutos.	25
<hr/>	
II. PROPIEDAD Y POSESIÓN.	25
83. Dominio, propiedad y posesión. Terminología romana.	25
84. Clases de propiedad.	26
A. Dominium ex iure quiritium.	26
B. Propiedad pretoria o bonitaria.	26
C. Propiedad de los peregrinos.	26
D. Propiedad provincial.	26
85. Contenidos de la propiedad.	26
86. Posesión civil.	26
87. Limitaciones legales de la propiedad (o servitutes).	26
88. El condominio.	26
<hr/>	
III. INTERDICTOS Y ACCIONES.	27
89. Los interdictos (caso).	27
A. Interdicto de retener la posesión.	27
B. Interdictos de recuperar la posesión.	27
90. La acción reivindicatoria.	27
91. El interdictum quem fundum y la acción exhibitoria.	28
92. La acción publiciana.	28
93. Acción negatoria.	28
94. Acciones sobre relaciones de vecindad (caso).	28
95. La acción de división de cosa común (actio communi dividundo).	29
<hr/>	
IV. ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD.	29
97. Clasificaciones de los modos de adquirir la propiedad.	29
98. Ocupación (casos).	29
99. Incrementos fluviales.	29
100. Tesoro (casos).	29
101. Adquisición de frutos.	29
102. Especificación.	29
103. Accesión (casos).	29
104. Entrega (traditio).	30
105. Mancipatio.	30
106. Cesión ante el pretor (in iure cesio).	30
107. Otros actos de atribución: (addictio) o adjudicación (adjudicatio).	30
108. Usucapión y prescripción de largo tiempo (longi temporis praescriptio)- (casos).	30
I. Régimen primitivo de las XII Tablas.	30
II. Reformas de la jurisprudencia clásica.	31
III. Prescripción de largo tiempo (longo temporis praescriptio).	31
IV. Régimen del derecho postclásico y justiniano.	31
<hr/>	
V. SERVIDUMBRES Y USUFRUCTO.	31
109. Servidumbres prediales.	31
110. Principios y reglas de las servidumbres.	32
111. Servidumbres prediales rústicas (casos).	32
112. Servidumbres prediales urbanas (casos).	32
113. Acciones en defensa de las servidumbres.	32
114. Constitución de las servidumbres.	32
A. Derecho clásico.	32
B. Derecho postclásico y justiniano.	32
115. Extinción de las servidumbres.	33
116. El usufructo (casos).	33
117. Constitución, defensa y extinción del usufructo.	33
118. Uso, habitación y servicios de esclavos.	33
<hr/>	
VI. ENFITEUSIS Y SUPERFICIES.	33
119. Enfiteusis.	33
120. Superficies.	33

SEGUNDO PARCIAL .	34
LAS OBLIGACIONES.	34
I. OBLIGACIÓN Y ACCIÓN.	34
121. La obligación: concepto y evolución histórica.	34
122. Contenido de la obligación.	34
123. Obligaciones divisibles e indivisibles.	34
124. Obligaciones naturales.	34
125. Cumplimiento y extinción de las obligaciones.	34
126. Acciones civiles personales.	34
127. Acciones personales y fuentes de las obligaciones.	35
128. Las clasificaciones escolásticas de las fuentes de las obligaciones.	35
I. Clasificación de las Instituciones de Gayo.	35
II. Clasificación de las res cottidianae.	35
III. Otras clasificaciones escolásticas prejustinianas.	35
IV. Clasificación de Justiniano y de los intérpretes.	35
II. DELITOS.	36
129. Delitos privados.	36
130. Delitos de hurto (furtum)- casos.	36
131. Delitos de daño (casos).	36
132. Delitos de lesiones u ofensas (iniuriae).	37
133. Delitos de derecho pretorio.	37
I. Miedo.	37
II. Dolo.	37
III. PRESTAMOS.	37
134. El crédito y los negocios crediticios.	37
135. El mutuo (mutui datio)- casos.	37
136. El préstamo marítimo (caso).	38
137. El pago (solutio), la compensación y la mora.	38
138. Otras daciones crediticias (casos).	38
A. Dación para conseguir algo del accipiente (datio ob rem).	38
B. Dación por una determinada causa (dationes ob causam).	38
C. Daciones por circunstancias eventuales (dationes ex eventu).	38
139. Préstamos pretorios: I. Constitución de plazo (constitutum)- caso.	39
140. II. La asunción de deuda por el banquero (receptum argentarii).	39
141. III. Comodato (casos).	39
142. IV. Prenda (pignus): la acción personal.	39
143. La prenda como garantía real: objeto y contenido (casos).	39
144. Hipoteca (casos).	39
145. Objeto y constitución de la hipoteca. Hipotecas tácitas y legales.	39
146. Pluralidad de hipotecas.	40
147. Extinción de la prenda.	40
IV. ESTIPULACIONES.	40
148. Sponsio y stipulatio.	40
149. Estructura clásica de la stipulatio y de la obligatio verbis.	40
150. Contenido y modalidades de la estipulación (casos).	40
151. Reconocimiento de pago (acceptilatio).	40
152. Decadencia de la estipulación.	41
153. Transcripción de créditos y deudas (transcriptio nominum).	41
154. Documentos crediticios subjetivos (chirographa) y objetos (syngrapha).	41
155. Estipulaciones inválidas.	41
156. Estipulaciones de objeto indeterminado.	41
157. Estipulación penal.	41
158. Novación.	42
159. Pluralidad de sujetos y solidaridad.	42
160. Fianza o garantía personal.	42
161. La fideiussio.	42

162. La intercesión (intercessio).	42
163. La fianza justinianea.	43
V. CONTRATOS DE BUENA FE.	43
164. Acciones de buena fe y contratos.	43
165. Culpa contractual.	43
166. Fiducia.	43
167. Depósito (casos).	44
- Depósito necesario o miserable.	44
- Depósito irregular.	44
- Secuestro.	44
168. Contratos consensuales.	44
169. Mandato.	44
A. Caracteres.	44
B. Acciones.	44
C. Origen y función social.	44
D. El procurador.	45
E. Obligaciones de los contratantes.	45
F. El mandato se extingue.	45
G. Mandato de prestar dinero (mandatum pecuniae credendae)- casos.	45
170. Cesión de créditos y deudas.	45
171. Gestión de negocios (negotiorum gestio).	45
172. Sociedad (casos).	45
A. Requisitos.	45
B. Acción.	45
C. El consorcio entre hermanos.	45
D. Clases.	46
E. Obligaciones de los socios.	46
F. Extinción.	46
173. Compraventa: origen, caracteres y elementos.	46
1. Consentimiento.	46
2. La cosa.	46
3. Precio.	46
174. Acciones.	46
175. Obligaciones del comprador y del vendedor (casos).	46
176. El riesgo de la pérdida de la cosa (periculum).	46
177. Evicción.	47
178 Vicios ocultos.	47
179. Pactos añadidos a la compraventa.	47
180. Arras (casos).	47
181. Permuta y contrato estimatorio.	47
182. Arrendamiento: caracteres, finalidad y acciones.	47
183. Clases de arrendamiento.	48
I. Arrendamiento de cosa (locatio conductio rei) y de servicios (locatio conductio operarum)- casos.	48
II. Arrendamiento de obra (locatio conductio operis)- casos.	48
184. Transporte marítimo de mercancías: ley Rhodia de la echazón (casos).	48
LA FAMILIA.	48
I. LA FAMILIA.	48
185. La familia.	48
186. Parentesco. Líneas y grados.	49
187. Las relaciones de potestad.	49
Ius vitae et necis.	49
Ius vendendi.	49
Ius noxae dandi.	49
Ius exponendi.	49
188. Adquisición de la patria potestad.	49
a) Por el nacimiento en justas nupcias.	49
b) Por arrogación.	49

c) Por adopción.	49
189. Extinción de la patria potestad.	50
190. Defensa procesal.	50
191. La manus.	50
- Confarreatio.	50
- Coemptio.	50
- Usus.	50
192. Los esclavos y la dominica potestas.	50
A. Derecho antiguo y preclásico.	50
B. Derecho clásico.	50
C. Derecho postclásico y justiniano.	51
193. La manumisión y sus formas (casos).	51
- Manumissio vindicta.	51
- Manumissio censu.	51
- Manumissio testamento.	51
194. Los libertos y el patronato.	51
195. Situación patrimonial de los hijos y esclavos. El peculio.	51
196. Las acciones adyecticias.	52
<hr/>	
II. EL MATRIMONIO ROMANO.	52
197. La concepción clásica del matrimonio.	52
198. Los esponsales.	52
199. Los requisitos del matrimonio clásico.	52
200. La disolución del matrimonio y el divorcio (caso).	53
1. Por muerte de uno de los cónyuges.	53
2. Por incapacidad sobrevenida.	53
3. Por divorcio.	53
4. Por segundas nupcias.	53
201. El concubinato.	53
202. El matrimonio en derecho postclásico.	53
<hr/>	
III. LAS RELACIONES PATRIMONIALES ENTRE CÓNYUGES.	54
203. Régimen tradicional del patrimonio familiar.	54
204. Régimen clásico de separación de bienes.	54
A. Dote.	54
a) Constitución de la dote.	54
b) La dote durante el matrimonio.	54
c) Restitución de la dote.	55
B. Bienes extradotales.	55
Bienes de uso o ajuar.	55
Bienes propios.	55
C. Donaciones nupciales.	55
<hr/>	
IV. TUTELA Y CURATELA.	55
205. La tutela originaria.	55
206. Tutela de los impúberes.	55
- Tutela legítima.	55
- Tutela testamentaria.	56
- Tutela dativa.	56
207. Funciones y responsabilidad del tutor.	56
- Negotiorum gestio.	56
- Interpositio auctoritatis.	56
- Actio rationibus distrahendis.	56
- Accusatio suspecti tutoris.	56
- Actio tutelae.	56
208. Tutela de las mujeres.	56
209. La curatela.	56
- Cura furiosi.	56
- Cura prodigi.	56

- Curatela de los menores.	56
LA HERENCIA.	57
I. LA HERENCIA.	57
210. Sucesión mortis causa y herencia. Terminología.	57
- Sucesión inter vivos.	57
- Sucesión mortis causa.	57
211. Las concepciones sobre la herencia en las diversas etapas históricas.	57
212. El objeto de la herencia (casos).	57
213. Hereditas y bonorum possessio.	57
- Bonorum possessio edictalis.	58
- Bonorum possessio decretalis.	58
- Bonorum possessio secundum tabulas.	58
- Bonorum possessio sine tabulis o ab intestato.	58
- Bonorum possessio contra tabulas.	58
- Bonorum possessio sine re.	58
- Bonorum possessio cum re.	58
214. Presupuestos de la sucesión hereditaria.	58
215. La delación de la herencia.	58
216. Transmisión de la herencia.	59
217. Adquisición de la herencia.	59
1. Heredero necesario.	59
2. Herederos suyos (o de derecho propio) y necesarios.	59
3. Herederos extraños.	59
218. Aceptación o adición de la herencia.	59
219. Herencia yacente.	59
220. Usucapio pro herede.	59
221. Confusión hereditaria y separación de bienes (casos).	59
222. El beneficio de inventario.	60
II. LA SUCESIÓN INTESTADA.	60
223. La sucesión ab intestato.	60
224. La sucesión intestada en el antiguo derecho civil.	60
- Herederos de derecho propio.	60
- Agnados.	60
- Gentiles.	60
225. La sucesión intestada en el edicto del pretor.	60
- Hijos y descendientes (liberi).	60
- Legítimos.	61
- Cognados.	61
- El marido y la mujer.	61
226. Reformas de la legislación imperial.	61
227. La sucesión intestada en el derecho de Justiniano (caso).	61
III. LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA.	61
228. El testamento. Concepto y características.	61
229. Formas antiguas y clásicas.	61
- Testamento ante los comicios curiados.	61
- Testamento en procinto, o en pie de guerra.	61
- Testamento por el bronce y la balanza.	62
230. El testamento militar	62
231. El codicilo.	62
232. Formas de testamento en derecho postclásico y justiniano (caso).	62
- Testamento en tiempo de epidemia.	62
- Testamento que se hace en el campo.	62
- Testamento del ciego.	62
- Testamento del analfabeto.	62
- Testamento en beneficio de la Iglesia o de obras pías.	62
233. Capacidad para testar (testamentifacio).	62

234. Capacidad para heredar	63
IV. CONTENIDO DEL TESTAMENTO. I INSTITUCIÓN DE HEREDERO.	63
235. Disposiciones del testamento. La institución de heredero.	63
236. La institución bajo condición o término (caso).	64
237. Las sustituciones (casos).	64
V. CONTENIDO DEL TESTAMENTO: II. LEGADOS Y FIDEICOMISOS	64
238. Concepto de legado.	64
239. Clases de legados.	65
- Legado vindicatorio.	65
- Legado damnatorio.	65
- Legado de tolerancia o permisión.	65
- Legado de percepción.	65
- Legado de opción.	65
- Legado de partición.	65
240. Sujetos y objeto de los legados.	65
241. Adquisición del legado.	66
242. Limitaciones legales de los legados (casos).	66
243. Fideicomisos. Concepto y evolución histórica.	66
244. Fideicomiso de herencia.	66
245. Sustitución fideicomisaria.	67
246. Fideicomiso de familia y de residuo.	67
247. Fideicomiso de libertad (casos).	67
VI. INTERPRETACIÓN, INEFICACIA Y REVOCACIÓN DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS.	67
248. Interpretación del testamento.	67
249. El error en las disposiciones testamentarias.	67
250. Ineficacia del testamento.	67
- Testamento no confeccionado conforme al derecho.	68
- Testamento nulo o inútil.	68
- Testamento irrito.	68
251. Revocación del testamento.	68
252. Ineficacia y revocación de los legados (caso).	68
VII. PLURALIDAD DE HEREDEROS Y LEGATARIOS.	68
253. Derecho de acrecer.	68
254. Las colaciones.	68
Colación de los bienes.	69
Colación de la dote.	69
Colación de los descendientes.	69
VIII. SUCESIÓN CONTRA EL TESTAMENTO.	69
255. La sucesión contra el testamento en el derecho civil	69
256. Reformas pretorias.	69
257. El testamento inoficiosos y la legítima (casos).	69
258. Reformas de Justiniano.	69
IX. ACCIONES HEREDITARIAS.	70
259. Petición de herencia (hereditatis petitio)	70
260. El interdicto “de cuyos bienes” (“interdictum quorum bonorum”).	70
261. El interdicto lo que por legado (“interdictum quod legatorum”).	70
262. Acción de partición de herencia (actio familiae erciscundae).	70
X. DONACIONES.	70
263. La donación.	70
264. La ley Cincia y los límites de las donaciones.	71
265. Régimen postclásico y justiniano.	71
266. La donación modal.	71
267. La donación “mortis causa”.	71

PRIMER PARCIAL.

I. EUROPA Y LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO.

1. La recepción del Derecho Romano y Europa.

El Derecho Romano constituye uno de los factores integradores de la idea cultural de Europa, junto con la filosofía griega y el Cristianismo. El Ordenamiento jurídico romano es un factor multitemporal porque influyen todas las épocas desde el s. VI d.C. hasta nuestros días, y multicultural porque su difusión es generadora de culturas y universal. A partir del s. XII, con el descubrimiento del **Hábeas Iuris** se inicia una “segunda vida del Derecho Romano” y nace una tradición romanística que llega hasta nuestros días.

La Europa unida se propone realizar la unificación del Derecho y se ha compensado por la unificación del derecho privado de obligaciones y contratos.

Se defiende una europeización de la ciencia jurídica, señalando el **ius commune** como modelo histórico y, los Códigos civiles europeos como derecho actual. En la consideración histórica del **ius commune**, se incluye la tradición romanística, seguida por la Escuela histórica de Savigny y los pandectistas.

Para la elaboración de derecho europeo de contratos se siguen dos tendencias: la llamada sabiniana, consistente en la redacción de un cuerpo de principios integrados en un núcleo común. La segunda tendencia está representada por el proyecto de un Código europeo de contratos, patrocinada por la Academia de Pavía. En las dos tendencias existe una fundada influencia de la tradición romanística.

La tradición medieval.

I. Los glosadores. Llamados así por las “glosas”, comentarios y anotaciones marginales a los textos del **Hábeas Iuris** justiniano. Eran maestros y profesores de la escuela de artes, en la que introdujeron estudios de jurisprudencia. El iniciador de estos estudios fue Irnerio que por el descubrimiento del Digesto convierte esta disciplina en independiente. A Irnerio suceden los cuatro doctores: Búlgaro, Martino, Hugo y Jacobo. Se destacan también Piacentino, Azón y Odofredo. Accursio compiló la llamada Glosa Magna u ordinaria.

El jurisconsulto romano respondía a las consultas de sus ciudadanos, asesoraba a los pretores y magistrados, y así creaba derecho, siendo atraído en la última etapa a la esfera oficial del príncipe. El glosador era un docente que se propone desarrollar un derecho universal mediante la aplicación de los principios jurisprudenciales del Digesto. El “texto” es el punto de partida de la sabiduría jurídica. El jurista medieval es por ello intérprete de un texto.

II. Los canonistas. La supremacía de la “lex Dei” sobre la “lex romana” y los principios de la “honestas” y la “aequitas cristiana” tienen una decisiva influencia en el nuevo derecho por obra de los canonistas. La Iglesia fue la depositaria y divulgadora de la tradición cultural del mundo antiguo. La escuela de los decretalistas adopta también los métodos de la glosa y se crea un “Corpus Iuris Canonici”. Destacan los nombres de Graciano, Bandinelli y Hugoccio.

Los canonistas legislan también para el fuero externo y llegan nuevas doctrinas y decisiones que se apartan de las romanas y que tienen una gran influencia sobre el nuevo derecho: así sobre las estipulaciones, contratos y pactos nudos, donaciones y promesas, posesiones y herencias, juicios y pruebas.

III. Las VII Partidas. En la recepción medieval del derecho romano tiene especial importancia la obra de Alfonso X el Sabio, iniciada por su padre Fernando III, y terminada en 1263 ó 1265. En su redacción influyeron los glosadores, Accursio, Azón y especialmente Jacobo, cuya intervención es segura en la tercera Partida, las decretales y los canonistas, y textos jurídicos castellanos.

El medio de introducción de la tradición romanística en el derecho español medieval es sobre todo Las VII Partidas. Siempre aparece el espíritu cristiano, y los mandatos del padre. Se consideran sentimientos básicos del pueblo: el honor, la lealtad y la dignidad. Fue el instrumento poderoso de unificación, ya que se aplicó como derecho supletorio. Las VII Partidas es una obra de recepción

del Derecho romano con influencias canonistas que ha desempeñado la mayor influencia en la pervivencia de la tradición romana. En materias como el patrimonio uxorio o en obligaciones y contratos se siguen las decisiones de los juristas romanos.

La compraventa es transmisora de la pacífica posesión y no del dominio. Se sigue la enseñanza de los glosadores en la doctrina del contrato y de la causa.

2. Derecho Romano Actual y Derecho Común.

Los creadores del derecho común europeo son los comentaristas o consiliatores, cuyas obras de comentarios cierran el ciclo del derecho medieval y marcan el tránsito hacia el derecho moderno. Esta tendencia utilitaria de la nueva jurisprudencia se llama **mos italicus**, en oposición a la tendencia humanista de juristas franceses, denominada **mos gallicus**.

a) Los comentaristas. Los consiliatores, comentaristas o prácticos son los verdaderos fundadores de la jurisprudencia europea y convirtieron al derecho justiniano en el derecho común de toda Europa (destacan Bártolo de Sasoferrato, Baldo de Ubaldi, Giason del Maino y Cino de Pistoia). El derecho romano venía considerado como el **ius commune** para las cosas temporales, mientras que el derecho canónico lo era para las espirituales. Los derechos locales eran **iura propria** o derechos especiales subordinados al derecho común y al principio de especialidad.

El método de los juristas romanos, los comentaristas estaban más cerca de éstos que los glosadores. Como los clásicos ejercitaban el *respondere* a las consultas de los particulares y de los jueces y magistrados sobre cuestiones de la vida diaria y de la práctica judicial. Ejercieron el *consilium sapientis iudiciale* decidiendo en justicia con criterios lógicos e independientes de la política y de los intereses de las partes.

b) Los humanistas. El humanismo que centra el ideal formativo en el hombre nace en el siglo XVI como consecuencia del Renacimiento. El movimiento cultural de los humanistas, desarrollado especialmente en Francia, seculariza el estudio histórico y se propone reconstruirlo liberándolo de influencias religiosas y utilitarias. Los juristas interpretaron el *Corpus Iuris*, como libro sagrado, pero para los humanistas era una manifestación del espíritu de Roma y una fuente de conocimiento del derecho romano.

Los juristas carecían de conocimientos históricos y filológicos y solo estaban interesados en la legislación justiniana que interpretaban como un cuerpo único y armónico. Los humanistas valoraban la jurisprudencia clásica y pretendían liberar las fuentes de todas las modificaciones introducidas por los compiladores justinianos y por los glosadores medievales. Los humanistas son Alciato, Budeo y Zasio. El florecimiento en Francia del humanismo se debe a la llamada jurisprudencia elegante o escuela de los cultos. Destacan Cuyacio, por sus exégesis y comentarios al *Corpus Iuris*; Dionisio Godofredo, el primer editor crítico de la compilación justiniana; Jacobo Godofredo, comentarista del Código Teodosiano; Antonio Faber, el primer descubridor de interpolaciones, y Donello, por su obra sistemática. Humanistas españoles: Antonio Agustín y el gramático Elio Antonio de Nebrija.

c) Los iusnaturalistas. La escuela de derecho natural de la época del iluminismo de los siglos XVII y XVIII defendía la existencia de una ética social conforme a la razón y naturaleza humana y de un derecho de la razón de aplicación universal a todos los pueblos. Se rechazan los postulados teológicos e históricos de la Edad Media, y se buscan nuevos conceptos y principios generales y la construcción de una nueva sistemática jurídica. El iusnaturalismo defiende los ideales de la justicia e igualdad entre los hombres que llevan a la libertad y a la tolerancia. Grandes juristas fueron Ugo Grocio, fundador del derecho internacional y autor de la metodología del derecho de la razón, Puffendorf, Thomasius y Wolf.

En relación con el derecho romano, se consideraba la suprema razón escrita. Destacan el holandés Vino y el alemán Heinecio, los franceses Domat y Pothier que influyeron en la codificación francesa de 1804. La influencia del iusnaturalismo fue distinta en Francia que en Alemania, porque en la

primera fue apoyado por una prestigiosa clase de juristas en relación con un sistema judicial centralizado y en Alemania fue seguido por profesores de universidad y por gobernantes y no estaba coordinado con la práctica judicial.

- d) La escuela histórica alemana.** La creación de una ciencia del derecho y una nueva valoración del derecho romano como “derecho actual” se debe a la escuela histórica alemana y a su fundador Federico Carlos de Savigny. Considera el derecho bajo dos puntos de vista: como historia y como sistema. La primera explica el derecho como producto natural y espontáneo del espíritu del pueblo, tan auténtico como puede ser el arte, la lengua y el folklore. Sin embargo, el pueblo y su espíritu no se expresan directamente sino mediante los juristas cultos, profesores o jueces.

El sistema consiste en un núcleo de principios y dogmas sometidos a una racionalización científica. Savigny aceptaba la aportación de los glosadores, pero de ellos pasaba a los humanistas, ya que los comentaristas y sus continuadores del *usus modernus* habían corrompido, las nobles líneas del derecho romano.

El Derecho imperial es sustituido por el derecho general formado por los distintos derechos territoriales. La Escuela histórica consiguió en breves años restablecer el estudio del Derecho romano en las Universidades alemanas. Aun cuando la Escuela histórica nace como tendencia opuesta al iusnaturalismo, ambas corrientes se dirigen a la elaboración de una dogmática jurídica, fundada sobre un sistema y construida con métodos inductivo y deductivo. Las dos mantienen una actitud de admiración profunda hacia el Derecho Romano. Finalmente concluyen con una codificación de tradición romanística que sustituye al *Corpus Iuris civilis*.

En su idea del espíritu del pueblo es donde se observa la influencia de Herder. Según Savigny la función principal del jurista es investigar sobre el derecho de su propia nación, rejuvenecerlo y mantenerlo fresco. Savigny era antes que nada un romanista y un seguidor del modelo clásico. Propugna el Derecho Romano actual y el método sistemático. Este método fue seguido por sus discípulos, el más influyente de ellos Puchta, que convierte la idea del espíritu del pueblo en una categoría jurídica formal. Savigny dedicaba una especial atención al derecho arcaico. Tenía una idea no explicitada o teoría de la fusión del *mos gallicus* con el *italicus*.

En su “Sistema de derecho romano actual” postula la cooperación entre la teoría y la práctica. Postula también, junto al derecho profesoral, un derecho de juristas creado y sustentado para la práctica. Para Savigny la codificación es por sí mismo un modo inorgánico de desarrollo del derecho, una intervención arbitraria, dañosa e inútil en el proceso de la formación espontánea del propio derecho, del cual el pueblo, representado por los juristas cultos, es el protagonista. El triunfo de estas ideas fue indiscutible y ello por dos razones: la situación política alemana que hacía la codificación imposible y la fuerza cultural y el prestigio universal de la Escuela histórica.

- e) Los pandectistas del siglo XIX.** Los autores del derecho de Pandectas elaboran ciencia y dogmática jurídica mediante la interpretación actualizada del *Corpus Iuris*. Esta corriente doctrinal, llamada jurisprudencia de conceptos, o pandectística, iniciada por Puchta, cuenta con prestigiosos autores como Vangerow, Brinz, Derburg y Windscheid. Los pandectistas patrocinan el positivismo de la ciencia jurídica. El ordenamiento jurídico constituye un sistema de principios y reglas cerrado y completo. Por ello, niegan la existencia de las lagunas.

Las críticas a los pandectistas se fundamentan en el excesivo formalismo y rigidez de conceptos que desembocan en la rigidez del sistema y en el desinterés por las cuestiones prácticas. Especialmente crítico fue Ihering, quien defiende una “jurisprudencia de intereses” que contrapone a la “jurisprudencia de conceptos”. El sistema romano que ellos inventan no tuvo vigencia en ningún tiempo en cuanto está construido con elementos provenientes tanto del derecho clásico como el derecho justinianeo.

3. Jurisprudencia romana y sistemas jurídicos actuales.

Después de la publicación de los códigos civiles puede considerarse realizada la tendencia práctica, o del *mos italicus*, de la actualización del derecho romano. La jurisprudencia romana era una actividad libre y consultiva, como también lo era la labor de los comentaristas y consiliadores del derecho común. En relación con el carácter creador o interpretativo de la jurisprudencia se clasifican los sistemas jurídicos actuales en abiertos y cerrados, según consistan en un derecho vivo y jurisprudencial o en un derecho escrito o compilado en un sistema de normas. El modelo de tipo abierto será el Case Law Method del derecho angloamericano; el segundo o cerrado sería el de los códigos civiles.

A) Códigos civiles.

a) Los juristas franceses y el Code Civil de Napoleón. Las doctrinas de los iusnaturalistas y sus postulados del derecho basado en la razón y en la igualdad de los ciudadanos ante la ley llevan a la publicación de los códigos civiles. Con los precedentes de los códigos de Baviera y de Prusia, el movimiento codificador en Francia culmina con el Código civil de Napoleón de 1804, que influyó en las codificaciones europeas y americanas. Entre las primeras en el proyecto español de García Goyena de 1851.

El gran éxito del Código francés está en su aplicación y en la construcción de un sistema derivado de los principios romanos. Como el Parlement de París aplica con preferencia la coutume, los juristas cultivan también el derecho nacional creando una jurisprudencia francesa y un droit français común. Se crea una nobleza hereditaria de juristas, una noblesse de robe, junto a la nobleza de capa y espada, pertenecientes a la burguesía. Son los representantes del Tiers Etat, y tienen verdadera fuerza política.

Como la burguesía fue la clase dominante en Francia durante el s. XIX, el Código fue popular. El Code civil de 1804 se funda sobre el Derecho Romano y los principios iusnaturalísticos, que proporcionó la verdadera constitución de la sociedad burguesa postrevolucionaria. Este diseño pudo funcionar con la condición de que la ley estuviese privada de ambigüedades, lagunas y contradicciones. En relación con el Derecho Romano, el Code era distinto del *Corpus Iuris*, pero se basaba en el sistema construido sobre la base de los materiales jurídicos romanos.

Su influencia alcanzó al Código español de 1889, y a los Códigos americanos, y también a los de Holanda, Bélgica, en parte de los cantones suizos, en el reino de Italia y en grandes territorios de Alemania.

b) El Código civil alemán (Bürgerliches Gesetzbuch o BGB) se retrasó hasta 1900 por la resistencia de la escuela histórica. Savigny, contra Thibaut que defendía la necesidad de un Código, afirmaba que el proceso de adaptación del derecho romano actual y de la ciencia jurídica necesitaba de un más largo periodo de madurez y que los logros de los iusnaturalistas de los códigos prusiano (ALR) y austriaco (ABGB) no debían imitarse. El BGB es el mejor y más característico fruto de la pandectística y representa su final, así como el de la vigencia del derecho romano actual.

La publicación del BGB en 1900 fue precedida de varios proyectos: el primero de 1881 estaba excesivamente ligado a los postulados de la Pandectística; la segunda comisión concluyó sus trabajos en 1895, con un contenido doctrinario y prevalentemente pandectístico. En su sistemática respeta el plan de Savigny, y representa la culminación y el triunfo de la Pandectística. Supone también el final de la vigencia de las fuentes romanas y la suspensión, al menos temporal y parcial del *mos italicus*, o interpretación de los textos romanos con fines prácticos.

Junto con el BGB, el Código civil suizo (ZGB) de 1907 constituye también un modelo de técnica legislativa y fue imitado por otros códigos. Merecen destacarse los códigos civiles italianos de 1865 y 1942, el portugués y los más recientes Código civil holandés y japonés.

En las dos familias del derecho europeo (derecho civil continental y Common Law) la jurisprudencia tiene una función preeminente en la elaboración del derecho con métodos casuísticos. En España, en la actual redacción del art. 1 apart. 6 del Código civil, se destaca la función de la jurisprudencia al

reconocerle no sólo la función de interpretar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, sino también la de declarar previamente cuales sean éstos.

B) Derecho inglés (Common Law y Equity).

Se contraponen un derecho legal (Statute Law) y un derecho jurisprudencial (Common Law). Después de la conquista normanda (s. XI), comienza la historia del Common Law con la implantación de un sistema feudal y una administración centralizada. En la jurisdicción se centralizaba en la corte de la Curia Regis que revisaba las causas decididas en los tribunales locales. La jurisdicción real se ejercía también por medio del sheriff.

El procedimiento seguía el sistema de los **writ** o brevia. El writ era un documento redactado en pergamino en estilo telegráfico y con fórmulas típicas y determinadas. Por medio de estos writs, y la concesión de acciones que de ellos derivaba, los reyes legislaban en materia de derecho privado. Por ello, el Common Law fue desde el principio derecho positivo, aunque se consideraba derecho consuetudinario no escrito. Se van creando nuevos writs para tutelar acciones diferentes.

Con el término Equity se designa el sistema jurídico que se contraponen al Common Law y que se aplica en la Court of Chancery, o Corte de Chancillería. La finalidad de la Equity era realizar una justicia sustancial más que formal, utilizando dos remedios: la specific performance, decreto para la ejecución en forma específica, y la injunction, conminación para que no se repitiese un determinado acto dañoso. Los conflictos entre Common Law y Equity terminaron con una primera victoria de la jurisdicción real, por un decreto en el que se declaraba la supremacía de la Equity. No obstante, los conflictos continuaron porque los jueces del Common Law no aceptaron que la corte de chancillería se convirtiese en tribunal de apelación respecto a las Cortes de Westminster.

La Judicature Acts, o reformas judiciales del s. XIX, realizaron la fusión del Common Law y la Equity, modernizando el sistema jurídico. Al mismo tiempo se da una definitiva consagración al criterio del precedente. En relación con el precedente, es necesario distinguir la *ratio decidendi*, o fundamento de la decisión o fallo, de las declaraciones *obiter dicta*, o consideraciones en las que el juez expresa sus opiniones sobre otras cuestiones secundarias.

También debe recordarse la técnica del *distinguishing* o distinción entre el caso a decidir y el caso ya decidido que puede llevar a la conclusión de la inaplicación al segundo de la *ratio decidendi* del primero. En cuanto a la recepción del derecho romano en la evolución del derecho inglés, se concreta en tres momentos sucesivos: el primero, por influencia de la Iglesia sobre todo de los monjes benedictinos, y de la doctrina de los glosadores. El segundo (s. XVI) es cuando la recepción en Alemania consigue la victoria definitiva. El tercero no afecta a la práctica sino a la teoría del derecho, sobre todo por la obra de Austin y por el historiador del derecho inglés Maitland. A partir del s. XIX, se encuentran referencias al derecho romano en las sentencias de los tribunales ingleses. Jurisprudencia romana y jurisprudencia inglesa coinciden en el carácter casuístico de sus decisiones. También en las derivaciones de principios y reglas de los casos, así como en la técnica de la analogía.

C) La codificación civil española.

Hay que destacar: las tendencias antiromanistas, en las que destaca Macanaz; en el ideal codificador: los proyectos de la Ensenada, y los principios racionales de Jovellanos. En el proyecto del Código civil de 1812 se pretende conciliar las ideas liberales y utópicas del progresismo con la doctrina católica y la concepción española de la unidad del Derecho en el marco de los deberes de los ciudadanos para asistir a la felicidad pública. Con el poder absoluto de Fernando VII cambia de carácter el movimiento codificador. Es un momento oscuro también para el Derecho Romano, que como base de los estudios universitarios se estudia a través de pequeños compendios (el manual de Sala, "Ilustración al derecho real de España").

El proyecto de 1851 es una obra fundamental y el antecedente inmediato del Código Civil. Moderadamente progresista, decididamente liberal y excesivamente afrancesado, respeta la organización tradicional de la familia española. El Sistema de la ley de Bases de Alonso Martínez es de 1888. Se

publica en el momento político gris de la regencia de María Cristina. En la época de la codificación se enfrentaron dos tendencias: Durán y Bas, con argumentos de la escuela histórica, en apoyo de su tesis regionalista. Sánchez Román, por influencia de Ihering, en defensa de la jurisprudencia de intereses y la construcción jurídica.

4. Las actuales orientaciones y la enseñanza del Derecho Romano.

A) La orientación neohumanista o tendencia histórico- crítica. Generaciones de juristas que han seguido la tendencia culta (neohumanista) pretenden liberar al derecho y la jurisprudencia clásica de las alteraciones y corrupciones que han sufrido en las etapas posteriores. Hoy predomina una tendencia conservadora. El descubrimiento de nuevas fuentes abre grandes posibilidades a la investigación histórica, sobre todo por la ayuda de ciencias auxiliares como la Epigrafía y la Papirología jurídicas. En este neohumanismo jurídico destacan los alemanes: Mommsen, con obras fundamentales sobre derecho público y ediciones de las fuentes; Lenel, con su reconstrucción es del edicto del pretor y de las obras de los juristas; Gadenwitz con su estudio sobre interpolaciones y Mitteis, con sus investigaciones sobre el derecho vigente en las provincias. La romanística italiana: Scialoja, Bonfante, Ferrini, Riccobono, Biondi y otros muchos.

B) La enseñanza del derecho romano. El derecho romano sigue siendo una base de partida, como lo ha sido durante siglos, para la auténtica formación del jurista. El derecho romano como factor histórico y científico es elemento integrante de la cultura europea y occidental. Constituye su núcleo común y es base para su interpretación y crítica, así como para el derecho comparado y comunitario. En el Digesto disponemos de un material inagotable de casos, de controversias y de principios jurídicos.

INTRODUCCIÓN HISTÓRICA Y FUENTES.

I. EL DERECHO Y LA HISTORIA CONSTITUCIONAL ROMANA EN SUS ETAPAS HISTÓRICAS.

Se llama Derecho Romano al ordenamiento jurídico vigente en Roma. Este Derecho comprende desde la fundación de la ciudad de Roma en el año 753 a.C. hasta la muerte del emperador Justiniano en el año 565 d.C. La constitución política de Roma tuvo sucesivas formas de gobierno:

Monarquía, desde el año 753 a.C. al 510 a.C.

República, desde el año 510 a.C. al 27 a.C.

Principado, desde el año 27 a.C. al 284 d.C.

Dominado, desde el año 284 d.C. al 565 d.C.

1. Periodo del derecho antiguo y quirritario: del 753 a.C. al 130 a.C.
2. Periodo del derecho clásico: del año 130 a.C. al 230 d.C.
 - ✍ Primera etapa clásica: del 130 al 30 a.C.
 - ✍ Etapa clásica alta o central: del 30 a.C. al 130 d.C.
 - ✍ Etapa clásica tardía: del 130 al 230 d.C.
3. Periodo del derecho postclásico: del año 230 d.C. al 527 d.C.
4. Periodo del derecho justiniano: del 527 d.C. al 565 d.C.

El primer periodo del derecho antiguo y quirritario coincide con la Monarquía y con las fases de inicio y apogeo de la constitución republicanas. La época clásica corresponde al periodo final de la crisis de la República y al Principado, coincidiendo con la expansión del Imperio Romano. Los periodos del derecho postclásico y justiniano coincide con el Dominado.

5. La civitas originaria y la Monarquía.

Roma se forma por un proceso de integración de las aldeas, habitadas por los latinos, situadas en las siete colinas. La primitiva comunidad rural adopta la forma y estructura de una civitas, o Ciudad- Estado. La civitas que estaba amurallada, encerraba los templos, lugar de gobierno y de reunión de las asambleas. Fue fundada por Rómulo.

Los órganos de gobierno de la civitas primitiva eran:

- a) **El rex.** Desempeña la suprema jefatura militar y política y representaba a los ciudadanos ante los dioses por estar investido de potestades mágico- religiosas. En Roma existieron siete reyes, los cuatro primeros serían latino- sabinos, y los tres últimos etruscos. Los reyes latinos gobernaron con el consejo del senado y gozaron de apoyo del pueblo. Los etruscos se enfrentaron con el pueblo que se sublevó y expulsó a Tarquino el Soberbio.
- b) **El Senado.** Originariamente constituía un consejo de ancianos que asesoraba al rey en las cuestiones más importantes. Rómulo fundó el senado con un número de 100 senadores, que fue aumentado. El número de senadores varió según los *patres* que tenían capacidad para participar en el senado. A los senadores volvía el poder cuando moría el rey y participaban en la designación del nuevo rey.
- c) **El pueblo y las asambleas populares.** En al época primitiva el pueblo estaría formado por las clases de los patricios y de los plebeyos. En situación de dependencia de la clase privilegiada de los patricios estarían también los clientes y los libertos. Los patricios gozan de la plenitud de los derechos políticos. El pueblo se reunía en asambleas y comicios. Las más antiguas eran las **comitia curiata**, que agrupaban a los ciudadanos por curias. Las curias eran treinta, agrupadas en las tres tribus. Las competencias originarias de la asamblea por curias serían la *lex curiata* de imperio, por la que se investía de poder al nuevo rex y la *adrogatio*. La tradición atribuye a Servio Tulio la creación de los **comitia centuriata**. Las centurias eran unidades de reclutamiento del ejército y al mismo tiempo servían para el ejercicio del derecho al voto.

6. La civitas patricio-plebeya y la República.

En el año 451 a.C. se nombran 10 ciudadanos a los que se les confía la redacción de la ley de las XII Tablas. Las *leges Liciniae Sextiae* establecieron definitivamente el consulado como órgano supremo de la constitución republicana. El primer periodo de formación de la constitución republicana se caracteriza por las luchas entre patricios y plebeyos. A partir del año 494 a.C. los plebeyos consiguieron el reconocimiento de sus jefes efectivos, o *tribuni plebis*.

Las reivindicaciones políticas se centran en el reconocimiento de la *potestas tribunicia*, o poder de veto y auxilio de los tribunos, y de los acuerdos adoptados en los *concilia* o asambleas de la plebe. La definitiva aceptación constitucional de las reivindicaciones plebeyas se produce en el año 367 a.C. con las *leges Liciniae Sextiae*, que aceptaron que uno de los dos cónsules fuera plebeyo y las *leges Publiliae Philonis* y *Hortensia* que equipararon los plebiscitos, adoptados en las asambleas de la plebe, a las leyes votadas en los comicios.

Con el final de la lucha de clases se consolida la constitución de la civitas patricio- plebeya, y alcanza su apogeo en los siglos III y II a.C. Los órganos de gobierno son las magistraturas, el senado y las asambleas populares. Sin embargo, prevalece el poder del senado y de los magistrados patricios. Este equilibrio de poderes es un sistema de interdependencia y recíprocos controles, no una separación de poderes legislativo, ejecutivo y judicial. El senado mantiene la dirección de la *res publica*.

A) Las magistraturas. Las características generales de los magistrados republicanos fueron: elegibilidad, anualidad, colegialidad, gratuidad y responsabilidad. Los magistrados eran elegidos por los comicios, normalmente por el plazo de un año y en número de dos con igualdad de poderes y derecho de veto. Estos cargos eran gratuitos, e incluso gravosos para los elegidos. A los cónsules se les confirma por mando supremo. Mommsen clasifica las magistraturas en ordinarias y extraordinarias y las primeras en permanentes y no permanentes. Las magistraturas que gobernaban permanentemente eran:

- El **consulado**: los dos cónsules, elegidos por un año, ejercían el imperio o mando supremo en la guerra y en la paz. Se revestían con los atributos de poder del rey: lictores y manto de púrpura.
- La **pretura**: se le confía la función de administrar la justicia y en el año 242 a.C. se crea el nuevo *praetor peregrinus*, encargado de resolver los litigios entre romanos y peregrinos.

- La **cuestura**: son ayudantes de los cónsules. Sus funciones son la investigación y persecución de los *crimina* y la administración del tesoro o hacienda pública.
- La **edilidad**: originariamente se ocupaban de funciones religiosas con las divinidades plebeyas. Posteriormente sus cometidos se concretan en la *cura urbis* (o policía urbana); *cura annonae* (aprovisionamiento de trigo y alimentos) y *cura ludorum* (organización de los juegos).
- El **tribunado de la plebe**: aunque nace como jefatura revolucionaria en las luchas entre patricios y plebeyos, se reconoce el poder de veto de los tribunos contra los actos de los magistrados, o la facultad de auxiliar a los ciudadanos, así como el derecho de convocar a la plebe y al senado.

Magistratura ordinaria no permanente era la censura. El censor se nombraba entre los que habían desempeñado el consulado, cada cinco años, para que durante 18 meses realizase el censo de los ciudadanos, clasificados por clases según su fortuna. Se les confiaba también la vigilancia de las costumbres.

Magistratura extraordinaria era la dictadura, el dictador, que conservaban en sus manos, durante 6 meses, el *imperium domi* y el *imperium militiae*. Estaba prohibida la acumulación de magistraturas y la reelección sucesiva.

B) El senado. Como supremo órgano de decisión y consulta en la constitución republicana, formaban parte los senadores y patricios y los agregados o senadores plebeyos. Funciones: declarar la guerra y la paz, vigilar las ceremonias religiosas, administrar las finanzas públicas y el nombramiento de los mandos militares. El senado era un órgano de gobierno permanente y estable.

C) Las asambleas populares. Para la elección de los magistrados y la votación de las leyes existían el antiguo comicio centuriado, aunque reformado para una distribución más equitativa entre las clases conforme a las nuevas concepciones patrimoniales y los comicios por tribus. Los concilios plebeyos que votaban los plebiscitos, equiparados a las leyes. A los comicios centuriados les correspondía el nombramiento de los magistrados mayores: cónsules, censores y pretores; a los comicios por tribus el de los magistrados menores: ediles y cuestores; y a los concilios plebeyos: la elección de los tribunos de la plebe.

El derecho de convocatoria de los comicios corresponde a los magistrados superiores y el de los concilios plebeyos a los tribunos. A partir de la segunda guerra púnica, las sucesivas victorias convierten a Roma en la potencia dominante y universal. Entonces en el s. II a.C. la constitución republicana entra en una fase de crisis y decadencia causada por factores políticos, motivados por las nuevas circunstancias económicas y sociales.

Destacan las reformas de los hermanos Graco. Tiberio Graco se hace elegir tribuno de la plebe en el año 133 a.C. Propone a la asamblea plebeya la aprobación de la ley agraria. El hermano de Tiberio, Cayo Graco, en el año 123 a.C. propone un nuevo modelo de ley agraria para evitar los inconvenientes de la anterior. También propuso la concesión del derecho de ciudadanía a los aliados itálicos.

Cayo Mario incorporó mercenarios al ejército y se sirvió de su apoyo para que le confirmaran en el consulado desde el año 104 al 100 a.C. Cornelio Sila se hizo nombrar dictador por tiempo ilimitado con el propósito de restaurar la oligarquía senatorial. Las reformas silanas tienen corta duración. Por el pacto celebrado entre César, Pompeyo y Craso se crea el primer triunvirato, con el que se reparten el poder público. Eliminado Craso, se enfrenta Pompeyo, al frente de los optimates, y César de los populares. César adoptó una serie de medidas para reorganizar el deteriorado sistema constitucional. Sin embargo, no se consiguió el retorno a la oligarquía senatorial y se dio paso a un nuevo triunvirato formado por Marco Antonio, Octavio y Lépido. Enfrentados Marco Antonio y Octavio, triunfó éste en Actium en el año 31 a.C., estableciéndose entonces la nueva constitución política del Principado.

7. El Imperio universal y el Principado.

El principal objetivo de Augusto es la restauración de la República. Tras su victoria en el año 31 a.C. se considera restaurador de la República en virtud del consentimiento universal de los ciudadanos. El

senado le concede el título de Augustus. Con ello adopta el nombre de Imperator Caesar Augustus. En la nueva constitución se conceden al príncipe el *imperium proconsulare maius et infinitum* y la *tribunicia potestas*. Con el primero se le atribuye el mando supremo sobre el ejército y las provincias imperiales. Con la *tribunicia potestas* se concede al príncipe la facultad de oponer el veto a los actos de los magistrados, así como la facultad de convocar el concilio.

Conseguida la paz interior, Augusto inicia un vasto proceso de romanización de las provincias. Concede individualmente la ciudadanía a los provinciales. Las provincias más ricas son administradas directamente por el príncipe, junto a las que continúan administradas por el senado. Los procónsules gobernaban las provincias senatoriales y los *legati Augusti pro praetore* las imperiales. El régimen de las ciudades consta de: magistratura, senado y comicios. El príncipe delega sus funciones en sus cargos jerarquizados y retribuidos.

- Praefectus pretorio: que ejercía funciones militares y mandaba la guardia personal del emperador.
- Praefectus urbi: encargado de la policía y jurisdicción penal.
- Praefectus vigilum: jefe de servicio de seguridad nocturna e incendios.
- Praefectus annonae: encargado de los abastecimientos y mercados.
- Praefectus vehiculorum: encargado de las comunicaciones y correos.

El derecho llega a su apogeo y perfección técnica durante el Principado y se considera “clásico” o modelo por la labor desarrollada por la jurisprudencia este periodo. En la designación de los sucesores al *solio imperial* tuvieron influencia tres formas, que prevalecieron en uno u otro momento histórico: la designación o cooptación de su sucesor realizada en vida por el príncipe, la elección por el senado, la aclamación del imperator por las legiones. Los príncipes acudieron al tradicional sistema de la adopción, utilizado por César con Octavio. De los llamados Julios- Claudios, unos terminaron asesinados por sus familiares o por los pretorianos. En los Flavios la elección se hace por la aclamación de las legiones. Los Antoninos, que traen la paz y la prosperidad al Imperio, siguen el sistema de la adopción. Tras el asesinato de Alejandro Severo se abre un largo periodo de anarquía y crisis, que representan el final de Principado.

8. El Dominado.

En el nuevo sistema político que se instaura con el Dominado, el *princeps* se convierte en *dominus* y los ciudadanos en súbditos, de un poder absoluto y omnímodo. Las nuevas formas de Gobierno se implantan en la grave situación de crisis del s. III d.C., originada por profundos cambios económicos y sociales. En el año 212 d.C. Antonio Caracalla concede la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio. Con ello termina el predominio del *civis romanus*.

Septimio Severo se titula dominus. Heliogábalo nombra senadores a numerosos bárbaros e introduce ritos y ceremonias orientales. Cuando los emperadores, Pupieno y Balbino, son asesinados se abre un largo periodo de crisis política y de anarquía. Un transitorio periodo de paz logra Aureliano, general ilírico. Otro general ilírico, Diocleciano, consiguió restaurar un orden duradero. Reorganiza el ejército e introduce importantes reformas en la administración imperial. Los *officia palatina* son los órganos de la administración central, el *quaestor sacri palatii*, o ministro de justicia; el *magister officiorum*, y el *comes rerum privatarum*, encargados de las finanzas públicas y del patrimonio imperial; los *magistri militum* o mandos militares. Para reorganizar el vasto territorio del Imperio, Diocleciano crea la llamada tetrarquía: divide el Imperio en dos partes, Oriental y Occidental, con cuatro prefecturas (Oriente, Iliria, Italia y las Galias), que a su vez se dividen en diócesis y éstas en provincias. A la muerte de Diocleciano luchan de nuevo los pretendientes.

La victoria de Constantino hace que se unifique de nuevo el Imperio. Constantino dicta el famoso edicto de Milán, que confirma la tolerancia hacia la religión cristiana, que después se convierte en la religión oficial del Imperio. Constantino traslada la capital a Bizancio (Constantinopla). A su muerte,

Constantino divide nuevamente el Imperio entre sus hijos. El Imperio de Occidente sufre sucesivas invasiones bárbaras hasta su definitiva caída, en el año 476.

La historia del derecho romano continúa en Oriente en el Imperio bizantino, que perdura hasta la conquista de Constantinopla por los turcos en el año 1456, y alcanza su máximo esplendor con el emperador Justiniano (del año 527 al 565 d.C.). Su obra de gobierno se basa en una firme fe religiosa y en un amplio sentimiento de “clasicismo”, que le llevó a realizar la magna compilación del *Corpus Iuris*, en el que reúne los *iura*, obras de los juristas clásicos y las *leges* o constituciones imperiales.

II. LAS FUENTES DEL DERECHO.

Son los medios de producción del derecho. Fuentes de producción son los órganos que tenían la función de crear las disposiciones jurídicas, en sus diversas formas; en cuanto se materializan en textos o documentos son también “fuentes de conocimiento” que nos permiten reconstruir el derecho aplicado en las diversas etapas históricas.

9. Las fuentes del derecho antiguo y preclásico.

La regulación jurídica estaba estrechamente relacionada con el *fas*, ordenación de las relaciones con los dioses. La separación del *ius* y del *fas* aparece claramente establecida en el código decenviral o ley de las XII Tablas. Según los relatos tradicionales, la propuesta de ley formulada por el tribuno de la plebe Terentilio Arsa en el año 461 a.C., se sitúa en el marco de las reivindicaciones plebeyas de equiparación con los patricios. En el año 451 se nombró un colegio de decenviros encargados de redactar la ley. Los diez patricios que lo formaban redactaron diez tablas que fueron aprobadas por los comicios centuriados. En el año 450, un segundo colegio decenviral donde se dio entrada a los plebeyos, redactó las dos últimas tablas que favorecían a los patricios.

La ley de las XII Tablas, con un estilo riguroso, sencillo y conciso, contenía preceptos de un marcado formalismo (disposiciones hereditarias, delitos, regulación de funerales, etc.). La mayor conquista que supuso esta ley fue la de establecer el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y la publicación y divulgación de preceptos que hasta entonces los pontífices habían ocultado celosamente. De esta ley comenzó a fluir el derecho civil.

10. Las fuentes del derecho clásico.

A) Ley y plebiscito.

La ley es una declaración de potestad autorizada por el pueblo, que vincula a todos los ciudadanos. La ley es pública porque se dicta ante el pueblo, reunido en los comicios, y después se expone su texto en público. También puede ser privada aquella que declara que dispone sobre sus bienes en un negocio privado.

Los comicios se reunían para aprobar la ley propuesta o dictada por el magistrado. La ley tenía tres partes: 1) la *praescriptio*, que contiene el nombre del magistrado que la propone, la asamblea que la acepta y la fecha, la primera unidad comicial que la vota y el nombre del primer ciudadano que da su voto; 2) la *rogatio* es el texto de la ley sometido a votación; 3) la *sanctio* es la parte final.

Las leyes se clasifican en perfectas, menos que perfectas e imperfectas. Las primeras son las que declaran la ineficacia de los actos realizados en contra por efecto del mismo derecho; las segundas son las que no declaran la ineficacia o nulidad del acto, sino que imponen una sanción o pena por la infracción; las últimas son las que no disponen nada, pero pueden servir de base a recursos de la jurisdicción pretoria. Los plebiscitos son las propuestas de los tribunos, aprobadas por la plebe reunida en asambleas o *concilia*. Originariamente éstos vinculaban sólo a los plebeyos; después, se equiparan los plebiscitos a las leyes y obligaban por igual a patricios y plebeyos.

B) Senadoconsultos.

Senadoconsulta es lo que el senado autoriza y establece, y tiene fuerza de ley, por más que en este punto hay discusiones. Al final de la época republicana, el senado ejerce una actividad legislativa propia y dicta

senadoconsultos. Este poder legislativo sólo sería reconocido gradualmente y admitido definitivamente en el Principado.

C) Constituciones imperiales.

Constitución del príncipe es lo que el emperador establece por decreto, por edicto o por epístola. Jamás se ha dudado que tenga fuerza de ley, ya que el mismo emperador recibe el poder en virtud de una ley. Los emperadores dictaban epístolas que eran comunicaciones de decisiones imperiales de todo tipo. Éstas podían ser: *edicta* o disposiciones que dicta el príncipe en virtud del *ius edicendi*; *decreta* o sentencias dictadas en el procedimiento extraordinario, en primera instancia o en apelación; *mandata* o instrucciones u órdenes que da a sus administrados o a los gobernadores de provincias. La actividad legislativa más importante del príncipe se centra en los rescriptos. Son respuestas sobre cuestiones jurídicas de la chancillería imperial. El rescripto se escribía al final de la misma instancia o en una epístola separada.

Los verdaderos rescriptos aparecen con Adriano, aunque los jurisconsultos continúan su labor de dar respuestas, la verdadera labor interpretativa se atribuye al príncipe. Sin embargo, los juristas son los que influyen decisivamente en la creación del nuevo derecho imperial, mediante la labor de motivar y ordenar los rescriptos.

D) Edictos.

El magistrado tiene derecho de dictar edictos relativos a las cuestiones de su competencia. En el año 367 a.C. se creó el pretor con la función de administrar justicia. Más tarde se crea otro pretor en el año 242 a.C., ocupado de los litigios que surgían entre los ciudadanos romanos y los extranjeros o entre éstos. El primero se llama urbano y el segundo peregrino. Contemporáneamente se crearon los ediles curules que tenían funciones de policía y jurisdicción sobre calles, plazas y mercados. En el *edictum* del magistrado se contenía el programa que pretendía cumplir durante el año de su mandato.

11. Las fuentes del derecho postclásico.

El derecho del periodo postclásico se caracteriza por la influencia de las tendencias del vulgarismo, la recopilación de las fuentes clásicas y la separación entre el derecho oficial de las constituciones imperiales y la práctica. Precisamente por la separación entre el derecho oficial y la práctica, surge el problema de la costumbre como fuente del derecho, incluso contra la ley.

Se acostumbra a presentar en juicio el libro que contenía las leyes alegadas por el abogado ante el juez. A mediados del s. III se sustituye el antiguo formato de rollo por el nuevo libro de páginas. El cómodo uso del código en las escuelas y en el foro, lleva a una reedición de las obras de mayor interés, lo que ocasiona muchas alteraciones y corrupciones de los textos clásicos (las Instituciones de Gayo o las Sentencias de Paulo).

La ley de Citas supone un reconocimiento de la vulgarización que se había venido operando en las obras de los juristas más conocidos. En el año 426 d.C., Valentiniano III reduce los juristas a los cinco más conocidos: Paulo, Ulpiniano, Modestino, Gayo y Papiniano.

En las compilaciones de *leges* imperiales, Hermogeniano reunió una colección de respuestas de Diocleciano de los años 293 y 294. Teodosio II hizo una edición de las leyes de Constantino y de sus sucesores hasta él mismo, del año 438 d.C., en dieciséis libros. En las compilaciones de *iura*, u obras jurisprudenciales, un compilador anónimo hizo un resumen de las obras de Paulo, llamadas *Pauli Sententiae* de finales del s. III d.C. Hermogeniano redactó un libro de resúmenes o extractos de la jurisprudencia clásica con el nombre de *Epitomae iuris*. Por último, las llamadas *Res cottidianaesive aureae*, o jurisprudencia de la vida cotidiana o reglas de oro, edición postclásica de las Instituciones de Gayo. En las compilaciones tanto de *iura* como de *leges* ordenadas por materias, destaca la colección llamada *Fragmenta Vaticana*, de fines del s. IV. Contiene fragmentos de las obras de Papiniano, Paulo y Ulpiniano.

12. El Corpus Iuris de Justiniano.

A partir del s.V la evolución jurídica en oriente, frente a la occidental, se caracteriza por el clasicismo. Los libros fueron conservados en Oriente (escuelas de Beito y Constantinopla). La compilación de Justiniano consta de las siguientes partes:

- Instituciones: introducción destinada a la enseñanza del derecho.
- Digesta: selección o antología de textos jurisprudenciales.
- Codees: codificación de leyes imperiales, aprovechando los códigos precedentes.
- Novellae: leyes posteriores de Justiniano.

Los compiladores se dedicaron primero a codificar las leyes (primer edición- 529 d.C., y segunda- 543). El Código consta de 12 **libros** divididos en **títulos**, con sus rúbricas que indican el contenido y éstas en **leyes** que se dividen a su vez en **párrafos**.

El Digesto es una compilación de 50 libros donde se recogen las obras de los juristas de la etapa clásica, central y tardía seleccionadas por materias.

Las Novelas son en total 168 redactadas la mayoría en griego. En la compilación de Justiniano se realizan muchas modificaciones y alteraciones de los textos clásicos, que se conocen con el nombre de interpolaciones. Las alteraciones y las interpolaciones de los textos se darían en las siguientes épocas:

- Desde mediados del s. III a comienzos del IV se dio paso del rollo o volumen al *codees* que supone una reedición en masa de las obras jurídicas.
- A finales del s. IV se producen alteraciones de fondo.
- En el s. VI es el periodo de codificación del *Corpus Iuris*.

13. La literatura didáctica y los libros de instituciones.

Entre los libros institucionales destaca el de Gayo. Sus Instituciones son de gran valor y utilidad, porque es la única obra clásica que se ha conservado prácticamente entera y nos ofrece referencias completas de las instituciones antiguas y clásicas, especialmente en materia de procedimiento, y porque su sistemática y sus clasificaciones han tenido una gran influencia en los códigos civiles europeos. Justiniano impone en el primer año el estudio de las instituciones y después en los cuatro sucesivos el estudio de 36 libros, de los 50 de que consta el Digesto, los cuales divide en siete partes. Esta selección *deiura* tenía estrechos vínculos con la enseñanza.

III. LA JURISPRUDENCIA ROMANA Y LA ELABORACIÓN CASUÍSTICA DEL DERECHO.

14. El jurista romano.

La denominación de jurisprudente, y sobre todo la de jurisconsulto, nos sitúa en la actividad propia de consultentes públicos y privados. El jurisconsulto no era un abogado, ni un profesional del derecho. Se ocupaba de aconsejar lo que era más adecuado para el negocio o el pleito que sometían a su estudio. La enseñanza la impartía a un auditorio reducido de pocos discípulos que acudían a las consultas del maestro. El derecho no era una técnica ni una ciencia que se aprendía en los libros. La jurisprudencia está basada en la *iustitia*, dar a cada uno lo suyo, y también en la *utilitas*. La actividad del jurista no se encaminaba a obtener un lucro o interés económico.

Los pretores y los jueces privados, que no tenían una especial preparación jurídica, requerían los servicios de estos juristas asesores. Notas distintivas de la labor de la jurisprudencia romana son la continuidad y el tradicionalismo. El prudente había de examinar primero los medios de que se habían valido sus antecesores para llegar a un resultado justo y preciso. Las innovaciones jurídicas se apoyaban en la tradición. La simplicidad constituye uno de los principios básicos del ordenamiento jurídico romano. La actividad intelectual del jurista está siempre presidida por las dos constantes de la lógica realista y práctica y por la simplicidad de todas sus decisiones.

15. La jurisprudencia de los pontífices.

En su origen y durante los primeros siglos de la historia de Roma, la jurisprudencia se consideraba labor propia de los pontífices. Tenían competencia en cuestiones de derecho sagrado y también de derecho civil. Los sacerdotes guardaban celosamente el calendario judicial y el formulario ritual de los actos procesales en las acciones de la ley.

En el régimen político de la antigua Monarquía, los pontífices eran miembros de la clase patricia y gobernante. En el proceso de liberalización y democracia que de la Monarquía lleva a la República, la clase patricia que era la única que tenía acceso al colegio pontifical, tuvo que compartir también el alto sacerdocio con los plebeyos. Las respuestas jurisprudenciales comienzan a darse en público y los secretos de las acciones de la ley y las fórmulas negociales pueden ser aprendidos por los ciudadanos.

La tradición atribuye a Tiberio Coruncanio, que fue el primer pontífice máximo plebeyo, la costumbre de dar respuestas en público. La publicación de la ley de las XII Tablas y la divulgación de una colección pontifical de acciones, por obra de Gneo Flavio, contribuyeron decisivamente al conocimiento del derecho. Los primeros juristas laicos que menciona la tradición son Sexto y Publio Elio Peto, que fueron cónsules y censores. Por su carácter aristocrático, las respuestas de los pontífices se basaban en su propio prestigio o *auctoritas*, más que en razonamientos o argumentos. No aceptaban compensación económica por sus respuestas, ni se dedicaban a la enseñanza. Su actividad fue verdaderamente creadora.

16. La jurisprudencia clásica.

Se denomina clásica a la etapa de máximo apogeo y esplendor de la jurisprudencia romana, que se considera modelo. La historia del derecho clásico romano se identifica con la historia de la jurisprudencia. La historia jurisprudencial:

- Primer periodo de formación, del año 130 al 30 a.C.
- Segundo periodo de apogeo, del año 30 a.C. al 130 d.C.
- Tercer periodo de decadencia, del año 131 al 230 d.C.

17. La jurisprudencia republicana.

La jurisprudencia republicana conserva los caracteres y funciones de los antiguos pontífices. A las actividades tradicionales del *respondere*, *agere* y *cavere*, se unen dos nuevas funciones de carácter didáctico:

- Instituire: enseñanza elemental a los auditores de los principios y reglas fundamentales.
- Instruere: enseñanza avanzada de carácter práctico dirigida a comunicar el arte del *responsum*.

Los jurisconsultos siguen perteneciendo a la nobleza senatorial y patria. Publio Mucio Escévola, Bruto y Manilio, se consideran los fundadores del derecho civil. La obra de derecho civil de Quinto Mucio seguía el siguiente orden de materias:

- Herencia.
- Personas.
- Cosas.
- Obligaciones.

A Quinto Mucio se deben los célebres *cautio muciana* y *praesumptio muciana*. A Aquilo Galo (discípulo de Q. Mucio) se le atribuye la creación de la acción de dolo, de la estipulación aquiliana y de las cláusulas para la institución de hijos póstumos. Los juristas que viven en los últimos años de la República, época de demagogias y violencias, proceden en su mayor parte de la clase de los caballeros (Servio Sulpicio Rufo, Apolio Molón en Rodas, etc.). Servio Sulpicio R. fue el primer jurisconsulto que creó una verdadera escuela: la serviana. Se trata de la asistencia de oyentes o auditores a las respuestas dadas por el jurista.

18. La influencia de la filosofía griega.

Este movimiento intelectual del mundo griego, que influye en las diversas etapas del derecho romano, dota a los jurisconsultos republicanos de los métodos comunes del razonamiento lógico y dialéctico que proceden de las doctrinas filosóficas de Aristóteles y Platón.

El derecho era para los juristas romanos una ciencia y un arte, destinado a la práctica y decisión de los problemas concretos en las relaciones humanas. El método y la técnica jurisprudencial son típicamente romanos. La doctrina de los romanistas se ha ocupado de determinar la influencia de la dialéctica y retórica griega en los juristas republicanos, especialmente en Q. Mucio, Escévola y Servio Sulpicio R. Los estudios sobre la utilización por los juristas de las categorías dialécticas *degenera* y *species*, y de los métodos de la *divisio* y *partitio* han llevado a conclusiones precisas en relación con los libros didácticos de Instituciones.

19. Jurisconsulto y orador.

El jurisconsulto es el que da dictámenes y realiza consultas; “trata la causa” mediante peroraciones o informes ante el juez o tribunal, presentación y desarrollo de pruebas, examen de testigos, etc. El jurisprudente orienta al cliente ilustrándolo sobre el derecho aplicable a su caso y aconsejándole la fórmula más idónea para recurrir ante el pretor. El orador le acompaña y ayuda en la batalla forense.

Ambas funciones estaban separadas y tenían dos fases: la fase *in iure* ante el pretor y la fase *apud iudicem* ante el juez. En la primera se fijaban los términos de la controversia y el derecho aplicable. En la segunda el juez pasaba a examinar las circunstancias de hecho y a valorarlas mediante las pruebas para condenar o absolver al demandado. Cuando el proceso en la *cognitio extra ordinem* se tramita ante el juez magistrado, ambas funciones de jurista y de orador comienzan a fundirse y el derecho desciende de nivel científico, al plantearse conjuntamente las cuestiones jurídicas con los supuestos de hecho y con las pruebas.

El más preclaro representante de los oradores fue Marco Tulio Cicerón. Las respuestas del jurisconsulto se basaban en la *auctoritas* de quien las daba y por ello eran breves y no daban excesivas explicaciones ni argumentos.

20. La etapa clásica central de la jurisprudencia.

La etapa de mayor esplendor de la jurisprudencia se inició con el Principado de Augusto. En el periodo de transición de la República al Principado, nos encontramos con juristas partidarios y contrarios al nuevo orden político que instaura Augusto. En la oposición encontramos también al más prestigioso jurista de esta época M. Antistio Labeón. La escuela casiana, frente a la formada por Labeón, fue fundada por Cayo Casio Longino, que estudió con Masurio Sabino, quien también da nombre a esta escuela llamada “sabiniana”.

Sabino escribió tres libros de derecho civil. Estableció un nuevo orden que fue considerado como el orden del derecho civil en contraposición al pretorio o edictal. A la escuela sabiniana pertenece también Javoleno Prisco, procedente de la clase senatorial. En la escuela de Labeón merecen citarse lo Nerva, padre e hijo, Próculo que da nombre a la escuela. Especial mención debe hacerse de Juvencio Celso, hijo, consejero de Adriano. Su obra más importante, los Digesta, comprende 39 libros que contienen respuestas.

Importante característica de esta época es la vinculación de la jurisprudencia al príncipe. El propósito de Augusto al conceder a prestigiosos juristas la facultad de dar respuestas en nombre del príncipe, sería que el jurista tuviese una autoridad mayor que los demás juristas y sus decisiones influyesen en los magistrados y jueces. Tiberio distinguiría a Sabino con este derecho.

Aunque la práctica de hacerse asesorar por jurisconsultos comienza con Augusto, es Adriano el que convierte este consejo en un órgano permanente, con funcionarios a sueldo, y le encomienda importantes funciones judiciales y administrativas. La gran figura de jurisconsulto que cierra el periodo clásico central es Salvio Juliano. Lo más importante de su obra es los 90 libros de digesta que contienen respuestas y decisiones ordenadas por el sistema edictal.

21. La jurisprudencia clásica tardía.

La última etapa de la jurisprudencia clásica (año 130 al 230 d.C.) se caracteriza por la progresiva centralización del derecho en la chancillería imperial formada por los jurisconsultos y la transformación de éstos en burócratas. El periodo de transición lo marca la época del emperador Adriano y el jurista

Salvio Juliano. La importancia del derecho se centra en los rescriptos y resoluciones imperiales en los que los jurisconsultos tienen también una importante intervención.

El derecho estudiado por los juristas se extiende a todas las cuestiones relacionadas con la administración general y con otras ramas como el derecho de los funcionarios públicos y el derecho penal y fiscal. Se establece una distinción entre el derecho privado y el derecho público.

En la época de Adriano, y Antonino Pío, destacó Pomponio ("Enchiridion"). En la época de los Antoninos merece destacarse: Ulpio Marcelo, consejero de Antonino Pío y Marco Aurelio, que escribió una obra de digestos en 31 libros y unas anotaciones a los digestos de Juliano. Cervidio Escévola fue consejero del emperador Marco Aurelio. El más famoso y desconocido jurista de esta época es Gayo. Su obra más importante son las famosas Instituciones. Aunque el manual de Gayo adolece de imperfecciones y lagunas, debe considerarse como la obra más importante de cuantas nos han llegado porque se conserva prácticamente entera y no ha sufrido alteraciones de los compiladores justinianos. Gayo escribió también obras de comentarios. En la época de los emperadores Severos destacaron tres grandes juristas:

- Emilio Papiniano, discípulo de Cervidio Escévola, fue prefecto del pretorio desde el año 203 y murió asesinado en el 213 d.C. Escribió obras de casuística, como los 37 libros de digestos y los 17 libros de respuestas.
- Domicio Ulpiano, discípulo y asesor de Papiniano; prefecto del pretorio. Murió asesinado en el año 228 d.C. Destacan sus exposiciones monográficas de algunas materias y sus dos libros de instituciones y siete de reglas.
- Julio Paulo, fue discípulo de Escévola y llegó también a prefecto del pretorio. Conocemos 317 libros. Con fines didácticos, escribió dos libros de instituciones y uno de reglas.

El último de los juristas clásicos que merece citarse fue Erenio Modestino. Es autor de obras elementales destinadas a la enseñanza y a la práctica. Después de estos juristas, se produce en la segunda mitad del s. III d.C., un desconcertante e imprevisto final de la jurisprudencia romana. A partir de Diocleciano se impone el anonimato de los juristas.

22. El casuismo en las obras jurisprudenciales.

La finalidad de todos los escritos jurisprudenciales es fundamentalmente práctica: encontrar la acción más oportuna o sugerir al litigante la fórmula más adecuada para su caso. Esta característica del casuismo jurisprudencial predomina en todas las etapas históricas. Por este continuo y uniforme método casuístico, se habla de continuismo y tradicionalismo de la jurisprudencia, calificándose a los juristas como "personalidades fungibles". Clasificación de las obras jurisprudenciales:

- **Obras de casuística o problemática jurídica**: están dedicadas exclusivamente al análisis y de decisión de problemas y casos que plantea la práctica jurídica. Estas obras se titulaban Responsa, Quaestiones o Disputationes.
- **Obras sistemáticas**:
 - ?? Digestos: la primera parte contiene materias de derecho civil, ordenadas siguiendo el sistema del edicto; la segunda trata de materias relacionadas con leyes, senadoconsultos y constituciones imperiales.
 - ?? Monografías: son obras que contienen tratados sobre instituciones especiales o sobre determinadas leyes, senadoconsultos o constituciones.
- **Comentarios**:
 - ?? Comentarios al derecho civil.
 - ?? Notas y comentarios a las obras de otros juristas.
 - ?? Comentarios al edicto del pretor y al edicto de los ediles curules.
 - ?? Comentarios a leyes y senadoconsultos.

- ?? Comentarios al edicto del gobernador de la provincia.
- **Obras institucionales y didácticas** : Gayo divide la materia civilística en personas, cosas y acciones.
 - **Libros de definiciones, diferencias, sentencias y opiniones** : son obras que se destinan a la enseñanza o a la práctica del derecho.

El sistema u ordenación de estas obras sigue esquemas simples, como el edictal. No existe una dogmática jurídica en la jurisprudencia romana. La sistematización que supone la formación de categorías era utilizada por los juristas en la medida en que servía para encuadrar los problemas concretos y distinguir las reglas y principios, agrupándolos en categorías precisas y homogéneas.

23. La técnica de elaboración casuística.

El jurisconsulto romano utiliza múltiples medios y recursos de técnica jurídica en la elaboración casuística. De los casos o supuestos deben distinguirse los casos guía o “modelos”, que ofrecen la base de comparación para la solución de otros análogos o contrarios. En las decisiones jurisprudenciales, aparecen íntimamente ligados y fundidos los aspectos procesales o formales, y los sustanciales o materiales del derecho, que los juristas modernos distinguen. Por encima de las decisiones particulares y de la construcción de principios y reglas, están las antiguas instituciones del *ius civile* y los principios morales que inspiran el ordenamiento jurídico.

- a) **Caso**. Supuesto de hecho que el jurista analiza en cada uno de sus pormenores y elementos para decidir aplicando criterios de justicia y utilidad inmediata. La fórmula más usada era: *quaesitum est* donde se exponían los hechos y las dudas que suscitaban. Después la respuesta del jurista se iniciaba con *respondi*. Otra forma era: *quid iuris sit* seguido de *respondi*.
- b) **Caso- guía**. Se trata de determinados casos o supuestos de hecho que, por su extenso ámbito de aplicación o por la especial elaboración técnico jurídica de que han sido objeto en una o varias decisiones, se considera como modelo para la solución de casos parecidos. La jurisprudencia opera con la técnica de las conexiones (la analogía).
- c) **Reglas y axiomas jurídicos**. En ellos comprendemos, no sólo las *regulae* en sentido técnico, sino también los juicios y decisiones que los juristas formulan, abstrayéndolos del caso- guía o conjunto de casos en el que tienen aplicación. De particular interés son los axiomas formulados por los juristas en torno a los comentarios al edicto del pretor y a las leyes. Las nuevas decisiones sobre los casos y los casos- guía, y las reglas y principios que sobre ellos se elaboran, se encuadran en las antiguas instituciones formadas en usos y costumbres tradicionales, como las procedentes de las XII Tablas. Mediante la técnica de las conexiones, la jurisprudencia crea nuevas figuras e instituciones jurídicas.

24. Comparación de casos y estratos casuísticos. Geminaciones y similitudes.

El estudio de los casos permite observar que los juristas los repiten con excesiva frecuencia y que los textos presentan diferentes versiones de un mismo caso. Las coincidencias literales entre los textos se han venido denominando por la doctrina romanística geminaciones, mientras que otras coincidencias entre los textos, incluso no redaccionales y de contenido, se llamaron casos semejantes. Las similitudes entre los textos del Digesto son muy numerosas.

En ocasiones es posible seguir el proceso de formación y generalización de la regla a través del caso caso guía- regla. En otras, el proceso se detiene en el caso caso guía y la regla posterior se debe a los criterios de generalización de los intérpretes y comentaristas postclásicos, medievales y modernos. Pueden distinguirse los siguientes estratos casuísticos:

- Jurisprudencia republicana.
- Jurisprudencia del Principado, desde Labeón hasta Salvio Juliano.
- Juristas de la última etapa clásica.
- Reelaboradores postclásicos y compiladores justineanos.

25. Las motivaciones y fundamentos de las decisiones jurisprudenciales.

Las principales motivaciones que los juristas toman como fundamento de sus decisiones lógicas o probabilísticas son las siguientes:

- Argumentaciones de carácter lógico o gramatical.
- Motivaciones basadas en argumentos ya utilizados por otros juristas y comúnmente admitidas.
- Fundamentos en reglas jurídicas.
- Motivaciones basadas en opiniones discutidas de otros juristas que dan lugar a controversias o disputas.
- Interpretaciones de términos del lenguaje común o de la voluntad de la persona que realiza el acto jurídico.
- Motivaciones basadas en la analogía o en argumentos lógicos.
- Motivaciones basadas en los principios inspiradores del orden jurídico como la *iustitia*, la *aequitas* y la *bona fides*.

26. La formulación de principios generales: reglas, definiciones y máximas.

La tendencia a formular principios generales, que se atribuye especialmente a la llamada “jurisprudencia de las reglas” de la época republicana, tiene una función subordinada a las decisiones casuísticas en los juristas clásicos. En relación con el grado de abstracción de los casos o supuestos para los que nacen, pueden distinguirse las siguientes formulaciones de principios generales:

- Decisiones generales, que consisten en ideas abreviadas o resumidas de un grupo o serie de casos semejantes.
- Máximas jurisprudenciales reiteradas en las obras de los juristas y tradicionalmente admitidas.
- Reglas en sentido técnico de alcance general y de objetivo limitado a la explicación del derecho, destinada a facilitar la práctica de los tribunales o a la enseñanza.
- Definiciones entendidas en un sentido general como formulaciones de principios jurídicos, o en un sentido lógico como “noción o explicación de una palabra o de una cosa”.

27. La analogía.

Los juristas romanos utilizan con mucha frecuencia la analogía, como medio para extender y aplicar las decisiones a otros casos y supuestos que consideran semejantes o parecidos.

- Decisiones sobre casos que se aplican a otros semejantes, sobre todo las que se refieren a casos guía o tipos.
- Reglas jurídicas y definiciones.
- Instituciones jurídicas que se construyen partiendo de las primitivas instituciones del antiguo derecho civil.
- Acciones que se sugieren al pretor y que éste incluye en su edicto como acciones útiles o *in factum*.

28. La ficción.

Los juristas que actúan en vía lógica e interpretativa podían crear nuevo derecho mediante extensiones y equiparaciones analógicas, pero no podían imponer la ficción que es un recurso alógico y de carácter imperativo. En este sentido, la ficción se distingue de la analogía en que es un medio técnico que conduce a la inexactitud lógica o jurídica. Se encuentran así ficciones pretorias y otras impuestas por la ley y los senadoconsultos, pero no existen ficciones jurisprudenciales propiamente dichas.

29. Las decisiones en las constituciones imperiales.

Los *decreta* de los emperadores, o sentencias dictadas en el procedimiento extraordinario, y los *rescripta*, o respuestas de la cancillería imperial, siguen los mismos métodos de elaboración casuística de la jurisprudencia. Los emperadores intervienen en el derecho, incluyendo sus decisiones en la tradición jurisprudencial y utilizando los mismos métodos que los juristas.

Los jurisconsultos aceptan las decisiones imperiales como dotadas de autoridad superior a la suya. Los casos resueltos por el emperador se consideran como casos guía. De los más importantes rescriptos, derivan principios jurídicos de aplicación generalizada, que se coordinan y encuadran en el ordenamiento jurídico. En las decisiones imperiales, se utilizan las equiparaciones o extensiones analógicas de la jurisprudencia.

30. La jurisprudencia y la legislación postclásica.

En derecho postclásico se produce el paso de una concepción jurisprudencial del derecho a una concepción legislativa. A esta nueva concepción contribuyen diversos factores:

- La desaparición de los jurisconsultos y su sustitución por los nuevos maestros del derecho.
- Las nuevas ediciones y la práctica de la *recitatio* ante el juez que llevan a una cristalización y vulgarización de la literatura clásica, en las que se confunden las respuestas jurisprudenciales y los rescriptos imperiales.
- La ley de Citas de Teodosio y Valentiniano, del año 426, establece una lista cerrada de juristas y una dogmatización del derecho jurisprudencial de estos jurisconsultos.
- Los libros y colecciones escolásticas de *leges* y *iura* contribuyen a una confusión de las distintas fuentes del derecho.

La compilación de Justiniano contribuye también a su transmisión a las siguientes generaciones como “cánones” o principios de aplicación universal.

CONCEPTOS GENERALES: DERECHO.

I. CONCEPTOS GENERALES.

31. Ius y iustitia. Directum.

Ius significa “lo justo”. El derecho se realiza en juicios. Del *ius* se distingue el *fas*, como lo justo religioso o lo que se considera conforme a la voluntad de los dioses. *Elius divinum* tiene por objeto lo justo o lícito religioso. Lo contrario a la voluntad divina se considera nefasto.

La justicia se define como: “la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho”. En la antigua Roma, derecho y religión estaban unidos en unas normas comunes de conducta y de observancia de las formas solemnes y rituales. El *ius civile* progresa por formar un ordenamiento secular o laico, basándose en las costumbres de los antepasados. La expresión derecho procede de *dedirectum*, palabra utilizada en el lenguaje vulgar del Bajo Imperio. *Derectum* es precisamente cuando el fiel de la balanza está recto, es decir en medio, significando el equilibrio de lo justo.

32. Ius civile- ius honorarium.

El *ius civile* es el derecho que se aplica a los *cives* o ciudadanos romanos. Originariamente estaba formado por la interpretación de los juristas en torno a las costumbres tradicionales y a las normas de las XII Tablas. Su ámbito se extendió con las leyes, plebiscitos, senadoconsultos y decretos de los príncipes. El derecho romano o pretorio nace de aquellos medios y recursos que el pretor introduce, para conceder tutela en el proceso a nuevos hechos e instituciones jurídicas, siguiendo la sugerencia y el consejo de los juristas. El magistrado protegía nuevas situaciones que estimaba dignas de ayuda con las siguientes acciones (pag. 135):

- Acciones ficticias y útiles por las que extiende la aplicación de las acciones civiles a otros supuestos análogos al considerar existente una relación o cualidad jurídica, aunque no exista.
- Acciones por el hecho: por las que tutela nuevas relaciones de hecho.
- Acciones con transposición de personas.

Con la intervención del pretor se instaura un ordenamiento paralelo del *ius civile*, al que influye e inspira. Por ello se establece un dualismo entre derecho civil y derecho honorario que se refleja en la evolución paralela de las instituciones.

33. Ius novum.

A partir del Principado se forma un derecho nuevo que nace de las constituciones imperiales y de las nuevas acciones del procedimiento *extra ordinem*. En el derecho clásico coexisten los tres sistemas: derecho civil, derecho honorario y derecho imperial.

34. Ius civile, ius gentium, ius naturale.

El *ius gentium* comprende las normas e instituciones jurídicas, reconocidas en las relaciones entre los extranjeros o entre éstos y los ciudadanos romanos. Sus reglas son simples y flexibles, y basadas en la buena fe y en la equidad. En estos juicios nacería un nuevo procedimiento: el formulario.

Con la concesión de la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio, en el año 212 por Caracalla, la distinción *ius civile- ius gentium* pierde su sentido originario. Gayo hace referencia a la razón natural. Los juristas consideran que las instituciones nacidas por la razón natural forman el *ius naturale*. Paulo dice que el derecho natural es “lo que siempre es justo y bueno”. Ulpiano afirma que todos los hombres nacían libres por derecho natural y que la esclavitud fue introducida por el derecho de gentes. Justiniano concluye que “los derechos naturales que observan igualmente todas las gentes, establecidos por cierta providencia divina, que siempre permanecen firmes e inmutables”.

35. Ius publicum - ius privatum.

En el derecho privado, viene considerada en primer lugar la de los particulares; en el público, la de la colectividad. En las fuentes se mencionan reglas e instituciones de interés público o general. Los juristas formulan la regla: “el derecho público no puede ser alterado por los pactos de los particulares”. Esta regla quizá refleja la tendencia del derecho imperial de considerar el derecho en un único ordenamiento que no puede ser derogado por los pactos de los particulares.

36. Ius commune - ius singulare - privilegium.

Se trata de alguna norma o regla especial que se introduce en el derecho común o derecho vigente, y que no responde a la coherencia que informa el ordenamiento romano. Ejemplos de *ius singulare* son: el testamento militar, los codicilos, el derecho de postliminio y la *adstipulatio*. El derecho singular no puede ser objeto de interpretación analógica y el jurista no puede servirse de una norma de éste para elaborar una regla general.

Privilegium es la especial disposición que se refiere a un particular. Las XII Tablas prohibían los *privilegia*. A finales de la República, tenía este sentido desfavorable. Privilegio significa un trato de desigualdad en sentido desfavorable o favorable. En el Bajo Imperio asume el sentido de ley a favor de una persona, como excepción al derecho común.

ACCIONES, CASOS E INSTITUCIONES.

I. ACCIONES.

A) LA ACCIÓN.

37. La venganza privada, la justicia privada y la justicia pública.

En una primera etapa prehistórica, se recurre a la violencia indiscriminada y el más fuerte impone su voluntad. En una segunda etapa, las creencias mágico-religiosas imponen una violencia sometida a ciertos ritos y ceremonias en los duelos u ordalías.

En la prehistoria romana existió también, en una primera fase, la venganza privada. La reacción se limitó después por la llamada ley del talión que la víctima podía renunciar al ejercicio de la venganza mediante el pago de una composición, que primero fue voluntaria y después fue impuesta por la ley. La división del proceso del *ordo iudiciorum privatorum* en las dos fases, in iure o ante el magistrado y apud iudicem o ante el juez, representa el equilibrio entre la justicia pública, personificada por el pretor, y la justicia privada administrada por un juez o árbitro designado por las partes.

Un decreto de Marco Aurelio estableció que los acreedores debían acudir siempre al juez para sus reclamaciones a los deudores. En derecho postclásico acaba por generalizarse el principio de que es necesario acudir ante los órganos jurisdiccionales para el reconocimiento y sanción de los derechos.

38. Actio y acciones.

Es el acto jurídico del demandante o actor dirigido a conseguir enjuicio una sentencia favorable.

- **Acciones civiles y pretorias.**

Todas las acciones son o civiles o pretorias. Las primeras proceden del antiguo *ius civile*, las segundas provienen del poder jurisdiccional del pretor y comprenden tres categorías:

✍ Acciones ficticias o con ficción: son aquellas en las que el pretor ordena al juez que juzgue, fingiendo un hecho o derecho que no existe o se da por inexistente, aunque verdaderamente exista.

✍ Acciones in factum: fueron creadas por el pretor, para reprimir conductas dolosas, aunque éstas no estuvieran comprendidas en el *ius civile*.

✍ Acciones con transposición de personas el pretor utiliza la ficción para que la condena afecte a una persona distinta de la que debía afectar.

- **Acciones in rem y acciones in personam.**

Todas las acciones, civiles o pretorias, pueden ser reales (in rem) o personales (in personam). Las primeras sirven para reclamar cualquier cosa; la acción se debe ejercitar contra la persona que detente la cosa, o limite el derecho real del actor. Las segundas sirven para demandar al deudor, por cualquier género de deuda; la acción debe ser ejercitada contra la persona del deudor.

- **Acciones arbitrarias.**

Son propias del derecho clásico, y permiten al juez conceder al demandado la posibilidad de restituir o de exhibir la cosa reclamada antes de la condena.

- **Acciones de buena fe y de derecho estricto.**

En las acciones o juicios de buena fe el pretor ordena al juez que juzgue en términos de equidad, es decir, le otorga un amplio arbitrio para que tome en consideración cuantos elementos o circunstancias presente el caso. Los de derecho estricto son aquellos en los que el juez debe atenerse rigurosamente a la fórmula.

- **Acciones penales, reipersecutorias y mixtas.**

Son las derivadas de actos ilícitos. Las penales pueden ser civiles o pretorias y tienen los siguientes caracteres:

✍ Cumulatividad: son varios autores.

✍ Intransmisibilidad pasiva: el responsable es el autor del delito y no sus herederos.

✍ Noxalidad: delito cometido por una persona sometida a potestad.

Las acciones penales van dirigidas a conseguir una *poena*. Las acciones reipersecutorias son las que persiguen la reintegración de la cosa, y se llaman mixtas las que permiten perseguir conjuntamente la cosa y la *poena*, es decir, que son acumulables.

- **Acciones temporales y perpetuas: la prescripción.**

Las acciones temporales son las que deben ser ejercitadas dentro de un plazo. Las pretorias suelen tener el plazo de un año para que puedan ser interpuestas, mientras que las perpetuas no tienen plazo para su ejercicio. En el año 424 Teodosio II estableció la prescripción de todas las acciones perpetuas, en caso de que no hubiesen sido ejercitadas dentro de un plazo de treinta años.

- **Acciones privadas y populares.**

Son privadas las acciones civiles. Las acciones cuyo ejercicio puede ser intentado por una persona cualquiera se llaman populares. Exceptuando los delitos de alta traición o aquellos que afectaban al pueblo romano llamados crímenes, los restantes y sus acciones correspondientes, pertenecen al derecho romano privado. Ejemplos de acciones populares son:

✍ La acción concedida contra aquéllos que tuviesen animales peligrosos sin atar.

- ✍ El pretor urbano otorgaba una acción, por el daño causado por objetos sólidos o líquidos que caían de una casa a la calle, contra el que la habitaba.
- ✍ La acción por violación o daños al sepulcro, etc.

39. **Iurisdictio, cognitio y iudicatio.**

Iurisdictio deriva de *ius dicere*, pronunciar o decir lo que es derecho en un litigio concreto. Contenido de la *iurisdictio*:

- *Do* (dare), designa la concesión de un juez o árbitro.
- *Dico* (ius dicere), alude a todas las declaraciones que el magistrado pronuncia, en relación con el derecho que debe ser aplicado.
- *Addico* (addicere), comprende los actos que atribuyen derechos constitutivos a favor de una de las partes que actúan en el proceso.

En el derecho clásico, la *iurisdictio* la ejercía el pretor urbano. Además de la actividad jurisdiccional, el pretor actúa con *cognitio*, o “conocimiento de la causa”. Esta *cognitio* la realiza para dar o denegar una acción, examinar su propia competencia, dar o denegar la posesión de los bienes o decidir sobre cualquier otro recurso que se le solicite. Distinta de la *iurisdictio* del pretor es la *iudicatio* del juez. *Iudex* es la persona que decide, mediante *opinio*, cuál de las partes litigantes tiene o no tiene derecho y emite la sentencia. En el procedimiento extraordinario y en el cognitorio postclásico, el juez funcionario realizará todos los actos de cognición y de juzgar, que el proceso se sustancia en una sola etapa.

40. **Las partes.**

Son partes en un proceso las personas que litigan con el fin de conseguir una sentencia favorable. Se denomina demandante al que ejercita la *actio*, y demandado, aquel contra el que se dirige. También se llaman actor y reus, respectivamente. Puede suceder que las partes que acuden a un proceso no tengan intereses contrapuestos; por ejemplo, en las acciones divisorias.

En Roma, para poder ejercitar una acción, es preciso ser ciudadano romano y paterfamilias; las mujeres, mientras existió la tutela, podían litigar con la *auctoritas* de su tutor. Pero además debían estar legitimados. Tener una acción demandante a su favor, es la **legitimación activa**; ser demandado por haber perturbado un derecho real o no cumplir como deudor se considera **legitimación pasiva**.

Las partes podían actuar en el proceso representadas por otras personas: el cognitor o el procurator. El primero sustituye realmente a la persona del demandante. El procurator no es nombrado para sustituir a una persona en un proceso. En derecho justiniano solamente subsistió la figura del procurator.

B) EL PROCESO ROMANO.

41. **Caracteres generales.**

El procedimiento se entiende como una sucesión de actos jurídicos, que se inicia con el ejercicio de la acción y conduce a la sentencia. Los procedimientos objeto de nuestro estudio son los civiles y son tres:

- Procedimiento de las acciones de ley.
- Procedimientos formularios.

Estos dos procedimientos constituyen el ordenamiento de los juicios privados.

- EL procedimiento extraordinario o cognitorio.

En la época de Septimio Severo, la *cognitio* extraordinaria se implanta definitivamente. El procedimiento formulario fue suprimido por una constitución de los emperadores Constancio y Clemente, del año 342; en lo sucesivo el procedimiento cognitorio fue el único existente. El procedimiento de las acciones de ley y el formulario conservan la característica esencial de la división del proceso en dos fases: una *in iure*, ante el magistrado, y otra posterior, *apud iudicem*, ante el juez. Por el contrario, el proceso extraordinario o cognitorio se desarrollaba íntegramente ante un magistrado, funcionario público.

Pertenece a la esencia del proceso civil romano la publicidad. Hasta el s. IV d.C., la justicia se administraba únicamente en los días fastos. El idioma procesal era el latín, aunque ya en el s. IV comenzó a usarse el griego. El demandante o actor debía ejercitar su acción e iniciar de este modo el

proceso ante un magistrado competente. En la extraordinaria cognitio, los contumaces perdían el litigio si después de tres citaciones o notificaciones no se defendían en el proceso.

C) LAS ACCIONES DE LA LEY.

42. El procedimiento de las legis acciones.

Es el más antiguo de los procedimientos romanos. El término de *legis acciones*, utilizado por Gayo para designarlo, responde a su último fundamento en las leyes, pero también a la rigidez del procedimiento. Hubo cinco clases de *legis acciones*, de las cuales las tres primeras eran contenciosas, mientras que las dos últimas son ejecutivas. Caracteres:

- Pertenece al ordenamiento de los juicios privados *ordo iudiciorum privatorum*, y en consecuencia:
 - ✍ Destaca la actividad del magistrado ordenadora del proceso.
 - ✍ El proceso está dividido en dos fases: *in iure*, ante el magistrado, y *apud iudicem*, ante el juez.
- De la exposición gayana de las *legis acciones* se deducen los marcados caracteres de:
 - ✍ Solemnidad verbal.
 - ✍ Utilización exclusiva del procedimiento por ciudadanos romanos.
 - ✍ La *legis acciones* solamente sirve para ejercitar acciones del antiguo *ius civile*.
 - ✍ Rigor y formalismo en el procedimiento.

43. Acción de apuesta sacramental (legis actio sacramento).

La *legis actio sacramento* es una de las más antiguas acciones de la ley, y era la general, de manera que cuando la ley no disponía que se reclamase de otra forma, se acudía a esta acción. Dos modalidades:

- *Actio legis sacramento in rem*, que servía para reivindicar una cosa propia.
- *Legis actio sacramento in personam*, utilizada para afirmar un derecho de obligación.

La *actio sacramento in rem* seguía una tramitación ritual ante el magistrado que se presenta como un recuerdo de la antigua lucha o duelo entre las partes. De la *legis actio sacramento in personam* no quedan apenas vestigios. En todo caso, el ritual debió ser muy parecido al que se sigue en la *actio sacramento in rem*.

44. Acción de ley por petición de juez o árbitro (legis actio per iudicis arbitrive postulationem).

Aparece mencionada en las XII Tablas para reclamar deudas nacidas de una *sponsio* y estipulación, y para pedir la división de la herencia. Rasgo esencial del procedimiento a través de la acción de la ley, por petición de juez o árbitro, es la desaparición del *sacramentum*, así como la necesaria indicación de la causa en la que el demandante basaba su reclamación.

45. Acción de ley por condición (legis actio per conditionem).

Es la menos antigua de las *legis acciones*. Fue establecida:

- Por una *lex Silia* (s. III a.C.) para reclamar deudas ciertas de dinero.
- Por una *lex Calpurnia* (de mediados del s. II a.C.) para reclamar cualquier otra cosa cierta.

El demandante no tenía obligación de expresar la causa de su reclamación, y se limitaba a solicitar la comparecencia del demandado a los 30 días con objeto de elegir el juez. El concepto de emplazamiento es inherente a la *legis actio per conditionem*. Esta *legis actio* será el antecedente de la *condictio*, la acción civil abstracta porque para su ejercicio tampoco será necesaria la expresión de la causa de reclamación.

46. Fase ante el magistrado (in iure).

a) Citación (in ius vocatio).

La tramitación del procedimiento de las *legis acciones* requería otras actuaciones previas. En primer lugar, la *in ius vocatio* que es la citación del demandado para que acuda ante el pretor. Debe hacerla el demandante, y las reglas sobre esta citación arcaica se encuentran en las XII Tablas. Cuando el demandado no quiere acudir ante el pretor al ser citado, el demandante puede echarle la mano, y conducirlo ante el pretor.

El demandado puede eludir la *manus iniectio* extrajudicial en dos casos:

- si hubiera hecho una transacción al ir al juicio;
- si presenta un *vindex*.

El *vindex* es un fiador que garantiza la comparecencia del demandado. Podía ocurrir, que los litigantes hubiesen acudido ante el pretor, por tanto, también el demandado. El demandado ante esta circunstancia, estaba obligado a presentar otro fiador, llamado *vas*, para que garantizase la comparecencia en el nuevo día señalado. El acto de garantía que realiza el *vas* recibe el nombre de *vadimonium*.

En las acciones *in rem*, la acción va directamente contra la cosa:

- El magistrado podía conceder o denegar la acción.
- El demandado podía reconocer el derecho alegado por el demandante, mediante una *confessio in iure* y en estos casos el proceso finalizaba en esta fase *in iure*.

b) “Litis contestatio” y designación del juez o jueces.

Si el proceso continuaba por no haberse producido la *confessio* o *in iure cessio*, los litigantes actuaban ante el magistrado de conformidad con las declaraciones solemnes que correspondiesen según la *legis actio* ejercitada. Estas declaraciones se acreditaban ante testigos, y este acto formal constituía la *litis contestatio*. La palabra *lis* significa controversia jurídica, y *con-testari* es acreditar con testigos.

Se procedía a la designación del juez o árbitro, de común acuerdo, y era refrendada por el magistrado. Los *centumviri* y los *decemviri* actuaban como jueces en el procedimiento de las *legis actiones* en razón de su propia competencia.

47. Fase ante el juez (apud iudicem): la prueba.

El litigio ante el juez se reanudaba con una breve recapitulación de los hechos que habían dado lugar a la reclamación, en el *comitium* o en el foro, pero si una de las partes no comparecía antes del mediodía perdía el litigio. En el procedimiento de las *legis actiones* regían, en materia de prueba, las siguientes reglas:

- Los hechos deben ser postulados.
- Los litigantes tienen el deber de aportar las pruebas necesarias de los hechos que alegan.
- Los medios de prueba en la *legis actiones* son: las declaraciones de las partes bajo juramento; los testigos.
- El juez debe someterse en ciertos casos a reglas determinadas, con objeto de apreciar y valorar los medios de prueba aportados por las partes.

48. La sentencia.

El juez jura que fallará el juicio y lo decidirá con arreglo a derecho, emitiendo su *opinio* o *iudicatum*, es decir, la sentencia. Como el juez o los árbitros son ciudadanos particulares sin conocimientos jurídicos, era frecuente que acudieran en consulta a un jurisconsulto, o varios. El contenido de una sentencia:

- En la *legis actio sacramento* la sentencia decide cuál de los litigantes ha ganado la apuesta sacramental.
- La sentencia puede ser condenatoria o absolutoria para el demandado en el proceso.
- En las acciones divisorias: de la herencia, de la cosa común y en la acción de deslinde, la sentencia constituye derechos a favor de cada interesado. Son sentencias constitutivas que crean o constituyen nuevos derechos. En el deslinde no podía ser apelada ante otro juez.

49. La ejecución de la sentencia: acción de ley por aprehensión corporal (legis actio per manus iniectioem).

La *manus iniectio*, o *legis actio per manus iniectioem*, es una de las más antiguas. Consiste en un procedimiento ejecutivo, que procedía cuando un deudor no cumplía la sentencia dictada por el juez, o en el caso del *confessus*, ya que su confesión equivalía a una sentencia. La *manus iniectio* sólo podía ser ejercitada pasados 30 días, a pronunciamiento de la sentencia. El demandante tenía que solicitar del

magistrado *in iure* la entrega del deudor para llevárselo a su casa preso, si es que no presentaba un fiador, un *vindex*.

La norma debe remontarse a épocas antiqúisimas, pero es recogida en la ley de las XII Tablas, y aunque delimita las facultades del acreedor, constituye una huella clara de la primitiva venganza privada. La *lex Poetelia Papiria*, del 326 a.C., abolió la prisión por deudas. La *lex de la colonia Gentiva Julia*, del año 44 a.C., regula todavía la posibilidad de llevar a prisión al deudor.

50. Acción por toma de prenda (*legis actio per pignoris capionem*).

La *legis actio per pignoris* fue establecida para ciertos casos por las costumbres, para otros por la ley. Consiste en el apoderamiento de algunos bienes del deudor, sin necesidad de una previa condena, y constituye un procedimiento ejecutivo. Los casos en que puede ser utilizada esta *legis actio* especial tienen un marcado origen sacral y público, que se remonta a las XII Tablas.

Una ley censoria estableció la *pignoris capio* a favor de los publicanos o cobradores de impuestos del pueblo, contra los que deben algún impuesto legítimo. Por las costumbres dice Gayo se estableció la toma de prenda para los casos militares.

El demandado no podía negar la existencia de la deuda, pero en todo caso podía disponer de una acción penal edictal contra aquél que, en el procedimiento formulario, hubiera obtenido sin fundamento una condena contra él.

D) EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO.

51. Origen y caracteres del procedimiento formulario.

El origen y desarrollo del procedimiento formulario coincide con el periodo preclásico del derecho romano. La *legis actiones* solamente podían ser utilizadas por ciudadanos romanos, en Roma o en Italia. Los negocios con los extranjeros se multiplicaron, surgiendo litigios que no podían ser resueltos a través de las *legis actiones*. De esta manera, en la jurisdicción del pretor peregrino se fue formando un procedimiento que acabó imponiéndose por sus muchas ventajas.

La jurisdicción del pretor peregrino tendría un carácter arbitral. Los ciudadanos se veían atraídos por el nuevo procedimiento, más simple y menos arriesgado, y el mismo pretor urbano tendía a imitar a su colega peregrino, mediante la práctica de los *arbitria honoraria*. El pretor consideraba efectuados los ritos procesales y daba una mayor relevancia a la práctica de fijar por escrito los términos en que quedaba planteado el litigio.

La fórmula escrita se practicaba en los arbitrajes privados, sobre todo en los internacionales. Posteriormente pasó a ser utilizada ante la jurisdicción urbana. En esta etapa preebuciana se distinguen los *iudicia legitima* de los *arbitria honoraria*. El procedimiento formulario se regula en dos leyes:

- Una ley Ebuca, año 130 a.C., introdujo el procedimiento formulario, aunque circunscrito exclusivamente a las reclamaciones que podían tramitarse por *condictio*.
- Dos leyes Julias de juicios públicos y privados (año 17 a.C.). La ley Julia de juicios privados reconoció la legalidad del procedimiento formulario para toda clase de reclamaciones, y las *legis actiones* quedaron abolidas. También confiere al juicio formulario el carácter de *iudicium legitimum*.

Cuando falta alguna de las condiciones expresadas en el texto, el juicio no es *iudicium legitimum*, sino *iudicium quod imperio continens*. Es decir, que no se funda en la ley sino en el imperio del magistrado.

Las características del procedimiento formulario son:

- Una mayor actividad del magistrado en la ordenación del proceso.
- La tipicidad de la fórmula escrita para cada supuesto.
- La creación de la *exceptio*: medio procesal que tiene el demandado para alegar un hecho que destruye la alegación del demandante.
- La condena en el procedimiento formulario es pecuniaria.

- El procedimiento formulario forma parte de la ordenación de los juicios privados y su tramitación está dividida en dos fases: *in iure*, ante el magistrado, y *apud iudicem*, ante el juez o jueces.

52. Fase ante el magistrado (in iure).

I. Editio actionis extraprocesal.

Está encaminada a proteger al demandado. El demandante debía poner en conocimiento de su futuro adversario la acción que contra él tenía pensado ejercitar antes de iniciar el litigio. Esta notificación debía ser amplia. La *editio actionis extraprocesal* exigía que el demandante mostrara todos los documentos y pruebas que iba a hacer valer en el juicio, sino eran sancionadas por el pretor.

II. Citación ante el magistrado (in ius vocatio).

Solamente algunas personas pueden no ser citados a juicio: el cónsul, el prefecto, el pretor, el procónsul, y los demás magistrados con imperio. También el pontífice y aquellos de carácter religioso; la novia o el novio cuando contraen matrimonio, ni el juez durante el juicio, ni los que siguen al cadáver, etc. Podía suceder que el llamado se ocultase. Medios:

- La puesta en posesión de sus bienes.
- La posterior venta de esos bienes.

Ante estas medidas, el llamado a juicio, posiblemente no se ocultaría. Cuando en la primera comparecencia ante el pretor, no daba tiempo para terminar los trámites procesales pertinentes y llegar a la *litis contestatio*, el demandado debía garantizar la nueva comparecencia.

III. La comparecencia ante el pretor.

El magistrado verifica la legitimación activa y pasiva de los litigantes. Antes de la *postulatio*, el demandante puede interrogar al demandado acerca de alguna circunstancia que podría modificar la petición de su acción e incluso excluirla. Son las *interrogationes in iure*.

El demandado tiene también un derecho a deliberar. A continuación el pretor concede o deniega la acción. El procedimiento formulario también podía terminar en la fase *in iure*, por algunas de las causas que ya vimos en las *legis actiones* y por otras que sólo pudieron darse en el mismo, como son:

- La transacción y el pacto entre los litigantes.
- *Confessio in iure* o allanamiento del demandado a la acción del demandante. Equivale a la sentencia condenatoria, y si no se cumple conduce directamente a la ejecución.
- Mediante un juramento necesario se remite la decisión del litigio al resultado del mismo, en lugar de someterlo a la sentencia del juez.

Si el proceso no terminaba en la fase *in iure* por alguna de las causas expresadas, el magistrado autorizaba la fórmula.

53. Naturaleza y caracteres de la fórmula.

La fórmula puede definirse como un acto de las partes que se manifiesta libremente a través de la aceptación de un modelo predispuesto por la ley o por el pretor, en forma que valga también para el juez. Características:

- La fórmula es un acto de las partes, pero no es un contrato.
- Además es una instrucción del magistrado dirigida al juez.
- Existen dos actos del pretor conexos a la fórmula, sin la que ésta no podría darse: son el *iudicium dare* y el *iudicare iubere*. Con el *iudicium dare* la fórmula encuentra su reconocimiento y efectos, y con el mandato de juzgar su definitiva sanción en cuanto se envía al juez con orden de aplicarla.

La fórmula es un documento extendido en una doble tablilla de cera, escrito en su parte interna y reproducido en su parte externa; la parte interna, sellada por las partes y por los testigos en la fase *in iure*, que se abre después ante el juez.

54. Partes de la fórmula.

Partes ordinarias.

- **Nombramiento del juez** elegido o de los jueces recuperadores.
- **Intentio**. Es aquella parte de la fórmula en la que se expresa el derecho que pretende el demandante. En las *acciones in personam* el nombre del deudor debe figurar en la *intentio*. En las acciones *in rem*, la acción se ejercita contra cualquier persona que perturbe el derecho real y su nombre sólo aparecerá en la *condemnatio*. La pretensión del demandante puede estar basada en *ius civile*, o en un hecho protegido por el pretor. La basada en el *ius civile* podía referirse a un *certum*, o a una cantidad cierta y determinada de cosas específicas. En los demás casos la pretensión del demandante versará sobre alguna prestación indeterminada, incierta, y estaremos ante un *intentio* referida a un *incertum*.
- **Demonstratio o designación**. Es aquella parte de la fórmula que se inserta siempre al principio de la misma, para designar el asunto de la demanda.
- **Condemnatio**. Es aquella parte de la fórmula en la que se otorga al juez la facultad de condenar o de absolver.
En el procedimiento formulario la *condemnatio* consiste siempre en una cantidad de dinero. Pero había casos de una *condemnatio* en cantidad incierta, que el juez debe determinar.
 - ✍ El magistrado podía fijar en la fórmula un límite máximo, una tasa.
 - ✍ El magistrado podía establecer en la acción que concedía una cierta referencia o medida para la *condemnatio*.
 - ✍ El pretor, al conceder la acción, ya fija que sólo la da de peculio.
 - ✍ El magistrado podía fijar en la fórmula una *condemnatio* sin tasa.Cuando el demandado no obedece al juez se distinguen dos supuestos: si tiene la cosa y no obra con dolo malo se transfiere su posesión por ministerio judicial y ejecución coactiva; la condena recae sólo sobre los frutos y cualquier otro accesorio. Si obró con dolo malo se le condena a la cantidad que el adversario hubiera jurado en estimación del litigio, pero sin limitación en la cuantía.
- **Adiudicatio**. Es una parte de la fórmula en la que se permite al juez adjudicar algo a alguno de los litigantes.

Partes extraordinarias.

- **Excepción** es una parte de la fórmula que permite al demandado oponer a la acción del demandante una alegación, de hecho o de derecho, que la rechaza o la paraliza.
El pretor concede o deniega la excepción. Dos clases:
 - ✍ Excepciones perentorias o perpetuas: son las que desvirtúan totalmente la acción.
 - ✍ Excepciones dilatorias: son las que tienen una validez temporal.En el procedimiento formulario puede ser alegada esta excepción, cuando se trata de un juicio que depende del poder del magistrado. La alegación del demandado en que consiste la *exceptio* podía ser contrarrestada por otra del demandante *oreplicatio*, que también quedaba incluida en la fórmula.
- **Praescriptio**, destinada a limitar o concretar el objeto del litigio. Se inserta al principio de la fórmula.

55. Clases de fórmulas: fórmulas civiles y pretorias.

Las fórmulas son civiles o pretorias. Las civiles pueden derivar de una antigua *legis actio*. La intención de la acción reivindicatoria ahora está concebida *in ius* y se refiere a un *certum*, lo mismo que la intención de la *actio certae creditae pecuniae*.

Puede haber fórmulas *in factum*, con ficción o con transposición de personas: *actio depositi*, acción publiciana y *actio institoria*.

56. La *litis contestatio* y sus efectos.

La *litis contestatio* o “atestiguamiento del litigio” en el procedimiento formulario se hace constar en unas tablillas. La *litis contestatio* es el momento procesal central. Los litigantes ya no pueden introducir variaciones en las posiciones adoptadas.

Efectos de la litis contestatio.

- a) A partir de la *litis contestatio*, la cuestión objeto del litigio se convierte en *res in iudicium deducta*; es decir, en una cuestión pendiente de juicio.
- b) Las cosas que son objeto del litigio no pueden ser vendidas.
- c) El efecto más importante de la *litis contestatio* es la consumición de la acción. La acción no puede volver a ejercitarse cuando es personal con fórmula *in ius* y se trate de un juicio legítimo.
- d) Las acciones intransmisibles, o las que tienen un plazo para su interposición, se hacen a partir de la *litis contestatio* transmisibles y perpetuas.
- e) La *litis contestatio* se produce solo una vez.

57. Fase ante el juez (apud iudicem).

Los litigantes deben estar presentes ante el juez y seguir actuando. En esta fase tiene lugar los debates, siempre orales, de los abogados.

Prueba.

En el procedimiento formulario pueden ser aportados unos medios de prueba.

- Declaraciones de las partes o confesiones.
- Testigos.
- Documentos que pueden ser preconstituídos por previas declaraciones de testigos, contratos, documentos testamentarios, etc.
- Se utilizan también la inspección ocular de juez y la prueba de peritos.

Los principios que rigen en época clásica en materia de prueba son:

1. La prueba versa siempre sobre hechos.
2. Corresponde a las partes la carga de la prueba.
3. Rige el principio de la libre apreciación de la prueba por parte del juez.

58. La sentencia.

Cuando el juez ha formado su opinión en relación con el asunto debatido emite la sentencia, *iudicatum*.

En el procedimiento formulario el juez debe guardar estricta fidelidad a la fórmula, quien no está capacitado para corregir sus posibles inadecuaciones o errores de la fórmula. Por ello:

- Si el demandante hubiese reclamado más de lo realmente debido, su *intentio* sería errónea por incurrir en *pluris petitio*, y el juez tendría que absolver al demandado. El demandante habría consumido su acción en el acto de la *litis contestatio* y no podría volver a ejercitarla. Los casos de petición excesiva o *pluris petitio* pueden referirse: a la cosa misma, *re*; al tiempo; a la causa; o si habiendo estipulado un género pide luego una especie.
- Es lícito pedir menos de lo debido.
- La sentencia es la verdad para las partes
- El asunto debatido en el litigio ahora es cosa juzgada.
- Cuando la fórmula contiene una *adiudicatio*, la sentencia crea o constituye los nuevos derechos de las partes adjudicadas y se denomina constitutiva. El resto de las sentencias son declarativas: condenan o absuelven.

En el procedimiento formulario las sentencias son inapelables y no son objeto de conocimiento y decisión ante un juez superior.

Ejecución de la sentencia.

Los litigantes tienen que cumplir la sentencia, aun en contra de la voluntad del demandado y condenado.

En el procedimiento formulario la ejecución de la sentencia es personal. La *actio iudicati* es concedida por el pretor contra el condenado y el *confessus*; el demandante debía solicitarla en el término de treinta días, contados a partir de haber sido pronunciada la sentencia. La ejecución patrimonial se dirige contra todo el patrimonio del ejecutado. El pretor decreta la *missio in bona* que se publicaba con el fin de poner en conocimiento de los posibles acreedores del ejecutado la ejecución patrimonial a que estaba

sometido. Debían realizarse durante 30 días, si el ejecutado vivía, y durante 15 días si hubiese fallecido. Transcurridos éstos, el ejecutado cae en infamia si no paga sus deudas.

El patrimonio se vendía en subasta pública y el *magister bonorum* adjudicaba los bienes al mejor postor. El que los había adquirido debía pagar a los acreedores. El pretor concede *albonorum emptor* dos acciones:

- Si el ejecutado vive, la acción rutiliana.
- Si el ejecutado ha fallecido, la acción serviana.

Ambas acciones sirven para reclamar los créditos que el ejecutado tuviera. La acción rutiliana la tiene con transposición de sujetos. La acción serviana tiene una fórmula ficticia, porque el *bonorum emptor* figura “como si fuera heredero” del embargado fallecido. El deudor al que se le embargue, que incurre en infamia, goza, sin embargo, del *beneficium competentiae* durante un año.

La distractio bonorum.

La venta de los bienes por partes, o *distractio bonorum*, destinada al pago de los acreedores evitando los perjuicios de una venta del patrimonio total. El procedimiento ejecutivo de la *distractio bonorum* evitaba, la *missio in bona* y la nota de infamia.

La cessio bonorum.

La posibilidad de que cediera los bienes el deudor que se encontraba en una situación de insolvencia sin culpa. Es el deudor quien debe solicitar la *cessio bonorum*.

59. Recursos complementarios de la jurisdicción del pretor.

El pretor intervenía en el proceso, en su ordenación y encauzamiento definitivo. Podía realizar actos propios de la jurisdicción, por medio de una breve *cognitio* y tienen como finalidad garantizar la tramitación del procedimiento o tratar de evitar el juicio futuro.

I. Las estipulaciones pretorias.

Son contratos verbales que el pretor ordena realizar en su presencia a dos personas o partes interesadas. La promesa se llama *repromissio*. El cumplimiento por medio de fianza se llama *cautio* o *satisdatio*. Las estipulaciones pretorias pueden ser:

- Procesales, destinadas al normal desenvolvimiento del proceso.
- Extraprocesales, como la *cautio damni infecti*, que el pretor impone al propietario de una casa en ruinas, para que garantice a su vecino por los posibles daños del derrumbamiento de la casa ruinosa. El incumplimiento de estas estipulaciones está sancionado.

II. Misiones in possessione m.

Es el acto por el cual el pretor autoriza a una persona para que tome posesión de los bienes de otra. La toma de posesión podía referirse a la totalidad de los bienes (*missio in bona*) o (*missio in re*) a bienes singulares.

III. Interdictos.

Son órdenes del pretor. Los interdictos, según Ulpiano, son de tres clases: los exhibitorios, los prohibitorios y los restitutorios. Hay también otros mixtos que son prohibitorios y exhibitorios. La segunda clasificación, Gayo, es: interdictos de obtener la posesión, de retenerla o de recuperarla. También hay interdictos simples y dobles:

- Los simples son aquellos en los que hay un demandante y un demandado (restituir o de exhibir).
- Los dobles son cuando no se pueda decir quién es demandado ni quién demandante.

El actor debe solicitar del pretor el interdicto mediante una *postulatio interdicti*. Éste realiza a continuación un breve examen de los hechos que dan lugar a la solicitud del interdicto – *causae cognitio* – y, si lo estima, emite un decreto que contiene la orden prohibiendo u ordenando la actuación solicitada. Si ante la orden del pretor el demandado o demandados no la acatan, podría abrirse el procedimiento *ex interdicto* para llevar a cabo su ejecución.

IV. Restituciones in integrum.

Consiste en una resolución del magistrado, en virtud de la cual declaraba no conocer los efectos de un hecho o acto jurídico. Las reintegraciones a un estado jurídico anterior pueden tener lugar antes o después de haberse celebrado el juicio y se dan en los supuestos siguientes:

- En atención a la edad, a los menores de 25 años con tutor falso.
- En atención a la ausencia *rei publicae causa* y que por este motivo hubiese sufrido perjuicio.
- A causa de dolo.

Las *restitutiones in integrum* se dan en otros casos, *ob metum* o a causa de intimidación, *ob fraudem creditorum*, en atención al fraude de acreedores, y por otras causas semejantes. La *restitutio in integrum* se solicita del magistrado, *postulatio*, quien la concede mediante decreto si la estima procedente.

E) EL PROCEDIMIENTO COGNITORIO.

60. El procedimiento de la *cognitio extra ordinem*.

En los juicios ordinarios anteriormente expuestos *legis actiones* y procedimiento formulario-, los actos de *cognitio* del magistrado se manifestaban, principalmente, a través de su actividad ordenadora del proceso. Pero en la fase *apud iudicem* son los jueces quienes valoran la prueba, presencian los debates y dictan sentencia.

En los procedimientos de cognición o cognitorios, los jueces funcionarios realizan todos los actos de *cognitio* en unos procesos que se desenvuelven en una sola fase. Esta clase de proceso cognitorio comenzó a ser utilizado en el Principado con carácter extraordinario. A partir de Augusto, las reclamaciones fideicomisarias se sustancian ante jueces, y lo mismo sucede con otras reclamaciones.

Otras causas concurrieron en la implantación definitiva del procedimiento extraordinario: el príncipe concentra todas las funciones, y actúan como delegados del príncipe o del emperador los nuevos jueces funcionarios. El procedimiento formulario había desaparecido prácticamente cuando fue suprimido oficialmente, el año 342, por una constitución de Constancio y Clemente. Los caracteres del proceso *extr- ordinem* eran los siguientes: (6)

- La *actio* y la *exceptio* han perdido su tipicidad.
- La citación del demandado reviste un carácter semioficial.
- El demandante debe presentar con el escrito de la demanda las pruebas de que intente valerse, y lo mismo debe hacer el demandado en su contestación.
- Todo el procedimiento se sustancia en una sola fase.
- El procedimiento se tramita ante magistrados jueces que actúan como delegados del príncipe.
- La sentencia puede ser impugnada mediante un recurso de apelación ante un superior jerárquico.

61. La tramitación del proceso *extra ordinem*: la citación del demandado.

El procedimiento *extra ordinem* se inicia con la citación del demandado. En la *cognitio extra ordinem*, la citación puede consistir en una invitación al adversario hecha por escrito o en forma oral para que el demandado comparezca ante el tribunal. Pero si no comparece, el demandante tiene dos posibilidades: la orden judicial de comparecer y, ser citado por medio de edictos. Esta última forma de citación recibe el nombre de *evocatio*.

La citación del demandado debe ser realizada en debida forma. En el procedimiento *extra ordinem*, en su fase posterior, esta forma de citación previa ha cambiado: el demandante debe presentar una demanda por escrito y acompañar con ella las pruebas de que intente valerse. Pero *estadilatio litis* se admite a través de todo el procedimiento: tanto el demandado como el demandante pueden solicitar la interrupción del proceso para poder aportar nuevas pruebas.

62. La comparecencia ante el magistrado y la *litis contestatio*.

Cuando las dos partes han comparecido ante el magistrado, el actor reproduce oralmente las alegaciones contenidas en su escrito de demanda. Las excepciones continúan llamándose dilatorias y perentorias, pero ahora las dilatorias deben ser formuladas al comienzo del litigio, mientras que las perentorias o perpetuas pueden ser formuladas en cualquier momento del proceso.

La *pluris petitio* no produce la pérdida del litigio sin más. Ahora la *litis contestatio* no consume la acción, y el efecto que produce es el de acreditar el estado de pendencia de *litis*.

La prueba.

- Confesión de los litigantes: bajo juramento decisorio (verdad todo lo confesado) o bajo juramento indecisorio (no vincula al litigante).
- Testigos.
- Prueba documental: prevalece sobre la prueba testifical. Los documentos privados tienen el mismo valor que los documentos públicos.
- Prueba pericial.
- En el procedimiento *extra ordinem* son introducidas las presunciones como medios de prueba, por imperativo legal. Consisten en dispensas de prueba. Las presunciones son:
 - ✍ *Iuris et de iure*: cuando contra la presunción no se admite prueba alguna.
 - ✍ *Iuris tantum*: la presunción es admitida.

Principios que rigen la prueba:

- La prueba debe ser aportada por los litigantes.
- El magistrado aprecia libremente la prueba.
- La prueba versa sobre hechos.

63. La sentencia. Impugnación y ejecución.

La sentencia se dicta por escrito, y es leída oralmente a las partes en audiencia pública. En el procedimiento formulario, la sentencia absolvía o condenaba al demandado; en el procedimiento *extra ordinem* el propio actor puede resultar condenado.

Impugnación de la sentencia.

En el proceso *extra ordinem* la sentencia expresa la voluntad pública y puede ser objeto de impugnación o recurso de apelación ante un magistrado de rango superior. La apelación se interpone ante el mismo tribunal que dictó la sentencia, interposición que puede hacerse verbalmente, o por escrito mediante el llamado libelo apelatorio, en el término de dos o tres días.

La sentencia no apelada abría cauce a la ejecución de la misma. Si había sido apelada, la ejecución quedaba en suspenso. El juez superior estaba facultado para realizar el examen total de la controversia y dictar una nueva sentencia en los más amplios términos. En caso de incomparecencia, la apelación se consideraba desistida, y la sentencia de primer grado era firme y definitiva. El apelante que perdía la apelación debía pagar el cuádruplo de las costas procesales.

Otros remedios contra la sentencia.

La *restitutio in integrum* puede darse en aquellos casos en que la sentencia haya sido pronunciada a través de medios de prueba falsos, y además en los casos anteriormente conocidos de sentencia dictada con dolo, miedo o error. La sentencia es *res iudicata* mediante la *praescriptio rei iudicatae*. Este efecto preclusivo deriva, en el proceso *extra ordinem*, de la sentencia, no del estado de litispendencia, como sucedía en el procedimiento formulario.

La ejecución de la sentencia en el proceso *extra ordinem* procede cuando es definitiva y firme. La ejecución de la sentencia sobre la totalidad del patrimonio es de carácter excepcional, y solamente se utiliza cuando existe una pluralidad de acreedores. La ejecución sobre la persona física del deudor ha desaparecido en esta época, y la prisión del deudor fraudulento es una medida de carácter coactivo para asegurar el pago. La ejecución consiste en el embargo sobre bienes singulares propiedad del ejecutado.

64. El proceso cognitorio postclásico: caracteres y tramitación.

El ocaso de la jurisprudencia clásica viene a ser fijado por la doctrina entre los años 235 y 284, y en el ámbito procesal sucede algo semejante. En este periodo postclásico la *cognitio extra ordinem* será el procedimiento único, ahora es ordinario.

En el procedimiento cognitorio, los órganos administrativos son también órganos judiciales: el gobernador de cada provincia preside el tribunal provincial, que funciona en primera instancia. En algunos casos decide el vicario de la diócesis, el superior jerárquico del vicario o prefecto del pretorio o el emperador. Los magistrados municipales actúan en todo el Imperio. Variantes:

a) **Citación del demandado.**

- La citación del demandado no puede ser hecha sino después de haberla solicitado de la autoridad judicial competente.
- No hay citación privada y la remisión al demandado es ahora obligatoria.
- La interrupción del juicio con objeto de poder aportar pruebas es objeto de nueva regulación por parte de Constantino.

La demanda será llamada, en el procedimiento cognitorio postclásico y bizantino, *libellus conventionis*, y deberá ser acompañada de copias. En ella se exponen los hechos y las alegaciones jurídicas. Si el magistrado concede la acción, ordena que se dé traslado de la misma al demandado y se le cite para que comparezca ante el tribunal. Esta notificación es realizada por *executor*. El demandado contesta a la demanda y se compromete a comparecer ante el tribunal, para lo cual debe prestar garantía con fiadores. Si no puede prestarla por tratarse de una *humilis persona*, el *executor* puede poner al demandado en prisión.

b) **Comparecencia ante el magistrado.**

Si el demandado no comparece, el proceso continúa en forma de proceso contumacial, en rebeldía del demandado. Cuando los litigantes comparecen ante el magistrado, se celebra el debate oral con intervención de los abogados. Ambas partes reproducen las alegaciones de la demanda y de la contestación.

c) **Prueba.**

Los medios de prueba de que pueden valerse las partes, son los mismos que los ya enunciados en el proceso *extra ordinem*, pero rige el llamado principio inquisitivo, y esto significa que el juez puede inquirir, investigar o traer toda clase de pruebas al proceso. Rige el principio de prueba tasada: la valoración del juez viene impuesta por ciertas preferencias de orden legal. No se admite la prueba del testigo único, y el documento adquiere una importancia decisiva.

d) **Sentencia y su ejecución.**

La sentencia no es obligatoriamente pecuniaria. Existen las prisiones públicas para los deudores insolventes pero aparecen también las prisiones particulares. Normalmente se realiza el embargo de bienes singulares. La sentencia puede ser objeto de recurso de apelación.

65. El proceso en las provincias. Leges Ursonensis y Flavia municipalis.

Leges Ursonensis: ley colonial de Osuna de época cesariana, y *Flavia municipalis*: en las redacciones de Salpensa, Málaga y sobre todo de Irni.

El proceso que se practicaba en los municipios y provincias en la época imperial aparece como mezcla de reglas procesales clásicas del *ordo iudiciorum privatorum*, y también de la *cognitio extra ordinem*. El *vindex* (vencido) debía asumir el litigio y por ello debía ser solvente. El condenado podía permanecer en poder del acreedor y trabajar para él.

Al proceso formulario se aplican las mismas reglas que utiliza el pretor en los juicios entre ciudadanos romanos. Existen fundadas dudas de que existiera una verdadera bipartición del proceso, en las dos fases ante el magistrado y el juez, y la *litis denunciatio* que cita la ley se refiere más a un proceso semejante a la cognición extraordinaria. En la provincia el gobernador actuaría cognitoriamente y también lo harían los magistrados municipales.

66. El procedimiento por rescripto del príncipe.

- Cualquier particular podía solicitar del emperador la resolución de controversias o la decisión sobre cuestiones jurídicas particulares, especialmente las de difícil interpretación.
- Cualquier magistrado podía deferir la controversia al tribunal imperial, solicitando una *consultatio*. La decisión se producía por medio de un *rescripto* y era comunicada a las partes.

67. Audiencia episcopal- s. III (episcopalis audientia).

Consistía en someter al obispo las propias controversias jurídicas que él decidía en forma de arbitraje. A partir de una constitución de Constantino, del año 318, las partes pueden abandonar la causa pendiente ante un tribunal ordinario y someter la controversia al obispo. En este caso, la decisión episcopal tendría carácter ejecutivo y sería inapelable. La Novela 35 de Valentiniano, del año 452, regula esta materia, y la decisión episcopal puede ser ejecutada por un magistrado. Justiniano confirmó en la Novela 123 el carácter electivo de esta forma de arbitraje. Si la sentencia del magistrado coincidía con la del obispo, era inapelable; en caso de disconformidad entre ambas sentencias, la emitida por el magistrado podía ser objeto de un recurso de apelación ante un magistrado de rango superior.

PERSONAS

I. PERSONAS.

68. Persona y capacidad.

En terminología romana, persona significa máscara o semblante humano los juristas la utilizan para referirse en general al ser humano. También utilizan el término *caput*. Sólo es persona aquél que es reconocido como tal por el derecho o quien tiene personalidad jurídica. En los textos postclásicos legítima persona es la que tiene capacidad para actuar en juicio como demandante o demandado.

El ciudadano: romano, libre y paterfamilias. Estos tres requisitos: ciudadanía, libertad y sujeto de pleno derecho o *sui iuris*, se van atenuando con el tiempo y se reconoce capacidad a los extranjeros, a los esclavos para ciertos actos y plenamente a los cometidos *alieni iuris*.

69. Nacimiento, existencia y muerte del hombre.

Es necesario que el nuevo ser viva, que tenga forma y naturaleza humana. El que todavía no ha nacido, o el que nace muerto, no se considera como hijo. En relación con el nacimiento del póstumo, se planteaba el problema de si el aborto rompía el testamento. Diocleciano niega que el aborto rompa el testamento. Aunque el no nacido o *nasciturus* no esté todavía en la naturaleza y se considere parte de la mujer, para determinados efectos jurídicos se tutela al concebido pero no nacido. Se califica el aborto procurado como lesión del derecho de la madre o del marido.

Existió un registro oficial de nacimientos. Existió la obligación de declarar los nacimientos ante los magistrados (año 9 a.C.). A la existencia de la persona física pone fin la muerte. A efectos sucesorios se planteaba la cuestión de determinar la cronología de la muerte en los supuestos de conmorencia de varias personas. La jurisprudencia clásica seguía la regla general de la conmorencia.

70. El cambio de estado o capitis deminutio.

- Máxima: cuando la persona pierde la libertad y se convierte en esclavo.
- Media: cuando se pierde la ciudadanía romana.
- Mínima: cuando cambia su situación en relación con la familia.

La persona que no tenía una determinada ciudadanía romana o extranjera, no podía ser considerada libre.

71. Ciudadanos, latinos y peregrinos.

Se consideran ciudadanos los que integran la *civitas* o comunidad política romana. *Cives* eran los habitantes de la ciudad de Roma. Por su nacimiento se considera ciudadano romano el nacido de matrimonio legítimo entre romano y romana. También se considera como tal al nacido de madre que era ciudadana en el momento del parto.

A los antiguos latinos se les reconoció el *ius commercii* o capacidad de negociar con los romanos. Se concedió el derecho de contraer matrimonio y la posibilidad de ser nombrado heredero o legatario en el testamento de un ciudadano. Se denominan *latini iuniani* a los libertos que han sido manumitidos en forma no solemne, pero carecían de la ciudadanía. Carecían de capacidad para testar y a su muerte sus bienes pasaban al patrono por derecho del peculio.

El extranjero era llamado originariamente enemigo y más tarde peregrino o viajero. Al peregrino que no pertenecía a alguna ciudad ligada por un tratado con Roma, no se le reconocía ningún derecho y podía ser reducido a la condición de esclavo. A los extranjeros pertenecientes a comunidades con las que existía tratado de alianza, se les reconocía el derecho comercial y en algunos casos el derecho a contraer matrimonio.

Los peregrinos se dividían en dos categorías: los *peregrini alicuius civitatis* que formaban parte de alguna ciudad preexistente a la conquista romana y a la que Roma dejaba su propia organización, y los llamados *dediticios*, que eran los pertenecientes a pueblos que se habrían rendido o que no estaban organizados en ciudad. Los primeros conservaban su propio derecho y su organización política, y a los segundos les venía impuesta por Roma. La concesión de la ciudadanía podía hacerse individualmente a una comunidad o colectividad.

72. Las personas jurídicas.

Se distinguen las asociaciones y corporaciones, formadas por la unión o agrupación de personas físicas, y las fundaciones o conjunto de bienes o patrimonios destinados a un fin. Creemos que deben considerarse distintas de estos entes las personificaciones de figuras e instituciones jurídicas que los jurisconsultos realizan para entender o explicar mejor su desarrollo. Se trata de figuras jurídicas como el peculio, la dote y la herencia yacente que los juristas conciben como entidades patrimoniales separadas de los sujetos.

73. El *populus romanus* y los entes públicos.

El *populus romanus* adquiere una personalidad propia. La capacidad patrimonial del pueblo romano se considera incluida en la esfera del derecho público. Sin embargo, el pueblo posee un patrimonio propio y esclavos. El pueblo puede ser incluido heredero y beneficiarse con legados y fideicomisos. Se reconoce también la personalidad jurídica de las ciudades, municipios y colonias. Cada una tenía su propio ordenamiento. También podían ser beneficiados con legados y fideicomisos, y en derecho postclásico se admitió que pudieran recibir herencias.

74. Las corporaciones y asociaciones.

Con anterioridad a la República existe la plena libertad de asociación. Las leyes limitadoras proceden de César y de Augusto. Existían asociaciones de poderes, otras de carácter religioso, panaderos, etc. cada una se rige por su propio estatuto o *lex collegi*. Son necesarias tres personas como mínimo. No se reconocía a estas corporaciones personalidad jurídica independiente. La corporación o asociación se extingue por falta de sus miembros o por decisión voluntaria de éstos. En caso de disolución el patrimonio se reparte entre los asociados.

Las *societates publicanorum* eran sociedades de capitales y ganancias, en la que existían dirigentes gestores y socios inversionistas. Pueden considerarse precedentes de las modernas Sociedades Anónimas. Aunque su principal actividad era la recaudación de impuestos, también intervenían en el aprovisionamiento de las naves y del ejército, construcción y reparación de obras públicas y explotación de minas y canteras. Los socios capitalistas eran titulares de partes en el negocio, discutiéndose su titularidad en acciones o en obligaciones societarias.

75. Las fundaciones.

Se trataba de liberalidades realizadas en forma de donaciones o fideicomisos y legados, que no tenían un destinatario determinado, y que se encomendaban a un fiduciario para que cumpliera la voluntad del disponente. Sin embargo, no se llegó a personalizar el patrimonio o a considerarlo independiente de los sujetos que lo donaban o administraban.

Los precedentes clásicos de estos patrimonios destinados a fines permanentes, podemos encontrarlos en las fundaciones sepulcrales. Otros precedentes son las fundaciones alimentarias imperiales iniciadas por Nerva y Trajano. Consistían en capitales que se entregaban a las ciudades o créditos agrícolas concedidos a particulares.

Más cercanas a las fundaciones modernas son las liberalidades para atender a fines benéficos, que se practica en el Bajo Imperio. Estas fundaciones (asilos, hospitales u orfanatos) no tienen una personalidad propia.

COSAS, PROPIEDAD Y POSESIÓN.

I. COSAS.

76. Concepto y clasificación de las cosas.

Es el objeto del mundo exterior susceptible de apropiación y disfrute por el hombre. No se reclama la propiedad sobre la cosa sino ella misma. Las que pertenecen a una persona forman *sus bona* o su *patrimonium*. Características exteriores o físicas:

- **Corporales o incorporales**: son corporales las cosas tangibles, como un fundo, un esclavo, un vestido; e incorporales las no tangibles, consisten en un derecho.
- **Cosas divisibles e indivisibles**: pueden dividirse, de forma que las partes resultantes tienen la misma función que tenía la cosa entera, y aquellas otras que no son susceptibles de división sin que sufran daño.
- **Cosas simples o cosas compuestas**: una unidad singular y la que consta de cosas unidas.
- **Cosas genéricas** (dinero, vino, o trigo) **o específicas** (individualmente determinadas).
- **Cosas fungibles o no fungibles**: las primeras son las que se determinan por su peso, número o medida. Pueden ser sustituidas por otras de la misma categoría. Las no fungibles son cosas específicas o individualmente determinadas.
- **Cosas consumibles o inconsumibles**: la pérdida o consumición puede ser física o jurídica.

77. Clasificación de las cosas por la posibilidad de apropiación.

Las cosas que no son susceptibles de apropiación se llaman **cosas extracomerciales**. Las **cosas comunes** son las que pertenecen a todos los ciudadanos que pueden usarlas, como el mar y el litoral hasta donde alcanzan las más altas mareas. Las **cosas públicas** son las que pertenecen al pueblo, como las calles o las plazas. **Res universitatis** son las cosas pertenecientes a la ciudad o al municipio, como los mercados o el foro.

Están excluidas de la propiedad las cosas destinadas al culto de los dioses. Una cosa se hace sagrada por la ceremonia de la *consacratio*. **Religiosas** son las “dedicadas a los dioses manes”, es decir, al culto de los difuntos.

78. Cosas mancipables y no mancipables.

Son *res mancipi* los fundos itálicos, o situados en Italia, con sus antiguas servidumbres rústicas, los esclavos y los animales de tiro o de carga. Mientras que para la transmisión de las cosas mancipables se requerían las formas solennes de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*, para las no mancipables bastaba con la simple entrega o *traditio*. Justiniano sustituye en los textos *mancipatio* por *traditio*, declarando abolida la clasificación por considerarla fuera de la realidad.

79. Familia y pecunia.

Familia significaría el patrimonio familiar, formado por las cosas mancipables, mientras que *pecunia* serían los bienes de cambio y especialmente el dinero. En el s. III a. C. se procede a la acuñación de la primera moneda en bronce y se crean los *triumviri monetales* encargados de la emisión de la moneda. La unidad monetaria o *nummus* es el *sestertius*.

80. Cosas muebles e inmuebles.

En las cosas muebles se distinguen los seres vivos que pueden desplazarse por sí mismos. En relación con el tiempo requerido para la usucapión, las XII Tablas, distinguía entre *fundi* y las demás cosas. Los fundos, según donde están situados, son itálicos o provinciales; también urbanos o rústicos. En derecho postclásico la distinción adquiere mayor importancia y sustituye a la de *res Mancipi* y *nec Mancipi* al admitirse un sistema de publicidad para la enajenación de los bienes inmuebles.

81. Partes accesorias y pertenencias.

Las cosas muebles pueden ser partes accesorias de otras, a las que están destinadas permanentemente, como las llaves en las cerraduras o los adornos, aunque tengan más valor que la cosa a la que se pone. Cuando una cosa mueble o conjunto de muebles se destina permanentemente a servir a un inmueble, se habla de pertenencias.

82. Frutos.

Son frutos los productos naturales o rendimientos a cuya producción periódica está destinada la cosa que los produce. Se distingue entre frutos naturales (las cosechas) o civiles (las rentas).

- **Frutos pendientes:** cuando están todavía unidos a la cosa madre.
- **Frutos separati:** los que están separados de la cosa fructífera por alguna causa.
- **Frutos extantes:** que están en el patrimonio del que los recoge.
- **Frutos percepti:** los recogidos por el usufructuario o persona distinta del propietario.
- **Frutos percipiendi:** que debieron recogerse y no se recogieron.
- **Frutos consumpti:** los ya consumidos.

II. PROPIEDAD Y POSESIÓN.

83. Dominio, propiedad y posesión. Terminología romana.

El *Mancipium* es un poder general, que se adquiere en el acto mancipatorio sobre las cosas y las personas que integran la familia. El término *dominium* aparece en la jurisprudencia a finales de la República; se refiere al poder o facultad del propietario como *dominus*, o señor de las cosas. *Propietas* fue utilizado por la jurisprudencia para designar la *nuda propietas* o propiedad sin el usufructo. La posesión es una situación o relación del hombre con la cosa. *Possessio* equivale a asentamiento. Los juristas clásicos diferencian claramente la posesión de la propiedad y distinguen tres casos: el del poseedor, que es propietario; el del poseedor que no es propietario, y el del propietario que no es poseedor.

84. Clases de propiedad.

En el derecho antiguo y quirritario, el paterfamilias ejerce una señoría real y efectiva sobre las cosas que integran el patrimonio agrícola. La propiedad familiar constituye una realidad económica y social en la época originaria. El paso de una economía agrícola a otra de cambios y el desarrollo de la riqueza mobiliaria ocasionan la decadencia de la propiedad familiar. Clases de propiedad:

A) Dominium ex iure quiritium.

Para que el derecho civil reconozca la cualidad de propietario, es necesario que se reúnan las siguientes condiciones: ciudadanía romana, cosa mueble o inmueble situada en suelo itálico, adquirida de un propietario y con las formalidades requeridas. La propiedad romana no puede considerarse como absoluta, porque tiene importantes limitaciones.

B) Propiedad pretoria o bonitaria.

Se da esta propiedad cuando el pretor protege al que recibió una cosa mancipable, contra el propietario civil que se la entregó sin utilizar la forma de la *Mancipatio* o la *in iure cessio*.

C) Propiedad de los peregrinos.

Los extranjeros no pueden ser titulares de *dominium*, pero el pretor les protege con acciones ficticias cuando reclaman en Roma cosas que les pertenecen.

D) Propiedad provincial.

Es la *possessio* del *ager publicus*, o territorio conquistado al enemigo, que pertenecía al pueblo romano. Éste lo cedía en arrendamiento a particulares. La propiedad de hecho de los particulares estaba protegida por los gobernadores. En el derecho postclásico se unifica el régimen de la propiedad y se confunde con el de la posesión. Desaparece el dualismo entre acciones civiles y pretorias. Propiedad y posesión se confunden. Se convierte la nueva posesión en un derecho, con lo que no tiene sentido distinguir entre acciones civiles e interdictos. En el derecho justiniano sólo se concede verdadera protección al poseedor de buena fe. Se habla indistintamente de *dominium* o de *proprietates*, y la acción que la protege es la *reivindicatio*.

85. Contenidos de la propiedad.

Son tres modalidades de aprovechamiento: *uti, frui, possidere* y *habere*. El *usus* es el obtener alguna utilidad de una cosa sin alterarla ni consumirla, es decir, bienes no consumibles. *Frui* se refiere a los frutos periódicos producidos por una cosa sin alterar su sustancia. *Possidere* se refiere a la *possessio* o situación de hecho protegida por el pretor mediante los interdictos. *Habere*: lo que puede reclamarse por vindicación.

86. Posesión civil.

Cuando convierte al poseedor en propietario. *Possessio civilis* se contrapone a *possessio naturalis*. Hay dos elementos necesarios sobre la adquisición y pérdida de la posesión: el *corpus*, o tenencia efectiva de la cosa, y el *animus*, o intención de comportarse como propietario.

El *corpus*, que primero tiene una concepción material de efectiva aprehensión o tenencia, después se espiritualiza. Para que una persona tenga *animus* debe ser capaz de una voluntad seria, pero no se requiere la capacidad negocial. La tenencia efectiva, o elemento material, puede iniciarse o continuarse por medio de personas sometidas o por medio de un procurador. Se puede retener el *corpus* por medio de un tercero, o por medio del acreedor pignoraticio.

En relación con la intención o ánimo del poseedor se distingue entre la posesión de buena fe y de mala fe. La posesión de buena fe es la disponibilidad de la cosa con la convicción de no lesionar derechos ajenos. En cambio, el poseedor de mala fe sabe que la cosa pertenece a otro, pero puede invocar en su defensa un modo lícito que justifique su posesión.

87. Limitaciones legales de la propiedad (o servitutes). (6)

- Limitaciones por razones religiosas se prohibía sepultar o incinerar cadáveres dentro de la ciudad y fuera de ella a una distancia de 60 pies de los edificios, o la exhumación de los cadáveres, en tanto no lo autorizasen los pontífices.
- Limitaciones por razones edilicias la altura, distancia y estética de los edificios.
- Paso público: los propietarios de fundos lindantes con la vía pública están obligados a repararla.
- Limitaciones impuestas a los fundos ribereños estos propietarios están obligados a permitir que los navegantes o pescadores usen las orillas para actividades relacionadas con la navegación o la pesca.
- Limitaciones por explotación de minas En derecho clásico, la explotación minera en terrenos públicos. Una constitución del año 382 d.C. concedió el derecho de excavación de minas con la obligación de pagar una décima parte de los beneficios al fisco y otra décima parte al propietario del fundo.
- Expropiaciones por utilidad pública: no existe un principio general que permita privar a un ciudadano de sus bienes.

88. El condominio.

Cuando varias personas son propietarias de una misma cosa se da entre ellas una situación de condominio o copropiedad. La situación de comunidad de bienes (*communio*) puede ser voluntaria o incidental. La primera existe por un contrato de sociedad o acto voluntario de varias personas que acuerdan poner bienes en común, para lo que se transfieren partes proporcionales de supropiedad. La

comunidad incidental se produce por la adquisición conjunta de una misma cosa, que se da, por ejemplo, en los casos de herencia o legado, o por una confusión material de cosas fungibles que no pueden separarse.

La figura más antigua de condominio es el llamado *consortium erecto no cito*, que se daba entre los herederos suyos o hijos al morir el paterfamilias.

Cada codueño tiene un pleno poder de disposición sobre la totalidad de la cosa. Esta facultad de disposición sólo está limitada por el derecho de veto de los demás codueños o *ius prohibendi*. Otro derecho es el de acrecer, o *ius adscrescendi*. Cuando uno de los titulares en el condominio falta, el derecho de los otros se extiende inmediatamente sobre su cuota vacante.

En derecho clásico predomina el sistema de la propiedad indivisa. Cuando la disposición tiene por objeto un derecho indivisible se exige la decisión conjunta o mancomunada de todos los propietarios. En derecho justinianeo, sólo se admite el veto, o *ius prohibendi* cuando redunda en beneficio de la comunidad y se exige la intervención del juez para los actos de disposición.

III. INTERDICTOS Y ACCIONES.

89. Los interdictos (caso).

El pretor protege, mediante los interdictos. Éstos se clasifican en categorías, según su finalidad:

- De retener la posesión.
- De recuperar la posesión.
- De adquirir la posesión. En éstos se incluyen interdictos especiales, y el interdicto Salviano, en materia de garantías reales.

A) Interdicto de retener la posesión.

Al concesionario del *ager publicus* o vectigalista se protege mediante un interdicto de retener la posesión. El pretor, a petición del poseedor, ordenaría al que perturbaba que se abstuviera de realizar estos actos, a no ser que su posesión fuera viciosa en relación con él. Este interdicto se extendió a situaciones semejantes en un amplio proceso de desarrollo. El pretor concede estos interdictos de retener la posesión a los solicitantes que sean:

- Concesionarios del *ager publicus* o vectigalistas.
- Propietarios, tanto civiles como bonitarios.
- Acreedores pignoratícios para retener la prenda.
- Secuestratarios o depositarios de una cosa litigiosa a devolver.
- Los que habían embargado definitivamente bienes ajenos.

Se excluyen los considerados detentadores y no verdaderos poseedores. Como son:

- Los depositarios.
- Los arrendatarios ordinarios.
- Los comodatarios.
- Los usufructuarios.

Los interdictos "*uti possidetis*" y "*utrubi*" son de retener la posesión. En el primero prevalece el que tiene actualmente el inmueble, y en el segundo, el que tuvo la cosa mueble en su poder durante más tiempo en el último año. En la fórmula de los dos interdictos figura la misma cláusula. Esta cláusula sólo tiene efectos excluyentes para el poseedor, en relación con la persona que puede invocar a su favor el origen vicioso de la posesión. El precarista es protegido por los interdictos contra terceras personas, pero no contra el dueño que le concedió en precario. Para recuperar la posesión cedida al precarista, se utiliza el interdicto "lo que por precario" "*quod precario*".

B) Interdictos de recuperar la posesión.

Son aquellos que sirven para reintegrar en la posesión a quien ha sido despojado o expulsado. El interdicto de violencia se da en los supuestos en que el poseedor ha sido expulsado violentamente de un

fundo por el demandado o por sus esclavos. En caso de invasiones sucesivas el interdicto protege al último invasor. Éste se da sólo en el plazo de un año, a contar desde el acto violento.

Se da una forma agravada del interdicto en el caso de que se haya realizado la expulsión por una banda de hombres armados. No incluye la cláusula de posesión viciosa, ni tiene el límite de un año para su ejercicio. En el derecho justiniano aparecen fundidos en uno solo los interdictos *uti possidetis* y *utrubi*. En cuanto a los recuperatorios, los dos interdictos de violencia se funden en uno solo; se suprime la cláusula de posesión viciosa y se mantiene el plazo de un año. Se distingue entre violencia pública y privada, según se empleen o no armas en la expulsión.

90. La acción reivindicatoria.

La *reivindicatio* es la acción que tutela al propietario civil que no posee contra el poseedor. El propietario acude a esta acción cuando ha perdido la posesión de una cosa de su propiedad y debe demandar precisamente al que posee y tiene la protección de los interdictos. El demandado en el juicio reivindicatorio tiene una posición mejor. Se utilizaba la usucapión. Si el demandado vence en el litigio y resulta absuelto, sigue en la posesión.

La acción reivindicatoria se ejercita contra el que posee la cosa en el momento de la *litis contestatio*. No obstante, si el demandado pierde la cosa antes de la sentencia, el juez puede absolverlo, siempre que pruebe que la cosa no se pierde por su actuación. Cuando el demandante vence en el juicio reivindicatorio, consigue la restitución de la cosa; esto debe hacerse según el arbitrio del juez. Hay que tener en cuenta tres aspectos: a) frutos y accesorios de la cosa, b) gastos o impensas que el poseedor haya hecho, c) daños o deterioros sufridos por la cosa.

- a) La cosa debía restituirse al propietario con todos sus frutos y acciones. El poseedor de mala fe no adquiere fruto alguno. El poseedor de buena fe hace suyos los frutos consumidos antes de la demanda y debe restituir los que no haya consumido.
- b) Los gastos que el poseedor ha hecho pueden ser de tres clases: gastos necesarios, que son indispensables para la conservación de la cosa; útiles o mejoras que aumentan su valor; voluptuarios o de lujo, cuyo coste es superior a lo que la cosa aumenta de valor. El poseedor de buena fe tiene derecho a que el propietario le reembolse los gastos necesarios y útiles antes de la *litis contestatio*. Los gastos posteriores a la *litis contestatio* y las impensas voluptuarias no se recuperan, pero pueden separarse las acciones agregadas si son separables sin daño para la cosa. El poseedor de mala fe nada puede reclamar por los gastos realizados.
- c) El poseedor de buen fe sólo respondía de los daños causados por su culpa antes de la *litis contestatio*, y no después. El de mala fe responde de los anteriores cuando se producen por su culpa, y los posteriores aunque se produjeran por caso fortuito.

91. El interdictum quem fundum y la acción exhibitoria.

El demandado en un juicio petitorio puede negarse a defender su posesión. También puede negarse el poseedor que dejó dolosamente de poseer. En estos casos, el propietario dispone de dos recursos que le concede el pretor:

- Un *interdictum quem fundum* para pedir la posesión de un inmueble.
- Una acción exhibitoria para solicitar la presentación de una cosa mueble.

92. La acción publiciana.

Es la acción, semejante y paralela a la *reivindicatio*, que concede el pretor al propietario bonitario que ha perdido la posesión para recuperarla. En la fórmula se ordena al juez que finja que ha transcurrido el plazo para la usucapión. La acción protege al que ha recibido una cosa por *traditio*, y pierde su posesión antes de completar el tiempo requerido para la usucapión. Primero se aplicaría al comprador de buena fe de una *res mancipi* al que se le había entregado por simple *traditio*. Después fue extendida a cualquier caso de entrega y usucapión no completa.

La acción publiciana, que se concede al propietario bonitario, contra cualquier persona que la posea, tiene diferentes efectos, según sea el demandado:

- Si es el verdadero propietario civil, éste puede rechazar la acción mediante una excepción de propiedad.
- Si se trata de un poseedor y no de verdadero propietario civil, en el caso de que el demandante adquiera de quien no era dueño ejercita contra él la acción.
- Si se trata de un propietario civil que ha vendido separadamente a dos personas distintas, prevalece el que ha recibido la cosa *pro traditio*.
- Si se trata de compradores que han comprado la cosa a vendedores distintos, prevalece el que tiene la posesión de la cosa.

El propietario bonitario está protegido como verdadero propietario por la acción publiciana.

93. Acción negatoria.

El propietario civil podía ejercitar una serie de acciones reales para negar la existencia de derechos que limitan su propiedad. El propietario debía probar su propiedad y las perturbaciones y el demandado, el derecho que alegaba sobre la cosa. La sentencia condenatoria del juez tenía como efectos:

- Declarar la cosa libre de los pretendidos derechos.
- La reposición de la situación anterior a la perturbación.
- Obtener una caución que le garantizará frente a futuras perturbaciones.

94. Acciones sobre relaciones de vecindad (caso).

Son acciones que se conceden a los propietarios de fundos rústicos para resolver las controversias y litigios que se suscitan por las relaciones de vecindad:

- Acción para el deslinde de fincas determina la extensión y límites de los fundos.
- Interdicto para recoger la bellota su finalidad era obligar al vecino que en días alternos, el demandante pudiese recoger y llevar la fruta que caía de su campo al del vecino.
- Dos interdictos prohibitorios sobre corta de árboles que también tienen precedente en las XII Tablas. Uno es para cortar las ramas que sobresalen en el fundo del vecino; y el otro, cuando las plantas o árboles invaden el edificio inferior.
- Acción de contención del agua pluvial: para restablecer el curso de las aguas, modificadas artificialmente por el vecino.
- Interdicto de lo que se hace (obras) con violencia o clandestinamente habían hecho daño al fundo del propietario.
- La caución de daño temido: daño causado por derrumbamiento u obra en la finca vecina.

95. La acción de división de cosa común (actio communi dividundo).

Por medio de esta acción el socio o codueño puede solicitar que se proceda a la división de la cosa común y cese el estado de comunidad de bienes. Si la cosa es divisible el árbitro adjudicará a cada uno una porción física en proporción al valor de su cuota. Cuando la cosa es indivisible, el juez adjudicará la cosa a uno o varios condueños con la obligación de indemnizar a los otros, o proceder a una venta o subasta pública para repartir el precio entre ellos.

La acción se entabla también para regular y liquidar los créditos y deudas entre los copropietarios durante la situación de comunidad. La acción de división de cosa común procede también cuando se ha producido una situación de indivisión o comunidad por la mezcla de bienes sólidos o líquidos pertenecientes a varios propietarios.

IV. ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD.

97. Clasificaciones de los modos de adquirir la propiedad.

Gayo los clasifica en modos de derecho natural o de gentes y de derecho civil. Los primeros son los que todos los hombres observan (la ocupación, la accesión y la especificación). Los segundos son propios y exclusivos de los ciudadanos romanos, como la *mancipatio*, la *in iure cessio* y la *usucapio*.

La clasificación más utilizada en la doctrina de los romanistas es la de modos originarios y derivativos. En los primeros, se considera el acto de apoderamiento de la cosa, con independencia de la relación con otros propietarios; en los segundos, se atiende a la relación con otro que pierde su derecho de propiedad al mismo tiempo que lo adquiere el nuevo dueño. No existe en derecho romano esta idea de transmisión de la propiedad.

98. Ocupación (casos).

Es el modo más antiguo y universal, considerado por los juristas como de derecho de gentes. Entre ellos, la ocupación por caza o pesca, como posesión natural. Se trata de actos de apropiación de las cosas que no tienen dueño.

- La caza de animales salvajes, de aves o la pesca. Los animales se clasifican en: 1) animales fieros o salvajes; 2) animales amansados o domesticados; 3) animales domésticos. Los romanos no conocieron los cotos o reservas de caza que son de origen medieval.
- El botín de guerra capturado al enemigo.
- La isla que nace en el mar y las cosas que el mar arroja al litoral.
- Las cosas abandonadas por su propietario.

99. Incrementos fluviales.

- **Aluvi3n:** el propietario del fundo adquiere lo que el agua del río va depositando en su terreno.
- **Avulsión:** también adquiere la propiedad de la porción o parte que el río separa de un predio y lo agrega al suyo.
- **La isla nacida en el río:** ésta se hace propiedad de los dueños de los fundos ribereños.
- **El lecho abandonado por el río:** se distribuye entre los propietarios de los fundos ribereños.

100. Tesoro (casos).

Originariamente, el tesoro se consideraba como un incremento del fundo en que se encontraba y se hacía de su propietario. El descubrimiento debe ser fortuito y no preparado con anterioridad.

101. Adquisición de frutos.

El propietario adquiere los frutos por “separación”, como consecuencia de la extensión del derecho de propiedad a los productos que de ella nacen o derivan. También los adquiere el poseedor de buen fe. Personas distintas del propietario tiene derecho a la recogida de los frutos (vectigalista y el usufructuario). El principio general romano es que los frutos se adquieren no por derecho de siembra sino de propiedad.

102. Especificación.

Cuando una persona hace una forma nueva o una cosa distinta con materia perteneciente a otro, se da el supuesto que los glosadores llamaron especificación. Una opinión intermedia sostenía que era del propietario si la cosa podía volver a su materia originaria (por ej. el vaso), y al artífice, si esto no era factible (ej. el vino con uvas ajenas).

103. Accesión (casos).

Cuando una cosa se incorpora definitivamente a otra principal, el propietario de ésta adquiere lo que se le une. Hay que distinguir la accesión definitiva de la provisional, que se produce cuando las cosas unidas son separables.

En la accesión de fundos o inmuebles destacan los casos de siembra, plantación o construcción en suelo ajeno. Todo lo que se siembra, planta o construye sobre un suelo de otro dueño se hace propiedad de éste. En la construcción de un edificio, se distingue el caso de quien ha construido sobre su propio terreno con materiales ajenos, del que lo hace con materiales propios en suelo de otro. En ambos casos, el edificio se hace propiedad del dueño del solar.

En los casos de accesión de cosas muebles, destacan: los de metales soldados sin separación, de los hilos que se incorporan a una tela ajena, del tinte o colorante que accede al paño. Lo escrito accede al pergamino o carta, y lo pintado a una tabla ajena.

Supuestos de indemnización:

- Si el que realiza la unión o la nueva forma es el propietario de la cosa accesoria:
 - ✂ Si posee la cosa principal, se le indemniza por el aumento del valor producido por su trabajo o actuación.
 - ✂ Si no tiene la posesión de la cosa principal, no puede reclamar ni oponer nada.
- Si el que la realiza es el propietario de la cosa principal, o un tercero con malicia o dolo, pueden ejercitarse contra ellos las siguientes acciones:
 - ✂ *Actio furti*: si se hubiese sustraído el material o la cosa accesoria.
 - ✂ *Actio ad exhibendum*: si dejasen dolosamente de poseer el material o la cosa accesoria.
 - ✂ *Acción cognitoria* por el interés del expropiado.
- Si la accesión o la especificación es casual o la hace de buena fe un tercero o el que la adquiere, no procede la indemnización.

104. Entrega (traditio).

Es el modo más ordinario y usual para transferir la propiedad y se considera de derecho de gentes. Medios:

- En el derecho antiguo era necesaria la entrega material.
- En el derecho clásico se admiten distintas formas de entrega, sin el traspaso material de un sujeto a otro, y se regulan situaciones en que ésta no era necesaria.
 - ✂ *Traditio symbolica*: la entrega de las llaves de un almacén, el marcar las cosas con determinadas señales, etc.
 - ✂ *Traditio longa manu*: el señalar la cosa para que pueda identificarse con certeza.
 - ✂ *Traditio brevi manu*: el que tiene ya la cosa como detentador.

La entrega de la cosa, en forma material o simbólica, no es suficiente para la adquisición de la propiedad. Por ello es necesario precisar la voluntad del enajenante de transmitir y del adquirente de recibir la propiedad. Se admiten como justas causas de la tradición los siguientes convenios:

- De dar un préstamo.
- De dar un pago de una obligación que tiene por objeto un dare.
- De comprar o tener como comprado.
- De donar.
- De dar una dote al marido.

105. Mancipatio.

La mancipación es un negocio muy antiguo, anterior a la aparición de la moneda. Desde una época antigua, la *mancipatio* se utilizaba no sólo para adquirir la propiedad de la *res mancipi*, sino también para tener la potestad de las personas que formaban la familia y para otorgar testamento. Pueden intervenir en el acto mancipatorio los ciudadanos, los latinos y los peregrinos con *ius commercii*; los hijos y esclavos pueden intervenir, en representación del paterfamilias, como adquirentes, pero no como enajenantes.

La *mancipatio* transfiere la propiedad sólo si el mancipante es verdadero propietario, pero si no lo es el adquirente sólo tiene la propiedad en virtud de usucapión. La *mancipatio*, aunque perdura durante la época clásica, entra en desuso debido a las prácticas provinciales que dan prevalencia al documento escrito.

106. Cesión ante el pretor (in iure cesio).

Se trata de un proceso fingido de reivindicación, en el que el propietario de la cosa no contesta, ante la declaración del demandante de que es suya y con ella la abandona o cede. Podían cederse tanto las cosas mancipables como no mancipables, y sólo podían intervenir ciudadanos romanos *sui iuris*. Este modo de adquirir desaparece en la época clásica.

107. Otros actos de atribución: (addictio) o adjudicación (adjudicatio).

El acto formal de atribución de la propiedad por parte del magistrado, además de la *in iure cessio*, se daba en las subastas públicas cuando el pretor atribuía la propiedad al mejorpostor. También existía esta atribución en los repartos o asignaciones de tierras públicas a propietarios privados.

108. Usucapión y prescripción de largo tiempo (*longi temporis praescriptio*) - (casos).

I. Régimen primitivo de las XII Tablas.

Por el transcurso de estos plazos, y en virtud del *usus*, se atribuía la propiedad al adquirente, cesando por ello la garantía del enajenante. La usucapión comenzó por ser un complemento de la mancipación. La ley excluía de la usucapión las siguientes cosas:

- Las que habían sido hurtadas.
- Las que pertenecían a un extranjero.
- Las cosas enajenadas por la mujer sin la asistencia del tutor.
- La linde que se dejaba entre las fincas rústicas.
- El lugar destinado a la incineración.

II. Reformas de la jurisprudencia clásica.

Se extiende el ámbito de las cosas que no pueden ser objeto de usucapión a los inmuebles poseídos por la violencia. La jurisprudencia completa la concepción de la posesión civil continuada con la noción de la interrupción de la usucapión. La usucapión, que originariamente era complemento de la mancipatio, extiende su ámbito a las adquisiciones de quien no es dueño.

La jurisprudencia exige para la usucapión la concurrencia de dos requisitos: la *bona fides*, o recta conciencia del usucapiente de que posee legítimamente y no lesiona derechos ajenos, y la *iusta causa*, o relación precedente que justifica la posesión. El requisito de la buena fe no se exige en algunas modalidades de usucapión:

- Usucapión como heredero.
- La usurrecepción, o recepción por el uso, porque el propietario o poseedor puede recuperar por usucapión lo que perteneció en otro tiempo.

Las justas causas de la usucapión son las siguientes:

- Las mismas causas que justifican la entrega *o traditio*, con excepción del préstamo o *creditum*:
 - ~~///~~ Por una dación en pago.
 - ~~///~~ Por una compra.
 - ~~///~~ Por una donación.
- Las mismas causas que pueden justificar una posesión civil:
 - ~~///~~ Por el abandono de una cosa por su propietario.
 - ~~///~~ Por el legado vindicatorio.
 - ~~///~~ Por la herencia.
 - ~~///~~ Por concesión pretoria.
- “Como propio”: los juristas incluyen otras posesiones de buena fe.

III. Prescripción de largo tiempo (*longo temporis praescriptio*).

La usucapión de derecho civil sólo podía realizarse por los ciudadanos romanos y por los latinos. Recaía sobre las cosas que podían ser objeto de dominio. Se admitió que el que había poseído sin perturbación durante diez o veinte años estaba protegido frente a la acción reivindicatoria del dueño. El recurso se llamaba “prescripción de largo tiempo”.

Desde la época de los Severos, esta prescripción se convierte en modo de adquirir la propiedad, como lo era la usucapión. Se le aplican los mismos requisitos de la buena fe y la justa causa. Para el cómputo del plazo de prescripción se tiene en cuenta no sólo la sucesión en la posesión del heredero, sino la acumulación al plazo del poseedor actual, del tiempo que completó la persona de

quien se recibió la cosa. El plazo se suspende o no corre en los casos en que los titulares son incapaces o están ausentes por servicios públicos.

IV. Régimen del derecho postclásico y justiniano.

A partir del s. III, la concesión de la ciudadanía y la desaparición de las distinciones clásicas de las cosas y de los fundos, hace que no tengan sentido las diferencias entre la usucapión y la *praescriptio*.

Teodosio II establece una prescripción extinta de todas las acciones por el transcurso de treinta años.

Una constitución de Constantino introduce la llamada prescripción de larguísimo tiempo, que puede oponerse como excepción a cualquier acción reivindicatoria.

Justiniano reúne las clásicas y las simplifica, y continúa la legislación postclásica y unifica los dos sistemas de la *usucapio* y de la *praescriptio*.

Aplica a las cosas muebles el plazo de la usucapión, que aumenta a tres años, y el de la prescripción, de diez o veinte años para los inmuebles. Para casos particulares, extiende la prescripción a los treinta años, y en bienes del fisco o de la Iglesia y de venerables lugares aplica la prescripción de los cuarenta años. En esta prescripción extraordinaria exige la buena fe pero no la justa causa.

V. SERVIDUMBRES Y USUFRUCTO.

109. Servidumbres prediales.

Los juristas clásicos llaman servidumbres a los servicios permanentes que se constituyen entre dos fundos vecinos por la voluntad de sus propietarios. Precisamente, para destacar estos servicios entre dos fundos, los juristas los denominan derechos de los predios. La servidumbre se establece para gravar un predio "sirviente" con un uso limitado a favor de otro predio "dominante". *Servitus* o *servire* se utilizan para designar la esclavitud.

El gravado por la servidumbre es el "*fundus qui servit*" o "*serviens*"; el no gravado se califica como libre y se habla de *libertas*. Estas servidumbres se incluían entre las *res mancipi* y se sometían al dominio quirritario. La concepción de las servidumbres como derechos nace con la aparición de la *urbanas*. La distinción entre servidumbres prediales rústicas y urbanas. En derecho postclásico no se distingue entre uso y posesión, y esto lleva a considerar a la servidumbre como objeto de posesión.

Justiniano intenta una nueva sistemática al clasificar las servidumbres en prediales y personales. En esta última categoría incluye el usufructo, el uso y la habitación. Los glosadores medievales crean la categoría de los derechos sobre cosa ajena, que ha sido aceptada en la dogmática moderna.

110. Principios y reglas de las servidumbres.

- La servidumbre no puede consistir en un hacer, sino en un tolerar. El propietario del fundo dominante puede realizar una actividad o intromisión sobre el fundo sirviente en caso de servidumbre positiva, o tiene la facultad de prohibir algo en él, en caso de servidumbre negativa.
- No puede cederse el uso o disfrute separado de una servidumbre.
- Nadie puede constituir una servidumbre sobre una cosa propia.
- La servidumbre es indivisible como el uso en el que consiste.
- Sirve la utilidad objetiva y permanente de un fundo vecino.

111. Servidumbres prediales rústicas (casos).

- De paso:
 - ☞ Senda (*iter*): de paso a pie, en caballo o en litera.
 - ☞ Paso de ganado (*actus*): con animales o con carros.
 - ☞ Camino (*via*): paso para todo uso.
- De aguas:
 - ☞ Acueducto.
 - ☞ De sacar agua.
 - ☞ De verter el agua al fundo del vecino.

- De llevar el ganado a pastar o a abrevar.
- De extraer arena o greda, o de cocer cal para atender las necesidades del fundo dominante.

112. Servidumbres prediales urbanas (casos).

- Vertientes de aguas:
 - ~~/~~ Verter agua de lluvia desde el propio tejado.
 - ~~/~~ Recibir el agua de lluvia del fundo ajeno en el propio fundo, por conductos o canalones.
 - ~~/~~ Verter los desagües o alcantarillas.
- Apoyo de viga o de muro en el edificio contiguo, o de proyectar un voladizo.
- De luces o de vistas, consistentes en prohibir que el vecino:
 - ~~/~~ Eleve el edificio.
 - ~~/~~ Prive al edificio de luces o de vistas.
 - ~~/~~ Abra ventanas.

113. Acciones en defensa de las servidumbres.

Por medio de la *vindicatio servitutis* el dueño del fundo dominante acciona contra el propietario o poseedor del sirviente, o contra el que impide o perturba el ejercicio de la servidumbre. Con el ejercicio de esta acción se restablece el uso de la servidumbre y se obtiene el resarcimiento de los daños. En las servidumbres está protegido también con interdictos especiales, y restitutorios.

Es previo al ejercicio del interdicto la denuncia al pretor de la obra nueva. El magistrado puede rechazar la denuncia, o imponer al demandado que preste caución de indemnizar si es vencido en la *vindicatio servitutis*. Si no presta la caución, decreta el interdicto que ordena destruir lo construido.

114. Constitución de las servidumbres.

A) Derecho clásico.

Las servidumbres de los predios situados en el suelo itálico se constituyen por:

- Mancipación o cesión ante el pretor, según se trate de las cuatro antiguas servidumbres, que son *res Mancipi*, o de las otras *servitutes*.
- Reserva de la servidumbre, al realizarse la enajenación de un fundo mediante *mancipatio* o acto de disposición *inter vivos mortis causa*, y a favor de otro fundo que retiene el enajenante.
- Legado: el vindicatorio atribuye la servidumbre al legatario, cuando el heredero acepta la herencia. El legado damnatorio impone al heredero la obligación de constituir la servidumbre.
- Usucapión.
- Adjudicación en los juicios divisorios.

En los fundos provinciales, objeto de propiedad pretoria, las servidumbres se constituían por convenios escritos.

B) Derecho postclásico y justiniano.

En el derecho postclásico las servidumbres se constituyen mediante convenios escritos en que se plasman los pactos y estipulaciones. En derecho justiniano, además de los pactos, el legado, la adjudicación, la reserva y la tolerancia, se admiten:

- El ejercicio de la servidumbre desde tiempo inmemorial.
- La prescripción adquisitiva mediante la posesión de veinte años entre ausentes y diez entre presentes.
- La constitución tácita, como es el llamado destino del paterfamilias.

115. Extinción de las servidumbres.

Las servidumbres prediales se extinguen por las siguientes causas:

- Confusión: cuando los dos fundos se hacen del mismo propietario.
- Renuncia del titular.

- No uso: la servidumbre del predio rústico se extingue cuando no se usa durante dos años. Si se trata de servidumbre predial urbana, se requiere, además del no uso, la usucapión de la libertad.
- Desaparición de la utilidad de la servidumbre.

116. El usufructo (casos).

El titular del derecho se llama usufructuario o dueño del usufructo, mientras que el propietario o dueño es el que tiene la *nuda proprietas*. El usufructuario tiene el derecho de usar y disfrutar, y el propietario, el derecho de disponer de la cosa y la posesión. El usufructo nace con la finalidad de atender a la viuda. El usufructuario hace suyos los frutos naturales de la cosa por percepción; los civiles, día a día. No puede cambiar el estado o situación de la cosa que recibió, aunque el cambio suponga mejorarla. El usufructuario debe pagar los tributos y cargas.

117. Constitución, defensa y extinción del usufructo.

El modo ordinario de constituir el usufructo es el legado vindicatorio. En las provincias se recurre a pactos y estipulaciones. La tolerancia en el ejercicio del usufructo se considera como *traditio*. Al constituirse el usufructo, el usufructuario debe prestar una promesa de garantía o caución con fiadores, de usar y disfrutar de la cosa con “arbitrio de hombre recto” y de restituirla al extinguirse su derecho. Otra caución o garantía se daba en el caso de usufructo sobre bienes consumibles. Se denominaba cuasi usufructo a este derecho sobre cosas destinadas al consumo.

El usufructuario puede ejercitar para la defensa de su derecho la *vindicatio ususfructus*, o acción confesoria en terminología postclásica. Era una acción real semejante a la *vindicatio servitutis* que se ejercitaba contra el nudo propietario que impedía u obstaculizaba el ejercicio del usufructo. A la acción reivindicatoria del nudo propietario, el usufructuario podía oponer una excepción de usufructo. El usufructo se extingue por las siguientes causas:

- Muerte, o *capitis deminutio*, del usufructuario (límite 100 años).
- Consolidación de los derechos de nuda propiedad y usufructo.
- Renuncia.
- Desaparición o destrucción del objeto.
- No uso durante los plazos de la usucapión o de la prescripción.

118. Uso, habitación y servicios de esclavos.

Uso es el derecho de usar una cosa ajena para atender las necesidades propias y de la familia, sin percibir los frutos que pertenecen al propietario. Se considera que usuario tiene la facultad de servirse de los frutos de una finca para su consumo en el propio lugar. En derecho justiniano se permite alquilar las habitaciones que el usuario no utiliza. Puede constituirse como un derecho vitalicio pero no se extingue por la *capitis deminutio* ni por el no uso. En relación con los servicios de los esclavos, Justiniano lo considera como derecho independiente del uso.

VI. ENFITEUSIS Y SUPERFICIES.

119. Enfiteusis.

La enfiteusis es una institución de derecho griego que significa “hacer plantaciones” y sólo fue reconocida como derecho real en la legislación postclásica y justiniana. El precedente clásico es el *ager vectigalis*. El pueblo romano o los entes públicos solían conceder a los particulares el cultivo de tierras por largos periodos, con la obligación de pagar un canon o vectigal. Prevaleció la opinión de que era un arrendamiento. La relación que deriva de esta concesión se convierte en real cuando el pretor concede al enfiteuta una *actio in rem* análoga a la *revindicatio*.

En las provincias los emperadores concedían a los particulares grandes extensiones de terreno sin cultivar, que se regían por la *lex saltus*. Estos arrendamientos, que se generalizan a partir de Constantino, se conocen con el nombre de *ius emphyteuticum*. También se concede un *ius perpetuum*

sobre los fundos pertenecientes al fisco, con una duración ilimitada. En el s. V d.C. estos derechos se funden en un único derecho de *enfiteusis*.

El enfiteuta debía atender a los daños reparables y el propietario respondía de la destrucción por causa mayor. El concesionario o enfiteuta tiene sobre el fundo un derecho dominical que puede enajenar y transmitir a los herederos, siempre que pague el canon o renta.

El derecho de enfiteusis se extingue si no se paga el canon durante tres años o si no se notifica la enajenación al propietario. El enfiteuta tiene, en defensa de su derecho, las acciones que derivan del derecho de propiedad que se le conceden como útiles.

120. Superficies.

Es el derecho real que otorga al superficiario el goce a perpetuidad o por largo tiempo del edificio construido sobre suelo ajeno. El superficiario asume la obligación de pagar una renta o canon anual. Para ceder la superficie se recurría al arrendamiento por largo plazo o a la compraventa. El régimen de la concesión del derecho de superficie tenía carácter público. El superficiario puede ejercitar la *actio in rem* y todas las acciones que se conceden al propietario.

S E G U N D O P A R C I A L .

LAS OBLIGACIONES.

I. OBLIGACIÓN Y ACCIÓN.

121. La obligación: concepto y evolución histórica.

Una persona se vincula o se somete a otra por el acto del nexum. Existe una obligación, en tanto una persona puede ejercitar una acción para reclamar algo que se le debe. El debitum de la obligación primitiva conduce, tras su previa comprobación judicial, a la ejecución de la manus iniectio. Adquirirla obligación quiere decir hacerse acreedor y no deudor. Un vínculo o relación entre dos personas, acreedor y deudor, nace en virtud del antiguo negocio de la sponsio. En una primera fase sólo existen las obligaciones tuteladas por acciones reconocidas en el ius civile. En las relaciones tuteladas por el pretor, se habla de estar sujeto o sometido a la acción.

Desde el s. I a.C. el pretor concede una serie de acciones in factum, para reprimir conductas en las que interviene dolo. En su mayor parte se trata de acciones penales. En derecho justiniano se clasifican las obligaciones en civiles y pretorias u honorarias.

122. Contenido de la obligación.

La obligación consiste en el deber de:

- Dar (dare): es hacer propietario o constituir un derecho real o prestaunos servicios.
- Hacer (facere): acto que implique un comportamiento que comprende la abstención y el devolver una cosa a su propietario.
- Prestar (praestare): responder de algo o garantizar.

Para designar el objeto de la obligación, se habla en general de prestación. Ésta debe reunir los requisitos de ser posible, lícita, objetivamente determinada y tener carácter patrimonial.

123. Obligaciones divisibles e indivisibles.

Se considera divisible la obligación cuando puede cumplirse por partes o fraccionadamente, sin alterar su finalidad económica. Si no puede cumplirse se considera indivisible. Son divisibles las obligaciones que consisten en un dar. Las obligaciones de hacer son siempre indivisibles. Las obligaciones con prestación indivisibles tienen el carácter de solidarias.

124. Obligaciones naturales.

La obligación natural es la contraída por los esclavos y posteriormente por las personas sometidas a la potestad del paterfamilias. Estas obligaciones carecen de acción. Además de la consecuencia más importante de la retención de lo pagado, las obligaciones naturales tienen los siguientes efectos:

- Pueden oponerse como compensación los créditos naturales a las obligaciones civiles.

- Podían ser objeto de novación y convertirse en obligación civil.
- Pueden ser objeto de delegación y constitutum.
- Pueden ser garantizadas con fianza, prenda o hipoteca.
- Se tienen en cuenta a efectos del aumento o disminución del peculio.
- La compra efectuada por el esclavo o sometido se considera como justa causa para la usucapión.

En el derecho justiniano estas obligaciones, fundadas en vínculos de parentesco o moralidad, ya que tienen acción, se consideran como obligaciones naturales impropias.

125. Cumplimiento y extinción de las obligaciones.

Las obligaciones son temporales, estables y nacen para ser cumplidas. El cumplimiento de las que consisten en dar, se denomina pago. El objeto de esta clase de obligaciones puede ser determinado o indeterminado. El cumplimiento de las de facere se denomina en general satisfactio. El objeto de estas obligaciones de facere es indeterminado. Con el ejercicio de la acción personal se persigue una conducta pecuniaria del demandado.

Extinción de las obligaciones: el pago, la compensación y el concurso de causas, la confusión, la imposibilidad de cumplir la prestación y la muerte, etc. El pretor concede al deudor una exceptio contra la acción del acreedor, cuando existe un hecho que extingue la obligación. De esta manera se distinguen los modos de extinción en ipso iure, que son los reconocidos por el ius civile, de los ope exceptionis, que los son por derecho pretorio.

126. Acciones civiles personales.

- Las acciones penales.
 - ~~///~~ De hurto.
 - ~~///~~ De daño causado.
 - ~~///~~ De daño causado por cuadrúpedo.
 - ~~///~~ De viga empotrada.
 - ~~///~~ De sustracción de bienes por los tutores.
- La acción de contención del agua pluvial.
- Las acciones derivadas de la stipulatio:
 - ?? De deuda cierta o condictio.
 - ?? De deuda incierta.
- Las acciones con litiscrescencia:
 - ?? Acción ejecutiva.
 - ?? Acción de pago del fiador.
 - ?? Acción de mediación del campo.
 - ?? Acción del testamento.
- Las acciones de buena fe:
 - ?? Acción de fiducia.
 - ?? Acciones de los contratos consensuales.
 - ?? Otras acciones no contractuales: acción de la tutela o de la dote.

127. Acciones personales y fuentes de las obligaciones.

Las acciones civiles personales.

- Acciones penales, por delitos privados.
- Acciones crediticias por préstamos.
- Acciones por estipulaciones, de objeto cierto o incierto.
- Acciones de buena fe por contratos consensuales.

Las correspondientes obligaciones proceden de:

- Delitos.
- Préstamos.
- Estipulaciones.
- Contratos.

Se habla de fuentes para designar las relaciones de donde nacen o surgen las obligaciones.

128. Las clasificaciones escolásticas de las fuentes de las obligaciones.

I. Clasificación de las Instituciones de Gayo.

Para los juristas clásicos el contrato consiste en una convención o acuerdo y no en una declaración unilateral. Las obligaciones nacen de contrato:

- La cosa (re): contratos reales (el mutuo y el pago de lo indebido).
- Las palabras (verbis): contratos verbales (la estipulación y otros contratos, como la promesa de dote y la promesa jurada del liberto).
- La escritura (litteris): contratos literales (el negocio crediticio y los documentos de deudas).
- El consentimiento (consensu): contratos consensuales (la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato).

La clasificación es incompleta al no comprender importantes relaciones contractuales, tanto las ya extinguidas como las vigentes en su tiempo.

II. Clasificación de las res cottidianae.

Las causas de las relaciones obligatorias resultan repartidas en una tercera división, junto al contrato y al maleficio o delito, que se comprende con la denominación genérica de “distintos tipos de causas”.

III. Otras clasificaciones escolásticas prejustinianeas.

El glosema de Ulpiano: unas nacidas de contrato, otras de un hecho y otras que son por el hecho. Otra clasificación es la de Modestino. Causas:

- Por recibir una cosa: equivale a préstamos.
- Por unas palabras: se refiere a la estipulación.
- Por recibir una cosa y cambiar unas palabras a la vez.
- Por el consentimiento: basta el nudo consentimiento.
- Por la ley.
- Por derecho honorario.
- Por necesidad: cuando no se puede hacer algo distinto de lo ordenado.
- Por una falta: consiste en probar un hecho delictivo.

Aparte de las causas que derivan de la ley y de la necesidad del derecho, las otras causas coinciden con las fuentes antes examinadas: delitos, préstamos, estipulaciones y contratos, con una especial referencia a las obligaciones derivadas del derecho honorario.

IV. Clasificación de Justiniano y de los intérpretes .

Justiniano dividió las obligaciones en: obligaciones de contrato y obligaciones como de contrato. Distinguió entre obligaciones derivadas de delito y las que venían como de delito. A las cuatro categorías añade la ley. Los intérpretes griegos del derechojustiniano cambiaron ligeramente la nomenclatura de la cuatripartición, al decir que las obligaciones derivan del contrato o cuasicontrato, del delito o cuasidelito. Esta terminología es la que ha pasado a la sistemática moderna.

II. DELITOS.

129. Delitos privados.

Se llaman delitos a los actos ilícitos de los que derivan obligaciones que se sancionan con una pena. Los delitos privados son objeto de acciones penales tramitadas en los juicios ordinarios, cuya finalidad es conseguir una condena pecuniaria. En la época primitiva, regía la llamada ley del talión. Al sistema de la

venganza privada sucede el de la composición voluntaria y a ésta le sigue la composición impuesta por la ley. La pena que se impone al autor del delito, consiste en un múltiplo del valor del daño causado. Tiene un carácter punitivo y no se limita a la reparación del daño. Las características generales de las acciones penales son:

- La intransmisibilidad: se distingue entre las acciones que se transmiten a los herederos del que delinque, de las que pueden ejercitarse por los herederos del ofendido.
- La noxalidad: cuando el delito se comete por un sometido a potestad, esclavo o hijo de familia, la acción penal se ejercita contra el paterfamilias.
- La cumulatividad: las acciones penales son acumulables en el sentido de que, cuando son varios los autores del delito, cada uno de ellos debe pagar la pena entera.
- La perpetuidad o anualidad: las acciones civiles y las reipersecutorias no tienen establecido un plazo para su ejercicio; en este sentido se llaman perpetuas. Las utilizadas por el pretor son anuales.

En derecho clásico no existe una noción o categoría general del delito.

130. Delitos de hurto (furtum) - casos.

Se considera como la sustracción clandestina de una cosa ajena contra la voluntad de su dueño. En el derecho antiguo, el hurto se considera como un hecho material, cuyo castigo se atribuye a la venganza privada del perjudicado. En las XII Tablas, las penas son distintas, según que el ladrón sea sorprendido in fraganti, o en el acto mismo del hurto. Para la búsqueda del objeto robado en casa del ladrón, se exigía un registro con ciertas formalidades.

- Encontrado: cuando en presencia de testigos se busca y se encuentra el objeto robado en casa de alguien.
- Traslado: cuando el objeto robado se encuentra en tu poder, porque otro te lo endosó. Contra él se da la acción de hurto trasladado.

Una vez que desaparece la pena de entregar al ladrón, se mantienen las antiguas acciones civiles en el procedimiento formulario con las siguientes penas:

- Acción de hurto encontrado y acción de hurto trasladado: pena del triple.
- Acción de hurto no flagrante: pena del doble.

El pretor agregó otras acciones in factum con las siguientes penas:

- Acción de hurto flagrante: al cuádruplo.
- Acción de robo o hurto con violencia: al cuádruplo.
- Acción de hurto prohibido: al cuádruplo.
- Acción contra el ladrón que no presenta el objeto robado: no se conoce la pena aplicada.
- Acción contra el que cometió hurto con ocasión de un incendio, naufragio, abordaje, u otra catástrofe similar.

Las acciones de hurto que tienen carácter infamante, son transmisibles a los herederos de la víctima. Cuando el que sufre el hurto es el dueño de la cosa, puede ejercitar las acciones reipersecutorias. Cuando se trata de hurto de dinero o de cosas consumibles el dueño dispone también de la llamada condictio furtiva. Principios y reglas sobre el hurto, para cuya existencia se requiere:

- Un desplazamiento de la cosa mueble hurtada.
- El elemento intencional o dolo.

131. Delitos de daño (casos).

El delito de daño injustamente causado procede de la lex Aquilia de damno (286 a.C.). La ley Aquilia tiene tres capítulos: el primero dispone que el que hubiese matado injustamente un esclavo ajeno o a un cuadrúpedo de cualquier clase de ganado. El segundo capítulo se refiere al daño, que causa al acreedor, el acreedor adjunto que se queda con el crédito cobrado. El tercer capítulo se refiere a toda clase de daño

producido a un esclavo o aun cuadrúpedo de cualquier clase de ganado. La condena del causante del daño es por el valor máximo que alcanzó el objeto dañado en aquel mes.

El pretor actúa de acuerdo con las extensiones jurisprudenciales a nuevos supuestos y casos, y concede acciones in factum y útiles para completar la ley Aquilia. Cuando se trataba del daño causado no a un esclavo, sino a una persona libre, se puede ejercitar como acción útil. Tratándose de daños causados en especiales circunstancias, el pretor concedió las siguientes acciones in factum:

- Acción al cuádruplo del daño causado por una cuadrilla de hombres armados.
- Acción al cuádruplo por los daños o robos realizados con ocasión de una calamidad pública.
- Acción doble por los daños cometidos en un tumulto o revuelta, o los que cometen los publicanos o sus dependientes.

Elementos que configuran el delito de daño:

- Iniuria: el daño debe ser injusto, es decir, contrario al derecho.
- Culpa: es la conducta o actuación negligente del que causa un daño.
- Damnum: es la pérdida o disminución patrimonial que se sufre por culpa de otro. Debe existir una relación de causalidad ente el daño causado y la acción.

En derecho justinianeo, se puede ejercitar la acción in factum general por cualquier daño, con el que se pretenda obtener una indemnización no contractual.

132. Delitos de lesiones u ofensas (iniuriae).

En derecho clásico, eran injurias las lesiones físicas y morales sufridas por una persona. El pretor crea una acción de contenido general, para reprimir las lesiones o las ofensas a la dignidad, llamada acción de injurias. Era una acción penal in factum, infamante y anual, que no se transmitía a los herederos del ofensor ni de la víctima. En el caso de injurias graves, el pretor haría la estimación y el juez decidiría sobre la justicia y equidad; con respecto al pretor el juez no rebajaría la condena.

En el edicto existe un edictum generale y varios edictos con fórmulas que se refieren a distintos supuestos de ofensas personales: escándalo público, atentados al pudor de una mujer o de un menor y lesiones a los dueños mediante ofensas a sus esclavos. La lex Cornelia de iniuriis, de la época de Sila, concede una acción criminal al que ha sido golpeado o azotado, o al que se ha allanado su casa con violencia.

133. Delitos de derecho pretorio.

El edicto contiene un extenso repertorio de acciones in factum, para sancionar delitos no castigados por el derecho civil.

- Acción contra los que habían vertido cosas a la calle.
- Acción contra el que tiene colocada o colgada alguna cosa sobre el lugar por el que se suele pasar y que puede causar daño.
- Acciones in factum por los hurtos y daños que cometen los dependientes de los navieros, fondistas y dueños de establos.
- Acción in factum contra el juez que obra dolosamente al dictar sentencia.

I. Miedo.

Se considera miedo o intimidación la amenaza con un mal grave y actual, que un hombre sereno no puede rechazar.

El derecho civil no concedía remedio alguno contra la intimidación. El pretor Octavio concedió (80 a. C.), una acción por causa de miedo llamada también fórmula octaviana. Esta acción in factum es de carácter penal; puede darse como noxal y persigue una condena por el cuádruplo, si se ejercita dentro del año, o por el lucro obtenido, si se entabla después del año. No es infamante y la cláusula arbitraria permite evitar la condena.

La redacción objetiva de la fórmula permite que la acción tenga carácter impersonal. El demandado por una acción, derivada del acto viciado por el miedo, puede oponer una excepción

del miedo, que no tiene la limitación del año. El edicto concede también una rescisión total de los actos en que interviene intimidación.

II. Dolo.

El derecho civil tiene en cuenta el dolo únicamente en los juicios de buen fe y cuando haya ocasionado un error grave que causa la nulidad del contrato. En la estipulación se acostumbraba a incluir una cláusula de dolo, por la que se obligaba al deudor a prometer que no obraría con dolo. El edicto tipifica como delito al dolo malo y concede una acción de dolo para obtener una indemnización por el perjuicio sufrido. La acción es infamante y se concede con carácter subsidiario. Se ejercita dentro del año por el perjuicio sufrido, puede darse como noxal, y es intransmisible a los herederos. El pretor concede también una exceptio doli. Es probable que el pretor concediera también una rescisión total.

III. PRÉSTAMOS.

134. El crédito y los negocios crediticios.

El préstamo o crédito es la obligación nacida de la entrega de una cantidad de dinero, que obliga a restituir. Esta obligación genera una *condictio* o acción de repetición. La *condictio* tiene por objeto recuperar del demandado el enriquecimiento injusto que procede de una entrega o *datio* del demandante. Es posible distinguir la condición del mutuo, o contractual, de las condiciones extracontractuales, que se refieren a supuestos varios de enriquecimiento injusto.

El prototipo del negocio crediticio es el mutuo. De la entrega en mutuo hay que distinguir otros tres tipos de *dationes*: para conseguir algo del que lo recibe; por una causa determinada; por eventuales circunstancias. Los tres convenios de préstamos protegidos por el pretor no son causas propias del crédito, pero pueden considerarse negocios crediticios en sentido amplio.

135. El mutuo (*mutui datio*) - casos.

Se trata de un préstamo de consumo o de cosas consumibles que el mutuante entrega al mutuario, para que éste le devuelva otro tanto del mismo género o calidad. Se considera necesaria la *datio* o entrega. Se considera necesario el convenio o acuerdo entre las partes de realizar el préstamo. El mutuo tiene por objeto dinero o cosas fungibles y el mutuario debe devolver la misma cantidad. Si la intención de las partes fue la devolución de la misma cosa que se entregó, no habría mutuo, sino préstamo de uso o depósito. Si se trata de restituir una cosa distinta es una permuta. El mutuo es gratuito.

En una estipulación independiente, las partes pueden acordar el pago de intereses o precio por el uso del dinero. El negocio más utilizado en el ámbito comercial y financiero es el préstamo con interés. Los intereses abusivos estaban prohibidos por las *leges fenebres* que limitaban las tasas.

136. El préstamo marítimo (caso).

El préstamo que se hace al armador de una nave para que transporte el dinero o compre mercancías destinadas al tráfico marítimo se llama *cantidad trayecticia* o préstamo naval. El riesgo de la pérdida es del acreedor o prestamista que puede estipular por ello unos intereses elevados, a cargo del transportista. El préstamo se diferencia del mutuo en que la restitución está subordinada a la llegada de la nave.

La acción era la *condictio*. En constituciones imperiales del s. III d.C. se admite otra clase de préstamo, de origen oriental, sin límite de intereses consistente en la entrega de bienes fungibles.

137. El pago (*solutio*), la compensación y la mora.

El acto de pagar extingue la obligación del préstamo. El pago puede delegarse en otra persona. Si el deudor ofrece pagar su deuda sólo en una parte, el acreedor puede rechazar el pago parcial; pero si se trata de varias deudas, debe admitir el pago de alguna o varias de ellas. El pago se imputa: a los intereses, a la deuda vencida, al crédito más gravado por estar garantizado con prendas o al más antiguo. En el crédito bancario, el banquero realiza la imputación del pago parcial. La compensación sólo tiene lugar entre deudas vencidas y de la misma clase.

El pago debe realizarse en el lugar y tiempo establecido. Cuando el deudor no realiza el pago en el tiempo debido, incurre en mora. Este retraso no aumenta la cantidad de la deuda, ya que solo se deben intereses si se han pactado. Para que exista mora es necesario que sea ejercitable una acción a la que no se pueda oponer una excepción.

La mora del deudor agrava su responsabilidad y debe responder por pérdida de la cosa específica. La mora cesa cuando el deudor ofrece pagar al acreedor y éste no tiene causa para rechazarlo. Existe la mora del acreedor cuando éste rechaza el pago que le ofrece el deudor. Contra la reclamación del acreedor que solicita una cantidad de dinero o cosa genérica, después de haber rechazado el pago, el deudor puede oponerle una exceptio doli.

138. Otras daciones crediticias (casos).

A) Dación para conseguir algo del accipiente (datio ob rem).

Es la entrega de una cosa con la finalidad de conseguir algo lícito del accipiente. Contra el que retiene lo entregado procede la *condictio recuperatoria*. Aparte de la permuta y del contrato estimatorio, son ejemplo de estas daciones:

- Para que el accipiente renuncie a una acción.
- Para cumplir una condición impuesta.
- Para constituir una dote futura.
- Para pagar a un procurador sin mandato cuando no sigue la ratificación del acreedor.

Además de la *condictio* para recuperar lo entregado, existían en el derecho clásico unas acciones *in factum* que perseguían la estimación o el valor de la prestación esperada y que no había cumplido. El derecho postclásico generalizó estos convenios de entregar una cosa por otra, incluyéndolos en la categoría de los contratos inominados, protegidos por una acción de palabras prescrites, considerada como de buena fe. Se incluyen en esta categoría el precario, la transacción, el convenio de división, la donación modal y la constitución de dote recepticia.

Los intérpretes clasifican los contratos inominados en cuatro categorías:

- Dación para dación.
- Dación para hacer.
- Hacer para dación.
- Hacer para hacer.

B) Dación por una determinada causa (dationes ob causam).

Se da esta dación en aquellos casos en que falta la causa para obtener la cosa entregada. El caso más conocido es el del pago de lo que no se debe. La *solutio* es ejercitar la *condictio* para recuperar el pago. Otro caso en el que procede la *condictio* es cuando la entrega se produce en virtud de un convenio ilícito o inmoral. La dación por causas determinadas:

- La dación *mortis causa* cuando no ocurre la muerte.
- La entrega de dote cuando no se celebra el matrimonio.
- La entrega de arras cuando el contrato se ha cumplido.

C) Daciones por circunstancias eventuales (dationes ex eventu).

Cuando el que entrega carece de propiedad o no realiza el acto en la forma requerida y como consecuencia no puede ejercitar la *reivindicatoria*. Cuando ésta resulta imposible o difícil porque el objeto se consume o se confunde, se ejercita la *condictio*. El caso citado es el de la *condictio furtiva*, que ejercita el propietario contra el ladrón cuando éste no restituye la cosa hurtada y, por haberla consumido o perdido, no es posible reivindicarla.

139. Préstamos pretorios: I. Constitución de plazo (constitutum) - caso.

Es la promesa de pagar dentro de un plazo, o en un nuevo plazo, una deuda preexistente de una cantidad de dinero. La promesa de fijar un plazo queda subordinada a la existencia de una obligación precedente, que puede ser propia o ajena. La determinación de un plazo para pagar una deuda ajena

supone una especie de garantía personal. Si incumple el pretor concede una acción de cantidad contituida a plazos. Esta acción se acumula a la que tutelaba la precedente obligación.

140. II. La asunción de deuda por el banquero (receptum argentarii).

El receptum argentarii es independiente de toda relación anterior. Esta figura consiste en la asunción de la deuda de un cliente por parte del banquero. Justiniano la abolió.

141. III. Comodato (casos).

Es un préstamo de uso en el que el comodante entrega una cosa inconsumible por tiempo determinado al comodatario, para que use de ella gratuitamente y después se la devuelva. El comodatario no recibe del comodante la posesión de la cosa, sólo la detentación. La cosa dada en comodato sólo pueden serlo las cosas no consumibles. El comodato es esencialmente gratuito. Normalmente se da en interés del comodatario, pero puede existir también en interés del comodante o de ambos. El comodatario responde de la pérdida de las cosas prestadas por custodia.

Variaciones a la regla: si el comodato se hace en interés exclusivo del comodante o de los dos, la responsabilidad se limita al dolo. Si el comodatario hace un uso diverso de lo establecido o no se atiene al fin a que la cosa se destina, responde hasta el caso fortuito. Se concede al comodante la acción de la ley Aquilia para reclamar por los daños causados a la cosa. El comodatario debe restituir la cosa con todos sus accesorios y los frutos que entren en el uso concedido.

142. IV. Prenda (pignus): la acción personal.

Es una acción personal porque se concede contra aquél a quien se da una cosa en prenda para garantizar el cumplimiento de una obligación. Es la entrega de una cosa del deudor pignorante al acreedor pignoraticio para que la retenga hasta que se cumpla la obligación. Puede considerarse un préstamo de garantía. Tan pronto deja de existir la obligación porque se cumple o se extingue, el acreedor pignoraticio deja de tener una causa para retener la prenda y se da contra él la acción de repetición.

143. La prenda como garantía real: objeto y contenido (casos).

La entrega o traspaso de posesión al acreedor pignoraticio era una garantía real. El acreedor puede defender su posesión sobre la cosa dada en prenda y comete hurto el propietario que la sustrae. Pueden ser objeto de prenda las cosas específicas que pueden ser restituidas, pero si se pignora un patrimonio entero, la prenda comprende también las cosas genéricas comprendidas en él. Se pignoran los bienes inmuebles y los muebles. El pignorante concede al acreedor pignoraticio:

- El derecho de vender la prenda y cobrar su deuda vencida con el precio obtenido. El acreedor vende como si se tratara de un negocio propio y con el consentimiento del pignorante. Si el acreedor no encuentra comprador, puede pedir al emperador la adquisición de la cosa según su valor; sólo después de dos años la adquiere definitivamente.
- El derecho de comiso o de hacerse propietario de la prenda si no se cumplía la obligación.
- El derecho a percibir los frutos en lugar de los intereses.

144. Hipoteca (casos).

El desplazamiento de la posesión puede ser inmediato, como en la prenda, o quedar aplazado al incumplimiento de la obligación, como en la hipoteca. El origen de la prenda por simple convención o hipoteca se encuentra en la garantía inmobiliaria de los arrendamientos públicos y, sobre todo, en la prenda o garantía de los arrendamientos rústicos. El arrendador y el arrendatario convenían que los muebles y aperos de la labranza trasladados y los semovientes que llevaba a la finca de los que se servía para el cultivo, respondiesen del pago de la renta hasta el fin del contrato.

A partir del s. I d.C. este convenio de prenda sin posesión se generaliza y puede constituirse sobre cualquier objeto que se pueda vender. El término griego hipoteca se utiliza con preferencia a pignus conventum a partir de la época de los Severos, por influencia del derecho de las provincias orientales.

145. Objeto y constitución de la hipoteca. Hipotecas tácitas y legales.

Todas las cosas que pueden comprarse o venderse pueden ser objeto de hipoteca. Pueden ser objeto de hipoteca las cosas corporales, los derechos, los patrimonios y los bienes futuros. Objeto de prenda puede ser también un crédito y el mismo derecho de prenda. Para constituir la hipoteca es suficiente el simple acuerdo o convenio. También puede constituirse por disposición testamentaria.

La hipoteca se constituye también por la presunción de la voluntad del constituyente, o hipoteca tácita. Las hipotecas legales, o constituidas por disposición de la ley, pueden ser especiales o generales. La hipoteca general se admitió en la época de los Severos a favor del fisco. En derecho postclásico y justiniano se admiten nuevos casos de hipotecas legales:

- Sobre el patrimonio del marido en garantía de la restitución de la dote de la mujer.
- Sobre la donación nupcial y los bienes parafernales.
- Sobre la herencia, una vez aceptada, en garantía de los legados.
- Sobre el patrimonio del tutor o curador en garantía de las obligaciones asumidas en nombre del incapacitado.
- Sobre el patrimonio de la mujer que contrae segundas nupcias, para garantizar los bienes de la herencia del primer marido a favor de los hijos nacidos en el matrimonio de éste.
- Para el derecho de enfiteusis a favor de la Iglesia.

146. Pluralidad de hipotecas.

La hipoteca puede constituirse a favor de varios acreedores. Las hipotecas se ordenan según la fecha de su constitución, y una vez realizada la venta de la cosa hipotecada, cobra el primer acreedor.; con lo que queda el segundo, y así sucesivamente hasta agotar el precio obtenido. No existe en derecho romano un sistema de registro público de hipotecas.

Una derogación al principio de la prioridad temporal se da cuando concurren las llamadas hipotecas privilegiadas. Éstas pueden ser convencionales, como la que se da sobre la cosa comprada con dinero prestado, o a favor del fisco; o legales, a favor del acreedor refaccionario, o que presta dinero para construir; o la que recae sobre los bienes del tutor o del marido. Puede darse un cambio de prioridad de las hipotecas, por la subrogación convenida de un acreedor en el lugar de otro anterior.

147. Extinción de la prenda.

- Por la completa liquidación de la obligación garantizada.
- Por la pérdida o desaparición de la cosa pignorada.
- Por la venta realizada por el acreedor.
- Por renuncia expresa o tácita del acreedor.
- Por confusión cuando el acreedor se convierte en propietario.
- Por prescripción completada por un tercero que posee la cosa durante diez o veinte años, según se trate de presentes o ausentes.

IV. ESTIPULACIONES.

148. Sponsio y stipulatio.

La sponsio se presenta como un negocio solemne de carácter promisorio, integrado por una pregunta y una respuesta. Existen muchas dudas y controversias doctrinales sobre el origen de la sponsio y su relación con la stipulatio. Según la tesis más aceptada la sponsio había sido originariamente un procedimiento de caución. Es necesario observar que la stipulatio presenta notables diferencias con la sponsio. En primer lugar, esta última es accesible sólo a los cives; mientras que la stipulatio la pueden utilizar romanos y peregrinos. En segundo lugar, mientras el formalismo de la sponsio tiene carácter esencial y se mantiene siempre en términos rigurosos, la stipulatio presentan una evolución histórica en la que el formalismo se atenúa para dar paso a formas más abiertas y flexibles.

Se parte del presupuesto de que la estipulación presenta la misma estructura que la *sponsio*, se considera como una *conceptio verborum* y como acto abstracto, y ambas figuras se funden en la categoría de la *obligatio verbis*. Sabemos que de la estipulación derivaba una *actio civilis in personam* que cuando se trataba de estipulación que tenía por objeto una suma de dinero, se denominaba *actio certae creditae pecuniae*.

149. Estructura clásica de la stipulatio y de la obligatio verbis.

La stipulatio se fundamenta en la pronunciación de los *verba de la interrogatio* y de la *responsio*.

Requisitos de la obligación verbal:

1. La oralidad constituía la esencia del acto. Los mudos y los sordos no podían servirse de la estipulación. Los *verba* podían ser pronunciados no sólo en latín, sino también en lengua griega.
2. La presencia simultánea de las partes y la *unitas actus*. Destaca la necesidad de que a la pregunta siga la respuesta conforme a las circunstancias del caso. La estipulación es inválida cuando el promitente, antes de responder, da inicio a un nuevo negocio.
3. Se exige la congruencia, y la perfecta correspondencia entre *interrogatio* y *responsio*. Se observa una cierta evolución que de una congruencia formal lleva a una congruencia sustancial. Es inútil la estipulación a favor del tercero que era nula según el derecho civil. Dos tendencias doctrinales: *nostris praeceptores*, o sea los sabinianos consideraban válida la estipulación por entero, que surte sus efectos en cuanto a la persona que interviene en el negocio, mientras que se considera no escrita la estipulación a favor del tercero; a cambio, los *diversae scholae auctores* es decir, los proculeyanos, consideraban la estipulación válida en la mitad e inútil en la otra mitad.

150. Contenido y modalidades de la estipulación (casos).

El estipulante es el que determina el contenido y las modalidades de la obligación que el promitente acepta. La obligación puede someterse a una condición. También puede aplazarse hasta la llegada de un determinado día (término). La obligación nace cuando se cumple la condición y sus efectos no se retrotraen al momento de la estipulación. Una vez ha nacido la obligación, su terminación o resolución sólo puede actuarse mediante una *exceptio*, que surge de un pacto de limitar temporalmente la obligación o someter su resolución a una condición.

En el caso de una estipulación en la que existen varios aplazamientos, se divide en tantas obligaciones como sean los plazos. La obligación debe cumplirse en el lugar determinado en la estipulación.

151. Reconocimiento de pago (acceptilatio).

Se trataba de una forma de cancelación verbal y abstracta, de signo contrario a la estipulación que creaba la obligación. En su función originaria, era el recibo o reconocimiento de un pago efectivo. Más tarde, se convierte en una forma general de cancelación de deudas, con independencia de que éstas se cumplan o no. La aceptación sólo extingue las obligaciones nacidas de la stipulatio, pero no las demás. Pueden ser refundidas en una única estipulación novatoria.

152. Decadencia de la estipulación.

Por influencia de concepciones jurídicas extranjeras, pierde su estructura originaria y asume gradualmente la forma de contrato literal. La evolución del derecho postclásico fue dando al documento estipulatorio carácter constitutivo. Por la interinfluencia del derecho romano con los derechos provinciales después de la constitución antoniniana, la estipulación se transforma en una cláusula general de los contratos. En cuanto a la causa, en derecho clásico la estipulación era un acto de carácter abstracto y producía todos sus efectos independientemente de la causa, que podía ser variadísima.

En el derecho postclásico la cláusula estipulatoria se generaliza y una simple declaración de deuda era considerada como stipulatio. Ésta se funde con el *instrumentum* que la acompaña, en el sentido de que es estipulación cualquier promesa redactada por escrito, y esto independientemente de la presencia de la cláusula estipulatoria. En Occidente no es posible ya distinguir entre pacto escrito y estipulación escrita.

La obligación y la *condictio* no se considera que derivan de los *verba*, sino de la escritura. Por tanto, puede afirmarse que el acto abstracto de la *stipulatio* muere dando vida al documento abstracto que pervive.

153. Transcripción de créditos y deudas (*transcriptio nominum*).

Se trata de un negocio escrito que consiste en la inscripción creadora de obligaciones, que se realizaba en los libros de contabilidad de un paterfamilias o con más frecuencia de un banquero. Existía un libro de contabilidad de entradas y salidas: el *acceptum* y el *expensum*. La transcripción podía ser de dos clases:

- De la cosa a la persona: se apunta como entregado en préstamo lo que realmente me debes como precio, renta o aportación como socio.
- De persona a persona.

La *transcriptio* es un acto abstracto y de derecho civil. No podía tener por objeto una cantidad indeterminada y no admitía término o condición. El contrato literal no requiere la presencia simultánea de las partes y ello facilitaba el tráfico comercial. La acción que deriva del contrato literal era la *actio certi*. Un tipo distinto de contables eran los considerados créditos del libro de caja. En el libro de caja figuraban las entradas y salidas de fondos, con la expresión del nombre de las personas que intervenían y del importe de la operación.

154. Documentos crediticios subjetivos (*chirographa*) y objetos (*syngrapha*).

El *chirographum* es un documento único de reconocimiento de deuda que queda en poder del acreedor y atestigua el negocio que han celebrado. El *syngraphum* se redacta en términos objetivos, en doble original que firman los interesados y cada uno de ellos conserva un ejemplar, y puede atestiguar negocios que no se han celebrado.

155. Estipulaciones inválidas.

Una estipulación se considera válida por derecho civil, si reúne determinados requisitos de capacidad, contenido y forma. En las estipulaciones que no se consideran válidas, deben distinguirse dos clases: las estipulaciones inexistentes, porque le faltan algunos de los requisitos requeridos, y la estipulación ineficaz, que nace como válida pero que no genera una obligación, por adolecer de algún vicio. Casos de inexistencia e ineficacia:

- Inexistencia de estipulación: defectos de las personas que intervienen (sordos, mudos y locos; infantes).
- Incongruencia: se da cuando hay diferencias entre la pregunta y la respuesta. En relación con el objeto de la estipulación, y la realizada a favor de un tercero.
- Ineficacia de la estipulación. Promesa para después de la muerte.
- En relación con el objeto:
 - ?? Cuando es inmoral o ilícito.
 - ?? Cuando es inicialmente posible, pero luego se hace imposible.
 - ?? Cuando hay error y no se puede determinar el objeto a que se refiere la estipulación.
 - ?? Cuando no se presta la *auttoritas tutoris* en una promesa realizada por el infante mayor o por una mujer.

156. Estipulaciones de objeto indeterminado .

Las promesas con objeto que de ninguna manera pueden determinarse, se consideran inútiles. En cambio, las que consisten en un objeto que puede determinarse por un acto posterior a la estipulación son válidas y eficaces.

- Las estipulaciones de objeto genérico: el deudor deberá especificar el objeto a entregar, dentro de un género limitado o ilimitado.
- Las estipulaciones alternativas: el deudor puede elegir entre varios objetos que pueden ser de distinta clase. Se utilizaban para asegurar al acreedor contra las eventualidades de pérdida de la cosa que liberaban al deudor.

157. Estipulación penal.

En la estipulación penal se trata de añadir una nueva promesa estipulatoria, que tenga por objeto el pago de una cierta cantidad de dinero que se condiciona al cumplimiento de la obligación anterior. Existe entonces una obligación principal que sigue existiendo y una segunda condicionada al cumplimiento de aquella. Si el deudor cumple, no produce efectos la segunda obligación; si no cumple, debe pagar la pena y puede defenderse por una *exceptio doli*, si el estipulante ejerce la acción que deriva de la obligación principal.

158. Novación.

La estipulación que crea una nueva obligación, con idéntico objeto de otra anterior que se extiende, debe contener algo nuevo.

- A los sujetos: cuando se sustituye la persona del acreedor o del deudor. Se habla entonces de delegación activa (un mandato de prometer a un tercero) y pasiva.
- Al objeto: cuando la estipulación se realiza entre las mismas personas, el algo nuevo puede referirse a: un cambio de causa o a un cambio en las modalidades de la obligación.

La novación que se efectúa formalmente mediante estipulación puede realizarse también por transcripción de créditos. La forma de la nueva estipulación era la que novaba la obligación anterior. Entre los efectos novatorios, se acepta la modificación del objeto de la nueva obligación.

159. Pluralidad de sujetos y solidaridad.

El régimen de la promesa con pluralidad de sujetos está en relación con el carácter divisible o indivisible de la obligación. Cuando se trata de una divisible el deudor parciario sólo debe pagar su parte de la deuda. Si es indivisible, se aplica el principio de la solidaridad: cada acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación en su totalidad, pero sólo puede hacerlo un acreedor. La obligación se extingue cuando un acreedor ejerce la acción y celebra *litis contestatio* con el deudor.

Nace una obligación solidaria activa cuando, después de hacer la pregunta estipulatoria todos los estipulantes, el promitente respondía prometo. En la obligación solidaria pasiva, el estipulante se dirige a cada uno de los promitentes, que responde separadamente prometo o a la vez prometemos.

La obligación queda extinguida si uno de los coestipulantes cobra o uno de los copromitentes paga, o uno de ellos ejerce la acción derivada de la estipulación y se celebra entre ellos *litis contestatio*. En el derecho clásico la solidaridad se producía también en la transcripción de créditos, y en la fiducia y en el legado damnatorio. La extensión a los contratos es postclásica.

160. Fianza o garantía personal.

Se distingue ante todo la garantía que presta el fiador a favor del promitente, que supone la promesa de un nuevo deudor o copromitente, de la intervención de un nuevo acreedor coestipulante, para el caso de estipulación para después de la muerte. Las formas clásicas de la garantía mediante estipulaciones, que no eran transmisibles a los herederos, son:

- Sponsio: es la forma general de obligarse del antiguo derecho civil, que se aplicaba con finalidades de garantía exclusivamente en las estipulaciones de los ciudadanos romanos.
- Fidepromissio: es la promesa que, basada en la fides, puede ser utilizada también por los fiadores peregrinos y extranjeros.

Dada la gran importancia social de la garantía social se dictaron numerosos plebiscitos en la época republicana para regular la fianza:

- La lex Apuleia: limita la responsabilidad del fiador; si paga más de lo que le corresponde, puede dirigirse contra los demás fiadores para reclamar el reembolso del excedente.
- La lex Furia: se aplica solo en Italia, y dispuso que la obligación de garantía se extingue por el transcurso de dos años y que en caso de pluralidad de fiadores la deuda quede dividida entre ellos por partes iguales.
- La lex Cereia: declaración del objeto de la obligación y del número de garantes.

- La lex Publilia: concedió al sponsor que ha pagado al acreedor una acción de regreso contra el deudor: la *actio depensi*, si no lo hubiera pagado dentro de los seis meses siguientes al pago.

161. La fideiussio.

Es la forma más general y completa de garantía personal que se aplica a toda clase de obligaciones derivadas de contrato y tanto si se trata de afianzar obligaciones civiles como naturales. Consiste en un acto oral, semejante a la estipulación, basado en la fides o lealtad personal, en la que el fideiussor promete el mismo objeto que debe el deudor principal. La fideiussio:

- Es transmisible a los herederos.
- No tiene plazo alguno de caducidad.

El fiador debe responder de todo lo que puede reclamarse al deudor principal. La *litis contestatio* celebrada con el fiador o el deudor principal extingüía la obligación. El fiador no disponía de la acción de regreso para demandar al deudor por el que paga. Una constitución de Adriano extendió a la fideiussio el beneficio de división.

162. La intercesión (intercessio).

Es la prestación de una garantía personal. La intercesión era una actividad propia de hombres, prohibida a las mujeres. La intercesión:

- Prestar garantía real a la deuda de otro
- Ofrecerse como deudor solidario.
- Sustituir al deudor cuya obligación se extingue.
- Obligarse directamente para evitar que otro se obligue.

Contra la acción del acreedor, la mujer que prestó la garantía puede oponer una *exceptio*. Ésta no quedaba obligada, ni siquiera como obligación natural, y si pagaba podía reclamar lo pagado.

163. La fianza justinianea.

La fianza se consideraba en general como obligación subsidiaria y accesorio de la obligación principal. Una vez desaparecido el efecto consuntivo de la *litis contestatio*, la obligación permanece contra el deudor y frente al fiador. Justiniano concede al fiador en general los siguientes beneficios:

- Beneficio de excusión: el acreedor debe demandar primero al deudor principal y el fiador negarse a pagar, mientras que pueda hacerlo el deudor.
- Beneficio de división: el acreedor debe dividir la deuda entre todos los cofiadores que sean solventes en el momento de la sentencia.
- Beneficio de cesión de acciones: el fiador que ha pagado la deuda dispone de la acción que tenía el acreedor a quien pagó, contra el deudor.

V. CONTRATOS DE BUENA FE.

164. Acciones de buena fe y contratos.

Con excepción de las acciones de buena fe de la tutela y de la dote, las acciones que tienen una fórmula *ex fide bona* son acciones derivadas de los contratos. La mayor flexibilidad de la fórmula, que concede al juez más amplias facultades, supone las siguientes consecuencias.

- El demandado no necesita oponer la *exceptio doli* ni ninguna otra excepción basada en la equidad, ya que el juez tiene en cuenta todos los hechos que pueden motivar estas excepciones.
- Se tienen en cuenta las obligaciones recíprocas de las partes y el juez determina la cantidad de la condena.
- El demandado puede cumplir su obligación realizando la prestación convenida hasta el momento de la sentencia y con ello el juez lo absuelve.

- El demandante puede pretender que el juez tenga en cuenta no sólo la efectiva pérdida sufrida por el incumplimiento del demandado, sino también los incrementos o ganancias que hubiese obtenido si éste hubiese cumplido su obligación.
- Las acciones derivadas de los contratos se transmiten a los herederos de los contratantes.

El Título XIX del edicto perpetuo contiene los siguientes contratos: fiducia, depósito, mandato, sociedad, compraventa y arrendamiento.

165. Culpa contractual.

La falta de diligencia en los contratos se denomina culpa contractual, para distinguirla de la culpa aquiliana o extracontractual de los delitos de daño. No existían unas reglas o principios generales sobre la culpa en derecho clásico. Se considera dolo la intención o voluntad consciente de comportarse, de forma que no pueda cumplirse el contrato. Comete culpa el que no se comporta como exige la buena fe contractual o con la diligencia de un buen paterfamilias.

La culpa se deriva no sólo del incumplimiento, sino del retraso en el cumplimiento o mora. En las acciones infamantes, se responde por dolo. En las de buena fe, normalmente, también por culpa. No se responde en cambio por caso fortuito, o independiente de la voluntad de los contratantes. También se habla de fuerza mayor.

Los juristas tratan también del periculum o riesgo de la pérdida de la cosa que debe soportar el riesgo de la pérdida el propietario de la cosa, pero en determinados casos recae sobre el que debía devolverla o deriva de actos de un tercero. Según la mayor o menor gravedad de la culpa se distingue:

- La culpa lata, es la negligencia excesiva. Esta culpa se equipara al dolo.
- La culpa levis, consiste en la negligencia del que no observa:
 - ?? Sea la conducta típica del buen paterfamilias.
 - ?? Sea el cuidado o diligencia que tiene en sus propias cosas.
- La culpa levísima, es la falta en la custodia de una diligencia exactissima.

Si la relación se establece en el interés exclusivo del deudor o de las dos partes, la responsabilidad comprende la culpa levis, si se hace en interés exclusivo del acreedor, se limita a la culpa lata.

166. Fiducia.

Es un contrato formal por el que una persona fiduciante transmite a otra, fiduciaria, la propiedad de una cosa mancipable mediante mancipatio o in iure cessio y éste se obliga a restituir la cosa en un determinado plazo o circunstancia. Para determinar la obligación de restituir, solía convenirse un pacto especial, que se añadía a la mancipatio. Se distingue la fiducia:

- Fiducia con el acreedor: se transmite la propiedad para garantizar un crédito.
- Fiducia con un amigo: servía para alcanzar distintas finalidades como el depósito, comodato o mandato.

De la enajenación de la cosa transmitida en fiducia nace una actio fiduciae que es el prototipo de las acciones de buena fe. Probablemente el fiduciario podía servirse también de la actio fiduciae contraria para el reembolso de los gastos o impensas realizadas en la cosa.

167. Depósito (casos).

Es un contrato gratuito, protegido por una acción de buena fe, por el que el depositante entrega una cosa mueble al depositario para que la custodie y se la devuelva cuando se la pida.

- La entrega de una cosa mueble (no fungible), que supone la transmisión de la simple detentación y no del dominio ni de la posesión.
- Que la obligación de custodiar del depositario se acepte gratuitamente y no se reciba por ella ninguna compensación económica.

El depósito se reconoce como un contrato. La acción puede ejercitarse contra los herederos del depositario y se concede al depositante la acción de peculio contra el padre o dueño del que contrata. Las obligaciones del depositario son:

- Custodiar la cosa depositada y tomar todas las precauciones para su conservación.
- Restituir la cosa depositada a petición del depositante.

Tres figuras particulares de depósito:

- **Depósito necesario o miserable:** en caso de catástrofe o calamidad pública, el pretor concedía al depositante una acción in factum con condena al doble contra el depositario que se niega a restituir.
- **Depósito irregular:** es el depósito de una cantidad de dinero o cosas fungibles, no determinadas, para que el depositario disponga de ellas, y restituya otras del mismo género y calidad, utilizado en los negocios de los banqueros. Se trataba en realidad de un mutuo o préstamo de dinero, con el que se transmite la propiedad de las cosas.
- **Secuestro:** en el caso del secuestro la restitución de la cosa depositada se hace a una persona determinada, con frecuencia al que resulte vencedor en el litigio, o en atención a otras circunstancias, como el que gane una apuesta. El secuestro se diferencia del depósito:
 - ?? El secuestrario no es un simple detentador como el depositario, sino que es un poseedor y como tal puede ejercitar los interdictos.
 - ?? La restitución no se realiza a petición de los depositantes, sino sólo cuando se cumple la condición impuesta o se realiza la circunstancia prevista en el contrato.

168. Contratos consensuales.

El consentimiento expresado de cualquier forma, incluso sin palabras por un gesto concluyente, puede dar vida al contrato consensual. No es necesaria la presencia de las partes y el contrato puede celebrarse por medio de carta o por nuncio. Los juristas atribuyen el origen de los contratos consensuales al derecho de gentes, que se aplicaba a las relaciones entre romanos y extranjeros tuteladas por el pretor peregrinus. Posteriormente se encuadran en el derecho civil entre ciudadanos romanos. Característica de estos contratos es la reciprocidad.

La terminación o resolución del contrato podía supeditarse a que se cumpliera una condición o término, incluso por iniciativa de una de las partes o resolución unilateral. La ordenación de los contratos consensuales en el edicto del pretor era: mandato, sociedad, compraventa y arrendamiento.

169. Mandato.

Es un contrato consensual y gratuito por el que el mandante encarga al mandatario la realización de una gestión o negocio en su interés o en interés de un tercero.

A) Caracteres.

- Es un contrato consensual, es decir, la obligación de mandato se establece por el consentimiento de los contratantes.
- Es gratuito.
- Es necesario que el contrato se haga en interés del mandante o de otra persona.
- El mandato puede tener como objeto una actividad o negocio de carácter jurídico o cualquier otro tipo de actividad, siempre que se realice gratuitamente, ya que de mediar compensación sería arrendamiento.

B) Acciones.

Del mandato nace la actio mandati de buena fe y de carácter infamante. Esta acción se ejercita por el mandante para que el mandatario le rinda cuentas de las gestiones realizadas por su encargo y le entregue lo que ha conseguido por ellas. Como acción contraria puede ejercitarla también el mandatario para reclamar los gastos y perjuicios ocasionados por el mandato.

C) Origen y función social.

El mandato tiene su origen en el oficio o deber moral de ayuda y asistencia, derivado de la amistad. Cuando aparece como categoría contractual se regula a través de las reglas y costumbres sociales que tienen en cuenta los juristas. La organización familiar permitía al paterfamilias confiar la gestión de

sus negocios a sus sometidos, hijos o esclavos, o a sus libertos. Cuando el paterfamilias ponía al frente de un establecimiento mercantil a un sometido a su potestad, procedía contra aquél la actio institoria por las obligaciones contraídas en el ejercicio de esa actividad. Si encargaba el negocio a un extraño, no sometido, podría ejercitarse contra el padre una acción semejante a la actio institoria.

D) El procurador.

Era el administrador de un patrimonio, cargo que solía confiarse a los libertos y que se distinguía del procurador nombrado para un asunto concreto. Cuando falta el encargo, y el procurador interviene espontáneamente se le considera gestor de negocios, y su gestión debe ser aprobada por el dueño del negocio.

E) Obligaciones de los mandatarios.

Las obligaciones del mandatario son:

- Realizar el encargo recibido conforme a las instrucciones del mandante y a la naturaleza del negocio confiado.
- Dar cuenta de la gestión al mandante y transferirle todos los efectos jurídicos derivados de los negocios por él celebrados.
- Responder por el dolo.

El mandante tiene la obligación de responder de los gastos efectuados por el mandatario en el ejercicio del encargo o de los daños o perjuicios sufridos por él.

F) El mandato se extingue.

- Cuando no se ha iniciado todavía la gestión: por la revocación del mandante y por la renuncia del mandatario.
- Cuando la gestión se ha iniciado, el mandante debe respetar las consecuencias del encargo y el mandatario debe continuarla hasta su cumplimiento.
- Por muerte del mandante o del mandatario.

G) Mandato de prestar dinero (mandatum pecuniae credendae) - casos.

Consiste en el encargo que el mandante da al mandatario de prestar dinero o abrir un crédito a favor de un tercero. Existe un mutuo entre el mandatario y el tercero al que se presta contra el que ejercita la conditio si no paga. Pero, además, por el mandato existente el mandatario dispone de una actio mandati contraria, para accionar contra el mandante cuando el deudor no paga o es insolvente.

170. Cesión de créditos y deudas.

El mandato se utiliza también para conseguir la finalidad de la cesión de créditos y deudas por medio de la figura de la representación procesal. Por medio de la representación procesal, el acreedor que quiere ceder su crédito a otro, le encarga a éste que ejercite las acciones contra el deudor. Esta representación fingida se hace en beneficio del mandatario. En la fórmula de la acción, la intentio se refiere al mandante, pero en la condemnatio figura el procurador o representante. La representación sólo produce sus efectos cuando se celebra la litis contestatio.

A partir de Antonino Pío la cesión de créditos se hace posible sin acudir a esta representación procesal, concediendo a determinados cesionarios acciones útiles para reclamar los créditos cedidos.

Justiniano admite con carácter general la cesión de créditos, sin necesidad del mandato. Se excluía la cesión de créditos en determinados casos, en beneficio del deudor. Para la cesión de deudas a fin de sustituir un deudor por otro había que contar con el consentimiento del acreedor, a quien el cambio podía perjudicar.

171. Gestión de negocios (negotiorum gestio).

Consiste en la actividad de una persona que, sin haber recibido mandato alguno ni estar obligado, gestiona negocios de otra. Se exigía del que gestiona negocios de otro espontáneamente que transfiera al dueño todo lo que haya conseguido y comprendía también la indemnización por los perjuicios causados. Podía ejercitarse también como contraria por el gestor, para reclamar del dueño del negocio los gastos y

perjuicios sufridos. La gestión de negocios, en cierto sentido, era considerada por los juristas como un contrato. En el derecho justiniano, desaparece la distinción entre las distintas acciones y se elabora una doctrina general de la gestión de negocios, en la que se incluyen algunos casos de administración legal de patrimonios.

172. Sociedad (casos).

Es un contrato consensual por el que dos o más socios se obligan a aportar recíprocamente bienes o trabajos, para formar una gestión unitaria y dividir las pérdidas y ganancias obtenidas.

B) Requisitos.

- Como contrato consensual, la sociedad se contrae por el consentimiento expresado de cualquier forma.
- La aportación de bienes o trabajos conseguidos.
- La gestión de cada socio tiene efectos en su propio nombre y las adquisiciones y ganancias deben comunicarse a los otros socios.

C) Acción.

De la sociedad nace la acción pro socio de buena fe, que se ejercita para liquidar las deudas pendientes entre los socios, como consecuencia del contrato.

D) El consorcio entre hermanos.

La sociedad más antigua era el antiguo consorcio familiar entre hermanos que se formaba a la muerte del paterfamilias. Esta sociedad antigua se regía por las reglas de la solidaridad.

E) Clases.

- Sociedad universal o de todos los bienes. En ella se aportan los bienes presentes o futuros.
- Sociedad para un negocio determinado: puede tener como objeto uno o varios negocios de la misma clase con tal de que tengan un fin lícito. Los casos más frecuentes eran los de sociedades para el comercio de esclavos y las de banqueros.

F) Obligaciones de los socios.

- El socio debe aportar a la sociedad lo que prometió en los términos convenidos y comportarse de acuerdo con la buena fe.
- Tiene la obligación de aportar al fondo común todo lo adquirido y tiene derecho a ser indemnizado.
- Responde por dolo (por culpa).

G) Extinción.

- Por las personas: por la muerte o por capituldisminución máxima o media.
- Por las cosas: el fin de la sociedad.
- Por la voluntad: cuando llega el término o plazo establecido; por consentimiento unánime de los socios o por renuncia o rescisión por parte de un socio.
- Por la acción: cuando se modifica la causa de la sociedad.

173. Compraventa: origen, caracteres y elementos.

Es un contrato consensual por el que uno de los contratantes, vendedor, se obliga a transmitir la pacífica posesión de una cosa al otro, comprador, en tanto que éste se obliga a pagarle una suma de dinero. La forma más antigua era el trueque o permuta. La compraventa clásica:

- La bilateral y reciprocidad de la relación.
- La obligatoriedad.

Los elementos constitutivos de la compraventa son el consentimiento, la cosa y el precio:

1) Consentimiento. Puede utilizarse cualquier forma de manifestación del consentimiento y cuando se emplea la escritura tiene función meramente probatoria. En los supuestos de error en el objeto, no existe consentimiento y no podía haber contrato. Cuando se trata de error en la cantidad de las cosas,

éste no impide el consentimiento y el contrato se considera válido. Se negaba la existencia del contrato, cuando una de las partes incurría en error sobre la sustancia.

2) La cosa. El objeto propio del contrato mercantil es la mercancía que consiste en cosas fungibles, aunque de género limitado o determinado. Se admite:

✍ La compra de cosa futura: cuando las partes subordinan el contrato a la existencia de las cosas, si éstas no llegan a existir no se debe el precio.

✍ La compra de esperanza: la misma esperanza de que la cosa exista es objeto del contrato y el riesgo de que se produzca o no es a cargo del comprador y éste se obliga en cualquier caso a pagar el precio.

El objeto del contrato se extiende también a las cosas mancipables. Es válida la venta de cosa ajena. No lo es, la venta de cosa perteneciente al comprador.

3) Precio. En derecho clásico, el precio debe ser cierto y su determinación no puede dejarse al arbitrio de un tercero. Los juristas clásicos no exigen que el precio sea justo, o que esté en relación con el valor de la cosa. La justicia o adecuación del precio se exige en el derecho justiniano. La lesión desproporcionada: si alguien vende un inmueble por una cantidad inferior a la mitad de su justo valor, la venta puede rescindirse con intervención del juez, a no ser que el comprador prefiera pagar el suplemento del precio.

174. Acciones.

La compraventa está tutelada con dos acciones de buena fe: la de compra y la de venta. El comprador reclama con la acción de compra la cosa vendida y con ella puede exigir también del vendedor que le mantenga en el disfrute pacífico de la cosa y le defienda contra las acciones del propietario si el vendedor no lo es. El vendedor está obligado a entregar al comprador los frutos de la cosa. Con esta acción se exige, el pago del precio de la cosa y de los intereses si proceden.

175. Obligaciones del comprador y del vendedor (casos).

Las obligaciones que nacen de la compraventa derivan de la buena fe contractual. El juez tiene amplias facultades para decidir sobre el comportamiento de las partes. El comprador está obligado a pagar el precio. Las obligaciones del vendedor son:

- Entregar la cosa vendida al comprador.
- Responder por dolo y, probablemente en el derecho clásico, también por culpa en el cumplimiento de su obligación.
- Responder por evicción.
- Responder por vicios ocultos de la cosa.

176. El riesgo de la pérdida de la cosa (periculum).

Cuando la cosa vendida se pierde por casos de fuerza mayor, los efectos de la pérdida debe soportarlos el comprador. La responsabilidad del vendedor por custodia delimita rigurosamente los casos de fuerza mayor que debe soportar el comprador y las partes podían acordar una responsabilidad distinta en el contrato. La regla no se aplica cuando la cosa se expropia o se declara fuera de comercio. El riesgo no lo asume el comprador hasta que la venta no es perfecta.

177. Evicción.

Existe evicción cuando el comprador, que no ha completado el tiempo de usucapión de la cosa vendida por quien no era dueño, resulta vencido en juicio por el verdadero propietario. El comprador debe restituir la cosa o pagar su estimación. La obligación del vendedor de indemnizar al comprador en caso de evicción no nace originariamente del contrato consensual. Cuando la mancipación se convierte en un acto abstracto, se recurre a las estipulaciones de garantía.

- Estipulación sobre la pacífica posesión: el vendedor se obligaba a indemnizar la pérdida sufrida por la reclamación.

- Estipulación del doble del precio: utilizada en la compraventa de inmuebles o de cosas de elevado valor.

La responsabilidad por evicción puede excluirse por un pacto determinado o por la especial naturaleza del contrato. Para que proceda la responsabilidad del vendedor por evicción, se requiere que el comprador denuncie a éste la reclamación o el litigio, a fin de que lo asista y defienda en el proceso.

178. Vicios ocultos.

El vendedor responde por los vicios ocultos o defectos de la cosa vendida. Desde el derecho antiguo, se añadía a la venta una *stipulatio* que garantizaba que la cosa reunía determinadas cualidades o carecía de vicios o defectos concretos. Desde la época de Cicerón el vendedor respondía por ellos, hubiese o no realizado la estipulación. Para que proceda exigir la responsabilidad por vicios ocultos era necesario:

- Que se trate de un defecto grave que disminuya el valor o la utilidad del esclavo o animal vendido.
- Que se oculte.
- Que sea anterior a la venta y que lo ignore el comprador.

Cuando el vendedor no hubiese declarado los defectos, edicto concedía contra él dos acciones que podía elegir el comprador:

- *Actio redhibitoria*: para la restitución de la cosa y el precio.
 - ✍ Si el vendedor en el plazo de dos meses se negaba a realizar la estipulación.
 - ✍ En el plazo de seis meses, si aparece un defecto oculto o un vicio que se había excluido o no resultaba tener las cualidades declaradas.
- *Actio aestimatoria* o *quanti minoris*: para reclamar la rebaja o reducción del precio. Esta acción se ejercitaba en el plazo de un año.

Estas reclamaciones (I d.C.) sobre vicios ocultos podrían hacerse mediante la acción de la compra.

- Si el vendedor conocía la existencia del defecto, debía responder de la indemnización por el daño causado.
- Si lo ignoraba, procedía la resolución del contrato o la reducción del precio.

179. Pactos añadidos a la compraventa.

Los pactos más importantes son:

- *Cláusula comisorias*. El vendedor se reserva la facultad de tener el contrato por no celebrarse si el precio no se paga en el tiempo establecido.
- *Adjudicación a término*. Se utiliza especialmente en las subastas donde el precio se fijaba por la puja entre los postores.
- *Pacto de la cosa a prueba*. El comprador se reserva la facultad de comprobar durante un cierto tiempo si la cosa o mercancía le interesa y, en caso contrario, devolverla al vendedor.
- *Pacto de retro compra*: el vendedor se reserva la facultad de recuperar o volver a comprar la cosa vendida pagando el mismo precio que recibió.

180. Arras (casos).

Es una institución propia de la compraventa griega que fue acogida en la práctica de los contratos romanos, especialmente en la compraventa y en el arrendamiento. Si, el que desistía del contrato, había entregado arras en garantía del cumplimiento las perdía y el que las había recibido debía restituir el doble de ellas.

181. Permuta y contrato estimatorio.

El pretor concedía *acciones in factum* para proteger contratos semejantes a la compraventa. La permuta era un contrato especial, consistente en el cambio de dos cosas, que se perfeccionaba por la dación o entrega de una de ellas, utilizándose la *acción in factum* para reclamar la cosa convenida como contraprestación. En el contrato estimatorio, una persona entrega a otra mercancías por un precio determinado, con objeto de que las vuelva a vender por el precio que consiga, con la facultad de

devolver las mercancías que no se vendieron. El riesgo de la pérdida estaba a cargo del que recibía las mercancías.

182. Arrendamiento: caracteres, finalidad y acciones.

Es un contrato consensual por el que una de las partes, coloca temporalmente una cosa o un trabajo a disposición de otra, arrendatario, que lleva la cosa y da como contraprestación una renta o merced. Para los romanos se trata de un contrato con dos obligaciones recíprocas: locación, conducción. Características:

- Es un contrato consensual.
- Consiste en colocar temporalmente una cosa o trabajo y recibir, en cambio, por ello una renta o merced.
- La finalidad del contrato suele ser muy variada y por eso surgen varios tipos de arrendamiento.

El arrendamiento más antiguo es el de cosas, tanto de muebles o animales como de inmuebles. Con posterioridad se configuran los arrendamientos de servicios y de obra. Del arrendamiento nacen dos acciones in ius y de buena fe:

- La acción de locación a favor del arrendador para exigir la restitución de la cosa y otras obligaciones del arrendatario.
- La acción de conducción a favor del arrendatario para exigir las obligaciones del arrendador.

183. Clases de arrendamiento.

La locación -conducción puede dividirse en dos clases:

I. Arrendamiento de cosa (locatio conductio rei) y de servicios (locatio conductio operarum) - casos.

En este contrato se cede el uso y disfrute de una cosa inmueble, o de mueble no consumible. El arrendatario de tierras se denomina colono, el de casa inquilino. Las obligaciones de las partes contratantes son las siguientes:

- Del arrendador:
 - ~~/~~ Colocar la cosa a disposición del arrendatario y permitirle el uso y disfrute de ella.
 - ~~/~~ Mantener la cosa arrendada durante el tiempo del contrato en condiciones de consentir el uso normal del arrendatario.
 - ~~/~~ Responder de todo perjuicio que por su culpa cause al arrendatario.
- Del arrendatario:
 - ~~/~~ Pagar la renta o merced convenida.
 - ~~/~~ Usar la cosa de acuerdo con su naturaleza y destino.
 - ~~/~~ Restituir la cosa arrendada al finalizar el contrato.

El arrendamiento se extingue:

- Si se estableció un plazo de duración:
 - ~~/~~ Por la llegada del término convenido.
 - ~~/~~ Por renuncia del arrendatario si la cosa no consiente el uso para que fue arrendada.
- Si no se estableció un plazo de duración:
 - ~~/~~ Por renuncia del arrendador o del arrendatario.
 - ~~/~~ No se extingue por la muerte de una de las partes, ya que el contrato se transmite a los herederos.

El **arrendamiento de servicios** deriva de la locación de esclavos y tiene por objeto los trabajos manuales que se realizan a cambio de una merced. Régimen especial tenían las profesiones liberales. Las remuneraciones consistían en regalos y donativos, considerados como honorarios. Los profesionales pueden ser demandados por los daños ocasionados por imperitia o negligencia. Cesa por muerte del arrendador, pues la del arrendatario no extingue el contrato que se transmite a los herederos.

II. Arrendamiento de obra (locatio conductio operis) - casos.

Se trata de encargo de una obra por el arrendador que con este fin entrega una cosa al arrendatario y le paga una cantidad para que éste entregue la obra terminada. La obligación del arrendatario es de hacer y no es divisible. El arrendador debe proporcionar toda o parte de la materia. La obra debe realizarse conforme al contrato y siguiendo las reglas técnicas para que esté libre de defectos y en el tiempo establecido.

El arrendador soporta el riesgo o periculum de pérdida de la cosa por fuerza mayor y también los daños y perjuicios que por su culpa cause el arrendatario. El objeto del arrendamiento de obra puede ser muy variado: transportar, curar, reparar, etc.

184. Transporte marítimo de mercancías: ley Rhodia de la echazón (casos).

Desde la época republicana, los juristas acudían, en caso de averías y daños en el transporte marítimo, a una ordenación helenística del comercio mediterráneo que se conoce con el nombre de lex Rhodia de iactu. El propietario de las cosas arrojadas por la borda para salvar la nave disponía de la *acti locati* que ejercitaba contra el transportista, para pedir la indemnización que le correspondía. El transportista se valía de la *actio conducti*, para exigir que los otros dueños de mercancías contribuyesen con la respectiva cuota de indemnización.

En el caso de pérdida por el abordaje de los piratas, el propietario pierde las mercancías hurtadas. Existía también una especial asunción de responsabilidad por custodia, o declaración expresa de seguro por parte de los navieros, hospederos o dueños de establos. Por esta declaración se asumía la responsabilidad por pérdida de las mercancías antes de estar embarcadas o se extendía a otras cosas o efectos accesorios no incluidos propiamente en el contrato que se custodian en la nave o en las fondas o establos. Contra los que asumían el riesgo, procedía una *actio in factum*, distinta de la acción penal por el doble.

LA FAMILIA

I. LA FAMILIA.

185. La familia.

Un conocido texto de Ulpiano nos describe a la familia, en sentido estricto, como un núcleo o conjunto de personas que están sometidas a la única potestad del paterfamilias por razones naturales o jurídicas. La familia por potestad o parentesco civil predomina sobre el vínculo de sangre y filiación o parentesco natural. La familia que está bajo la potestad del anterior paterfamilias o jefe del grupo familiar, antes de la muerte es una concepción agnaticia. La familia natural y cognaticia prevalece sobre la agnaticia.

La liberalización progresiva de los vínculos de potestad se produce por causa de las nuevas necesidades del comercio, que impone una mayor participación de los sometidos en los negocios paternos y por un movimiento de emancipación de la mujer, de los hijos y de los esclavos.

La unidad familiar se refleja en la comunidad de cultos religiosos. En lo económico, la familia se presenta como una entidad independiente. La ley de las XII Tablas distingue la familia, como entidad formada por personas y cosas bajo la autoridad del paterfamilias, y la pecunia como bienes de cambio. La familia se considera, como la base y fundamento de la organización política.

Familia y gens se han considerado como las células básicas de la organización política. Las gentes estaban formadas por varias familias que tenían en común el nomen gentilicio. Para pertenecer a las asambleas populares y tener derecho a voto, era necesario estar incluido en el census populi como paterfamilias.

186. Parentesco. Líneas y grados.

Se distinguen las líneas de los grados, y dentro de las líneas, la recta y la colateral. La línea recta que une con los descendientes se llama descendiente y la que une con los ascendientes se llama ascendente. La colateral es la que une a los parientes con un ascendiente común. Los grados hacen referencia al número de generaciones.

187. Las relaciones de potestad.

El poder del paterfamilias se manifiesta en las formas siguientes:

- El poder del padre sobre los hijos es la patria potestas.
- El poder sobre la mujer que entra en la familia es la manus.
- Sobre los esclavos es la dominica potestas.

A estas personas en potestad habría que agregar las personas in mancipio que se incorporan al grupo en virtud del acto de mancipatio y por causas diversas. El poder absoluto y pleno del padre comprende los siguientes derechos:

Ius vitae et necis. Derecho de vida y muerte. Se consideraba obligatoria la consulta con los parientes.

Ius vendendi. Derecho de vender como esclavo al hijo de familia en territorio extranjero. El hijo no podía venderse como esclavo en territorio romano, pero sí podía ser entregado in causa mancipii. La ley de las XII Tablas establecía que si un padre de familia vendía tres veces a su hijo perdía la potestad sobre él.

Ius noxae dandi. Derecho del padre de entregar al hijo de familia al perjudicado por un acto ilícito cometido por el hijo, con la finalidad de liberarse de la responsabilidad contraída. Justiniano declara abolido este derecho.

Ius exponendi. Derecho de exponer o abandonar al hijo recién nacido. Es combatida por los autores cristianos y condenada por los emperadores.

188. Adquisición de la patria potestas.

a) Por el nacimiento en justas nupcias. Los hijos nacidos de justas nupcias con una ciudadanía libre, entran bajo la potestad del padre de familia. El hijo legítimo adquiere la condición del padre desde la concepción. Los hijos ilegítimos siguen la condición de la madre. Se presume que el hijo es del padre si el parto se ha producido después de los seis meses o los ciento ochenta y dos días de celebrado el matrimonio y siempre que se realice dentro de los diez meses que siguen a la disolución por muerte del padre o por divorcio.

b) Por arrogación. Consistía en una antigua ceremonia realizada con la finalidad de proporcionar una familia y una descendencia al que carecía de ella. Después de interrogar al arrogante y arrogado, el pontífice propone al pueblo, reunido por curias, que el arrogado sea declarado hijo legítimo del arrogante y pase bajo la patria potestad de él. En el derecho postclásico, la arrogación se realizaba per rescriptum principis o por declaración delante del pretor en Roma o del gobernador en las provincias.

El patrimonio del arrogado pasa en bloque al arrogante. Este traspaso extingue las deudas del arrogado. El pretor concedió a los acreedores distintas acciones:

- Contra el arrogado, una acción útil con la ficción de que no hubo pérdida de estado.
- Contra el arrogante, la acción de peculio o la in integrum restitutio.

La arrogación se extiende a personas que no tenían acceso a los comicios, como son las mujeres y los impúberes. Condiciones: se exige que el que arroga tenga más de sesenta años y no tenga hijos naturales o adoptivos; también, una promesa del arrogante de restituir los bienes del arrogado a éste o a su familia, en los casos de muerte de uno de ellos o de emancipación del arrogado.

c) Por adopción. La adopción o el acto de adquirir la patria potestad sobre un hijo de familia sometido a la potestad paterna suponía importantes dificultades. La patria potestas era irrenunciable y sólo terminaba con la muerte o incapacidad civil del padre.

El adoptado adquiere la condición de hijo en la familia del adoptante y tiene derecho al nombre familiar y gentilicio y la herencia de éste. La adopción testamentaria fue utilizada con finalidades políticas para preparar la sucesión de los emperadores. En derecho postclásico se introducen importantes reformas sobre todo realizadas con la idea de que la adopción debe suplir o imitar a la filiación natural. Se autoriza a las mujeres para que puedan adoptar y se exige que el adoptante tenga al menos 18 años más que el adoptado.

Justiniano distingue dos formas de adopción: plena y menos plena.

- **Adopción plena:** es la realizada por el abuelo paterno o materno que no tiene descendientes en potestad. Supone todos los efectos de la adopción romana con el cambio de familia y la ruptura de los vínculos con la familia natural.
- **Adopción menos plena:** es la efectuada por un extraño que no supone ni el sometimiento a la patria potestad de éste, ni la separación de la familia originaria, ni la pérdida de sus derechos hereditarios.

189. Extinción de la patria potestad.

La patria potestad se extingue por la muerte del paterfamilias. Cuando el padre de familia pierde la ciudadanía romana, se extingue este derecho, y los hijos se hacen sui iuris. Si es hecho cautivo durante la guerra está en suspenso. También se extingue cuando el padre es arrogado o da al hijo en adopción. El emancipado conserva sus derechos sucesorios y hace suyos el peculio y los bienes adventicios.

Cuando los hijos alcanzan altos cargos públicos o religiosos se les libera de la potestad paterna. La emancipación es el acto solemne por el que el padre de familia libera al hijo de su potestad para hacerle sui iuris. La emancipación es siempre un acto libre y voluntario del padre, que el hijo no puede exigir. En el derecho postclásico se simplifican las formalidades del acto y éste puede hacerse por simple declaración ante el magistrado. En el caso de ausentes, se admite una emancipación por rescripto.

190. Defensa procesal.

El padre de familia puede accionar contra un tercero que retiene al hijo mediante una vindictio. Esta vindictio fue sustituida por un praeiudicium. La acción por el secuestro de los hijos tenía un carácter público. También tenían carácter público los interdictos de liberis exhibendis para solicitar del pretor la presentación del hijo perdido o de liberis ducendis para solicitar la entrega del hijo.

191. La manus.

El paterfamilias tenía sobre la mujer una potestad marital denominada manus. En la época imperial desaparece. Para los derechos sucesorios que le favorecían la mujer se consideraba *loco filiae*. Los bienes de la mujer pasaban en bloque al marido titular de la manus, aunque el paso se realizaba *dotis nomine*. Según Gayo la *conventio in manum* se realizaba de tres formas:

- **Confarreatio:** ceremonia religiosa en la que marido y mujer intervenían en pie de igualdad, necesaria para que los hijos pudieran acceder a determinadas dignidades sacerdotales.
- **Coemptio:** acto simbólico en la que la mujer no aparece como objeto de la compra sino como sujeto del acto junto al marido.
- **Usus:** comportamiento de la mujer que permanecía durante un año en la casa del marido. Ésta podía evitar los efectos de la *conventio in manum* permaneciendo ausente durante tres noches. La mujer era sujeto y no objeto.

Justiniano elimina de su compilación las referencias a la manus.

192. Los esclavos y la dominica potestas.

- a) El esclavo formaba parte de la familia y de las cosas en propiedad y estaba sometido a la dominica potestas del padre de familia.
- b) El esclavo interviene en el ámbito negocial y realiza actos que revierten en el patrimonio de su dueño.
- c) En el derecho hereditario no puede desconocerse la atención que se presta a los esclavos y libertos.

A) Derecho antiguo y preclásico.

Los esclavos que se encontraban en la Roma primitiva procedían de las capturas de prisioneros en las guerras con las poblaciones itálicas vecinas. En número reducido, los esclavos se dedicaban a los servicios domésticos en la domus, al cultivo de las tierras y al cuidado de los animales. También eran asociados a los cultos familiares. Su alto precio inducía a los dueños a darles un trato considerado.

B) Derecho clásico.

El número de esclavos aumenta. Las características de estos esclavos, procedentes de las regiones más salvajes y apartadas (África, Asia, etc.), hacen que su condición empeore y reciban un trato más riguroso.

El esclavo carece de personalidad jurídica y se le clasifica entre la res mancipi, pero tiene sus cultos propios y venera a sus dioses; su sepultura tiene la consideración de locus religiosus. La unión matrimonial de los esclavos se consideraban como un contubernium. Puede realizar actos jurídicos en beneficio del dueño y se dejaba al esclavo un peculio, con el que podía llegar a comprar su libertad. El dueño responde de los delitos privados y daños de los esclavos mediante una actio noxalis. Causa de esclavitud:

- **La prisión de guerra.** Los enemigos vencidos se convertían en esclavos del vencedor y en parte del botín de guerra. Los vendían en subasta pública y eran asignados a los compradores. La ley Cornelia disponía que si el captivus moría prisionero, su sucesión testamentaria se regulaba como si hubiera muerto en el momento de caer en manos de los enemigos. Si el cautivo conseguía su liberación y volvía al territorio romano, recuperaba su estado de libre y de ciudadano romano, y volvía a ser titular de todos sus derechos. No recuperaba, en cambio, su titularidad en las situaciones de hecho, como la posesión y el matrimonio. Este derecho se denomina postliminium.
- **El nacimiento de madre esclava.** Nacía libre el hijo de la esclava que hubiese sido libre en un tiempo intermedio entre la concepción y el parto.
- **La condena a la pena de esclavitud.** No podía aplicarse a los ciudadanos romanos dentro de Roma. Los desertores, prófugos o los que no se presentaban para ser censados, podían ser vendidos como esclavos. Se convertía en esclavo el ciudadano mayor de veinte años que, con la intención de lucrarse con el precio, consentía en ser vendido como esclavo a un comprador que lo adquiría de buena fe.

Los juicios sobre la libertad se tramitaban como vindicaciones: in libertatem, cuando se defendía la libertad en el acto de la manumisión; in servitute, cuando el dueño reclamaba su propiedad contra un esclavo que se hacía pasar por libre.

C) Derecho postclásico y justiniano.

Continúan las tendencias a favor de la libertad, inspiradas ahora en las ideas cristianas. Se castiga incluso con la pena de homicidio al dueño que con malos tratos causa la muerte de su esclavo y se combate por todos los medios la prostitución de las esclavas. Las uniones matrimoniales de los esclavos adquieren una mayor importancia y se prohíbe separar a las familias de esclavos. Justiniano declara que el esclavo que es abandonado por su dueño se convierte en libre.

193. La manumisión y sus formas (casos).

La manumisión es la concesión de la libertad al esclavo por su dueño.

- **Manumissio vindicta:** consiste en un proceso ficticio de libertad, en el que un ciudadano romano hacía una declaración de libertad a favor del esclavo.
- **Manumissio censu:** se efectuaba por la inscripción del esclavo en el censo como ciudadano.
- **Manumissio testamento:** el esclavo sólo adquiría la libertad cuando el heredero aceptaba la herencia. El testamento podría revocarse y la manumisión podía someterse a condición o a término. El más importante efecto de esta manumisión válida iure civile era que el manumitido adquiría la ciudadanía.
- La ley Junia Norbana considera a los manumitidos como latinos que tienen el ius commercii inter vivos, pero no podían disponer de su patrimonio, que a su muerte pasaba al dueño que los libertó.
- La lex Fufia Caninia impuso la obligación de mencionar nominalmente en el testamento al manumitido y limitó el número de manumisiones en proporción al número de esclavos que tenía el dueño.

- La lex Aelia Sentia exigía que el manumissor tuviese por lo menos veinte años y el manumitido treinta. Privaba de la ciudadanía a los manumitidos que hubieran sido castigados a penas infamantes. En el Bajo Imperio la legislación imperial introduce nuevas reformas inspiradas en el favor libertatis. Se reconoce como nueva forma la manumissio in sacrosanctis ecclesiis, como declaración solemne de liberación ante el obispo o autoridades eclesiásticas. Se admite una especie de adquisición de la libertad por prescripción. Justiniano consideró como manumisión válida toda declaración de voluntad por parte del dueño de libertar al esclavo, hecha en presencia de testigos.

194. Los libertos y el patronato.

El esclavo, una vez que ha sido manumitido, continúa vinculado a su dueño en virtud del derecho de patronato (prestación de determinadas jornadas de trabajo, cuidado del sepulcro familiar...). El patrono tiene un derecho de sucesión de los bienes del liberto muerto sin hijos o heredero testamentario. El patronato se transmite a los hijos herederos del patrono pero no obliga a los descendientes del liberto.

Los libertos forman la clase social de los libertini, que se distinguen de los nacidos libres o ingenui. Tienen determinadas limitaciones para el ejercicio de los derechos. El patrono también tiene determinadas obligaciones hacia el liberto, al que debía prestar su fides. El liberto, que no cumple sus obligaciones con el patrono, puede ser obligado con distintas medidas, que pueden llegar incluso a la revocación de la manumisión por ingratitud.

195. Situación patrimonial de los hijos y esclavos. El peculio.

Según el principio que se mantiene en el derecho clásico, los sometidos a la potestad del padre no pueden tener bienes propios y todas sus adquisiciones revierten al padre. Esto suponía una grave dificultad. En la República, el pretor tutelaba una práctica social consistente en que los alieni iuris podían disponer de determinados bienes dejados a su cuidado, que se llamaba peculium. El peculio se considera como un patrimonio autónomo y separado de los restantes bienes del paterfamilias gozado o administrado por el esclavo o por el hijo de familia.

El denominado peculium profectivum es el concedido por el padre o dueño. Aunque éste podía recuperar el peculio en cualquier momento. Cuando el dueño concedía la libertad a los esclavos, los libertos podían continuar en la empresa como socios. En el Principado los bienes que el hijo adquiere durante el servicio militar formaban el llamado peculio castrense (salarios y botín de guerra...). Sin embargo, si el hijo no disponía del peculio, el padre al morir el hijo lo recuperaba, no por derecho sucesorio, sino iure peculii.

También se concedían a las esclavas y a las hijas de familia el peculio. Numerosas inscripciones epigráficas prueban también que las mujeres dirigían comercios y empresas e incluso actuaban en el mercado financiero como prestamistas. En el Bajo Imperio, las constituciones imperiales reconocen la existencia de un peculio cuasi castrense, formado por las ganancias de los hijos que actuaban como funcionarios del palacio imperial o en diversas funciones civiles o religiosas.

La concepción clásica del peculio y la adquisición por el padre, en todo caso es calificada de inhumanum por Justiniano. Tres masas de bienes del hijo:

- a) el peculio formado por los bienes que provienen del padre y que el emperador denomina peculium paganum;
- b) los dos peculios especiales castrense y cuasi castrense;
- c) todos los restantes bienes que el hijo recibe no procedentes del padre.

Mientras que la primera clase de bienes sigue el régimen antiguo, la segunda y tercera masa de bienes se considera propiedad del hijo y el padre sólo tiene sobre ella la administración y el usufructo.

196. Las acciones adyecticias.

El pretor concedía en su edicto varias acciones con las que los acreedores del hijo o sometido podían demandar también al padre de familia por las deudas contraídas por los hijos y esclavos. Los glosadores llamaron a estas acciones adyecticias porque se acumulan contra el padre las acciones que el acreedor tiene contra el hijo o esclavo. Frente a los acreedores el paterfamilias se obligaba solidariamente con los

sometidos y podía ser demandado a causa de los negocios realizados por ellos con las siguientes acciones:

- Si había concedido al sometido a su potestad un peculio:
 - ✍ **Actio de peculio**: el padre respondía de las obligaciones contraídas en la medida del activo del peculio.
- Si no había concedido un peculio al sometido pero lo había autorizado para realizar un negocio o había obtenido un beneficio:
 - ✍ **Actio quod iussu**: cuando el padre notificó al contratante con el hijo o esclavo que autorizaba a éste expresamente para realizar el contrato o negocio.
 - ✍ **Actio de in rem verso**: el padre responde de lo que ha conseguido con el negocio del sometido, es decir, de lo que se ha enriquecido con la actividad de éste.
- Si el padre pone al frente de un negocio a un hijo o esclavo:
 - ✍ Si se trata de una tienda, empresa o negocio terrestre que el sometido administra o gestiona como institor: la **actio institoria**.
 - ✍ Si se trata de la dirección o gestión de una nave o del comerciomarítimo: la **actio exercitoria**.

Las acciones de peculio y de ganancia obtenida se dan sólo en el plazo de un año desde que el hijo o esclavo sale de la patria potestad. Cuando el hijo o el esclavo negocia con mercancía del peculio, el padre no podía responder de la reclamación de los acreedores con el límite del peculio, sino en concurso con todos ellos era llamado a contribuir como un acreedor más. También existen textos que examinan negocios realizados por hijas o esclavas, incluso con mercancía del peculio, con los mismos efectos jurídicos y la concesión de estas acciones.

II. EL MATRIMONIO ROMANO.

197. La concepción clásica del matrimonio.

La jurisprudencia no elaboró una doctrina sobre el matrimonio, ni estudió sus elementos y formas. El matrimonio se considera por los prudentes como un hecho social, que para tener relevancia jurídica debe ser conforme al derecho o a la ley. Desde los tiempos primitivos, la mujer formaba con el marido una comunidad de bienes y de cultos, en una plena unión de voluntades. Dos elementos: el elemento subjetivo o intencional, y el objetivo y material, la convivencia.

En la concepción espiritualista de la jurisprudencia clásica, predomina el elemento subjetivo que debe ser continuado y constante. Para la iniciación del matrimonio, se fijan en el acompañamiento de la mujer a la casa del marido. El matrimonio puede celebrarse en ausencia del marido, con tal de que sea llevada la mujer a casa de éste. El matrimonio se disuelve por la cautividad de guerra, y no se reintegra por la vuelta del cautivo iure postliminio, sino que es necesario el inicio de una nueva convivencia matrimonial.

La finalidad del matrimonio de procrear hijos resulta también clara en numerosos textos. En el derecho postclásico y justiniano aparece una nueva concepción basada en las ideas cristianas de la indisolubilidad del vínculo matrimonial.

198. Los esponsales.

Los esponsales se celebran mediante dos estipulaciones convenidas entre el paterfamilias de la desposada y el prometido o su paterfamilias. Por ellas el primero se obligaba a entregar a la mujer y el segundo a recibirla en matrimonio. La sanción contra el que incumplía el compromiso era más moral y social que jurídica. En derecho postclásico, entre los desposados existe un vínculo que se asemeja al matrimonio. Constantino establece que si muere uno de los prometidos el superviviente tiene derecho a la mitad de las donaciones que le hizo el otro desposado.

Este mismo emperador dispone que en el caso de incumplimiento de la promesa, la mujer debe restituir lo recibido en donación y si incumple el desposado, ella conserva lo recibido y tiene derecho a lo que se

le prometió. En derecho justiniano se extienden a los esponsales los impedimentos establecidos para el matrimonio y se equiparan sus efectos para determinados fines patrimoniales y penales.

199. Los requisitos del matrimonio clásico.

- a) Los cónyuges tienen que haber llegado a la capacidad natural para las relaciones sexuales. Los juristas exigían la edad de catorce años para el varón y doce para la mujer. Los sabinianos mantenían que la llegada a la pubertad debía darse caso por caso y los proculeyanos mantenían la edad de los catorce años y esta opinión prevaleció en la jurisprudencia clásica.
- b) El matrimonio debe celebrarse entre personas que tengan el derecho de conubium, es decir, los romanos y algunos extranjeros. La consecuencia más importante del conubium es atribuir la condición jurídica del padre a los hijos que nacen de esa unión. Estaba prohibido el matrimonio entre parientes en línea recta y hasta el sexto grado en línea colateral. La antigua prohibición de contraer matrimonio entre patricios y plebeyos fue abolida por la ley Canuleia del año 445 a.C. En derecho postclásico, el término conubium pierde significado y desaparece completamente. En las fuentes justinianas se usa como sinónimo de matrimonio.
- c) Debe existir entre marido y mujer la recíproca voluntad de permanecer unidos en matrimonio. Si los casados están en potestad, debe prestar también su consentimiento el padre de familia, pero una vez concedido no puede ya cambiar el matrimonio que depende exclusivamente de los cónyuges. Aunque se exige el consentimiento inicial del padre de familia, la voluntad de los esposos prevalece sobre la del padre. Durante el matrimonio se crea entre los casados y los ascendientes y descendientes de cada uno de ellos el llamado parentesco por afinidad que les prohíbe contraer matrimonio.

200. La disolución del matrimonio y el divorcio (caso).

1. Por muerte de uno de los cónyuges.

2. Por incapacidad sobrevenida. La falta de libertad por prisión de guerra disuelve el matrimonio. Al regreso del prisionero, el matrimonio no renacía en virtud del derecho postliminio. El hijo nacido de un matrimonio de cautivos, si entraba en Roma gozaba de los efectos favorables del postliminio y se convertía en libre y ciudadano romano. La reducción a esclavitud también disolvía el matrimonio, así como si uno de los cónyuges pasase a ser esclavo de otra persona.

3. Por divorcio. En el antiguo derecho quirritario, el matrimonio se consideraba como un vínculo estable y permanente. Las causas del divorcio habían de ser graves. Para librar a la mujer de la manus era necesario una remancipatio o una venta en la que el marido renunciaba al poder sobre la mujer. En la unión solemne con los ritos de la confarreatio, la separación y cesación de la manus tenía lugar por otro acto de ritual solemne, la difarreatio, en cuya virtud la mujer renunciaba al culto y a los dioses de la familia de su esposo.

Al final de la República los divorcios eran muy frecuentes. En la concepción clásica del matrimonio, la cesación de la voluntad de los cónyuges era suficiente para la ruptura del vínculo matrimonial. No se considera necesario ningún acto formal.

Augusto, en la ley Iulia de adulteriis, trata de combatir las causas de divorcio al facilitar las uniones extramatrimoniales y al sancionar al cónyuge que ha dado lugar al repudio con una retención sobre la dote. La lex Iulia et Papia prohíbe a las libertas divorciarse del propio patrono. Una constitución de Alejandro Severo declara la nulidad de la cláusula que penalizase al autor del repudio y el divorcio sigue considerándose un acto libre, y se declaran nulos los pactos de no divorciarse.

4. Por segundas nupcias. Una nueva unión matrimonial disuelve el matrimonio anterior. No está sometido en derecho clásico a ninguna formalidad ni condicionamiento. La viuda debe esperar diez meses para volver a casarse. Pero este plazo no se exige en el caso de la mujer divorciada. La lex Papia Poppaea establece la obligación de contraer matrimonio para los hombres entre los 25 y los 60 años, y las mujeres entre los 20 y los 50. Los que la incumplen son sancionados con la incapacidad sucesoria. Viudas y divorciados son castigados con la misma sanción si no contraen un

nuevo matrimonio; las viudas a los dos años de la muerte de su marido, los divorciados a los 18 meses.

201. El concubinato.

Es la unión del hombre y la mujer sin la recíproca intención de estar unidos en matrimonio. La concubina no participa como la mujer de la dignidad del marido ni entra en su familia y sus hijos no son legítimos. El matrimonio entre esclavos o con uno que sea esclavo se considera **contubernium** y sólo se le reconocen determinados efectos morales. La lex Iulia de adulteriis castigaba toda unión sexual fuera del matrimonio como adulterium o como stuprum.

La lex Papia Poppaea establecía que no podían ser considerados matrimonios aquellas uniones con determinadas mujeres.

202. El matrimonio en derecho postclásico.

La recíproca voluntad de los cónyuges, que da vida al matrimonio, se considera ahora como una voluntad inicial. La entrega de la dote y la redacción de un documento sobre el destino de los bienes dotales señala, en muchos casos, el cambio de consentimiento y el inicio de la vida conyugal. Los emperadores dictan disposiciones contra las uniones clandestinas y a partir del s. IV aparece el nuevo crimen de bigamia.

La legislación de los emperadores se muestra contraria al divorcio y a las segundas nupcias. La cautividad, la esclavitud y la deportación no disuelven el matrimonio como en el derecho clásico. Constantino lo limita a tres motivos o causas por parte del marido y de la mujer. Castiga al que se divorcia sin estas causas con penas pecuniarias respecto a la dote y a sus propios bienes. Justiniano distingue las siguientes formas o causas:

1. Divorcio con justas causas: el adulterio o las malas costumbres de la mujer, el abandono de la casa del marido, etc.
2. Divorcio sin causa: cuando el repudio se produce sin que medien las justas causas.
3. Divorcio por el acuerdo de ambos cónyuges.
4. Divorcio bona gratia: incapacitada para engendrar, cautividad de guerra, esclavitud, locura, etc.

El que se divorcia sin justa causa o el culpable en el divorcio con causas justas viene castigado con la pérdida de la dote y donación nupcial; si no existen estos bienes, con la cuarta parte de sus bienes propios. Además, se le conmina con penas personales, como el retiro a un convento.

En cuanto a las segundas nupcias, el derecho del Bajo Imperio impone un plazo para que la mujer viuda o divorciada puede volver a casarse de diez a doce meses. Se considera válida la cláusula testamentaria que subordina, a la condición de que no vuelva a casarse, la disposición a favor de la viuda.

Una vez abolida la legislación matrimonial de Augusto, desaparecen algunas de las causas por las que determinadas uniones matrimoniales fueron consideradas como concubinato. Justiniano considera el concubinato como una unión inferior al matrimonio. Se permiten determinadas liberalidades mortis causa a favor de la concubina y los hijos naturales. La legislación del Bajo Imperio admite tres formas de legitimación de los hijos naturales:

- Por subsiguiente matrimonio: cuando la relación de concubinato se convierte en matrimonio legítimo.
- Por ofrecimiento de los hijos a la curia: para facilitar la aceptación de los gravosos deberes que se imponían a los decuriones.
- Por decisión imperial.

III. LAS RELACIONES PATRIMONIALES ENTRE CÓNYUGES.

203. Régimen tradicional del patrimonio familiar.

En el antiguo derecho romano, las relaciones entre cónyuges están inspiradas por el principio de la unidad del patrimonio familiar regido por la suprema autoridad del paterfamilias. A la mujer se le

aplicaban las reglas generales de los sometidos a potestad. Cuando la mujer entra en el domicilio del marido aporta un patrimonio más o menos cuantioso. Integrado por la dote. Estos bienes se hacen propiedad del titular de la manus, integrando el patrimonio familiar. De éste dispone libremente el paterfamilias, que suele atribuir a la mujer determinados bienes para su uso (ajuar, regalos, esclavos...). La actuación de la mujer recaía en el cuidado de los enseres y bienes de la casa y de las labores domésticas. Una antigua costumbre hacía que el marido atendiese en su testamento a su mujer, legándole la dote y el peculio. La llamada praesumptio muciana presumía que todos los bienes adquiridos por la mujer durante el matrimonio procedían del marido. El marido designaba en el testamento un tutor a la mujer que recaía en el agnado más próximo.

204. Régimen clásico de separación de bienes.

Las tradicionales normas sobre la situación de la mujer continúan aplicándose. La dote se sigue considerando como una definitiva aportación al marido, de la que él dispone como propietario. Sigue siendo el marido el que atiende en su testamento a la subsistencia de la viuda. El edictum alterutro obliga a la mujer a elegir entre las liberalidades del testamento del marido o el ejercicio de la actio rei uxoriae.

A) Dote.

Los bienes que la integran forman una unidad de administración, y todos sus aumentos y disminuciones se refieren al ente dotal, no a los sujetos. Tanto el marido como la mujer ejercen derechos y están sujetos a obligaciones por la dote, el marido como titular y administrador. La mujer mantiene una posición secundaria.

Contribuyen a formar las concepciones clásicas sobre la dote distintos factores de evolución del derecho: convenciones privadas, jurisprudencia, pretor y legislación imperial. En la sociedad romana imperial, la dote se consideraba como unos bienes de la mujer destinados al matrimonio, y durante éste, sujetos a las garantías necesarias para asegurarle su restitución.

a) Constitución de la dote.

- Dotis datio: entrega efectiva de los bienes que la integran al marido.
- Obligación de entregar los bienes dotales mediante los siguientes actos:
 - ✍ Dictio dotis: declaración solemne del que constituye la dote.
 - ✍ Promissio dotis: es la promesa de dote que puede hacer cualquier persona en forma de estipulación.

El acto de constitución de la dote se entiende sometido a la condición de que se celebre el matrimonio. En terminología de los juristas postclásicos, la dote se distingue en:

- Dos profecticia: que procede del padre o del ascendiente que ejerce la patria potestad sobre la mujer.
- Dos adventicia: que procede de una persona distinta o de la misma mujer. Se llama también recepticia cuando el que la constituye hace expresa reserva de su restitución a la disolución del matrimonio.

Los bienes comprendidos en la dote solían ser objeto de valoración o taxación.

- Taxationis causa: fija el importe máximo del que debe responder el marido en caso de devolución de la dote.
- Venditionis causa: o como medio de fijar su valor en dinero.

b) La dote durante el matrimonio. Aunque la dote se encuentre a disposición del marido que es titular de ella, existen ciertas facultades de la mujer sobre la dote. En cuanto a la administración compete al marido, quien está obligado a responder por culpa, pero la mujer debe prestar su consentimiento para la enajenación de los fundos dotales itálicos y de los esclavos dotales, así como para la realización de gastos e impensas útiles; el marido no puede cambiar sin su responsabilidad personal el cultivo del fundo y puede hacerlo sólo por el ruego o petición de la mujer.

c) **Restitución de la dote.** Si el matrimonio se disuelve por muerte de la mujer, el marido conserva la dote adventicia, salvo que se haya pactado su restitución al constituyente. Si se disuelve por divorcio o por muerte del marido, la mujer puede solicitar la devolución de su dote si es sui iuris o el padre por ella. Si ésta muere después del divorcio, la acción de restitución puede ser ejercitada por sus herederos o los del padre, si el marido ha incurrido en retraso culpable o mora. El marido tiene también la facultad de deducir de la restitución de la dote ciertas retenciones, basadas en la existencia de hijos, de gastos necesarios, donaciones, etc.

B) Bienes extradotales.

Bienes de uso o ajuar que la mujer lleva al domicilio conyugal. Para evitar dudas en caso de disolución del matrimonio, era costumbre redactar un inventario de estos bienes, propiedad de la mujer y usados por ella.

Bienes propios que la mujer entrega al marido o que administra ella misma o confía a él en administración. Estos bienes constituían una aportación paralela a la dote, que también se hacían propiedad del marido durante el matrimonio y debían ser restituidos a su disolución. La concepción de parapherna es la de bienes de uso que integran el ajuar en propiedad de la mujer.

Ella podía ser titular de otros bienes no constituidos en dote, de los cuales disponía con libertad, administrándolos directamente o encomendando la gestión a una persona de su confianza. La administración de estos bienes solía confiarse también al marido que estaba en posición de verdadero administrador. Justiniano distingue entre bienes extradotales como bienes de la mujer que ella continúa administrando durante el matrimonio y bienes parafernales, que ella entrega en administración al marido.

C) Donaciones nupciales.

La prohibición de donaciones entre cónyuges es la consecuencia práctica y lógica de las reglas del matrimonio. Ni el peculio de la hija casada debía disminuir por las donaciones de ésta al marido, ni la mujer podía desprenderse de sus bienes dotales o extradotales en beneficio exclusivo del mismo. Desde el derecho clásico hasta Justiniano, impera la onerosidad en las relaciones patrimoniales entre cónyuges.

La lex Cincia de donis et muneribus, del año 204 a.C., admitía las donaciones entre cónyuges y las exceptuaba expresamente del límite impuesto a las donaciones en general. Se tiende a la separación de patrimonios. Distinguen entre los regalos de excesiva cuantía y los normales munera, precisando qué es lo que puede considerarse como enriquecimiento de un cónyuge en perjuicio de otro.

El régimen de las donaciones nupciales en derecho postclásico y justiniano mantiene la prohibición de éstas entre los cónyuges. Se introduce el uso de que el esposo destinase a su futura mujer un cierto capital que le asegurara medios más abundantes y seguros que los que tenía con la restitución de la dote o con los legados testamentarios, siempre sujetos a revocación. Justiniano insiste en el paralelismo entre dote y donación hasta el punto de afirmar que en el nombre y en la sustancia nada los diferencia.

IV. TUTELA Y CURATELA.

205. La tutela originaria.

En el derecho antiguo, se considera que existen personas que aunque sean libres y sui iuris, necesitan estar protegidas en cuanto son titulares de un patrimonio que no pueden gestionar por sí mismos. Se consideran incapaces: los impúberes por razón de su edad, las mujeres por razón de su sexo y locos y pródigos por su incapacidad. Mientras que el impúber y la mujer quedan sometidos a tutela al morir el paterfamilias para suplir la potestad de éste, los locos y los pródigos, se someten a curatela desde que se consideran incapaces.

El tutor es el heredero designado en el testamento, o el adgnatus proximus que será el beneficiario de la herencia. Originariamente, el patrimonio del sometido a tutela permanecía en la familia y será administrado como propio por el tutor. Cuando desaparece la antigua concepción de la familia agnaticia, las distintas clases de tutela y curatela asumen una función protectora y asistencial del incapaz, que se

considera un deber público; desaparece la tutela de las mujeres y ambas instituciones- tutela y curatela – llegan a confundirse.

206. Tutela de los impúberes.

En los impúberes sometidos a tutela se distinguen dos clases:

- Los infantes que son los que no pueden hablar razonablemente, por lo que no pueden obligarse civilmente ni tienen responsabilidad por los delitos que cometen; respecto a ellos el tutor tenía una verdadera potestas para asistirles en una gestión total y completa.
- Los infantes mayores, que son responsables de los delitos y pueden intervenir en actos jurídicos en los que el tutor les asiste mediante la auctoritas.

Clases de tutela:

- **Tutela legítima:** es la forma más antigua. Esta ley confiere la tutela, igual que la herencia al pariente varón y púber más próximo. Si existían varios agnados del mismo grado, serán designados tutores todos. Como herederos ab intestato del liberto, eran tutores de éste el patrono o sus hijos. El tutor legitimus tiene la facultad de transferir la tutela a otra persona mediante una *in iure cessio*. El tutor legítimo no podía renunciar ni ser removido de la tutela.
- **Tutela testamentaria:** es la designación del tutor hecha en su testamento por el paterfamilias para asistir a los impúberes y a las mujeres. También se podía designar tutor para un hijo póstumo. Se admite la validez del nombramiento de tutor que se hace fuera de testamento o sin observar la forma legal. Se admitió que el tutor testamentario pudiera renunciar a la tutela mediante un acto de *abdicatione tutelae*. El tutor testamentario que comete fraude en la gestión de los bienes del pupilo puede ser separado de la tutela mediante el ejercicio de una acción pública.
- **Tutela dativa:** es el nombramiento de tutor efectuado por el pretor, en los casos en que faltaba tutor legítimo y testamentario. Fue introducida por una *lex Atilia*. El emperador Claudio encomendó esta función a los gobernadores. En derecho justiniano, se atribuyó el nombramiento de tutor al *praefectus urbi* o al pretor en la ciudad, y en las provincias a los presidentes, magistrados locales u obispos. Se establecen importantes limitaciones a las facultades de disposición del tutor y se garantizan los derechos del pupilo mediante una caución.

207. Funciones y responsabilidad del tutor.

- **Negotiorum gestio:** consiste en la gestión de los negocios del pupilo que realiza el tutor en nombre propio y también en la administración de sus bienes. La gestión de negocios se da especialmente en el caso de los pupilos menores de 7 años. En el caso de que existiesen varios tutores se podían repartir la gestión o encomendar a uno de ellos la ejecución de los acuerdos.
- **Interpositio auctoritatis:** era el acto complementario realizado por el tutor para dar eficacia al negocio realizado por el pupilo mayor de 7 años. La jurisprudencia admitió que el pupilo pudiese negociar su patrimonio sin la intervención del tutor. Determinados actos, como la aceptación de herencia, o la petición de herencia pretoria o fideicomisaria, necesitaban de la asistencia del tutor.

Acciones:

- **Actio rationibus distrahendis:** en los supuestos de tutela legítima tenía carácter penal y con ella se conseguía el doble de lo defraudado por el tutor. La jurisprudencia la extendió analógicamente a las otras formas de tutela.
- **Accusatio suspecti tutoris:** en los casos de tutela testamentaria. Consiste en una acción pública en la que cualquiera podía actuar como acusador contra el tutor.
- **Actio tutelae:** aplicada originariamente a la tutela dativa se generaliza después para toda clase de tutela; era una acción de buena fe e infamante con la que se perseguía la conducta dolosa del tutor contraria a la *fides*.

208. Tutela de las mujeres.

- Originariamente, la tutela mulieris respondía al carácter del primitivo ordenamiento familiar, centrado sobre la autoridad del paterfamilias y configurado en torno a la potestas, que éste ejercía sobre los miembros del grupo. La mujer estuvo siempre sometida a la potestas, a la manus o a la tutela. La tutela venía a ser un medio de suplir la potestas del paterfamilias o la manus del marido sobre la mujer.
- La tutela mulieris termina como un relicto histórico que es abandonado pronto. Así se admitió en la práctica de la época republicana que el marido, mediante la *optio tutoris*, diese en su testamento la facultad a la mujer de elegir el tutor y la jurisprudencia ideó el recurso de la *coemptio tutelae evitandae causa* para llegar al mismo resultado. Augusto liberó de la tutela a las mujeres con *ius liberorum* y Claudio da el golpe de gracia a la institución mediante la abolición de la tutela legítima. Superados los límites formales y sustituida la finalidad protectora de la mujer por otras disposiciones a favor de ella, llega a desaparecer por completo.

209. La curatela.

Consiste en un encargo de administración, tanto de bienes públicos, con especiales competencias administrativas, como de bienes privados.

- **Cura furiosi:** la ley decenviral encomienda la curatela del patrimonio del loco, cuando carece de paterfamilias y de tutor, al agnado próximo o a los gentiles. Si falta el curador legítimo, o se le declara incapaz, el pretor procede a su nombramiento.
- **Cura prodigi:** recae sobre aquellas personas que por dilapidar sus bienes han sido declarados incapaces para administrar su propio patrimonio. El curador interviene sólo en los negocios que suponen una obligación o una disposición, no en los que suponen un incremento patrimonial (herencia). En los supuestos de que el curador incurra en responsabilidad por fraude o daño patrimonial, se da contra él la *actio negotiorum gestorum*.
- **Curatela de los menores:** el origen de esta institución se atribuye a una *lex Laetoria* o *Plaetoria de circumscriptione adolescentium* del año 191 a.C. El pretor concedió una *exceptio legis Plaetoriae* contra la acción que se ejercitase contra el menor por un negocio en que éste hubiese resultado engañado. Desde la época de Marco Aurelio, se podía conceder un curador para toda clase de negocios que realizase el menor. Sin embargo, en derecho clásico se considera a éste como plenamente capacitado y al curador como un gestor voluntario. En el derecho postclásico, el curador se equipara al tutor. La plena capacidad de obrar sólo se alcanza a los 25 años, aunque a partir de los 20 años puede solicitar del emperador el reconocimiento de la plena capacidad mediante la *venia aetatis*.

LA HERENCIA.

I. LA HERENCIA.

210. Sucesión mortis causa y herencia. Terminología.

La muerte de una persona no extingue las relaciones jurídicas y los derechos de que era titular.

- **Adquisición en bloque o en la totalidad de un patrimonio** (adquisición per *universitatem*).
- **Sucesión en el lugar y en el derecho del difunto:** cuando una persona ocupa la situación y la titularidad de los derechos del difunto. En la concepción clásica, la sucesión se refiere siempre a la totalidad de un patrimonio. Los juristas postclásicos aplicaron la sucesión a las cosas singulares.

La sucesión universal se produce de dos formas:

- **Sucesión inter vivos:** cuando una persona ocupa el lugar y la titularidad de los derechos de otra; esta sucesión entre vivos se produce cuando el paterfamilias adquiere la potestad sobre una

persona sui iuris y como consecuencia se transmiten en bloque sus bienes al padre. Las deudas de los que pasan a la potestad del padre no se transmitían en virtud de la sucesión.

- **Sucesión mortis causa:** a la muerte de una persona el heredero entra en la misma posición que aquella tenía y se sitúa en su lugar. La sucesión se produce tanto sobre los créditos como sobre las deudas, es decir, en el activo y en el pasivo patrimonial. El heredero responde de las deudas hereditarias, aunque no sea suficiente el activo de la herencia. Entonces utiliza su propio patrimonio, produciéndose la llamada confusión hereditaria.

211. Las concepciones sobre la herencia en las diversas etapas históricas.

En el antiguo derecho quiritorio, la sucesión hereditaria era consecuencia de la estructura y naturaleza de la familia agnaticia. Al morir el paterfamilias debía sustituirle al frente de la familia un heredero o continuador en los cultos y en las relaciones personales y patrimoniales. Se concibe como un conjunto o masa de bienes que se transmite al heredero, en las expresiones familia pecunia que viene a indicar el patrimonio familiar y los bienes de cambio.

En derecho clásico, la herencia adquiere un sentido exclusivamente patrimonial identificándose con pecunia. Al final de la República la herencia es un patrimonio pecuniario. En las concepciones de los juristas clásicos la herencia se configura como un conjunto o unidad que tiene identidad propia, lo mismo que el peculio y la dote.

Los juristas consideran la herencia como un ente jurídico. Quizá desde el final de la época clásica, la herencia se considera como una universitas, entidad propia independiente de las cosas que la componen. Como consecuencia de esta idea de la herencia como un ente jurídico unitario, el testador dispone de ella con un acto único. La acción de petición de herencia es de carácter universal. La usucapio pro herede tiene efectos sobre la totalidad de la herencia y no sobre los bienes particulares que se poseen a efectos de la usucapio.

En derecho postclásico y justiniano se llega a la conclusión de que el heredero continúa la personalidad del difunto.

212. El objeto de la herencia (casos).

La herencia comprendía todas las relaciones jurídicas de que era titular el “de cuius”, salvo las de carácter personal o las que se extinguen con la muerte del titular y no pueden transmitirse. No eran transferibles las facultades de la patria potestad, la manus y la tutela. En el ámbito de los derechos reales, éstos en general son transmisibles, con excepción del usufructo y el uso y la habitación. En las obligaciones, es transmisible la stipulatio de dare, pero no la de facere.

Existían ciertas relaciones o elementos extrapatrimoniales. En primer lugar, los sacra o cultos familiares se consideraban vinculados a los miembros de la familia. En segundo lugar, el ius sepulchri se considera también vinculado a la familia. El derecho de patronato pasa a los hijos, pero no a los herederos extraños. El patrimonio del causante, que en su totalidad se denomina as, se dividía en cuotas ideales de doceavas partes llamadas unciae para facilitar la división en caso de pluralidad de herederos. Si no bastaban las uncias se recurría a subdividir ésta en múltiplos de 12:24, 36, etc.

213. Hereditas y bonorum possessio.

El régimen hereditario del antiguo derecho civil estaba fundado sobre la familia agnaticia y los vínculos de potestad. Se adaptaba a una estructura patriarcal y a una economía agraria primitiva. Suponía un sistema cerrado de normas y formalismos. La ley parte de la posibilidad de existencia de un testamento; sólo en su defecto hace los llamamientos legítimos. En éstos considera el parentesco agnaticio y no el cognaticio o natural, excluyendo al hijo emancipado que no se encuentra en potestad a la muerte del padre. Tampoco la madre podía suceder al hijo ni éste a la madre.

El padre tenía la facultad de desheredar a los hijos. Para los sui, o hijos en potestad era obligatoria la adquisición de la herencia, que no podían repudiar. En materia hereditaria se presenta la misma intervención del pretor, que integra las normas del derecho pretorio u honorario, con la finalidad de corroborar, suplir o corregir el derecho civil.

El pretor otorga la posesión de los bienes hereditarios a las personas contempladas en su edicto, y concede interdictos y fórmulas ficticias para defender al poseedor de los bienes. La bonorum possessio tendría la función originaria de regular y atribuir la posesión de los bienes, en el caso de un litigio sobre la herencia. Al final de la República, la posesión de los bienes tendría un sentido más amplio de protección generalizada del bonorum possessor, para convertirse durante el Principado en un verdadero sistema de sucesión hereditaria, legítima y contra el testamento, junto a la herencia civil.

El bonorum possessor sólo se considera poseedor de los bienes hereditarios. Por ello, no adquiere el dominio, sino la simple posesión tutelada por la acción publiciana y los interdictos. Contra el legatario dispone del interdictum quod legatorum y contra los deudores hereditarios, el pretor concede fórmulas ficticias en las que se finge la cualidad de heredero.

En derecho postclásico, una vez desaparecido el dualismo entre el derecho civil y el derecho pretorio, y abolido el procedimiento formulario, ya no tiene sentido la distinción entre herencia y bonorum possessio. Diocleciano distingue todavía entre las dos. Justiniano equipara totalmente los poseedores de los bienes a los herederos, llamándoles honorarii successores, y borra las diferencias entre acciones civiles y pretorias. Clases de posesión de bienes hereditarios:

- **Bonorum possessio edictalis:** cuando está comprendida en los supuestos contemplados en el edicto del pretor.
- **Bonorum possessio decretalis:** cuando sin estar comprendida en el edicto la concede el pretor, después de haber examinado la petición y las causas que concurren.

La bonorum possessio se clasifica atendiendo a sus causas de atribución:

- **Bonorum possessio secundum tabulas,** conforme al testamento.
- **Bonorum possessio sine tabulis o ab intestato:** en los supuestos en que no existe testamento el pretor tiene en cuenta el parentesco de sangre o cognaticio que prevalece sobre el agnaticio.
- **Bonorum possessio contra tabulas:** o contra el testamento. Se daba a favor de los hijos emancipados que no hubiesen sido contemplados, ni desheredados en el testamento. Éste se considera nulo en la parte que corresponde al preterido.

En terminología escolástica propia de Gayo se distingue dentro de la bonorum possessio:

- **Bonorum possessio sine re:** sin efecto o atacable, cuando la posesión de los bienes está subordinada al derecho del heredero civil.
- **Bonorum possessio cum re:** cuando el poseedor de los bienes prevalece frente al heredero civil y puede retener los bienes hereditarios. El medio judicial era una exceptio o repliatio doli.

214. Presupuestos de la sucesión hereditaria.

B) Muerte de una persona que pueda dejar herederos. No puede existir herencia de una persona viva. En caso de deportación no existe herencia. Tampoco tenía herencia el servus poena, o esclavo en virtud de condena penal. Existían casos en que era necesario determinar la premoriencia.

- Se considera que mueren a la vez el pupilo y su hermano agnado o sustituto; o dos hermanos agnados que son sustitutos recíprocamente el uno del otro.
- Cuando el testador nombra a otro sustituto del último hijo impúber que muera.
- En el caso de que el padre hubiese muerto en la guerra junto al hijo, al reclamar la madre los bienes de su hijo. Adriano decidió que el padre había muerto primero para favorecer a la madre.

En caso de muerte de un padre y un hijo, al mismo tiempo, se distingue según que el hijo sea impúber o púber. Si es impúber se considera muerto antes que el padre, si es púber después.

C) Llamada o delación hereditaria: es necesario un ofrecimiento de la herencia o llamada para poder hacerse cargo de ella.

215. La delación de la herencia.

La delación supone el ofrecimiento o el llamamiento al heredero voluntario para que acepte la herencia.

Causas:

- Por el testamento: el causante designa al futuro titular de su patrimonio para después de su muerte.
- Por la ley o falta de testamento (ab intestato): según el precepto de las XII Tablas si el causante moría intestado se llamaba a los hijos, al agnado y a los gentiles.

Las dos causas de delación son incompatibles. El testamento debe contener necesariamente la institución de heredero y no es válido el testamento que sólo contiene legados; mientras que existe la posibilidad de la llamada testamentaria, no se abre la sucesión ab intestato; si el testador dispone sólo de una parte de su herencia, no se abre para la restante la sucesión intestada, sino que el heredero la adquiere también. Se admitió la excepción del testamento militar.

- Sucesión legítima contra el testamento. Se da a favor de los hijos en contra de lo que dispone el testamento. En una primera etapa, el padre debía instituir herederos a los hijos o desheredarlos expresamente. En una segunda etapa se da paso a la idea de que el padre que olvida o deshereda a su hijo actúa en forma contraria a su officium, por lo que se concede al hijo la querella inofficiosi testamenti con la que puede anular el testamento.

La delación de la herencia, que normalmente se produce al tiempo de la muerte del causante, puede también realizarse en un momento posterior. Ello ocurre cuando la institución del heredero se somete a condición, es decir, si depende de la realización de un hecho futuro e incierto o a término, de un hecho futuro y cierto.

Se aceptó que el heredero instituido bajo esta condición adquiriese la herencia y esto con tal de que prestase una caución de restituir la herencia si realizase el acto prohibido. La sucesión intestada se considera deferida – es decir, que se llama a los herederos legítimos – en el momento en que puede declararse que el causante ha muerto sin testamento o éste no producirá sus efectos jurídicos.

216. Transmisión de la herencia.

La delación tiene un carácter personal y por ello es intransmisible a los herederos del llamado. Sin embargo, en la sucesión intestada, antes de aceptar la herencia, el agnado puede hacer una in iure cessio a favor de otra persona. El heredero testamentario no puede realizar esta cesión de sus derechos antes de la aceptación de la herencia, pero sí después.

La regla de la no transmisión de la delación tiene en la práctica importantes excepciones. Cuando el llamado a la herencia muere sin haber podido aceptar por causas ajenas a su voluntad, el pretor concede una restitutio in integrum para que sus herederos puedan solicitar la bonorum possessio. Justiniano generaliza el principio de transmisibilidad de la llamada.

217. Adquisición de la herencia.

- 1. Heredero necesario.** Es el esclavo instituido y libertado en el testamento al mismo tiempo. El pretor le concedió que pudiera reservarse el patrimonio que adquirió después de la muerte del patrono y lo que éste le debía, tanto antes como después de la venta del patrimonio hereditario.
- 2. Herederos suyos (o de derecho propio) y necesarios.** Son los hijos o hijas o los descendientes que se encontraban bajo la potestad del causante en el momento de su muerte. Se llaman herederos suyos, o de derecho propio, porque son “herederos domésticos”, es decir, de su propia casa. Se les denomina necesarios porque se hacen herederos con independencia de su voluntad. El pretor les concedió el beneficio de abstenerse. Así en el caso de herencia dañosa, el patrimonio se vendía en nombre del padre.
- 3. Herederos extraños.** Son los herederos que no estaban sometidos a la potestad del testador. Adquieren la herencia mediante la aceptación y tienen la facultad de deliberar sobre si aceptan o renuncian.

218. Aceptación o adición de la herencia.

El heredero extraño o voluntario podía aceptar la herencia mediante tres formas:

- Declaración formal y solemne (cretio).
- Gestión de los bienes como heredero (pro herede gestio).
- Simple voluntad de tomar la herencia (aditio nuda voluntate).
 - ✍ La cretio, o aceptación, es la toma de posesión ante testigos de los bienes hereditarios, acompañada de una declaración solemne. Esta forma se utilizaba siempre que podía haber dudas sobre la aceptación.
 - ✍ La gestión como heredero supone la toma de posesión de los bienes hereditarios. Supone, la realización de cualquier acto o comportamiento en relación con la herencia de la que pueda derivarse la voluntad de aceptar.
 - ✍ La simple voluntad de aceptar sin realizar acto alguno de gestión se considera suficiente para adquirir la herencia.

Se establece un espacio para deliberar, llamado spatium deliberandi, no menor de cien días para que el heredero acepte o renuncie a la herencia.

219. Herencia yacente.

Cuando los llamados a la herencia son herederos extraños o voluntarios puede darse un espacio de tiempo entre la delación o llamada y la aceptación. En este espacio de tiempo, los juristas dicen que la herencia estaba yacente. La yacente no tiene heredero pero espera tenerlo. Los juristas consideran el patrimonio hereditario como una entidad económica e independiente, igual que el peculio y la dote.

El esclavo, comprendido en la herencia yacente, actúa en lugar del difunto y puede ser instituido heredero por otra persona y estipular y recibir bienes. A falta de esclavo, en interés de los acreedores se puede nombrar un curator. Mientras la herencia está yacente, las cosas hereditarias se consideran sin dueño, o res nullius y pueden ser apropiadas por cualquiera sin cometer hurto, aunque este principio tuvo importantes limitaciones. Marco Aurelio castiga el crimen de expoliación de la herencia con penas para el que la hubiese saqueado antes de la aceptación. Justiniano considera la herencia yacente como persona, o sujeto de derecho, al considerarse como dueña, domina.

220. Usucapio pro herede.

Originariamente, los bienes hereditarios se incluían entre “las demás cosas”, aunque se tratase de inmuebles, y bastaba la posesión durante un año. La especialidad de tan particular usucapio consistía en que era suficiente poseer cosas u objetos hereditarios para extender la usucapión a toda la herencia.

La desaparición de este régimen primitivo en la época clásica se debe a las nuevas concepciones sobre la herencia y sobre la usucapio. La herencia adquiere un sentido patrimonial, que no es susceptible de usucapio. La usucapio requiere requisitos positivos como son la iusta causa y la bona fides, que no se daban en esta posesión de bienes hereditarios. En derecho clásico pervive un usucapio pro herede limitada a la posesión de cosas singulares de la herencia en la que no concurren los requisitos de la usucapio general (buena fe y justo título). El poseedor puede usucapir en un año frente al heredero extraño que no haya aceptado, pero no frente al heredero de derecho propio. El poseedor, a título de heredero, debe tener la capacidad para recibir por testamento o testamentifacio pasiva.

221. Confusión hereditaria y separación de bienes (casos).

Al hacerse el heredero titular y responsable del nuevo patrimonio, se produce la llamada confusión hereditaria, porque a partir de la adquisición confunden los dos patrimonios: el propio del heredero y el del causante. La confusión se produce por la adquisición. En los supuestos de herencias sucesivas, los patrimonios se confunden en el último heredero de toda la serie de predecesores.

Otra consecuencia de la confusión era que los acreedores del difunto concurrían con los acreedores del heredero para cobrar sus deudas de un único patrimonio. Para salvaguardar los intereses de los acreedores del causante, el pretor concedió, en un edictum de suspecto herede dos remedios o recursos:

- La garantía del heredero sospechoso de escasa solvencia. Los acreedores pueden solicitar del pretor que el heredero preste garantías de pagar las deudas hereditarias. También puede limitarse su actuación prohibiéndole enajenar los bienes hereditarios si sólo podía reprochársele su probeza.
- La separación de bienes: el pretor puede decretar la separación de los bienes de la herencia para que los acreedores puedan realizar sus créditos. Puede solicitar la separación cualquier acreedor del difunto, incluso en los créditos bajo condición o término, pero no pueden pedirla los acreedores del heredero.

La separación de bienes se extiende a los legatarios. La separación debe pedirse en los 5 años siguientes desde la muerte del causante según estableció Justiniano. Como consecuencia de la separación, los acreedores actúan con dos procedimientos ejecutivos distintos: uno sobre el patrimonio hereditario, en el que concurren los acreedores del difunto, y otro sobre el patrimonio del heredero, en el que concurren sus acreedores. En el caso de que fueran varios los acreedores del difunto y unos pidieran la separación y otros no, los efectos de la separación se producen sólo en relación con los que la han solicitado.

222. El beneficio de inventario.

Justiniano concede el llamado beneficio de inventario. El heredero debe comenzar el inventario a partir de los 30 días siguientes a que tenga conocimiento de la llamada o delación y redactarlo en el plazo de 60 días, o dentro de un año desde la muerte del causante cuando la herencia o parte de ella se encuentra en lugar lejano de su residencia. El inventario se realiza con asistencia de tabulario (notario) y de testigos. Una vez hecho el inventario, puede comenzar a vender los bienes hereditarios para pagar a los acreedores y legatarios por el orden en que se vayan presentando, dejando a salvo los derechos de preferencia. Los acreedores tienen acción de regreso contra los legatarios a quienes se había entregado el objeto o dinero legado.

II. LA SUCESIÓN INTESADA.

223. La sucesión ab intestato.

Aunque las reglas del ius civile se mantienen en época clásica, prevalece en el derecho pretorio imperial la concepción de la familia basada en los vínculos de sangre o parentesco natural que acaba por imponerse en derecho postclásico y justiniano. La sucesión ab intestato se abre en los siguientes casos:

- Si una persona ha muerto sin testamento.
- Si el testamento carecía de los requisitos exigidos o si se había hecho nulo con posterioridad o era revocado.
- Si los herederos testamentarios no llegaban a adquirir la herencia.

La llamada a la sucesión intestada se produce de ordinario en el momento de la muerte del de cuius; sin embargo, si el heredero renuncia, la llamada se produce sólo en el momento de la renuncia o cuando el testamento se declara ineficaz.

224. La sucesión intestada en el antiguo derecho civil.

- **Herederos de derecho propio:** son los hijos que estaban en potestad del difunto o todos aquéllos que estaban en lugar de hijos. No se consideran herederos “suyos” los hijos que no están ya bajo la potestad del padre, como son los hijos emancipados o adoptados por otro y las hijas casadas cum manu. Los nietos y bisnietos se consideran herederos de derecho propio sólo en el caso de que su antecesor haya dejado de estar en la potestad del ascendiente. Todos los herederos “suyos” suceden al difunto, aunque estén en desigual grado de parentela; la participación tiene lugar per stirpes. Los herederos de derecho propio suceden sin necesidad de aceptar y no pueden repudiar porque ellos eran ya en vida del padre “en cierto modo dueños”.
- **Agnados:** son los que están unidos por parentesco legítimo por línea de varón. La ley llama al agnado más próximo que excluye al más remoto; en caso de que existan varios agnados del mismo grado, la herencia se divide por cabezas. Entre los hermanos no se hacía distinción de sexos, pero la

jurisprudencia excluyó de la herencia a las agnadas de grado ulterior. El agnado sería un sucesor en los bienes y no un heredero en sentido propio. El llamamiento al agnado es único, y si éste no llega a adquirir la herencia sigue en situación de yacente.

- **Gentiles:** los pertenecientes a la misma gens, constituidas por las familias procedentes de un antecesor común, con el mismo apellido o nombre gentilicio.

225. La sucesión intestada en el edicto del pretor.

El objeto de la bonorum possessio fue extendiéndose hasta comprender también los créditos y las deudas.

- **Hijos y descendientes (liberi):** el pretor llama a todos los hijos con independencia de que estén o no sometidos a potestad; por tanto, suceden:
 - Los suyos o de propio derecho.
 - Los que han salido ya de la patria potestad, entre los que se relacionan los siguientes:
 - Los hijos emancipados por el causante,
 - Los descendientes legítimos del hijo después de la emancipación.
 - Los hijos dados en adopción y después emancipados por el adoptante.

No entran en esta llamada los hijos adoptivos del causante. A la posesión de los bienes suceden por stirpes, o por derecho de representación de su padre. Según el orden del edicto perpetuo, el hijo emancipado concurría con sus propios hijos a la herencia pretoria. Para evitar la desigualdad el pretor impone a los hijos emancipados, que solicitan la bonorum possessio, la obligación de aportar el valor de su propio patrimonio.

- **Legítimos:** al ser llamados los sui en la primera categoría de liberi, y al desaparecer la llamada a los gentiles, en ésta se comprenden prácticamente los agnados. No hay llamamientos sucesivos y el bonorum possessio debe ceder ante el heredero civil.
- **Cognados:** o parientes de consanguinidad. Son los descendientes, los ascendientes y los colaterales hasta el 6º grado. Se consideran equiparados a éstos los cognados por adopción. Son llamados también los descendientes de las mujeres. Los parientes del mismo grado heredan por cabezas. Los póstumos ya concebidos se comprenden también en esta llamada.
- **El marido y la mujer.** Se llama a la posesión de los bienes al cónyuge viudo, teniendo en cuenta la existencia de matrimonio válido, con independencia de la manus.

En la sucesión de los libertos, el edicto concede la posesión de los bienes por el siguiente orden: hijos del liberto; herederos legítimos: el patrono, la patrona, los hijos del patrono; cognados del liberto; agnados del patrono; patrono del patrono o sus descendientes y ascendientes; viuda o viudo del liberto o liberta; cognados del patrono. Si no aparece ningún heredero de los llamados, el pretor decreta la venta de los bienes para pagar a los acreedores.

226. Reformas de la legislación imperial.

Prevalece el parentesco natural sobre el agnaticio. La madre debía tener el ius liberorum, y es llamada con preferencia a los agnados, pero sólo a la sucesión del hijo que muere sin dejar hijos, ni parens manumissor, ni tampoco hermanos consanguíneos. El derecho postclásico tiende a hacer independiente la sucesión de la madre del ius liberorum, respecto a la sucesión del hijo.

227. La sucesión intestada en el derecho de Justiniano (caso).

Las Novelas aceptan el fundamento de la llamada en la familia natural o parentesco de sangre y derogan el antiguo sistema del derecho civil.

- **Los descendientes emancipados o dados en adopción.** Los descendientes de igual grado heredan por cabezas; los nietos heredan por stirpes en representación de su padre premuerto.
- **Los ascendientes y los hermanos y hermanas de doble vínculo**, es decir, de padre y de madre:
 - Si concurren ascendientes y hermanos heredan por cabezas.

✍ Si sólo acuden ascendientes, los más próximos excluyen a los más remotos y si sólo existen éstos, la herencia se reparte en las dos líneas y dentro de cada grado por cabezas.

✍ Si concurren hermanos, heredan por cabezas, pero con derecho de representación de los descendientes de hermanos premuertos.

- **Los hermanos y hermanas de un solo vínculo**: heredan por cabezas, con derecho de representación de sus descendientes.
- **Los otros colaterales**, hasta el 6º y 7º grado. Los más próximos excluyen a los más remotos. Si faltan estos herederos, es llamado el cónyuge viudo.

III. LA SUCECIÓN TESTAMENTARIA.

228. El testamento. Concepto y características.

- Se trata de una declaración solemne ante testigos.
- Se destaca la voluntad o la intención del testador.
- Debe hacerse en forma solemne y conforme a lo establecido en el derecho.
- Es una disposición sobre lo que el testador quiere disponer lo que se haga después de su muerte.
- Es un acto conforme al derecho civil y con las solemnidades en él establecidas. Ello supone que sólo los ciudadanos romanos pueden otorgar testamento.
- Es un acto unilateral en el sentido de que sólo necesita de la voluntad del disponente y revocable hasta el momento de la muerte de éste.
- Es un acto mortis causa, que sólo produce sus efectos después de la muerte del causante.

229. Formas antiguas y clásicas.

- **Testamento ante los comicios curiados**: se realiza en tiempos de paz en las reuniones que los comicios dedicaban dos veces al año a la confección de testamentos. El acto se realizaba por una declaración oral del disponente y quizá en una aceptación por parte de la asamblea.
- **Testamento en procinto, o en pie de guerra**. La declaración que se hacía ante el ejército perdía su validez, una vez que el testador volvía de la campaña.

Se añadió después una tercera clase:

- **Testamento por el bronce y la balanza**. Consiste en el acto solemne de la mancipatio, por la que el disponente vendía sus bienes a una persona de confianza en presencia del portador de la balanza y de 5 testigos. La persona que recibe los bienes en custodia se compromete a entregarlos a quien había designado el disponente. En este acto mancipatorio sólo podían transmitirse cosas corporales, pero no derechos ni obligaciones. El adquirente no era heredero. Las personas designadas en el pactum fiduciae no eran sucesores del testador, sino adquirentes del empor o comprador.

Sólo perdura en época clásica el testamento por el bronce y la balanza. Las declaraciones del testador serían orales, después se escriben en las tablillas enceradas, que se presentan a los testigos para que las autenticuen con sus sellos. La mancipatio se reduce a una mera formalidad que sirve para hacer adquirir la condición de heredero.

El acto tiene por objeto cosas y derechos que no son transmisibles por mancipatio. La mujer realizaba los actos testamentarios con intervención del tutor. Desde el final de la República se admite el llamado testamento pretorio: el pretor concede la posesión de los bienes, conforme al testamento, al que se encuentre designado como heredero en tablillas o escritos sellados por las siete personas que intervenían en la mancipatio. No se requiere la celebración de los ritos ni la declaración formal del disponente.

Durante la época clásica coexiste el testamento civil y el testamento pretorio. Si existe un litigio entre el heredero civil y el pretorio, prevalece el primero hasta el rescripto de Antonino Pío. Si existen después dos testamentos, uno civil y otro pretorio, se consideran con igual valor.

230. El testamento militar.

Es el testamento de los militares. Prevalece la voluntad del testador sobre las palabras o verba, y no se somete a las reglas del derecho civil. El militar puede disponer sólo en parte de su herencia, dejando que para el resto se abra la sucesión intestada; puede instituir herederos bajo condición o término, o realizar instituciones sucesivas; puede asignar la herencia a dos personas como si se tratase de dos herencias; puede instituir heredero en una cosa determinada y para el resto se abre la sucesión intestada; podía disponer legados sin que tengan la reducción de la lex Falcidia. El hijo de familia militar puede testar respecto a su peculio castrense y aunque sea incierto si es sui iuris.

En la época clásica este régimen especial testamentario se aplica a todos los militares, desde que entran en filas hasta un año después de la fecha de la licencia. Justiniano lo limita al tiempo que estuviesen en campaña.

231. El codicilo.

Es un apéndice al testamento o se redactaba posteriormente. Tiene su origen en la época de Augusto y se difunde en la práctica al ser una forma más breve y más libre de testar. Los codicilos testamentarios se consideran como parte del testamento. Pueden referirse a un testamento que ya se ha hecho o se hará y también producen sus efectos en la sucesión intestada. Los codicilos contienen legados, manumisiones, nombramientos de tutores o revocación de estas disposiciones. No pueden contener institución o desheredación de heredero.

La confirmación del codicilo en el testamento debía hacerse en forma imperativa. Los codicilos no confirmados en el testamento podían contener disposiciones fideicomisarias, o concesiones de libertad encomendadas a la fides del heredero. En la época clásica no se requería ninguna forma especial. Las formas legales surgen en época postclásica cuando la confusión entre testamento y codicilo hace que se apliquen los mismos requisitos que tenía el testamento exigiéndose el mismo número de testigos. De otra parte, el régimen más libre y sencillo del codicilo hace que se extienda al testamento.

232. Formas de testamento en derecho postclásico y justiniano (caso).

La distinción clásica entre testamento civil y pretorio ahora se mantiene referida a dos clases de testamento: abierto, que se hace ante 5 testigos, y cerrado, que se presenta con la firma de 7. Del testamento cerrado o escrito deriva el que Justiniano llama "tripartito", porque tiene un triple origen: del derecho civil, del derecho pretorio y del derecho imperial. En Occidente se admiten nuevas formas como el testamento "recíproco" y "escrito" de la propia mano del testador que no necesitaba testigos.

Formas extraordinarias:

- **Testamento en tiempo de epidemia.** Se requiere que la presencia de los testigos sea sucesiva, y no simultánea.
- **Testamento que se hace en el campo:** podía hacerse ante 5 testigos si no se encontraban los 7 requeridos. Si el testamento es escrito, los testigos que sepan escribir firman por los que no saben.
- **Testamento del ciego:** en época clásica podía testar en la forma oral del acto mancipatorio; en derecho postclásico el ciego debía dictar el testamento a un notario o tabulario ante 7 testigos o hacer que lo escribiera un octavo testigo en presencia de los demás.
- **Testamento del analfabeto:** es necesario un octavo testigo que firme por el testador.
- **Testamento en beneficio de la Iglesia o de obras pías.**

Justiniano volvió al régimen clásico al exigir la forma de testamento con 7 testigos, para poder instituir heredero.

233. Capacidad para testar (testamentifacio).

Esta facultad o capacidad para hacer testamento no se refiere sólo al testador, sino también a su relación con las otras personas mencionadas en el testamento. Se exige que el testador sea libre, ciudadano romano y sui iuris. Los sometidos a potestas o alieni iuris pueden disponer mortis causa sólo del peculio castrense o cuasi castrense. Con excepción de estos casos, el testamento del hijo no es válido.

Se considera que los impúberes no tienen plenum iudicium y el loco o furioso no puede testar porque no tiene inteligencia. Los sordos y los mudos no podían intervenir en el acto oral y cuando se introduce el testamento escrito, los emperadores concedían caso por caso la capacidad. La mujer podía testar con la intervención del tutor hasta que se suprimió la tutela agnoscitiva. El esclavo no puede hacer testamento, excepto si se trata de un servus publicus, que puede disponer de la mitad de su peculio. La capacidad se requiere tanto en el momento de testar como en el tiempo de la muerte.

234. Capacidad para heredar.

La capacidad para recibir por testamento, llamada testamentifatio pasiva, requería la condición de ser ciudadano y libre.

- Los esclavos, que aunque no adquirían para sí mismos podían adquirir para el dueño. Por ello, necesitaban su mandato, para que luego quedara obligado al pago de las deudas hereditarias.
- Los sometidos a potestad o alieni iuris, también adquieren por el mandato del paterfamilias y para él.
- Los latinos podían aceptar la herencia de un ciudadano romano, pero no los latini iuniani. Los peregrinos no podían heredar.
- Las mujeres podían heredar.

La institución de heredero de una persona incerta es nula. Se considera persona incierta aquella de la que el testador no podía dar referencias concretas y precisas. Se consideraban incapaces, como personas inciertas, los hijos póstumos, es decir, los que nacían después de la muerte del padre. Cuando el póstumo es ajeno, y ya está concebido, el pretor concede la posesión de los bienes conforme al testamento.

Justiniano declara que el póstumo sea propio o ajeno puede ser contemplado en testamento. Con anterioridad al Principado, se consideraron como personas inciertas y por tanto incapaces para heredar los municipia, civitates y coloniae. Durante el Principado pudieron recibir legados y fideicomisos. La legislación matrimonial de Augusto estableció incapacidades de los solteros, que no podían adquirir nada y de los casados sin hijos, que sólo podían adquirir la mitad de la herencia.

Si los cónyuges no tenían hijos comunes, no podían adquirir más de una décima parte de la herencia y el usufructo de la tercera. En derecho postclásico se introducen nuevos cambios para reconocer la capacidad para heredar de la Iglesia católica. Justiniano admite las disposiciones a favor de Jesucristo. Se establecen nuevas incapacidades: no pueden suceder los hijos de los condenados por delito de alta traición, ni los herejes y apóstatas. También se declaran incapaces las mujeres que no respetan prohibiciones y plazos para contraer un nuevo matrimonio.

La capacidad para heredar se exige en tres momentos: al tiempo de la redacción del testamento, de la muerte del testador, y de la aceptación para los herederos voluntarios. Existe también la dignidad para suceder. En la mayoría de los casos se despoja al indigno de lo adquirido para entregarlo al fisco.

IV. CONTENIDO DEL TESTAMENTO. INSTITUCIÓN DE HEREDERO.

235. Disposiciones del testamento. La institución de heredero.

En los comienzos del Principado, el testamento contiene: institución del heredero desheredación de herederos sui- legados – manumisiones de esclavos – nombramiento de tutores – asignación de libertos - fideicomisos. El testamento se considera como un acto unitario en el que prevalece la voluntad del difunto.

Todas las disposiciones dependen de la institución de heredero. La aceptación de la cualidad de heredero supone el situarse en la misma posición del difunto. En el legado se trata de sucesión en una relación concreta o sobre un bien determinado. La institución de heredero debe ser hecha en forma imperativa. Estos requisitos dejan de exigirse a partir de una ley de Constantino del año 339 d.C. El patrimonio hereditario se divide en doce partes u orzas.

- Si el testador instituye un heredero sólo en toda la herencia, o sólo en una parte de ella, adquiere todo el patrimonio hereditario.
- Si el testador instituye una pluralidad de herederos pueden darse los siguientes casos:
 - ✍ Si es sin atribución de partes, se consideran instituidos en las partes iguales que resulten de dividir el as por el número de herederos instituidos.
 - ✍ Si es con atribución de partes.
 - ✍ Si agotan el as hereditario, cada heredero recibe la cuota indicada.
 - ✍ Si no agotan el as, cada uno acrece con lo que quede en proporción a su cuota.
 - ✍ Si superan el as: se produce una reducción también en proporción a las cuotas.
- Si unos herederos tienen atribuida una parte y otros no:
 - ✍ Si no se completa todo el as: los herederos sin parte concurren al resto noasignado.
 - ✍ Si los herederos a quienes se atribuye una parte completan el as y hay otros herederos sine parte, se forman dos ases con toda la herencia.

Justiniano dispone que si el testador supera al as en la atribución de partes, no se disminuyen proporcionalmente las cuotas, sino que se presume que el disponente ha disminuido los precedentes con la sucesiva disposición. Un paso adelante, para aceptar la voluntad del testador y al mismo tiempo respetar el principio de la universalidad de la sucesión, se daen el juicio de división de herencia. El juez detraería primero aquellas cosas directamente atribuidas a los instituidos ex certa re y se las adjudicaría a éstos. Esto no afectaba a la responsabilidad por las deudas, de las que respondían todos los herederos en proporción a sus cuotas. Esta separación previa de los bienes directamente atribuidos por el testador hace que Papiniano lo equipare al legado per praeceptionem. Por ello, se aplicaba a estos casos la reducción que la ley Falcidia realizaba sobre los legados. Cada uno de los coherederos se obliga a responder de las deudas y a exigir los créditos comprendidos en su parte de bienes.

Justiniano trata de un caso en que son instituidos varios herederos: unos ex certa re y otros no, y decide que los instituidos en cosa cierta sean considerados como si fueran legatarios. A los fines de la legítima, la institución ex certa re se considera como institución de heredero.

236. La institución bajo condición o término (caso).

La institución de heredero podía someterse a una condición suspensiva, pero no a una condición o plazo. Estas condiciones o plazos se consideran no escritas, igual que las condiciones imposibles, ilícitas o inmorales. En la doctrina científica se llama condición al hecho futuro e incierto del que se hace depender el que una declaración o relación jurídica produzca sus efectos. El derecho clásico sólo reconoció las condiciones suspensivas, que suspenden hasta su realización los efectos del acto o relación, pero no las condiciones resolutorias que impiden que el acto siga teniendo sus efectos.

No son verdaderas condiciones los principios que provienen del mismo derecho, ni los trámites previos o requisitos que exige el ordenamiento jurídico, ni las condiciones “impropias” que se refieren a la averiguación de un hecho presente o pasado. Las condiciones se clasifican en positivas, cuando se trata de que ocurra un hecho o comportamiento, o negativas, cuando se considera la falta de un hecho o una abstención. Puede existir una condición contraria, es decir, que sea positiva para una persona y negativa para otra.

Otra clasificación de las condiciones es la de potestativas, casuales o mixtas; según que el hecho futuro dependa de la voluntad de una persona, sea extraña a esa voluntad y dependa del azar, o dependa por igual de la voluntad propia y del azar. El término es un hecho futuro y cierto en cuanto a su cumplimiento, pero incierto en el tiempo en que se realizará. Para el cumplimiento de las condiciones suele señalarse un plazo y una vez terminado se consideran frustradas.

El heredero instituido bajo condición suspensiva, que no dependiese de su voluntad, podía solicitar del pretor la posesión de los bienes conforme al testamento. La manumisión realizada en el testamento podía someterse a condición. En tanto la condición no se cumple, el esclavo se denomina statuliber. En

muchos supuestos, la condición a que se somete la libertad dependía del mismo esclavo. Cuando se trata de una condición mixta, es decir, que en parte dependía del esclavo y en parte del azar, y aquél había hecho todo lo necesario para que se cumpliese, los juristas la dan por cumplida y el esclavo obtiene la libertad.

237. Las sustituciones (casos).

El testador puede nombrar un sustituto para el heredero en el caso de que éste no llegase a adquirir la herencia. Se trata de una institución sometida a la condición de que el heredero no pudiese o no quisiese aceptar. Se pueden sustituir uno o varios en lugar de uno, y viceversa, uno o varios en lugar de varios. También pueden hacerse sustituciones recíprocas entre los instituidos. La llamada al sustituto era independiente de la llamada al heredero; consecuentemente, el testador podía cambiar el objeto de la sustitución.

La condición a que se sometía la institución no se consideraba impuesta al sustituto, lo mismo que los legados de obligación, que gravaban al heredero en primer grado, pero no se consideraba que lo hicieran también al sustituto. Cuando el sustituto acepta la herencia se convierte en un heredero más y se beneficia del derecho de acreer.

La sustitución pupilar es cuando el padre de familia instituía heredero a su hijo impúber, o también lo desheredaba y le nombraba un sustituto para el caso de que muriese antes de llegar a la pubertad. Si el hijo moría antes que el padre, el sustituto se hace heredero del padre; pero si llega a ser heredero, y muere antes de llegar a la pubertad, el sustituto se hace heredero del mismo hijo. Así que el sustituto no puede repudiar una herencia y aceptar la otra. El heredero debía encontrarse bajo la potestad del testador o a un extraño que debía estar también bajo su potestad.

El nombramiento de sustituto podía realizarse por un acto separado y distinto al de la institución de heredero. Para evitar que el sustituto atentase contra la vida del impúber se solía instituir al sustituto en tablillas separadas. Estas formaban un único testamento. Se discutió en la época de la República si la sustitución pupilar comprendía o no la vulgar, en el sentido de que si el hijo no llegaba a ser heredero, el sustituto pudiera considerarse en cualquier caso heredero del padre. Las decisiones jurisprudenciales atendían a la voluntad del testador.

Justiniano decide que el ascendiente de un loco puede nombrar en su testamento un sustituto, descendiente del loco, del testador o de un extraño, para el caso de que el enfermo mental muera sin recobrar la razón.

V. CONTENIDO DEL TESTAMENTO: II. LEGADOS Y FIDEICOMISOS.

238. Concepto de legado.

El legado es una disposición contenida en el testamento, por la cual el testador concede a una persona cosas determinadas o derechos, que segrega de la herencia sin conferir a esa persona el título de heredero. Se redactaba en términos imperativos, a diferencia al fideicomiso. El ámbito de aplicación se amplía hasta comprender cosas que no son propiedad del testador y se opera un proceso de acercamiento a los fideicomisos y a las donaciones mortis causa.

239. Clases de legados.

- **Legado vindicatorio.** La forma del legado era “doy y lego”. La cosa se hace del legatario sin intervención del heredero, y aquél dispone de la acción reivindicatoria como propietario civil. Los sabinianos opinaban que lo legado de esta forma se hace propiedad del legatario inmediatamente después de ser aceptada la herencia; los proculeyanos creen que la cosa se hace propiedad del legatario tan sólo cuando el legatario quiere que sea suya. El testador sólo puede legar por vindicación lo que es de su propiedad civil en el momento de hacer testamento y en el de su muerte. Se exceptúan las cosas fungibles, es decir, aquellas que se pesan, cuentan o miden.
- **Legado damnatorio.** La forma era “que mi heredero está obligado a transmitir”. El heredero quedaba obligado a entregar la cosa legada. Se consideró comprendido en este legado todo lo que

podía ser objeto de obligación. El legatario adquiere un derecho personal contra el heredero. El objeto del legado puede ser una cosa cierta y determinada o una cosa incierta. Al ser propiedad del heredero, el legatario debe demandarlo con la *actio ex testamento*, acción personal y de derecho estricto, para que el heredero le transmita la cosa. En el legado *damnatorius*, sometido a condición o término, el pretor requería del heredero, a petición del legatario, una *cautio legatorum servandorum gratia*. El heredero para transmitir la propiedad de la cosa legada, deb utilizar la *mancipatio*, la *in iure cessio*, o la *traditio*.

En la clasificación gayana se incluyen:

- **Legado de tolerancia o permisión**. La forma es “que mi heredero quede obligado a permitir”. La finalidad de este tipo de legado era el respeto, impuesto por el testador al heredero, de una situación de hecho establecida a favor del legatario. Este legado ya no tiene razón de ser en tiempos de Gayo, pues se funde con el legado *per damnationem*. Objeto del legado eran sólo las cosas del testador o del heredero, pero no las que perteneciesen a extraños.
- **Legado de percepción**. La forma es “apoderarse con preferencia”. Se autorizaba al heredero a separar un bien de la herencia. Objeto de este legado podían ser tanto las cosas específicas como las genéricas y fungibles que pertenecían al testador.

Antiguos tipos de legados:

- **Legado de opción**. La forma era “optato”. La singularidad del legado consiste en que el acto solemne de la opción genera la adquisición de la propiedad sobre el esclavo elegido. Si el legatario muere sin hacer esta elección, no adquiere nada ni transmite el legado a sus herederos. La jurisprudencia lo equipara al legado *vindicatarius*.
- **Legado de partición**. La forma es “divida mi heredero con Ticio mi herencia”. Fue un recurso al que acudió la jurisprudencia pontifical para evitar las cargas que suponía la condición de heredero, entre ellas, los *sacra familiares*. Según los *proculeyanos*, el heredero estaba obligado a transferir al legatario su cuota de dominio correspondiente a la porción legada. Los *sabiñanos* sostenían que sólo debía dar la estimación de la cuota. En lo referente a los créditos y deudas hipotecarias, el legatario y el heredero celebran recíprocas estipulaciones, por las que se comprometían a atender a las deudas y a transferir los créditos en proporción a las cuotas.

Los diversos tipos de legados tienden a unificarse en las dos formas más importantes: con efectos reales, o legado *vindicatarius*, y con efectos obligatorios, o *damnatorius*.

240. Sujetos y objeto de los legados.

En el legado intervienen tres sujetos: el testador o el que lega, el heredero o gravado, y el legatario o beneficiado con el legado. En el derecho clásico, el que lega es el que hace el testamento; en derecho justinianeo, el legado puede hacerse también en un *codicilo*. En el caso del legado indirecto, el legatario puede ser una persona distinta del mencionado por el disponente. Gravado con el legado es el que adquiere una herencia que resulta disminuida por esta carga.

En derecho justinianeo, gravado puede ser tanto el heredero testamentario como el legítimo y cualquier persona que adquiere *mortis causa*. Objeto del legado puede ser tanto cosas corporales como incorporales o derechos. El legado puede consistir en creación de derechos a favor del legatario o en modificación o extinción de relaciones ya existentes. El objeto consiste en una atribución patrimonial lucrativa, en la que se puede imponer al legatario una carga modal, como en la donación. Era práctica usual instituir herederos a los hijos varones y beneficiar a la mujer a las hijas y a otros parientes, con los siguientes legados:

- **De usufructo**, incluso de usufructo universal, o sobre todos los bienes de la herencia.
- **De peculio** o de bienes que se legan a los hijos o a los esclavos.
- **De servicios de un esclavo**.

- **De la dote** que el testador había recibido de la mujer, o de su paterfamilias, o de su valor pecuniario o también de determinados bienes en lugar de la dote.
- **De los objetos que formaban parte del ajuar** de la mujer o las cosas que el marido le había destinado durante el matrimonio.
- **De los regalos** que el marido hacía a la mujer durante el matrimonio.

En la asignación de bienes familiares, también el testador disponía de un legado a favor del heredero. Esta disposición era eficaz sólo cuando el legado estaba a cargo de la herencia en su totalidad o de otros coherederos gravados. El objeto del legado podía consistir también en obligaciones y se utilizaban los siguientes tipos:

- **Legado de un crédito del testador** que el heredero debía ceder al legatario, valiéndose de los modos de transmisión de las obligaciones.
- **Legado de crédito al deudor** para que el heredero no lo reclame o proceda a cancelarlo.
- **Legado de una deuda al acreedor** con alguna ventaja para él.

Existían también tipos de legados con objeto indeterminado:

- **Legado de objeto alternativo o de elección de una cosa entre varias**. Si el testador no ha expresado quién debe hacer la elección y utiliza el damnatorio, la elección corresponde al heredero; si el legado es vindicatorio, preceptorio o de permisión, corresponde al legatario.
- **Legado de objeto genérico**. El heredero debe entregar una cantidad de cosas fungibles o de una cosa a elegir dentro de las pertenecientes a un género. La elección corresponde al heredero o legatario según la clase de legado utilizada.

241. Adquisición del legado.

El legatario no puede hacer suyo el legado hasta que el heredero no adquiera la herencia. Para evitar el riesgo de que el legatario muriese antes de la aceptación del heredero voluntario, los juristas distinguen el tiempo en que “cede el día”, es decir, cuando se inicia la expectativa del legatario, y el día que hay que esperar para que “venga”, que es cuando el heredero adquiere definitivamente la herencia y el legatario el legado.

Este momento del dies cedens servía de tiempo de referencia para los siguientes efectos: nacimiento de la expectativa de adquirir el legado para el beneficiado y sus herederos; si vivía el legatario no se efectuaba la sustitución dispuesta por el testador; los que en ese momento estaban bajo la potestad del paterfamilias, como los hijos o los esclavos, adquirirían para él, aunque luego hubieran salido de su potestad. El heredero gravado con un legado responde solamente por el dolo, pero también responde por culpa o negligencia.

242. Limitaciones legales de los legados (casos).

La ley Falcidia reservaba al heredero la cuarta parte de la herencia, calculada sobre el valor que tenía en el momento de la muerte del testador y una vez deducidas las deudas hereditarias. Si los legados eran divisibles, quedaban reducidos en la proporción necesaria para dejar la cuarta parte al heredero; si eran indivisibles, el heredero no cumplía el legado y se oponía a la acción del legatario mediante la exceptio doli, hasta que éste abonase el valor de lo que debía reducirse.

La reducción de la Falcidia se extiende a los fideicomisos y a las donaciones mortis causa. Justiniano abolió prácticamente la ley Falcidia, al permitir que el testador excluya este límite e impone al heredero, la obligación de hacer inventario.

Augusto limita la libertad de manumitir por testamento mediante la ley Fufia Caninia, del año 2 a.C., en número proporcional al de esclavos del testador y nunca más de cien, y la ley Aelia Sentia del año 4 a.C., que prohíbe la manumisión a los testadores insolventes, salvo para instituir un heres necessarius.

243. Fideicomisos. Concepto y evolución histórica.

Son disposiciones de última voluntad confiadas a la buena fe de una persona, por las que se hacía una petición o encargo a favor de otra persona para que las cumpla. Se hacía en términos de petición o

ruego. Se podía hacer el encargo en el testamento o en cualquier codicilo y el gravado debía recibir algo del testador o fideicomitente. La tutela se conseguía mediante la actio fideicommissaria, acción personal y cognitoria para exigir el cumplimiento del fideicomiso que sigue el modelo de las acciones de buena fe. Por ello son también reclamables los intereses moratorios.

Los fideicomisos, ya tutelados jurídicamente, se convierten en una forma más libre de legados, que deben hacerse en formas determinadas y directas. Aunque al final de la evolución histórica, legados y fideicomisos se consideran equiparados a todos los efectos. Diferencias:

- El legado sólo puede ser dispuesto en un testamento y con la observancia de determinadas formas, mientras que el fideicomiso se puede dejar fuera de él y sin forma alguna, e incluso en lengua griega.
- No se puede disponer de un legado a cargo de un legatario, pero sí de un fideicomisario.
- Podían ser fideicomisarios quienes no tenían capacidad para recibir por legado y fuera de las limitaciones previstas para éstos.
- Mientras el legado se hace valer en el procedimiento formulario, el fideicomiso se tramita en el procedimiento extraordinario o cognitorio.

Las diferencias señaladas por Gayo son superadas cuando desaparece el procedimiento formulario y cuando se abolieron las formas solemnes de los legados considerándose independientes de la institución de heredero. Justiniano sancionó la total equiparación de legados y fideicomisos al disponer que lo que vale para uno valiese también para los otros.

244. Fideicomiso de herencia.

A partir del Principado el fideicommissum hereditatis sirve para transmitir la herencia en su totalidad o una parte de ella. El heredero podía transmitir las cosas hereditarias, pero no ceder su calidad de heredero. Si el fideicomiso era de parte de la herencia, la comunicación de créditos y deudas se realiza mediante las stipulationes partis et pro parte.

El heredero fiduciario, ante la obligación de restituir toda la herencia y de responder de las deudas hereditarias, en muchos casos renunciaría, con lo que quedaba sin cumplirse el encargo del testador. Para evitar esto, se dicta el SC. Trebeliano que considera al fideicomiso de toda la herencia como sucesión universal en un acto único de transmisión. El heredero fiduciario transfiere el activo y se libera de las deudas y el fideicomisario interviene loc heredis, ejercitando u oponiéndose a las acciones que correspondían en pro y contra el heredero, que se consideran en el edicto como útiles. Esta forma fue completada por el SC. Pegasiano, que dispuso que el fiduciario tenía derecho a una cuarta parte de la herencia frente al fideicomisario y debía tenerse siempre por aceptada la herencia.

Justiniano intenta una refundición de ambos SC. De una parte, considera al fideicomisario como un sucesor universal; de otra, dispone que el heredero fiduciario retendrá la cuarta parte y se le obligará a aceptar la herencia y a entregarla al fideicomisario.

245. Sustitución fideicomisaria.

Se puede supeditar al fideicomiso, y también al legado, a la no adquisición por parte de otro fideicomisario (sustitución fideicomisaria directa o vulgar), o a la muerte de otro adquirente, o a llamamientos sucesivos, que dependen ordinariamente del día de la muerte del fideicomisario anterior, o supeditarlos a condición o a término.

246. Fideicomiso de familia y de residuo.

El fideicommissum familiae relictum es el encargo o disposición por la que el testador pedía a su heredero que conservase el patrimonio hereditario y que a su muerte fuese transferido a personas pertenecientes a su familia, o que tuviesen determinado grado de parentela, como el hijo primogénito. El patrimonio podía vincularse en sucesivas generaciones con un límite. Esta institución tiene una gran aplicación en el derecho medieval y feudal y en la edad moderna en que se vincula un patrimonio a la misma familia y del que derivan instituciones como el mayorazgo. El fideicomiso llamado de residuo

tiene como objeto “lo que queda de la herencia”. En estos supuestos el heredero fiduciario puede disponer de la herencia y disminuirla según las exigencias de la buena fe, e incluso sustituir los bienes hereditarios por otros.

247. Fideicomiso de libertad (casos).

El testador podía rogar al heredero que manumitiese a un esclavo propio o ajeno. El esclavo no podía exigir su propia libertad por causas de capacidad, pero se admitió que actuase en el procedimiento extraordinario, solicitando el cumplimiento del fideicomiso. Varios senadoconsultos de la época imperial hicieron supuestos del fideicomiso de libertad de una esclava, en lo que se refiere a la condición de los hijos de ésta.

VI. INTERPRETACIÓN, INEFICACIA Y REVOCACIÓN DE LA DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS.

248. Interpretación del testamento.

La eficacia del testamento tiene su fundamento en la voluntad del disponente. Esta prevalencia de la voluntad perdura hasta Justiniano. El pretor concede la exceptio doli cuando el legatario solicita la ejecución de una disposición testamentaria que va contra la voluntad del difunto. En la determinación de la voluntad testamentaria se excluye la intervención de cualquier voluntad extraña. Sin embargo, es posible atribuir al heredero o al legatario la facultad de decidir u optar en la disposición. Esto ocurre en los casos ya examinados de los legados de opción, de género y alternativa, y del fideicomiso de familia. Además, se pueden legar alimentos. La voluntad debe manifestarse claramente, de forma que pueda ser entendida por los testigos. También debe ser seria, efectiva y completa.

249. El error en las disposiciones testamentarias.

En principio el error del testador causa la ineficacia de la disposición. Para el derecho civil la declaración del testador es eficaz, es decir, produce los efectos jurídicos pretendidos, o es nula e ineficaz, es decir, no produce ningún efecto. Cuando el pretor concede la exceptio doli, para dejar sin efecto una disposición que es válida según el derecho civil, nos encontramos ante un acto que puede ser anulado. Es la llamada nulidad pretoria o anulabilidad en la dogmática moderna. Clases de error:

- Si el error se refiere a la capacidad para testar del disponente que juzga que es incapaz, el testamento es nulo.
- Si el error afecta a la declaración de voluntad la disposición es nula. El error sobre la denominación de la persona o cosa no influye en la validez.
- Si el error se refiere a la cuantía de la cuota, es válida la disposición en la cuantía efectivamente querida. Cuando el causante dispone de más o menos de las doce unciae, que formaban el as hereditario, se considera dividida la herencia en tantas docenas como sean necesarias o reducidas en onzas o en las partes que más se acomoden a la voluntad testamentaria.
- Si el error se refiere a la condición que el testador quería poner, pero no lo hizo, la institución de heredero es nula, pero si la puso sin querer, la institución es válida.

La demostración es la manifestación que se añade para justificar la designación de la persona o del objeto que la sustituye.

250. Ineficacia del testamento.

Los juristas distinguen dos momentos en el testamento: el de la confección del testamento para que valga la institución y el de la muerte del testador para que surta efectos. También cuenta para los herederos extraños un tercer tiempo: el momento de la aceptación de la herencia, a efectos de que tengan la capacidad de recibir. Supuestos de validez o ineficacia:

- **Testamento no confeccionado conforme al derecho** o falta la capacidad o testamentifacio para testar en el heredero o en el testador.

- **Testamento nulo o inútil**, cuando el paterfamilias no ha contemplado en el testamento al heres suus o heredero de derecho propio para instituirlo o desheredarlo.
- **Testamento irrito o inicialmente válido** que se hace posteriormente nulo, cuando el testador después de la confección del testamento sufre una capitis deminutio, o cuando el heredero pierde la capacidad para recibir. Si se recupera la capacidad antes de la muerte, el pretor concede la bonorum possessio conforme al testamento. Si el testador ha muerto en cautividad, la ley Cornelia dispone la validez del testamento mediante la ficción de que ha muerto en el momento de caer prisionero.

251. Revocación del testamento.

El testamento es un acto esencialmente revocable. La posibilidad de la revocación deriva de su carácter de disposición mortis causa, que supone que el testamento adquiere la consistencia del acto jurídico sólo con la muerte del disponente. Es necesario que el testamento posterior sea válido y no sirve para la revocación un testamento nulo, excepto en el caso del testamento militar. Si el testamento es válido sólo por derecho pretorio, cuando faltan las formas requeridas por el derecho civil, se admite una revocación que resulte de hechos tales como la destrucción por el testador de las tablillas del testamento o su apertura o la ruptura de los sellos. El pretor, por esa revocación, concede la bonorum possessio sine tabulis.

El codicilo confirmado en el testamento que después se borra no es válido. Alejandro Severo admitió que era suficiente una simple carta de revocación de una institución de heredero. Honorio estableció un plazo de diez años para la validez del testamento. Teodosio II y Valentiniano III ordenaron que un segundo testamento nulo, sirve como revocación del primero, con tal de que intervengan cinco testigos. Justiniano admite que si el testador borra el nombre del heredero, la institución de éste no existe, y también deroga el plazo de diez años establecido por Honorio.

252. Ineficacia y revocación de los legados (caso).

El legado puede ser nulo inicialmente si falta la capacidad de recibir del legatario, por ser objeto inmoral, ilícito o imposible, o por recaer sobre una cosa propiedad del legatario; también, cuando la cosa específica se ha perdido sin culpa del heredero. La nulidad inicial también se produce por no adaptarse a las formas imperativas del legado. Cuando un legado es nulo inicialmente y deja de serlo antes de la muerte del testador, no por eso se convalidaba, sino que sigue siendo nulo según establece la regla catoniana.

El legado puede ser objeto de revocación. La revocación del legado se puede efectuar en el mismo testamento mediante declaración contraria o por medio de un nuevo testamento o en una disposición particular y autónoma referida al legado dispuesto. Posteriormente se admitió que la intención de revocar se manifestase con cualquier palabra o podía resultar de la misma condición del legado. La traslación del legado es el cambio de un legado por otro. Llegó a admitirse una revocación tácita del legado, es decir, un comportamiento o acto del disponente del que se presumía la intención de dejar sin efecto el legado. Para tutelar esta intención, el pretor concede una exceptio doli cuando el legatario pide el cumplimiento del legado contra la voluntad del disponente.

VII. PLURALIDAD DE HEREDEROS Y LEGATARIOS.

253. Derecho de acrecer.

El acrecimiento es una institución de carácter general que tiene lugar en caso de comunidad jurídica, cuando el mismo derecho pertenezca solidariamente a una pluralidad de personas. Por ello el derecho de acrecer se aplica también al condominio. En derecho hereditario a efectos del acrecimiento, se distingue la llamada a herederos o legatarios conjuntamente o en grupo, o separadamente. En la sucesión intestada o legítima el acrecimiento se da siempre en los casos de pluralidad de herederos. En el supuesto de llamamientos de sui o de agnados del mismo grado, cuando uno de ellos no adquiere, su cuota acrece a los restantes coherederos.

En la posesión hereditaria que concede el pretor, en la sucesión intestada, si concurren a la herencia del causante dos hijos o dos nietos, hijos de otro hijo premuerto, y uno de los nietos no solicita la posesión, su porción acrece a otro nieto, su hermano y no a los tíos. En la sucesión testamentaria, cuando varios herederos son llamados conjuntamente, o en grupo, y alguno no adquiere su cuota, ésta acrece a los otros proporcionalmente a sus partes. El acrecimiento se produce también en los legados.

- Si el legado es vindicatorio, si no adquiere uno de los colegatarios, la cuota o parte vacante acrece a los otros. Lo mismo ocurre en el legado preceptorio.
- Si el legado es damnatorio se fracciona en tantas partes cuantos sean los legatarios.

En el legado vindicatorio de usufructo, con varios legatarios, y lo mismo en el preceptorio, se da un acrecimiento a favor de los otros usufructuarios como consecuencia de que el derecho de usufructo es personal e indivisible.

254. Las colaciones.

Se trata de aportaciones de los bienes del heredero, para evitar situaciones de manifiesta injusticia en relación con otros herederos en potestad o con otros descendientes.

Colación de los bienes. El pretor al llamar a la posesión hereditaria a los hijos emancipados, junto con los que permanecieron en potestad, creaba una situación de desigualdad económica para éstos. El pretor obliga a los emancipados a colacionar, es decir, a aportar a la herencia los bienes adquiridos en el tiempo que transcurrió desde que fueron emancipados y hasta la muerte del padre. El emancipado debía prestar una caución o garantía, mediante estipulación de que entregaría los bienes. La colación sólo se produce a favor de los sui herederos de propio derecho y a cargo de los emancipados, pero nunca entre emancipados.

Colación de la dote. Al ser la dote un bien o patrimonio propio de la mujer, ésta, ya estuviera bajo potestad o emancipada, debía aportar también o colacionar su dote al caudal hereditario. Se trata de evitar desigualdades entre los hijos. La obligación de colacionar se limita a los bienes recibidos del padre.

Colación de los descendientes. León estableció que los descendientes, que sucedían ab intestato o contra el testamento, debían colacionar, a favor de los coherederos descendientes, la dote y la donatio ante nuptias que habían recibido de su padre o ascendiente. Justiniano extendió la colación a cualquier donación hecha por el ascendiente al descendiente y también en la sucesión testamentaria.

VIII. SUCESIÓN CONTRA EL TESTAMENTO.

255. La sucesión contra el testamento en el derecho civil.

Bajo la expresión de sucesión o herencia contra el testamento, se encuadran aquellos casos en que el derecho civil reconoce preferencia a determinados descendientes, contra la voluntad testamentaria. Para desheredar a un hijo sui había que hacerlo nominalmente, pero la desheredación de los demás sui herederos podía hacerse con una disposición conjunta. La preterición, o el no mencionar a los hijos sui, anulaba el testamento.

La preterición de los otros herederos de derecho propio, hijos o nietos, no lo anulaba, pero los preteridos concurrían a la herencia con los instituidos. Si eran sui, en una parte igual; si eran extraños, en la mitad del as hereditario. Los juristas clásicos admitieron la posibilidad de instituir o desheredar a los póstumos. No podía instituirse o desheredarse al que iba a ser adoptado o a la mujer que se sometía a la manus, antes de que se realizasen los actos de adopción.

256. Reformas pretorias.

Para los varones la desheredación debía hacerse nominalmente; para las mujeres bastaba una declaración colectiva. La mujer o las hijas preteridas conseguían más con la posesión hereditaria del pretor que con la herencia civil, ya que en la segunda conseguían la mitad del patrimonio, mientras que en la primera adquirían todo. Se puede pedir la posesión hereditaria antes que los herederos civiles acepten la herencia, considerándose entonces que se acciona contra el mismo testamento. La preterición en la herencia pretoria no anula el testamento que sigue siendo válido. Por ello, son válidas las manumisiones,

sustituciones y nombramiento de tutores. En cuanto a los legados, debían cumplirse los dispuestos a favor de los ascendientes y descendientes o el legado de dote a favor de la mujer o de la nuera del testador. El pretor concedió la posesión por la mitad de la herencia al patrono que no había sido instituido en la mitad de los bienes del liberto que no deja hijos herederos.

257. El testamento inoficioso y la legítima (casos).

Un testamento que excluyese a los hijos del patrimonio hereditario era considerado contrario al *officium pietatis*, es decir, al deber que el padre tenía hacia sus hijos conforme a las concepciones sociales romanas. Hacia el final de la época republicana, se admitió que los hijos desheredados sin justo motivo pudiesen recurrir ante el tribunal de los centunviro. El recurso que siguió el tribunal fue el de declarar nulo el testamento y consecuentemente abrir la sucesión intestada. Se decide caso por caso los motivos que han inducido al testador a excluir de la herencia al posible heredero.

Al tribunal de los centunviro podían acudir los herederos civiles residentes en Roma; para los herederos pretorios se acude al tribunal de los septemviri en Roma, o al gobernador en las provincias. Sólo los descendientes y ascendientes que eran herederos civiles o pretorios del testador podían impugnar el testamento.

A partir de Augusto, los emperadores juzgaron y decidieron en muchos casos. La querella se rechazaba en los casos en que el reclamante había obtenido del testador una cantidad (la cuarta parte), calculando el activo de la herencia en el momento de la muerte del testador, con deducción de las deudas y los gastos del funeral. El que impugna con éxito el testamento obtiene no la cuarta parte de la legítima, sino lo que le corresponde en la sucesión intestada, ya que el testamento se anula. En cambio, si era rechazada, el querellante perdía todas las liberalidades del testamento que iban al fisco.

Para evitar que todo el testamento sea nulo, Costanzo introduce la acción para suplir la legítima, con la que se pedía la integración de la cuota de legítima cuando el testador hubiese declarado que quería asignarla por el arbitrio de un hombre justo.

258. Reformas de Justiniano.

Justiniano requiere en todos los casos la desheredación nominalmente, con la antigua consecuencia de la nulidad del testamento en caso de preterición. En la Novela 115 dispone que la preterición o desheredación de los descendientes sólo era lícita en los casos determinados por la ley. Para favorecer a los herederos legitimarios eleva la cuota a un tercio o la mitad del patrimonio hereditario. Los que hubiesen conseguido una parte menor podían ejercitar la acción para suplir la legítima. El nuevo efecto del ejercicio de la querella es la invalidez de la institución de heredero, pero no de las otras disposiciones testamentarias como legados, fideicomisos y manumisiones. La declaración de nulidad del testamento ineficaz beneficia a todos los perjudicados por el testamento, aunque no hubiesen ejercitado la acción.

IX. ACCIONES HEREDITARIAS.

259. Petición de herencia (*hereditatis petitio*).

El heredero disponía de una acción de aplicación general para reclamar la herencia en su conjunto o *universitas*, que es la petición de herencia. Podía incluso verse forzado a entablar esta acción con la que se discutiría su condición de heredero, cuando el demandado con la acción particular le oponía una excepción para que no prejuzgue la cuestión de la herencia. Si el demandado se opone a intervenir en el litigio, el heredero puede ejercitar el *interdictum quam hereditatem*, por lo que se le ordenaba restituir las cosas hereditarias.

La petición se entablaría ante el tribunal de los centunviro y, en la evolución al proceso cognitorio. Demandante, o activamente legitimado, sería el heredero civil, legítimo o testamentario. La acción se extiende al fideicomisario, al fisco respecto a las partes o cuotas declaradas caducas, y el heredero pro

parte. Los demandados, o pasivamente legitimados, son los que poseen la herencia pretendiendo ser herederos. Posteriormente, puede ser demandado el simple poseedor.

El SC *Iuventianum* propuesto por Juvencio Celso, introduce un nuevo criterio al distinguir entre el poseedor de buena fe y el de mala fe. El primero sólo respondería a la restitución de los bienes hereditarios y del enriquecimiento obtenido con ellos; el segundo debía restituir las cosas hereditarias, las acciones y frutos.

En caso de pérdida de bienes hereditarios se distingue si ocurre antes o después de la *litis contestatio*; si es antes, responde el poseedor de mala fe y el de buena fe no es responsable. Si es después, ambos poseedores son responsables, aunque el de buena fe responda sólo por la culpa. Pueden ser también demandados los llamados poseedores fingidos. Justiniano incluye la petición de herencia entre las acciones de buena fe, considerándola como una acción mixta que extiende al poseedor hereditario.

260. El interdicto “de cuyos bienes” (“*interdictum quorum bonorum*”).

El heredero pretorio o *bonorum possessor*, para reclamar los bienes de la herencia contra el que los poseía como heredero o como poseedor sin causa, disponía del *interdictum quorum bonorum*. Posteriormente, se concedió este interdicto contra los que dejaban dolosamente de poseer. Tenía la finalidad de conseguir la restitución de la herencia e incluso podía ejercitarse contra el que se había servido de la *usucapio pro herede*. Justiniano funde este interdicto con la petición de herencia.

261. El interdicto lo que por legado (“*interdictum quod legatorum*”).

Originariamente se concedía al *bonorum possessor*, si el legatario o poseedor como legatario se habían apoderado de las cosas legadas sin el consentimiento del poseedor hereditario. El interdicto sólo se daba en aquellos legados en los que era procedente la caución. Así, ocurría en los legados con efectos obligatorios, legado *damnatorius* y asimilados, en los sometidos a condición o término y en los legados dudosos. El interdicto tendría como especial finalidad el impedir que el que poseía como legatario se convirtiese por *usucapio* en propietario.

En la época clásica avanzada, el interdicto “lo que por legado”, era un remedio general, semejante a la acción civil, del que puede servirse el poseedor hereditario, protegido ya por el pretor, incluso contra *tabulas*. La posibilidad de ejercitar el interdicto se extiende también al heredero. Justiniano, al borrar las diferencias entre acciones civiles y pretorias, extiende definitivamente al heredero el ejercicio del interdicto. Está legitimado pasivamente, o puede ser demandado no sólo el poseedor como legatario, sino todo el que tiene la facultad de restituir.

262. Acción de partición de herencia (*actio familiae erciscundae*).

Esta comunidad podía cesar en cualquier momento por pacto entre los coherederos o por el ejercicio de la acción de división de herencia que procede de la época de las XII Tablas. La acción de división es doble en el sentido de que cada uno de los herederos es al mismo tiempo demandante y demandado. En la fórmula se contiene la *adiudicatio* y la *condemnatio*. En el derecho justiniano se considera como una acción mixta, tanto real como personal, y se incluye dentro de las acciones de buena fe.

El objeto del juicio divisorio es toda la herencia o patrimonio hereditario con todos sus aumentos o disminuciones. Si se trata de cosas no divisibles el juez puede asignar a uno la cosa y a otro una parte de su valor o proceder a la venta para después dividir el precio. Si se trata de la división de las cosas concretas, se demanda con la acción de división de cosa común.

X. DONACIONES.

263. La donación.

En una etapa originaria, con anterioridad a la ley *Cincia*, existía la llamada donación real, consistente en la transferencia de una cosa del donante al donatario por medio de los actos formales de transmisión de la propiedad. Esta transferencia exigía la actividad del donante que se concreta en un *dar* y una disposición recepticia del adquirente. La donación clásica no es un negocio típico, sino la causa de un acto de atribución patrimonial, o causa lucrativa. Para que exista donación es necesario el elemento

objetivo de la gratuidad. La jurisprudencia clásica elabora los principios sobre la donación en torno a los comentarios de la ley Cincia y a la prohibición de donaciones entre cónyuges.

264. La ley Cincia y los límites de las donaciones.

La lex Cincia de donis et muneribus (año 204 a.C.), prohibió las donaciones que superasen un cierto límite. Este límite nos es desconocido. La medida se originó para evitar los daños o regalos abusivos. Se exceptúan los parientes cognados hasta el séptimo grado, los afines, tutores y pupilos, y los esclavos y libertos.

El pretor concede al donante una exceptio legis Cinciae para oponer a la reclamación del donatario que pide el cumplimiento de la donación, o una replicatio cuando el donante reclama una res mancipi entregada por traditio, o pide el crédito cancelado por simple pacto. De la posibilidad de oponer la exceptio a la donación válida según el derecho civil, deriva la noción de donación perfecta, es decir, realizada o definitiva. La donación mortis causa es perfecta con la muerte del donante. La donación se considera revocable por decisión del donante mientras que no sea perfecta.

La última jurisprudencia clásica limita el alcance y efectos de la prohibición, al admitir la llamada confirmación de la donación. En la época postclásica no se aplica este principio de la confirmación de la donación.

265. Régimen postclásico y justiniano.

Con la reforma de Constantino, la donación se transforma de causa de adquisición en un negocio típico que asume la estructura jurídica del contrato que implica la transferencia de la propiedad. Constantino exige tres requisitos de forma: acto escrito, entrega en público y registro en los archivos públicos, que pueden concretarse en el elemento común de la publicidad. En las nuevas tendencias, favorables a la donación, influyen las ideas cristianas. Justiniano distingue entre las donaciones superiores e inferiores a 500 sueldos. Sólo para las primeras se exige escritura y el registro en los archivos públicos. No se exige la traditio.

Desde el s. IV se admite la revocación de la donación por ingratitud del donatario cuando éste era un descendiente. Justiniano la extiende a toda clase de donación y distingue cuatro tipos de ingratitud: injurias graves, atentado a la vida, incumplimiento de modo y daño culpable en los bienes. Donación perfecta es la que cumple las formalidades establecidas por la ley. El límite lo impone también la ley. La excepción es general y legal con la que el demandante hace valer las defensas o recursos autorizados.

266. La donación modal.

Es aquella donación que impone al donatario la carga de realizar una determinada prestación a favor del mismo donante o de un tercero. El modus no constituye una contraprestación. Puede concederse al donante una conditio para la repetición de lo donado, en caso de que el donatario no cumpla el modo, considerando que en este caso existe una datio ob causam. En el derecho justiniano, la donación modal se configura como un contrato innominado, tutelado por la general acción de palabras prescritas o con una acción conditicia para conseguir la revocación.

267. La donación “mortis causa”.

Esta donación, conocida desde época antigua, sustituía prácticamente al testamento y servía para evitar algunos de sus inconvenientes. La mancipatio familiae, en un primer tiempo, sería una donación mortis causa. Clases de donación:

- Unas veces cuando sin pensar para nada en el peligro de la muerte, un donante sano piensa en la muerte como necesaria a la naturaleza humana.
- Otras, cuando hay un temor de muerte por un riesgo inminente o futuro.

Si la donación se realizase mediante traditio, se podía añadir una condición suspensiva de que suceda la muerte del donante, o la supervivencia del donatario. Cuando se trata de actos como la mancipatio, que no admiten términos ni condiciones, era necesario realizar un pactum fiduciae o una stipulatio para que el donante recupere lo que había donado. En el primer caso, la revocación tiene lugar mediante la actio

fiduciae. También, mediante una *condictio ob causam*, se podía recuperar lo donado en consideración a la muerte si ésta no ocurría.

La donación *mortis causa* se mantiene cuando su función era asumida por el legado, al permitir hacer una atribución a título particular sin necesidad de testamento. Su función pierde importancia cuando se reconoce el fideicomiso.

En derecho clásico se produce un proceso de acercamiento entre la donación *mortis causa* y el legado, que culmina en el derecho justiniano. La donación se considera perfecta sólo en el momento de la muerte del donante y es revocable mientras esté vivo. Justiniano equipara las donaciones a los legados. La donación se somete a las formas testamentarias, pero subsiste la que tiene efectos inmediatos con posibilidad de revocación.

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons

