LUIS RODOLFO ARGÜELLO

Profesor titular de Derecho Romano en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán, en la Universidad Católica de Santiago del Estero y en la Escuela de Abogacía de la Universidad Nacional de Catamarca. Profesor extraordinario de Derecho Romano en la Universidad Católica de Salta. Presidente de la Asociación de Derechos Romanos de la República Argentina.

Manual de derecho romano

Historia e instituciones

3ª edición corregida
6ª reimpresión

EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA
CIUDAD DE BUENOS AIRES
1998

ÍNDICE GENERAL

Libro Segundo

HISTORIA Y FUENTES DEL DERECHO ROMANO

Título I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO ROMANO

Bolilla I

Título II

EVOLUCIÓN POLÍTICO-SOCIAL DE ROMA

TÍTULO III

EL DERECHO EN LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE ROMA

Título IV

HISTORIA DEL DERECHO ROMANO DESPUÉS DE JUSTINIANO

LIBRO TERCERO

PARTE GENERAL

TÍTULO I

EL SUJETO DE DERECHO

TÍTULO II

LAS COSAS

TÍTULO III

EL NEGOCIO JURÍDICO

LIBRO CUARTO

DERECHOS REALES

TÍTULO I

DERECHOS PATRIMONIALES

TÍTULO II

LA POSESIÓN

TÍTULO III

DERECHOS REALES SOBRE LA COSA PROPIA

TÍTULO IV

DERECHOS REALES SOBRE LA COSA AJENA

TÍTULO V

DERECHOS REALES DE GARANTÍA

Libro Quinto

DERECHO DE OBLIGACIONES

Título I

LA OBLIGACIÓN

Título II

CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Título III

CONTRATOS Y CUASICONTRATOS

TÍTULO IV

DELITOS Y CUASIDELITOS

TÍTULO V

EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

TÍTULO VI

GARANTÍA DE LAS OBLIGACIONES

Título VII

EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Libro Sexto

DERECHO DE FAMILIA

Título I

FAMILIA Y PARENTESCO

TÍTULO II

PATRIA POTESTAD

TÍTULO III

MATRIMONIO

Título IV

REPRESENTACIÓN DE LOS INCAPACES

Libro Séptimo

DERECHO SUCESORIO

Título I

SUCESIÓN UNIVERSAL "MORTIS CAUSA"

TÍTULO II

SUCESIÓN INTESTADA

TÍTULO III

SUCESIÓN TESTAMENTARIA

TÍTULO IV

ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA

Título V

SUCESIÓN SINGULAR "MORTIS CAUSA"

Libro Octavo

DERECHO PROCESAL CIVIL

Título I

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

TÍTULO II

DISTINTOS PROCEDIMIENTOS CIVILES

Libro Primero

ESTUDIO DEL DERECHO ROMANO

Título Único

INTRODUCCIÓN

§ 1. **Método de exposición.** – Si entendemos que la sistematización de las materias jurídicas es de capital importancia para la mejor comprensión de su contenido, consideramos conveniente comenzar esta parte introductoria al estudio del derecho de Roma señalando el método de exposición que seguiremos en la presente obra.

Uno de los planes distributivos de la materia dividía el derecho privado, siguiendo la tradición romana expuesta en las Instituciones de Gayo (1, 8) y en las del emperador Justiniano (1, 2, 12), en tres grandes ramas: las normas que hacían referencia a las personas, las que contenían los principios que conciernen a las cosas y las que regulaban lo relativo a las acciones (*Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*). Esta división trimembre sirvió como base por mucho tiempo para la exposición del derecho romano, habiendo sido seguida en las obras sistemáticas de la Edad Media y de los tiempos modernos, y en no pocos códigos de países de raigambre latina.

La doctrina moderna, a partir de las enseñanzas de la escuela histórica del derecho, se ha ido alejando de la clásica tripartición, distribuyendo la materia de manera de hacer posible las variadas conexiones de los diversos institutos jurídicos y el desarrollo lógico de la exposición, necesarios en grado sumo en disciplina de gran vastedad como el derecho romano, al que es un imperativo vivificar, dotando de la mayor practicidad a su estudio.

Guiados por el deseo de lograr un plan sistemático de exposición de la asignatura, hemos dividido la obra en ocho partes, a las que llamaremos Libros para emplear la denominación utilizada por el *Corpus Iuris Civilis*, los que a su vez estarán divididos en títulos, a excepción del Primero, que tiene un Título Único.

El Libro Primero, que contiene una introducción al estudio del derecho romano, trata sobre conceptos básicos que tienden a la explicación de determinadas instituciones y reglas fundamentales de derecho, cuyo conocimiento consideramos prioritario para el logro de una mejor comprensión de las instituciones que serán materia de nuestro estudio.

El Libro Segundo, que llamamos historia y fuentes del derecho romano, se refiere a la línea evolutiva de la legislación de Roma, abarcando, no sólo el estudio de su historia externa, esto es, la historia de sus fuentes formales, sino también la progresión político-social que experimentó Roma en el transcurso del largo proceso de formación y depuración de sus institutos jurídicos.

El Libro Tercero, que designamos con el nombre de Parte General, está destinado al análisis de las personas, considerando como tales a los hombres y a los seres abstractos, de pura creación jurídica, capaces de tener derechos y deberes jurídicos; las cosas u objetos corporales o incorporales que sometidos a las necesidades, a la utilidad o a los placeres del hombre, son idóneos para constituir objetos de derecho, y los hechos o los actos humanos, jurídicos o no, mediante los cuales los derechos nacen, se transmiten, se modifican o se extinguen.

En los subsiguientes libros en que dividimos la obra, hacemos la separación de los que tratan del derecho material o sustantivo, del que se refiere al derecho formal o adjetivo. Así, pues, el Libro Cuarto estudia los derechos reales, aquellos que se ejercen inmediata y directamente por el hombre sobre las cosas; el Quinto, el derecho de obligaciones, el que teniendo también carácter patrimonial como los derechos reales, entraña la exigencia de un cierto comportamiento de una persona respecto de otra; el Sexto, el derecho de familia, conjunto de principios normativos que regulan las relaciones familiares; y el Séptimo, el derecho sucesorio, ordenamiento jurídico que es consecuencia del fallecimiento de una persona y que, por ende, afecta la suerte de su patrimonio.

Es materia del Libro Octavo el derecho adjetivo o procesal, que consideramos debe ser tratado autonómicamente, es decir, sin integrar lo que muchos expositores llaman la parte general y, además, al final de la obra, en la inteligencia de que de esa manera se facilita la comprensión de muchas cuestiones que atañen al derecho de acciones y que entran en la esfera de las distintas partes que integran el cuadro de los derechos sustantivos.

§ 2 CONCEPTO DEL DERECHO ROMANO. – En su acepción más lata, se entiende por derecho romano el conjunto de normas y principios jurídicos que rigieron las relaciones del pueblo romano en las distintas épocas de su historia, es decir, dentro de los límites marcados por la fundación de Roma (753 a. de C.) y la muerte del emperador Justiniano (565 d. de Cristo). En este concepto amplio se comprenden también las llamadas leyes romano-bárbaras que se sancionaron a instancia de los caudillos o reyes germanos cuando se asentaron en suelo romano y que en gran parte se nutren de fuentes clásicas.

Hay romanistas que encierran todavía, dentro de esta amplia acepción, las reinterpretaciones que del derecho compilado en tiempo de Justiniano efectuaron los glosadores y postglosadores en la temprana Edad Media y las que se sucedieron a ellas hasta el siglo pasado, en el que se destaca la pandectística alemana. Es lo que se ha dado en denominar "segunda vida del derecho romano".

En sentido estricto, la expresión derecho romano designa el ordenamiento normativo contenido en la compilación de las leyes y jurisprudencia romanas realizada en el siglo VI de nuestra era por Justiniano, emperador de Oriente. Este cuerpo legislativo, que más tarde fue denominado *Corpus Iuris Civilis*, está integrado por el Código (*Codex Iustinianeus*), una compilación de constituciones imperiales; el Digesto o Pandectas (*Digesta*, *Pandectae*), que contiene el ordenamiento de la jurisprudencia romana; las Institutas (*Institutiones*), obra que el príncipe legislador destina a exponer los principios básicos de su derecho con el fin de facilitar su conocimiento por las jóvenes generaciones de estudiantes; y las Novelas (*Novellae constitutiones*), que fueron las nuevas constituciones dictadas por Justiniano entre los años 535 a 565; es decir, una vez terminada su labor compilatoria.

Aunque el derecho justinianeo, por haber sido el elemento básico de formación del derecho privado de los distintos países de Europa continental, y aun de los ultramarinos influidos por los derechos europeos, deba ser base de nuestro estudio, éste no se limitará a esa fase del desarrollo del derecho romano, sino que habrá de realizarse atendiendo también al derecho privado antejustinianeo, para seguir así las distintas transformaciones de la legislación de Roma en el curso de su más que milenaria progresión histórica. Es que el derecho romano –lo vamos a repetir con reiteración– es un auténtico producto histórico. No es fruto de unos intensos años de elaboración ni de un período de esplendor máximo, sino resultado de una pausada pero constante labor, de una auténtica decantación de siglos.

§ 3. Utilidad actual del estudio del derecho romano. – Ha venido constituyendo un tópico de todos los estudios históricos que tratan de explicar la significación del derecho romano y la trascendencia actual de su cultivo –escribe Álvarez Suárez– la afirmación de que no existe en toda la historia universal fenómeno más sorprendente ni más admirable que el de la permanencia y subsistencia de las instituciones jurídicas romanas, fuera de los límites espaciales y temporales de su vigencia. Razón tiene, en efecto, el ilustre romanista español al puntualizar la efectividad del hecho. Una abundante literatura jurídica se ha esforzado en destacar las motivaciones de esta siempre reverdecida epifanía romanística, así como los fundamentos que vienen pregonando la supervivencia ejemplar del derecho romano.

Cuando el espíritu de un derecho supervive a través de la historia no obstante los cambiantes avatares de ella, es porque causas esenciales consagran su prosapia y su valor. Conocerlas en sus conexiones sustanciales, en su problematismo histórico, es labor fundamental. Por ello pasaremos a explicar las razones que en los tiempos actuales justifican el estudio de una disciplina tan incuestionablemente histórica como es la del derecho romano.

Poderosas causas, motivos culturales e históricos de importancia, nos inducen en la actualidad a sostener la necesidad del estudio de la legislación romana, pues, además de su valor formativo y pedagógico innegables, posee un interés práctico evidente por constituir el elemento informador de casi todas las legislacio-

nes de derecho privado del actual momento histórico. Los grandes preceptos que sirven de base al mundo jurídico moderno son siempre los que los romanos establecieron y, con toda razón se ha sostenido, a nadie le es permitido repudiar esta herencia sino al precio de romper con el pensamiento de los juristas, de reemplazar el derecho por la arbitrariedad o la violencia.

Pensemos sin más en todos aquellos principios, de indudable abolengo romanístico, que en los sistemas jurídicos actuales pregonan su ascendencia originaria. Así, los conceptos de acción y de excepción, de capacidad jurídica y de capacidad de obrar; los lineamientos fundamentales del derecho sucesorio; los elementos informantes del derecho contractual e incluso de los derechos reales; la doctrina de la libertad de las partes contratantes; los vicios de la voluntad en la teoría del negocio jurídico, etcétera.

Sabemos que en la actualidad, con excepción de las regiones de derecho musulmán e hindú, el mundo está repartido en dos grandes sistemas jurídicos: el anglosajón y el romanista. Nuestro país pertenece al segundo. Recibió el derecho romano por conductos diversos. Por el derecho español, si recordamos la influencia del Fuero Juzgo, las Partidas, etcétera. Por el derecho napoleónico, si tenemos en cuenta el influjo del Código Civil francés de 1804. Directamente, si pensamos en la fuente de inspiración que significó el *Corpus Iuris Civilis* para la redacción del Código Civil argentino, e indirectamente por la autoridad científica de grandes expositores del derecho romano, como Savigny, Pothier y Serrigny, o de los comentaristas del Código Napoleón, como Molitor, Zachariae y Toullier, que nutrieron con sus doctrinas los principios del derecho civil nacional.

En efecto, nuestro Código Civil de 1869, que redactó Dalmacio Vélez Sársfield, jurista de neta formación romanística, resultó una obra de contenido esencialmente romano. A través de su articulado y de sus notas se aprecia que una gran masa de conceptos romanos se hallan consagrados en dicho ordenamiento. Así, la teoría de las personas jurídicas, la de las cosas, la teoría del hecho y el acto jurídicos y la de la declaración de la voluntad, la de la condición y hasta la de la representación y, de manera preponderante, el derecho de obligaciones. Por ello de manera muy imperfecta conoceríamos nuestro derecho civil y descubriríamos sus notas específicas, si no nos remontáramos a la raíz remota

donde tiene su génesis, porque el derecho es un producto histórico, del que sólo la historia puede mostrarnos sus atributos típicos individuantes.

El derecho romano no es tan sólo un instrumento incomparable de educación histórica. Posee además un valor formativo y pedagógico evidente, títulos ambos que –sin otras razones– justificarían su estudio, si éste no estuviera ya suficientemente fundamentado por otras motivaciones. Señalaba Mommsen que la historia del derecho romano era necesaria e indispensable para los altos estudios jurídicos y que para formar y desarrollar la mentalidad de un jurista era menester presentarle en su conjunto la evolución del derecho, a fin de inclinarle, en definitiva, a una cierta sutileza y flexibilidad en el manejo de las redes del derecho positivo. Así resulta la legislación de Roma escuela magnífica de aprendizaje y de formación profesional, por lo que pocos sistemas jurídicos –por no decir ninguno– pueden arrebatar al derecho romano este legítimo timbre de honor.

Digamos, por último, coincidiendo con Margadant, que estimamos que el derecho romano nos ofrece los conceptos fundamentales de una ciencia jurídica supranacional y que puede servir, por ende, para crear una plataforma jurídica donde juristas de diversos países de sistema romanista puedan departir y deliberar. Ya Wenger, en el discurso pronunciado al tomar posesión de su cátedra en la Universidad de Viena en el año 1926, manifestaba que en la ciencia jurídica romana, y no en los párrafos esqueléticos de cualquier código moderno, encontrarían el lenguaje en que los juristas de los distintos Estados habrían de manifestarse para que hubiese una posibilidad de concordancia. Es que, como destacaba De Sloovere, en las mismas leyes romanas puede hallarse la base más firme y fundamental del llamado derecho comparado de los pueblos.

§ 4. Concepto del derecho e ideas romanas. – Se ha dicho que el derecho tiene ciertas funciones únicas y especiales. No es, principalmente, una ciencia social tendiente a describir la forma en que tienen que funcionar ciertas instituciones. Tampoco es, solamente, un instrumento para determinar cómo resultarán las transacciones, ni para pronosticar qué harán los tribunales. Esos son servicios importantes, pero subsidiarios en cuanto al ob-

jetivo primordial del derecho, que es el de elaborar conceptos y mantener y poner en vigor procedimientos que permitan que una comunidad soberana sea gobernada por reglamentaciones que propicien el bien común, la realización de los valores humanos y la aplicación de esos reglamentos en forma eficaz.

a) *El "ius"*. Los romanos, maestros en el arte de hacer el derecho, comprendieron la realidad viviente de su pueblo y supieron poner su ordenamiento normativo al servicio de la sociedad a la cual debían regir. No lo expresaron con pomposas frases, ni entraron a desentrañar su esencia. Hostiles a toda elucubración teórica y pragmáticos por excelencia, designaron al derecho con la voz latina *ius*, comprensiva del derecho en sentido objetivo, entendido éste como norma que regula con carácter obligatorio las relaciones sociales, y en sentido subjetivo, como facultad o poder que el ordenamiento jurídico reconoce a un sujeto.

Un conocido pasaje de las fuentes (Dig. 1, 1, 1, pr.) define el derecho, contemplando su aspecto objetivo, como "el arte de lo bueno y lo equitativo" (*ius est ars boni et aequi*). El célebre fragmento de Ulpiano, que atribuye al jurisconsulto Celso la definición del *ius*, ha sido objeto de críticas porque ha entremezclado los conceptos de derecho y de moral, que son valores completamente diferentes. Sin embargo, la confusión resulta comprensible si se tiene en cuenta que Celso fue uno de los jurisprudentes romanos que más sintió la influencia del estoicismo griego, doctrina filosófica que entendía que el derecho era una moral restringida.

b) *Los preceptos del derecho*. La falta de deslinde entre el campo del derecho y el de la moral, se percibe igualmente en los tres famosos preceptos del derecho (*tria iuris praecepta*) con los que se han pretendido resumir los deberes que el derecho objetivo impone a los individuos. "Vivir honestamente, no dañar a otro y dar a cada cual lo suyo" (*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*) son los preceptos o postulados que según otro fragmento de Ulpiano (Dig. 1, 2, 10, 1), determinan el contenido del derecho. La identificación entre deberes éticos y deberes jurídicos no era, empero, absoluta, ya que los romanos supieron señalar, como lo expresa un pasaje del jurisconsulto Paulo (Dig. 50, 17, 144), "que no todo lo que era jurídicamente lícito

correspondía a las normas morales" (*non omne quod licet honestum est*).

Íntima conexión existía entre el *ius* en sentido subjetivo y la *actio*, ya que ésta era concebida por los romanos como el instrumento procesal por cuyo intermedio el ordenamiento legal aseguraba a las personas físicas o abstractas, la tutela de los derechos subjetivos. Así, gran parte de los derechos subjetivos se fueron creando por medio del reconocimiento de acciones. Como ejemplo más que elocuente podemos citar las clásicas categorías de derechos patrimoniales, los derechos reales y personales, que fueron un derivado de las *actiones in rem* y de las *actiones in personam*. En esto radica la importancia capital que alcanza en el derecho privado de los romanos el régimen procesal y sus formas procedimentales, lo que ha llevado a sostener a Schulz que una parte considerable del derecho clásico es un derecho de acciones.

c) *El "fas"*. Así como los romanos designan con el término *ius* a la norma jurídica, denominan *fas* a la norma religiosa. Derecho y religión aparecen en épocas primitivas como ideas que guardan entre sí un nexo de unión evidente que hace que no haya una antítesis entre el derecho humano y el derecho divino. Se explican los puntos de contacto, no sólo porque en los primeros tiempos de Roma era difícil concebir un proceso de abstracción que deslindara ambos campos, sino también porque los primeros intérpretes del derecho fueron los pontífices romanos, que entendieron que los actos o comportamientos humanos tendrían la nota de licitud cuando se conformaran con la voluntad de los dioses.

Fue sólo en la República tardía cuando se abrió paso la jurisprudencia laica y se operó el proceso de secularización del *ius*, con lo cual viene a producirse la diferenciación entre el derecho y la religión. Desde esa época, pues, *fas* equivale a *ius divinum*; es la norma religiosa, el derecho revelado por los dioses, que regula las relaciones de los hombres con la divinidad, en tanto que *ius* es el derecho humano, constituido por normas creadas por el hombre para regular las relaciones de éstos entre sí y con el Estado.

d) *Justicia*. No tenía en el derecho romano la voz justicia una acepción muy distinta de la actual. *Iustum* es lo que se conforma al *ius*, y si la adaptación es constante, se llega a ese valor

que es meta del derecho y que los romanos llamaron *iustitia*. Las fuentes romanas (Dig. 1, 1, 10, 10, pr. - Inst. 1, 1, pr.) nos dan el concepto de ella al decir que es "la constante y perpetua voluntad de dar a cada cual lo suyo" (*constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*).

(e) ***La "aequitas"***. Los romanos no comprendieron con la voz *iustitia* lo que en tiempos actuales se califica como justicia objetiva, es decir, el derecho en su objeto y esencia. Usaron el vocablo *aequitas*, que etimológicamente significa equidad, igualdad, y que viene a ser el modelo al que debe acomodarse el derecho, la finalidad que debe cumplir el ordenamiento jurídico para que sus normas no sean inicuas, esto es, contrarias a lo justo. Pero como no todas las normas jurídicas responden a los fines del derecho o se compadecen constantemente con él, la *aequitas* se contrapone al mismo *ius*, se origina una antítesis entre lo *iustum* y lo *aequum*. Esta situación se presentó con el antiguo *ius civile*, que necesitó del soplo vivificante de la equidad que le transmitió el pretor para que sus soluciones no condujeran a la iniquidad (*summum ius, summa iniuria*). En la edad cristiana la *aequitas* asume un contenido más acorde con el de humanidad y de ahí que aparezcan como sinónimos de *aequitas* los términos *pietas*, *benignitas*, *charitas*, *benevolentia*, *clementia*.

(f) ***Jurisprudencia***. Otra de las ideas romanas sobre la que nos dan un concepto las fuentes, es la de jurisprudencia, que el jurisconsulto Ulpiano (Dig. 1, 1, 10, 2 - Inst. 1, 1, 1) define diciendo que es "el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y de lo injusto" (*Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*).

Entiende Ortolan que la definición de jurisprudencia pertenece a la era filosófica de los jurisconsultos romanos, que entendieron por tal el conocimiento del derecho o, mejor dicho, el conocimiento de las cosas divinas y humanas para poder determinar lo que es justo y lo que es injusto.

§ 5. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO. — Los romanos distinguieron, según el objeto de sus normas, el derecho público (*ius publicum*) del derecho privado (*ius privatum*). La definición aceptada por las Institutas y recogida del jurisconsulto Ulpiano

(Dig. 1, 1, 1, 2 - Inst. 1, 1, 4), marca la oposición entre el Estado y los particulares, al establecer que derecho público es el que se refiere "al estado de la cosa romana" (*ad statum rei romanae spectat*) y derecho privado "el que concierne a la utilidad de cada individuo" (*ad singularum utilitatem pertinet*).

La delimitación de la esfera de aplicación de los principios del derecho público y los del derecho privado no viene a ser tan sencilla como lo sugiere la definición de las fuentes. En efecto, existen normas que, aunque regulan relaciones entre los particulares, entran en el ámbito del derecho público cuando a la par de un interés individual persiguen un interés social o colectivo. Así, está permitido en las relaciones contractuales convenir que las partes no respondan por la culpa, pero no es posible liberarse de la responsabilidad de una actitud dolosa de los contratantes, ya que atañe al interés general no admitir el fraude en las relaciones interindividuales.

El derecho público está constituido por el conjunto de normas que regulan la constitución y actividad del Estado y las relaciones que ese mismo Estado tiene con los particulares, en tanto que el derecho privado rige exclusivamente las relaciones de los individuos entre sí. Está diferenciación entre las dos mencionadas áreas del derecho hace que haya alcanzado valor de axioma el principio de que los particulares no pueden derogar, ni siquiera disminuir, por acuerdo de voluntades, las disposiciones de derecho público (*ius publicum privatorum pactis mutari non potest; privatorum conventio iuri publico non derogat*), porque el Estado ordena el *ius publicum*, fundándose en normas y principios de carácter inalterable (Dig. 2, 14, 38 - Dig. 50, 17, 45, 1). Contrariamente, en derecho privado la voluntad de los particulares regula la vida jurídica a condición de que el derecho objetivo no disponga expresamente lo contrario.

Derecho natural, derecho de gentes, derecho civil. Esta división tripartita del derecho privado tiene su expresa consagración en las Institutas de Justiniano, que en esta parte también recogen la opinión de Ulpiano (Inst. 1, 1, 4 - Dig. 1, 1, 1, 3). Explica el jurisconsulto clásico que "el derecho privado consta de tres partes, pues se ha formado de los preceptos naturales, de los de gentes o de los civiles" (*Privatum ius tripertitum est, collectum etenim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus*).

En esta materia observamos que en las Institutas, Justiniano se ha apartado de su modelo –las Institutas de Gayo– en las que el derecho se divide en derecho civil y derecho de gentes (Gayo, 1, 1 - Dig. 1, 1, 9). Era derecho civil el exclusivo del pueblo romano, aplicable solamente a sus ciudadanos (*ius civile quod quisque populus ipse sibi constituit, id ipsius proprium est, quasi ius proprium civitatis*). Constituía derecho de gentes el integrado por normas que aplicaban todos los pueblos y que tenían por fundamento, no características peculiares de cada uno de ellos, sino la razón natural (*ius gentium quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur, quasi quo iure omnes gentes utuntur*).

La falta de concordancia entre la concepción gayana y la justinianea, ha dado lugar a que se entienda que el derecho privado se dividía en dos ramas: derecho civil, reservado exclusivamente para el *civis romanus*, y el derecho natural o de gentes, complejo de normas consuetudinarias, derivadas de la razón natural que los romanos tenían en común con los otros pueblos civilizados del mundo antiguo.

Hay autores, como Perozzi y Albertario, que sostienen que el derecho de gentes y el derecho natural fueron concebidos por los romanos como términos equivalentes. Argumentan que ambos derivan de la *naturalis ratio* y que la distinción que Ulpiano (Dig. 1, 1, 1, 4) hace de ellos no es de oposición o contradicción, sino meramente de comprensión, pues el *ius naturale* se extiende tanto a los animales (*quod natura omnia animalia docuit*) como a los hombres; en cambio, el derecho de gentes es aplicable solamente a estos últimos (*hoc solis hominibus inter se commune sit*).

Estamos en una corriente opuesta a la anterior, porque pensamos que la división de Ulpiano en *ius civile, gentium et naturale* pertenece a la época del derecho clásico y que la idea de derecho natural, recogida por Cicerón del pensamiento aristotélico, es autónoma de la de derecho de gentes. Opinamos que son términos independientes, porque el concepto de *ius gentium* es auténticamente romano, al paso que el de *ius naturale* tiene su origen en la filosofía helénica; porque instituciones de *ius gentium*, como la esclavitud, son repelidas por el *ius naturale* y, por fin, porque el derecho de gentes tiene una base contractualista dada por la tácita aceptación y uso de todos los pueblos humanos (*quo gentes hu-*

manae utuntur), en tanto el derecho natural no es producto del hombre, sino de la naturaleza de las cosas, ya que surge, como se ha dicho, *natura rerum*, tiene *fundamentum in re*.

Así como en las fuentes encontramos una noción uniforme del *ius gentium* y del *ius civile*, en lo que al derecho natural respecta se nos presentan distintos conceptos. Uno de ellos pertenece a Ulpiano (Dig. 1, 1, 1, 3), que define el *ius naturale* como aquel que "la naturaleza enseña a todos los animales" (*quod natura omnia animalia docuit*), dando como ejemplo de leyes comunes al hombre y al animal, las relativas a la unión de los sexos, la procreación, la educación de los hijos, etcétera. No es admisible la concepción de Ulpiano porque se confunden funciones o necesidades biológicas comunes al hombre y al animal, con normas jurídicas que, por estar dirigidas a regular la conducta nacida de una voluntad libre, sólo pueden tener referencia al ser humano. Otro concepto pertenece al jurisconsulto Paulo (Dig. 1, 1, 11), para quien el derecho natural es aquel "que siempre es bueno y equitativo" (*quod semper bonum et aequum est*). La idea de Paulo, más acertada que la anterior, concibe un derecho ideal, inmutable y en el que todos los hombres son iguales.

Esta disparidad de concepciones en las fuentes romanas lleva a concluir que es dudoso que las ideas expuestas sean obra de los jurisconsultos clásicos, sino tal vez creación postclásica o más probablemente producto del manipuleo interpolacionístico, que frecuentemente tiene el defecto de adulterar las más puras tradiciones romanas.

§ 6. Derecho civil, derecho honorario. – La división de derecho civil y derecho honorario se basa en el distinto origen de uno y otro. Desde este punto de vista leemos en el Digesto (1, 1, 7, pr.) que "derecho civil es el que dimana de leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos de los príncipes y autoridad de los jurisconsultos" (*Ius autem civile est, quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentum venit*). Derecho honorario, por su parte, es el conjunto de principios jurídicos que derivan de la autoridad jurisdiccional de los magistrados o como dicen las fuentes (Inst. 1, 2, 7), de los que "gozan de honores" (*Hoc etiam ius honorarium solemus apellare, quod, qui honores generant, id est magistratus, auctoritatem huic iuri dederunt*).

La antítesis entre ambas categorías de derecho caracteriza gran parte de la historia jurídica romana, ya que en el tiempo en que se crea la pretura (367 a. de C.) comienza a elaborarse por el pretor, principal artífice del derecho honorario, esa gran masa de principios jurídicos que aparecieron para dar mayor eficacia al derecho civil (*viva vox iuris civilis*). Paulatinamente va completándolo y corrigiéndolo, lo cual ha hecho decir a Papiniano (Dig. 1, 1, 7, 1) que "derecho pretorio es el que por razón de utilidad pública introdujeron los pretores para ayudar o suplir o corregir el derecho civil" (*adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia*).

El dualismo derecho civil y derecho honorario tiene gran importancia en la transformación de los institutos jurídicos de derecho privado, ya que al arbitrar el *ius honorarium* soluciones acordes con los principios de la *aequitas*, fue eliminando las rudezas del arcaico *ius civile*, permitiendo así que el derecho romano alcanzara la categoría de sistema jurídico de valor universal. Este proceso de cambio se opera desde dentro del propio *ius civile*, por medio de la autoridad de los jurisconsultos, y desde fuera de él, por obra del pretor, para llegar a la definitiva transformación del antiguo derecho por virtud de la legislación imperial formada por las constituciones de los príncipes. A partir de entonces, la división del derecho privado de Roma, en *ius civile* e *ius honorarium*, sólo tiene valor histórico.

"Ius extraordinarium". Señalamos que el dualismo derecho civil-derecho honorario, característico de la época clásica, fue sustancialmente superado por el aporte de las constituciones imperiales. Pues bien, esta fuente formal del derecho romano, que iba a monopolizar la creación del derecho privado en la postrer etapa de la evolución de la legislación romana, juntamente con la práctica de la *cognitio extra ordinem*, constituyó el llamado *ius extraordinarium*. La expresión era usada cuando se quería poner de manifiesto la contraposición de este nuevo ordenamiento legal, ya con el arcaico *ius civile*, ya con el *ius honorarium*.

§ 7. Derecho escrito, derecho no escrito. – Otra de las clasificaciones del derecho que encontramos en las fuentes (Inst. 1, 2, 3 - Inst. 1, 2, 9) es la de *ius scriptum* e *ius non scriptum*. "Constituyen derecho escrito la ley, los plebiscitos, los senadoconsultos, las constituciones de los emperadores, los edictos de los magistra-

dos, las respuestas de los jurisconsultos" (*Scriptum ius est lex, plebiscita, senatusconsulta, principum placita, magistratum edicta, prudentum responsa*). "Es derecho no escrito aquel que el uso convalidó, pues las costumbres constantes, aprobadas por el consentimiento de los que las siguen, semejan a la ley" (*Ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur*).

Creemos con Arias Ramos que esta división del derecho, que tiene origen griego, carece de interés práctico, pues la diferencia del derecho escrito con el no escrito no radicaba fundamentalmente en la circunstancia de que las normas estuvieran o no redactadas por escrito, sino en el hecho de que hubieran sido elaboradas por órganos del poder estatal con facultad de hacer derecho –comicio, senado, magistrados, emperadores– aunque, como era natural, normalmente se fijaban por medio de la escritura. Por su parte, el derecho surgido de la costumbre (*mores, maiorum consuetudo*), que fue la primera manifestación de derecho privado de Roma, constituye el derecho no escrito.

§ 8: **Derecho común, derecho singular.** – Las normas jurídicas vigentes, que se presentan con el carácter de principios o reglas generales, constituyen lo que se ha llamado *ius commune*. Mas, como imperativos de justicia, razones morales, de utilidad o de bien público, exigen la desviación o derogación de los principios generales del derecho común, se dicta una norma de carácter excepcional que los romanos han llamado *ius singulare*.

Un fragmento de Paulo (Dig. 1, 3, 16) define el derecho singular o excepcional como aquel que, "contra el tenor de la razón, ha sido introducido a causa de alguna utilidad particular y con la sola autoridad de quienes lo constituyen" (*Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*). Las expresiones del jurisconsulto no deben interpretarse como que sólo los principios de derecho singular encierran alguna utilidad, porque *utilitas* hay en toda clase de normas jurídicas. El *ius singulare* no viene a negar la *ratio legis* del derecho común, sino que impone una razón distinta, específica, aplicable a particulares relaciones jurídicas.

La prohibición de las donaciones entre cónyuges es una norma típica de derecho singular que deroga el principio general de

que tal negocio jurídico está permitido entre cualquier clase de individuos. La excepción al derecho común se impuso en la legislación romana para evitar, como dicen las fuentes, que los esposos se despojasen por mutuo amor (Dig. 24, 1, 1). El impedimento legal impuesto a las mujeres para garantizar la deuda de extraños, es igualmente norma de *ius singulare*, que hace caer el principio de derecho normal, que admite que cualquier persona sea fiadora de otra (Dig. 16, 1, 2, 1).

a) ***"Beneficia"***. Las fuentes romanas emplean el término *beneficia* para designar ciertas ventajas que el ordenamiento jurídico otorgaba a persona o personas determinadas, sin que por ello sea admitido entender que los beneficios significaran *ius singulare*, ni implicaran una derogación de la norma de derecho común. Son ventajas que el derecho romano concedió a todas las personas que se encontraran en determinada situación, siempre que lo solicitaran expresamente. Esta última razón, la necesidad de la petición de parte, diferencia el *beneficium* de los principios del *ius singulare*. Entre ellos encontramos el *beneficium competentiae*, que impide que ciertos deudores puedan ser ejecutados más allá de sus posibilidades económicas; el *beneficium inventarii*, que posibilita al heredero voluntario que hace inventario de los bienes del causante, que sólo responda de las deudas de éste con los bienes inventariados. Otros beneficios –*beneficium separationis*, *beneficium divisionis*, *beneficium cedendarum actionum*, *beneficium excussionis*– serán materia de estudio en la presente obra.

b) ***"Privilegium"***. Toca la esfera del derecho singular lo que las fuentes llaman *privilegium*. En el primitivo derecho romano se presentaba como una disposición perjudicial para una persona (*privilegia ne inroganto*), impuesta por circunstancias muy especiales, pero en la época imperial importó una excepción al derecho normal, que debía interpretarse de manera favorable a aquel a quien se lo otorgaba. Así constituyó privilegio el testamento militar que concedía a los soldados la posibilidad de testar en campaña sin ajustarse a las formalidades prescriptas por la ley (Dig. 29, 1, 24).

§ 9. **Fuentes de producción y conocimiento del derecho romano.** – Cuando empleamos la palabra "fuente" dentro de nuestra

disciplina, podemos referirnos tanto a las fuentes de producción del derecho romano como a las de su conocimiento.

Las primeras están constituidas por todo aquello de donde el derecho surge, o lo que es lo mismo, de donde brotan las normas jurídicas que regulan la vida social de Roma. Las segundas son el conjunto de medios que ayudan eficazmente a conocer el derecho, de manera que, aunque por lo común no lo engendran, facilitan su conocimiento.

Entre las fuentes productoras del derecho romano, llamadas también "formales", estudiaremos, dentro de las distintas fases de su evolución, la costumbre o fuente "no escrita" o "no sancionada", llamada así porque no hay un organismo que dé categoría de derecho a las normas que se imponen como tales por el tácito consentimiento del pueblo, y las fuentes "escritas" o "sancionadas" que se expresan a través de la palabra escrita y que provienen, por lo común, de la decisión de órganos competentes del Estado.

Encontraremos así, entre las fuentes formales, la costumbre, o fuente no escrita, y la ley comicial, los plebiscitos, los edictos de los magistrados, los senadoconsultos, las respuestas de los jurisconsultos y las constituciones imperiales, entre las fuentes escritas.

En lo que atañe a las fuentes de conocimiento, éstas pueden ser extrajurídicas o jurídicas. Las primeras, que comenzaron a formarse desde los más remotos tiempos de la antigüedad romana, provienen de historiadores como Tito Livio, Dionisio de Halicarnaso, Polibio, Suetonio; de gramáticos y etimologistas como Plauto, Terencio, Varrón; de analistas como Tácito y de retóricos, oradores o filósofos como Cicerón, Aulo Gelio y Quintiliano. Ciencias modernas también constituyen aporte extrajurídico eficaz para el conocimiento del derecho romano, destacándose entre ellas la lingüística, la arqueología, la etruscología, la epigrafía y la papirología. Dentro de las fuentes modernas de conocimiento se pueden consignar asimismo las enciclopedias de la antigüedad clásica, las actas de congresos, las obras lexicográficas, los índices de interpolaciones y una fecunda bibliografía acerca del derecho romano.

Entre las fuentes jurídicas de conocimiento encontramos obras de jurisconsultos clásicos como las *Institutas* de Gayo, restos de las *Sentencias* de Paulo, las *Reglas* de Ulpiano, una parte de

las *Respuestas* de Papiniano, un apéndice a la *Ars grammatica* de Dositeo y los *Fragmenta sinaitica*. Entre las colecciones jurídicas postclásicas se cuentan los *Fragmenta Vaticana*, la *Collatio legum mosaicarum et romanarum* y el *Libro siro-romano*. Por fin, es material valioso para el conocimiento del derecho romano el *Corpus Iuris Civilis* del emperador Justiniano, sin desconocer el importante aporte que constituyeron como instrumentos de conocimiento los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano y las llamadas leyes romano-bárbaras (*lex romana visigothorum*, *lex romana burgundionum*, *edictum Theodorici*).

§ 10. Influencias primordiales que operan sobre el derecho romano. – Para finalizar esta parte introductoria de nuestro estudio, hemos estimado oportuno referirnos a las influencias primordiales que operan sobre el derecho romano, es decir, a los valores socioculturales que acogidos por el derecho privado de los romanos dejaron en él huellas indelebles que le dieron características peculiares. Para abordar el tema en cuestión seguimos un interesante trabajo del profesor López Núñez que, tratando el asunto con su reconocida versación, enseña que las influencias más notorias fueron: la religión, la filosofía griega, el cristianismo y, en alguna medida, los derechos de la antigüedad.

a) ***La religión.*** Es incuestionable el profundo influjo que la religión ejerció sobre el derecho romano, especialmente en su fase de formación, en la que Roma no pudo escapar al fenómeno general –sobre todo en los pueblos indogermanos– de que la religión apareciera íntimamente ligada al derecho. En Roma, más que en ningún otro pueblo, se presenta nítida la influencia a causa de que correspondía al colegio de los pontífices la misión relevante de custodiar e interpretar las normas sagradas que unían al hombre con la divinidad.

Si la influencia es muy notoria en el derecho público, también se la percibe en el campo del derecho privado, en donde instituciones como la *confarreatio*, uno de los medios legales por los que el esposo podía adquirir la potestad marital sobre la mujer; la *adrogatio*, modo especial de adoptar a una persona *sui iuris*, y el *testamentum in calatis comitiis*, forma de testar del derecho antiguo, acusan la impronta destacada de la religión romana primitiva.

También el derecho procesal siente el impacto y el formulismo que caracteriza el procedimiento de la *legis actio per manus iniectionem* y el de la *legis actio per sacramentum*, está basado, al decir de Kunkel, en creencias ligadas ancestralmente a la magia religiosa.

b) ***La filosofía griega.*** Un hecho cultural de trascendental importancia y de innegable sentido histórico significó el contacto de la filosofía de los griegos con la legislación romana, a la que enriqueció científica y conceptualmente. Fue el estoicismo el sistema filosófico que más acabadamente influyó en el pensamiento de los jurisconsultos romanos, así como también Cicerón, el célebre orador de fines de la República, el intermediario típico del pensamiento filosófico griego.

No han faltado autores que han negado el fenómeno de la influencia de la filosofía helénica sobre el sistema jurídico de los romanos, apoyándose en el sentido eminentemente práctico y casuístico de sus jurisconsultos, que les hacía repeler cualquier clase de especulación abstracta. Si bien es cierto que no teorizaron en sistema, que no se entregaron a un quehacer dogmático, es innegable que, al decir de Leibniz, tampoco fueron máquinas automáticas de dictar derecho o grandes geómetras de lo jurídico. Los prudentes romanos recibieron una formación humanística especial que era habitual en Roma y, en general, supieron asimilar los conceptos primarios de la filosofía helénica, el método lógico de los griegos.

Se da así la recepción helénica en las fuentes legales romanas, como lo apreciamos tomando en cuenta la idea del *ius naturale*, del *ius scriptum* y *non scriptum*, los conceptos de cuerpos simples y compuestos, de cosas corporales e incorporales, la noción de cualidad y sustancia y, muy probablemente, la de *corpus* y *animus* en materia de posesión.

c) ***El cristianismo.*** Unánimemente la doctrina ha reconocido el decidido influjo que tuvo la religión cristiana sobre el desenvolvimiento del derecho romano del período postclásico, especialmente a partir de la publicación, en 1843, de la obra de Troplong titulada *Influencia del cristianismo sobre el derecho civil de los romanos*.

El cristianismo entra en el sistema romano por variadísimos medios a partir de la sanción del edicto de Milán por el emperador Constantino en el año 313. Declarado culto oficial del Imperio romano, se abre una nueva época en la legislación de Roma, que acertadamente Hohenlohe denominó "teológica". Desde entonces el derecho romano, a la par que pierde su armazón formalista, adquiere un sentido espiritual y providente del que antes carecía casi en absoluto.

Señalar razonadamente las instituciones jurídicas que se vieron remozadas al calor de las ideas cristianas, sería tarea que rebasaría las pretensiones y propósitos de esta obra. La dignificación del trabajo; la dulcificación de la esclavitud junto con el fomento de las manumisiones; la reducción de la tasa de interés; la situación más digna del hijo de familia y de la mujer; la abolición del divorcio y el criterio desfavorable con que se consideran las segundas nupcias (*honesta fornicatio*); la creación de la legitimación, como medio de que un hijo nacido fuera de matrimonio alcanzara la calidad de legítimo; la mitigación del formalismo en materia obligacional; la humanización de la patria potestad, la admisión más amplia del derecho a alimentos; la protección decidida a las obras pías; el nuevo sentido de la *aequitas*, impregnada de piedad, caridad, benignidad: son muestras más que inequívocas del preponderante influjo de la religión de Cristo en el derecho romano.

d) ***Los derechos de la antigüedad.*** Hay autores que han hablado de la influencia que los derechos de la antigüedad ejercieron sobre el derecho romano. En especial el tema hizo nacer una copiosa literatura después que Land, en 1862, descubrió el libro de derecho siro-romano y que la expedición de Morgan, en 1901, halló el Código de Hammurabi. Se ha pretendido encontrar afinidad entre la legislación romana y los sistemas jurídicos egipcio, judaico, asirio, babilónico, etc., pero no se han dado argumentos de acabada fundamentación como para tener por ciertas esas pretendidas influencias. Sin embargo, está admitido que los romanos incorporaron principios de derecho etrusco, especialmente en el campo del derecho público, y de derecho griego, en la Ley de las XII Tablas.

Libro Segundo

HISTORIA Y FUENTES DEL DERECHO ROMANO

Título I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO ROMANO

§ 11. Conceptos generales. – El derecho romano, formidable categoría histórico-jurídica, es un auténtico producto histórico, resultante de una profunda decantación de siglos. Por ello, con la expresión derecho romano designamos comúnmente el ordenamiento normativo que rigió la vida del pueblo de Roma a lo largo de su progresiva evolución, aquel que se desarrolla desde la fundación de la ciudad en el año 753 a. de C. hasta su sistematización en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, acaecida entre los años 529 a 534 de nuestra era.

Durante aquel prolongado y fecundo período el derecho de Roma no podía conservar caracteres uniformes, ni rasgos inmutables, que no sintieran las variantes y transformaciones propias del correr de los tiempos, que lenta, pero gradualmente, transcurren para las personas, las instituciones y los Estados. Es que el devenir histórico se hace sentir más nítidamente en expresiones culturales como el derecho, que tiene que adaptarse a las mutaciones políticas, económicas y sociales que inexorablemente produce el pasar de los años.

Estas consideraciones nos llevan a la convicción de que resulta tarea difícil abordar la evolución del derecho romano si no señalamos períodos o fases distintas de su desarrollo. Los expositores de la materia han coincidido a este respecto en la necesidad de la periodificación del derecho de Roma, habiendo discrepado únicamente en la consideración de las circunstancias o fenómenos

que servirían para caracterizar las distintas etapas de su cambiante realidad jurídica. Tal el problema que presentaremos a continuación, el que será expuesto señalando las primeras soluciones propugnadas por los autores, las que han vertido modernos estudiosos de la disciplina y la que propiciamos a través de esta obra.

§ 12. **Primeros criterios de clasificación.** – Probablemente ha sido el historiador inglés Edward Gibbon, autor de la *Historia de la decadencia y caída del Imperio romano*, uno de los primeros expositores que en el siglo XVIII abordó el tema de la división de la historia jurídica romana.

Considera Gibbon que la historia del derecho de Roma tiene que dividirse en tres períodos de duración aproximadamente igual. El primero desde las XII Tablas (451 a. de C.) hasta Cicerón (106-43 a. de C.), en el que la ignorancia del pueblo romano obstaculiza la formación de la jurisprudencia. El segundo se extiende desde Cicerón hasta el emperador Alejandro Severo (247 d. de C.), cuando la jurisprudencia adquiere un desarrollo sabio y brillante. El tercer ciclo corre hasta la muerte de Justiniano (565), época en que decae el movimiento jurisprudencial y se agotan las fuentes del derecho. El criterio de Gibbon ha sido criticado porque está referido exclusivamente a la evolución de la jurisprudencia romana que, para el autor, nace oscuramente, alcanza madurez y decae ostensiblemente en el tercer período. Olvida, por otro lado, los tres primeros siglos de la vida jurídica romana que se desarrollaron con anterioridad a la ley decenviral, no teniendo en cuenta que el derecho romano surgió contemporáneamente con la fundación de la ciudad en el año 753 a. de Cristo.

Al jurista alemán Gustav Hugo se debe otra de las primeras clasificaciones de las fases de la evolución de la historia del derecho romano. Coincidiendo con Gibbon, pero agregándole el período anterior a la sanción de la ley de los decenviros, Hugo propone cuatro épocas en la historia jurídica romana, las que, artificiosamente, compara con el desarrollo de la vida del hombre. El primer ciclo, que llama de la "infancia del derecho", transcurre desde la fundación de Roma hasta las XII Tablas; el segundo, que denomina de la "juventud", va desde la ley decenviral hasta Cicerón; el tercero, que califica como el de la "edad viril", corre des-

de Cicerón hasta Alejandro Severo; y el cuarto, que designa como el de la "vejez", se extiende desde Alejandro Severo hasta Justiniano.

§ 13. MODERNOS SISTEMAS DE DIVISIÓN. – Antes de seguir con el análisis del tema de las fases del desarrollo del sistema jurídico romano, interesa destacar que no se trata en modo alguno, ya que ello es imposible en un derecho en permanente evolución, de establecer en el lento y complejo proceso del devenir del derecho romano líneas tajantes y definidas, momentos cronológicos netamente separados en que se destaquen matemáticamente, por así decirlo, el fin de un ciclo y la siguiente iniciación de otro. En ese error cayeron, como hemos visto, destacados autores que no concebían una división de la historia de Roma si no señalaban las fechas de comienzo y fin de cada etapa histórico-jurídica. Tal sistema, sin embargo, se ha ido abandonando paulatinamente y los autores que en la actualidad han abordado el tema están contestes en admitir la falta de rigor científico del anterior método.

Pietro Bonfante, el ilustre romanista italiano, es uno de los autores modernos que con mayor profundidad y versación ha expuesto el tema relativo a la división de la historia jurídica romana, entendiendo que el análisis de la historia de las fuentes o historia externa del derecho (*historia iuris*), y de la historia de las instituciones jurídicas o historia interna (*antiquitates iuris*), no puede realizarse siguiendo los clásicos métodos cronológico y sincrónico. El cronológico que considera la evolución del derecho en cada una de sus instituciones jurídicas y durante los largos siglos de su devenir histórico, presenta el inconveniente de oscurecer el verdadero brillo del derecho romano, la perfecta organización de conjunto, el panorama general de todo el desarrollo jurídico. Sería utilizable con éxito en relación al estudio y exposición, en forma monográfica, de la evolución de una o de determinadas instituciones jurídicas. El método sincrónico que analiza el desarrollo histórico del derecho en su conjunto, ofrece dificultades de síntesis en el amplio panorama de las instituciones jurídicas romanas que vivieron un proceso evolutivo de más de trece siglos.

Estos inconvenientes de los sistemas tradicionales llevan a Bonfante a propugnar la adopción de un método que llama "sincronismo ideológico u orgánico" y que consiste en situar dentro

de determinados períodos, concretados por la concepción de una "idea" o por la evolución de un "órgano", las modificaciones de carácter general que fue experimentando el derecho. Sostiene el romanista italiano que es menester llegar a determinar distintos períodos de tiempo, dentro de los cuales el ordenamiento jurídico asume cierta característica peculiar y la mayor parte, si no la casi totalidad de las instituciones, se modifican, adaptándose a sus lineamientos fundamentales.

Partiendo de esos conceptos, Bonfante entiende que los límites extremos en la historia del derecho romano son la fundación de Roma y la muerte del emperador Justiniano y que, dentro de este más que milenario ciclo, dos grandes "crisis" señalan las divisiones fundamentales en la historia jurídica romana, porque ellas produjeron mutaciones profundas y tuvieron honda repercusión en la vida toda del pueblo. Estos grandes momentos críticos servirán para demarcar tres distintas etapas en la evolución histórica del derecho romano.

La primera gran crisis tiene lugar con las guerras púnicas (264-166 a. de C.), que concluyen con el triunfo de Roma sobre Cartago y con el predominio político y territorial sobre este Estado. A partir de entonces Roma pasa a dominar el *mare nostrum*, transformando el pequeño Estado-ciudad en un gran Estado mediador entre la cultura oriental y la barbarie occidental. La segunda gran crisis se produce cuando muere el emperador Alejandro Severo, abdica Diocleciano y ocupa el trono imperial Constantino (235-313 d. de Cristo). Es una época en que la sociedad romana pasa por un período de postración que gravita en el poder imperial a lo que se suma la presión de los pueblos bárbaros que, al irrumpir sobre el Imperio romano, desvinculan el Occidente romanizado del Oriente helenizado. Estas dos crisis son las líneas divisorias de los tres sistemas en que Bonfante divide la evolución del derecho romano y que fueron: *a*) del municipio de Roma y del derecho quiritario; *b*) del Estado romano-itálico y del derecho de gentes; *c*) de la monarquía heleno-oriental y del derecho heleno-oriental o romano-helénico.

Rudolf von Mayr, prestigioso romanista alemán, que coincide en mucho con Bonfante, entiende también que en la vida de los pueblos hay acontecimientos históricos que por su particular importancia son factores gravitantes en el área del derecho y deter-

minantes de distintos períodos en la evolución de él. Para von Mayr estos momentos trascendentes en la historia de la legislación romana, que no llama crisis, sino "piedras miliares que jalonan su evolución", fueron la creación de la pretura (367 a. de C.), la cristalización del derecho pretorio con el Edicto Perpetuo de Salvio Juliano en época de Adriano (131 d. de C.) y el giro bizantino que se imprime al derecho nacional de Roma a partir del emperador Diocleciano (284 d. de Cristo).

Estos tres momentos determinan la división de la historia del derecho romano en cuatro épocas o eras, como las llamaba von Mayr. La primera, "era del derecho nacional", se extendía desde la fundación de Roma hasta la creación de la pretura; la segunda, "era del derecho honorario y de gentes", abarcaba desde la pretura hasta la sanción del Edicto Perpetuo de Salvio Juliano, que se sanciona por mandato del emperador Adriano; la tercera, "era del derecho imperial y de los derechos nacionales", iba desde Adriano hasta Diocleciano; y la cuarta, "era de la orientalización del derecho romano", se desarrollaba desde Diocleciano hasta la muerte de Justiniano.

Otro criterio de clasificación, a todas luces interesante, es el que propone el profesor italiano Salvatore Riccobono, quien sostiene que la evolución del derecho romano no se debe a elementos extraños a su propio ser sino, contrariamente, a factores internos como fueron la labor del pretor y de los jurisconsultos. Afirma que el sistema jurídico de los romanos puede dividirse en dos grandes períodos antagónicos, el primero que va desde las XII Tablas hasta el siglo VII de la ciudad (fines de la República), en el que rigió el derecho de los quirites, rudo, formal, riguroso, como las condiciones antiguas de la comunidad romana; y el segundo, que se elabora desde el siglo VII hasta Justiniano, época en que aparece un derecho nuevo, informado por los principios de equidad, con tendencia decidida a la libertad y con justas aspiraciones de universalidad. En esta segunda etapa el derecho de los romanos alcanza su máxima expresión porque, como manifiesta Riccobono, hasta el siglo III d. de C. su evolución va guiada por la jurisprudencia, la más ilustrada y sabia que conoce el mundo. Este desarrollo incuestionable del derecho se debe –y ésta es la original opinión de Riccobono– no a la intervención legislativa, sino al propio progreso del derecho, realizado "mecánicamente por obra de su fuerza inicial".

Perozzi, otro destacado estudioso del derecho romano, sostiene que recientes estudios llevan a demarcar su desarrollo en dos únicos períodos. Fija en el tercer siglo de nuestra era, aproximadamente en tiempo de Alejandro Severo (223 a 235), la división de la dinámica del derecho romano en los períodos siguientes: el primero, que llama "ciclo del derecho romano" y que va desde la fundación de Roma hasta la época de Alejandro Severo, y el segundo, que denomina "ciclo del derecho romano helénico" y que llega hasta la recopilación de Justiniano.

El reparo que merecen los sistemas propuestos por los maestros italianos Riccobono y Perozzi, es que crean ciclos de duración demasiado amplios que nos hacen perder la exacta comprensión de la evolución jurídica de Roma. Hubiera sido menester una subdivisión de las dos épocas para no caer en la deficiencia que señalábamos, con Bonfante, al método cronológico. Se ha dicho, por otra parte, en lo que concierne a la clasificación de Perozzi, que presenta una apariencia engañosa al establecer dos períodos contrapuestos entre sí, cuando entre la era romana y la romano-helénica no hay una oposición, sino una relación de continuidad.

El profesor López Núñez, a quien en gran parte seguimos en el tema que estamos tratando, adopta la división que considera ha logrado mayor número de adeptos en la doctrina romanística. Expresa que, zanjando la cuestión de las fechas límites mediante lapsos críticos de transición, las etapas que se aprecian en la evolución histórica del derecho romano son las siguientes: *a*) derecho quiritario, nacional o antiguo: período preclásico; *b*) etapa del *ius gentium* o universal: derecho clásico; *c*) derecho postclásico o romano-helénico; *d*) derecho justinianeo.

Aun entendiendo que la cuestión que venimos estudiando es difícil de resolver, porque se trata de inquirir los principios que dieron características más o menos homogéneas a épocas distintas de la evolución del derecho de Roma y de precisar su naturaleza –tema que en gran medida entra en el terreno de la filosofía de la historia–, nos permitiremos formular nuestro propio criterio de división de las fases del desenvolvimiento histórico del derecho que rigió la vida del pueblo romano. Estimamos así que las etapas que pueden distinguirse en la evolución histórica del derecho romano son las siguientes: 1º) período del derecho quiritario

(consuetudinario-decenviral); 2°) período del derecho honorario o de gentes; 3°) período del derecho jurisprudencial; 4°) período del derecho de la codificación (prejustinianeo-justinianeo).

El ciclo del derecho quiritario se inicia con la fundación de Roma y termina aproximadamente a mediados del siglo IV a. de Cristo. De esta fase lejana los hechos históricos no nos son bien conocidos, ya que caen dentro de una esfera de narraciones legendarias y mitológicas que los hacen difícilmente comprobables y sólo con la cooperación de métodos investigativos idóneos puede reconstruirse, en alguna medida, el derecho de aquella Roma, aislada, rústica, de economía incipiente, que inicia su proceso de expansión.

La costumbre es la fuente fundamental, por no decir la única, de aquella primera etapa. La distinción entre las normas del *fas* –derecho de la divinidad– y del *ius* –derecho de los hombres– se hace difícil de establecer, pero, poco a poco, éste se va diversificando en dos ramas: el *ius publicum* y el *ius privatum* y sus principios van adquiriendo perfiles propios que le dan un matiz diferencial. A la vez el Estado interviene gradual y paulatinamente en la esfera privada, restringiendo las facultades que el derecho primitivo concedía a grupos autónomos como la *gens* y la familia, verdaderos órganos políticos en el seno de la ciudad.

Se nos presenta el derecho quiritario con un tinte acusadamente personalista y con un carácter eminentemente nacional, pues sólo ampara y beneficia a los ciudadanos romanos, dejando a los extranjeros o peregrinos al margen de toda protección jurídica. Es, además, un típico derecho clasista, ya que sus normas son aplicables a la casta privilegiada de la sociedad, el patriciado, con olvido absoluto de la clase plebeya, que carece durante mucho tiempo del goce de los derechos públicos y privados. Atañe en mucho a las características del derecho de esta etapa existencial de la vida romana, el conflicto entre los dos órdenes en que se dividía la sociedad de la Roma primitiva, y que sólo llegará a su fin hacia la mitad del siglo III de Roma, cuando el plebeyo Tiberio Coruncanio ocupe el pontificado máximo.

El *ius quiritium* no constituye ni integra un sistema organizado de normas jurídicas. Es un conjunto de principios aislados, rudos y formalistas. Solamente determinadas disposiciones se hallan revestidas de una cierta uniformidad; por ejemplo, las refe-

rentes al procedimiento de las acciones de la ley (*legis actiones*), a la transmisión de las cosas mancipables (*res mancipi*) y a los medios de entrada y salida del grupo familiar.

A la par del derecho consuetudinario habrían tenido vigencia durante la fase del *ius quiritium* las llamadas *leges regiea* y el *Ius civile Papirianum*, a los que si bien la leyenda proclama como ciertos, faltan datos documentados que nos conduzcan a admitir su existencia. Por esta razón la Ley de las XII Tablas se nos presenta como el testimonio legislativo más importante de la antigüedad romana, ya que merced a ella llegó a cristalizar el derecho consuetudinario que regía hasta entonces la vida de Roma. Termina así la prevalencia de un derecho costumbrista, que es reemplazado por un ordenamiento jurídico que el propio pueblo elabora a través del colegio decenviral.

Sobre los preceptos legislativos de la Ley de las XII Tablas actúa la primera jurisprudencia de carácter pontifical, porque corresponden, en esta época, al colegio de los pontífices el conocimiento y la interpretación del derecho vigente. Aquella primitiva manifestación jurisprudencial adquirió trascendencia en lo atinente a la esfera de los negocios jurídicos y de los actos procesales, que se presentaban, como el derecho de aquellos tiempos, dominados por el más acusado formalismo.

El período del derecho honorario o de gentes se inicia, a nuestro entender, en un momento fundamental de la historia del derecho romano: el año 367 a. de C., cuando se sanciona la *lex Licinia de consulatu*, que a la vez que admite a los plebeyos al consulado, crea una nueva magistratura patricia, la pretura urbana. Corresponde esta época a un momento decisivo para la historia de Roma, ya que se abre una nueva etapa existencial con la ascendente expansión del núcleo originario de la urbe por territorios y pueblos limítrofes. Eso trae como consecuencia que el derecho quiritario, estrictamente nacional, experimente las modificaciones que impone necesariamente el engrandecimiento del Estado y que, por la especial actividad del pretor –*adiuvandi, supplendi vel corrigendi iuris civilis gratiâ*–, se introdujeran medios más equitativos para regular las relaciones jurídicas interindividuales.

Durante la época del derecho honorario o de gentes las primitivas instituciones jurídicas del *ius quiritium* se transforman

profundamente, porque tienen que operar armónicamente con la nueva conciencia social y política, modificada por el contacto con las ciudades extranjeras del mundo antiguo, con las que Roma ha entrado en relación. Los institutos jurídicos se reforman y se oponen al formalismo, en consonancia con las exigencias de una sociedad animada de un evidente espíritu mercantilista.

La función del pretor se ve favorecida en grado sumo por la sanción de la *lex Aebutia*, probablemente del año 130 a. de C., que vino a constituir un hito fundamental en la evolución del derecho de ese tiempo. Aparece entonces con nuevas formas procedimentales el sistema formulario, uno de los medios principales de que se vale el magistrado para renovar el derecho privado, dando nacimiento a un derecho nuevo, el *ius honorarium* o *pretorium*, frente al primitivo *ius civile* o *quiritarium*. A su lado, la noción del derecho de gentes se liga profundamente a la transformación de la vida romana, muy especialmente cuando se produce la creación de la pretura peregrina (242 a. de C.), porque el nuevo magistrado tuvo que apelar necesariamente a las normas del derecho de gentes para dilucidar los conflictos judiciales en que intervenía un peregrino. El pretor peregrino influirá poderosamente en las decisiones del pretor urbano, e introducirá en sus edictos el soplo vivificante de la *aequitas*, que traía consigo el derecho de gentes. Imprime así esta savia renovadora a las viejas y formalistas instituciones del *ius quiritium* y entonces se presenta en Roma el fenómeno de dos sistemas jurídicos que rigieron paralelamente la vida social de sus habitantes: el *ius civile* y el *ius honorarium*.

El derecho civil, con prioridad de origen y con el profundo arraigo que le daba la tradición, se resiste a que el derecho honorario se imponga y lo desplace; pero los edictos del pretor van infiltrándose poco a poco, porque sus principios, que reconocen como fuente la equidad, están más en consonancia con las necesidades impuestas por la convivencia de una ciudad que ejerce ahora amplio predominio en las regiones del *mare nostrum*. De esta manera se va produciendo una mutua corriente de transfusión, paulatina pero profunda, que hace que el *ius civile* vaya limando su antiguo rigor formalista, hasta que se opera la aproximación, y hasta la fusión, con el *ius honorarium*, en un sistema uniforme de derecho positivo. De allí en adelante, el dualismo derecho civil-derecho honorario sólo tendrá un mero valor histórico.

El período del derecho jurisprudencial, trascendental etapa en el devenir histórico del derecho romano, habría tenido su comienzo alrededor de los años 100 a 50 a. de C. porque durante ese lapso desarrolló su actividad creadora uno de los más ilustres representantes de la ciencia jurídica de la época, *Quintus Mucius Scaevola*, en cuya escuela de derecho se formó el magno orador romano, Marco Tulio Cicerón. En ese período la legislación romana, si bien acusa algunas influencias foráneas, merced a la labor de los jurisconsultos, supo diluirlas en sus propias esencias, universalizando el sistema jurídico romano, que llega a alcanzar su mayor grado de expresión y desarrollo.

Con Scaevola nace, dentro del vasto campo del derecho privado, la ciencia jurisprudencial, que vino a formarse con el quehacer de los jurisconsultos romanos, con aquella "pentaactividad", como la llama el profesor Méhész, constituida por el *respondere* (emitir opinión sobre cuestiones, litigiosas o no, que se les plantearen); *cavere* (indicar las fórmulas que los particulares debían usar para garantizar sus derechos o proteger sus intereses legítimos); *agere* (intervenir en el foro para reproducir ante el juez sus dictámenes u opiniones); *scribere* (componer colecciones o tratados sobre temas jurídicos); *instruere* (formar discípulos enseñando el derecho). Consideramos que Scaevola fue el iniciador del ciclo histórico que llamamos del derecho jurisprudencial porque, siguiendo el testimonio de Pomponio, fue el primero que "constituyó el *ius civile*, ordenando el derecho vigente en dieciocho libros que contenían una exposición sistemática del derecho".

Es deber señalar que la respuesta de los jurisconsultos de aquella época –fines de la República– no se imponía al juez como obligatoria; no obstante, fue formándose, merced a esta vital tarea, una verdadera doctrina que reposaba en el crédito con que se hallaban honrados y en la autoridad del saber de aquellos jurisconsultos republicanos, a quienes se llamó jurisconsultos *veteres*. Fue necesario un avance en el proceso político del Estado romano para que se llegara a conceder a la respuesta de los jurisprudentes el valor de fuente de producción del derecho romano sin que ello, empero, atenúe la innegable influencia que tuvo la *iuris interpretatio* en la formación de un derecho siempre creciente y en progresivo desarrollo.

Aparece así, dentro del período que venimos considerando, un momento vital y trascendente, que tiene lugar cuando Augusto, primer emperador romano, queriendo dar mayor autoridad a la jurisprudencia (*ut maior iuris auctoritas haberetur*), hizo que la respuesta de los jurisconsultos fuese como una emanación o una delegación de su propio poder (*ut ex auctoritate responderent*). Como consecuencia de esta decisión imperial aparece en Roma una clase de jurisconsultos privilegiados u oficiales a los que se invistió del derecho de responder con la autoridad del príncipe (*ex auctoritate principis*) y el de estampar en sus respuestas su sello y firma (*responsa signata*) como testimonio de la cualidad de jurisconsulto autorizado. La concesión del *ius publice respondendi* a ciertos jurisprudentes de la época tuvo la virtud de elevar sus respuestas a la categoría de una verdadera fuente del derecho romano, pues las opiniones de los jurisconsultos patentados era obligatoria para los jueces, que no podían apartarse de semejante autoridad.

Siguiendo la línea evolutiva de este período del derecho jurisprudencial, merece destacarse dentro de él el rescripto dictado por el emperador Adriano y mediante el cual, según nos revela el jurisconsulto Gayo, se reconoce autoridad a las respuestas y opiniones de los prudentes que habían recibido autorización para fundar la jurisprudencia (*quibus permissum in iure condere*), prohibiendo a los jueces separarse de tales consejos, cuando hubieran sido emitidos por unanimidad. El rescripto de Adriano, ratificatorio de la anterior decisión de Augusto, crea una clase de jurisconsultos privilegiados que cuentan con el favor de los príncipes y despierta una sed de cultivo de la ciencia jurídica que va a traducirse en el auge que adquieren dos escuelas de prudentes: la de los sabinianos y la de los proculeyanos.

Se percibe en esta etapa un decaimiento del derecho público y consecuentemente se engrandece el derecho privado, favorecido en gran parte por la influencia de la filosofía griega, que desde tiempos anteriores se había introducido en Roma. Los espíritus más elevados de la época cultivaban y seguían la doctrina de los estoicos, cuyos principios y rigurosos métodos se trasladan a la ciencia del derecho privado. Todas estas circunstancias, a las que se debe agregar la unificación de los edictos pretorios en el Edicto Perpetuo de Salvio Juliano, sirvieron para que el derecho jurisprudencial alcanzara un grado de sutileza y perfección que ha

servido para demarcar una etapa en la línea evolutiva del derecho romano, que se ha dado en llamar "del derecho o de la jurisprudencia clásica"

A nuestro entender se abre la lista de los jurisconsultos clásicos con Salvio Juliano, a quien corresponde el mérito de haber redactado, por orden de Adriano, el Edicto Perpetuo, que vino a significar, en cierta medida, la estatificación en la dinámica pretoria. Africano, discípulo del anterior; Volusio Meciano, con quien el emperador Marco Aurelio estudió derecho; Pomponio, a quien debemos un compendio de la historia del derecho de Roma inserto en el Digesto, y Ulpio Marcelo, son los primeros representantes del clasicismo romano. Con el enigmático Gayo, que según muchos pasajes de sus obras vivió en la época de Antonino Pío, encontramos una de las personalidades más completas de la ciencia jurídica clásica. Entre sus numerosas obras, de las que el Digesto contiene quinientos treinta y seis fragmentos, se destacan sus *Institutas* y sus *Res cottidianae*, que han servido de base y modelo a las Institutas del emperador Justiniano.

Entre los cultores de la jurisprudencia clásica ocupa el lugar más destacado el jurisconsulto Papiniano, a quien con justa razón se ha denominado el príncipe de los jurisconsultos romanos. Obtuvo honores públicos de gran relevancia y sus obras fueron las que mejor aprovecharon a los que se dedicaron a cultivar la ciencia de las leyes, mereciendo citarse como la más importante la llamada *Papiniani responsa* de la que se han recogido muchos pasajes en el Digesto. Papiniano actuó en la época del emperador Septimio Severo, de quien fue amigo y condiscípulo, llegando a la dignidad de prefecto del pretorio durante el gobierno del mencionado príncipe. Murió dando ejemplo de virtudes cívicas y morales, que le valieron ser asesinado por orden de Caracalla, al negarse a justificar su fratricidio, cuando el emperador ordenó el asesinato de su hermano Geta.

Con Ulpiano, Paulo y Modestino, que tuvieron una actuación de importancia en tiempo de Alejandro Severo, se cierra la nómina de los jurisconsultos de la época clásica y, consecuentemente, llega a su fin está etapa de sólida brillantez del sistema jurídico romano que hemos denominado del derecho jurisprudencial. El estudio del derecho decae casi por completo y al período de esplendor sucede, sin transición apreciable, una profunda oscuri-

dad, que hace que no se cite a jurisconsulto alguno después de Modestino, salvo algunos nombres, no muy destacados, que se mencionan en el Digesto, como los de Rutilio Máximo y Julio Aquila.

La cuarta y última fase de la evolución histórica del derecho romano –el período del derecho de la codificación (prejustinianeo-justinianeo)–, se caracteriza por el profundo debilitamiento del derecho clásico, debido a factores de muy diversa índole e importancia. El derecho romano de esta etapa tiene aplicación en una zona de influencia y en un ambiente distinto del originario, a pueblos que en espíritu no son afines a tal ordenamiento y que, por otra parte, conservan arraigadas sus leyes y costumbres, integradoras de un derecho local que va a enfrentarse con el derecho oficial de los romanos. El derecho oficial y el local, merced a un lento y paulatino trabajo de infiltración, llegarán a integrarse, pero el proceso no es uniforme y no es el único factor gravitante. El derecho de esta época responde a los deseos de una sociedad con apetitos de renovación, pero sólo logrará su cristalización en un cuerpo ordenado de leyes en su último momento, cuando merced a la elaboración justinianea se logra un derecho pulido, antiformalista, universal y sistemático.

Entre las fuentes del derecho de este ciclo afirman su valor las constituciones imperiales, ya aparecidas en el período anterior. Adquieren su mayor fuerza y vigor a partir de Diocleciano como consecuencia de la plenitud del imperio absoluto. La absorción total de las otras fuentes por el emperador hace crecer cuantitativamente las constituciones de los príncipes, las que, no sólo por su gran número, sino también por las disposiciones contradictorias que contienen, vienen a crear un caos legislativo que se tiene que cortar de raíz. Se impone, pues, la ordenación del derecho vigente, de las *leges*, como se denomina a las constituciones imperiales.

En procura de este objetivo se sancionan los códigos Gregoriano y Hermogeniano, probablemente en época de Diocleciano, Maximiano y Constancio Cloro. El proceso de ordenación de las *leges*, iniciado con estas colecciones, alcanza mayor relevancia cuando en el año 438 se publica el código Teodosiano, promulgado a instancias de Teodosio II, emperador de Oriente, y aplicado también en Occidente por decisión de Valentiniano III. Además

El período del derecho jurisprudencial, trascendental etapa en el devenir histórico del derecho romano, habría tenido su comienzo alrededor de los años 100 a 50 a. de C. porque durante ese lapso desarrolló su actividad creadora uno de los más ilustres representantes de la ciencia jurídica de la época, *Quintus Mucius Scaevola*, en cuya escuela de derecho se formó el magno orador romano Marco Tulio Cicerón. En ese período la legislación romana, si bien acusa algunas influencias foráneas, merced a la labor de los jurisconsultos supo diluirlas en sus propias esencias, universalizando el sistema jurídico romano, que llega a alcanzar su mayor grado de expresión y desarrollo.

Con Scaevola nace, dentro del vasto campo del derecho privado, la ciencia jurisprudencial, que vino a formarse con el quehacer de los jurisconsultos romanos, con aquella "pentaactividad", como la llama el profesor Méhész, constituida por el *respondere* (emitir opinión sobre cuestiones, litigiosas o no, que se les plantearen); *cavere* (indicar las fórmulas que los particulares debían usar para garantizar sus derechos o proteger sus intereses legítimos); *agere* (intervenir en el foro para reproducir ante el juez sus dictámenes u opiniones); *scribere* (componer colecciones o tratados sobre temas jurídicos); *instruere* (formar discípulos enseñando el derecho). Consideramos que Scaevola fue el iniciador del ciclo histórico que llamamos del derecho jurisprudencial porque, siguiendo el testimonio de Pomponio, fue el primero que "constituyó el *Ius civile*, ordenando el derecho vigente en dieciocho libros que contenían una exposición sistemática del derecho".

Es deber señalar que la respuesta de los jurisconsultos de aquella época –fines de la República– no se imponía al juez como obligatoria; no obstante, fue formándose, merced a esta vital tarea, una verdadera doctrina que reposaba en el crédito con que se hallaban honrados y en la autoridad del saber de aquellos jurisconsultos republicanos, a quienes se llamó jurisconsultos *veteres*. Fue necesario un avance en el proceso político del Estado romano para que se llegara a conceder a la respuesta de los jurisprudentes el valor de fuente de producción del derecho romano sin que ello, empero, atenúe la innegable influencia que tuvo la *iuris interpretatio* en la formación de un derecho siempre creciente y en progresivo desarrollo.

Aparece así, dentro del período que venimos considerando, un momento vital y trascendente, que tiene lugar cuando Augusto, primer emperador romano, queriendo dar mayor autoridad a la jurisprudencia (*ut maior iuris auctoritas haberetur*), hizo que la respuesta de los jurisconsultos fuese como una emanación o una delegación de su propio poder (*ut ex auctoritate responderent*). Como consecuencia de esta decisión imperial aparece en Roma una clase de jurisconsultos privilegiados u oficiales a los que se invistió del derecho de responder con la autoridad del príncipe (*ex auctoritate principis*) y el de estampar en sus respuestas su sello y firma (*responsa signata*) como testimonio de la cualidad de jurisconsulto autorizado. La concesión del *jus publice respondendi* a ciertos jurisprudentes de la época tuvo la virtud de elevar sus respuestas a la categoría de una verdadera fuente del derecho romano, pues las opiniones de los jurisconsultos patentados era obligatoria para los jueces, que no podían apartarse de semejante autoridad.

Siguiendo la línea evolutiva de este período del derecho jurisprudencial, merece destacarse dentro de él el rescripto dictado por el emperador Adriano y mediante el cual, según nos revela el jurisconsulto Gayo, se reconoce autoridad a las respuestas y opiniones de los prudentes que habían recibido autorización para fundar la jurisprudencia (*quibus permissum in iure condere*), prohibiendo a los jueces separarse de tales consejos, cuando hubieran sido emitidos por unanimidad. El rescripto de Adriano, ratificatorio de la anterior decisión de Augusto, crea una clase de jurisconsultos privilegiados que cuentan con el favor de los príncipes y despierta una sed de cultivo de la ciencia jurídica que va a traducirse en el auge que adquieren dos escuelas de prudentes: la de los sabinianos y la de los proculeyanos.

Se percibe en esta etapa un decaimiento del derecho público y consecuentemente se engrandece el derecho privado, favorecido en gran parte por la influencia de la filosofía griega, que desde tiempos anteriores se había introducido en Roma. Los espíritus más elevados de la época cultivaban y seguían la doctrina de los estoicos, cuyos principios y rigurosos métodos se trasladan a la ciencia del derecho privado. Todas estas circunstancias, a las que se debe agregar la unificación de los edictos pretorios en el Edicto Perpetuo de Salvio Juliano, sirvieron para que el derecho jurisprudencial alcanzara un grado de sutileza y perfección que ha

de estos cuerpos legales, la práctica jurídica de la época usaba las obras de los jurisconsultos clásicos en forma de resúmenes, paráfrasis y antologías.

Durante este período se hace necesaria también la ordenación del *ius* o *iura*, esto es, el derecho comprobado y transmitido por los escritos de los jurisconsultos. A ese fin tiende una constitución imperial dictada por Teodosio II en el año 426 y aplicada en Occidente por Valentiniano III, que se designa con el nombre de *ley de Citas*. Tuvo por objeto establecer el procedimiento que los jueces debían seguir para aplicar la doctrina de los jurisconsultos, confiriendo valor legal a la opinión de cinco de los más grandes prudentes romanos: Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gayo y Modestino. También es de importancia en esta etapa histórica el desarrollo de la actividad escolástica, que da lugar al surgimiento de magníficas y fecundas escuelas de derecho, como la de Roma y la de las Galias en Occidente y las de Alejandría, Berito y Constantinopla en Oriente.

De esta época son, asimismo, ciertas colecciones jurídicas que han servido de importante fuente de conocimiento del derecho romano clásico y postclásico. Entre ellas se cuentan los *Fragmenta Vaticana*, la *Collatio legum mosaicarum et romanarum*, la *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* y el *Libro siro-romano*. También cabría citar las compilaciones ordenadas por los caudillos bárbaros, como la *lex romana visigothorum*; la *lex romana burgundionum* y el *Edictum Theodorici*.

Este ciclo del derecho de la codificación desemboca en la obra compilatoria del emperador Justiniano, con lo cual viene a clausurarse el proceso evolutivo de esta grandiosa categoría histórico-jurídica que es el derecho de los romanos. Justiniano lleva a feliz término la codificación tanto del *ius* como de las *leges*. Jurisprudencia y constituciones imperiales se plasman a través del Código, Digesto, Institutas y Novelas, dando cima al monumento jurídico más espléndido de todos los tiempos, el *Corpus Iuris Civilis*.

TÍTULO II

EVOLUCIÓN POLÍTICO-SOCIAL DE ROMA

§ 14. CONCEPTOS GENERALES. – Como lo anticipamos al exponer el plan de la obra, el estudio de la parte histórica lo hacemos analizando primeramente la evolución político-social de Roma para tratar, después de poseer tales antecedentes, el proceso de formación de las fuentes formales del derecho romano; esto es, la evolución histórica del derecho de Roma desde sus primeros tiempos hasta su definitiva cristalización en la compilación del emperador Justiniano.

Usamos este método de exposición porque estimamos que para comprender el desenvolvimiento del derecho romano es menester conocer la organización política romana y las mutaciones que ella experimentó a través del devenir histórico, debiendo también considerar la organización social y la problemática planteada en diferentes épocas por la lucha de clases, fenómenos todos que incidieron en las instituciones políticas y, consecuentemente, en el área de lo jurídico, en especial en lo que hace al derecho privado de los romanos.

Para realizar este estudio consideraremos los tres tradicionales regímenes políticos que se sucedieron en Roma desde la fundación de la ciudad hasta la muerte del emperador Justiniano: el monárquico, el republicano y el imperial, de conformidad con la organización del poder estatal en su más alto grado. La monarquía se extiende hasta la expulsión de Tarquino el Soberbio, último rey romano (509 a. de Cristo). La República llega hasta el advenimiento de Augusto, primer emperador de Roma (29 a. de Cristo). Con el emperador Augusto se abre el tercer período político, que consideraremos a través de dos épocas distintas: la primera, el principado, que va hasta Diocleciano y Constantino, y la segunda, la autocracia o dominado (*dominatus*), que se impone

en la época dioclecianeo-constantiniana al establecerse un estilo de monarquía absoluta de corte heleno-oriental.

§. 15. **Prehistoria de Italia y fundación de Roma.** – Un tema absolutamente conjetural es el que se refiere a la nebulosa prehistoria de Italia y a la incierta fundación de la ciudad de Roma. Se carece de datos fidedignos, de documentación o de testimonios veraces que alejen las dudas existentes. Empero, con los avances logrados en los tiempos modernos merced al aporte de ciencias como la arqueología, la paleoetnología, la etruscología y otras auxiliares, se han podido desechar las versiones legendarias y novelescas sobre tan antiquísima cuestión, para dar paso a ideas que en nuestro tiempo cuentan con gran número de adeptos. Así se acepta que Italia durante varios milenios anteriores a la era cristiana había visto entrecruzarse y sucederse a razas y civilizaciones autóctonas y mediterráneas de cuya fusión habría resultado la estirpe itálica y también está admitido que entre esos diversos grupos poblacionales se destacaron nítidamente los latinos, los etruscos y los griegos.

Los latinos ocuparon un reducido territorio, el Lacio (*Latium*), situado en el centro de la península, al este y al sur del río Tíber. Habrían entrado en Italia en época prehistórica y probablemente provenían de la zona del Danubio. Impusieron su idioma; el latín, que pertenece al tronco lingüístico indogermánico y que gracias al apogeo político que llegó a adquirir Roma se convirtió en idioma universal. Al norte del territorio del Lacio, en la Toscana, se radicaron los etruscos, grupo étnico de origen asiático, de indomable espíritu guerrero, que bien pronto alcanzó el más alto nivel de civilización entre todos los pueblos itálicos. Los etruscos, en la época de mayor esplendor de su poderío, ejercieron gran influencia sobre toda Italia, especialmente en el aspecto político-cultural. Otro importante aporte migratorio lo constituyeron los griegos que, alrededor del siglo IX a. de C., se asentaron en la Italia meridional, en la costa de Campania, en donde estaba situada la poderosa Cumas, que alcanzó gran prestigio al convertirse en el centro más avanzado del helenismo.

Entre los etruscos al norte y los griegos al sur quedaron los latinos. Encerrados entre dos pueblos de un mayor grado de cultura y amenazados por las ansias de conquista de los etruscos, los

habitantes del *Latium* habrían celebrado una alianza con los sabinos, pequeño grupo que ocupaba tierras vecinas. A esta fusión de latinos y sabinos, realizada con fines puramente defensivos, obedecería la creación de la Ciudad Eterna que fue levantada en torno a siete colinas como un medio de lograr así una fortificación natural apta para resistir a los grupos hostiles que pretendieran ocuparla.

Ya dijimos que es también tema envuelto en el misterio el de la fundación de Roma. Su historia más primitiva deja gran margen a la fantasía y juegan papel preponderante la leyenda y la mitología, que hacen de Roma la heredera de Troya. Eneas, príncipe troyano, huye del saqueo e incendio de Troya y tras de peregrinar por pueblos de la cuenca del Mediterráneo se asienta en Italia y contrae matrimonio con Lavinia, hija de Latino, rey del Lacio. De aquel matrimonio nace Ascanio, quien a la muerte de su padre funda la ciudad de Alba Longa. Tras de una larga sucesión de reyes de la familia fundada por Eneas, el trono corresponde a dos hijos del rey Procas, Amulio y Numítor. Amulio destrona a su hermano y condena a la hija del rey derrocado a virginidad perpetua, como sacerdotisa de la diosa Vesta. Mas la condenada a ser virgen vestal se une con el dios Marte y tiene dos hijos mellizos, Rómulo y Remo, que son abandonados en el río Tíber por orden de Amulio al conocer su nacimiento. Amamantados por una loba y cuidados por el pastor Fáustulo, crecen y con el tiempo desalojan del trono de Alba Longa a Amulio y reponen a su abuelo Numítor, quien los autoriza a fundar una ciudad. Rómulo funda entonces Roma el día 21 de abril del año 753 a. de C., según se infiere de la narración tradicional, y esto ha significado que los romanos estimen que dicha fecha es el día natal de la patria. Mientras Rómulo cumplía las sagradas ceremonias de creación de la ciudad dio muerte a su hermano Remo y se proclamó primer rey del naciente Estado.

Estudios historiográficos modernos niegan veracidad a estos relatos maravillosos sobre los orígenes de la *civitas* romana, no admitiendo que Rómulo pudiera haberla fundado en un solo acto, ni siquiera que hubiera sido al principio una ciudad. Habría comenzado por constituir una reunión de clanes establecidos en distintos montes de la margen izquierda del Tíber, hasta que los que se asentaron sobre el Palatino fundaron varias aldeas, entre las

cuales se destacó la que la tradición llama *Roma quadrata* (Germal). Con posterioridad aparecieron otras aldeas (Fagutal, Palatual, Velia, Cispio, Opio y Subura), conjeturándose también que frente a la *Roma quadrata* existió la *Roma quirina*, establecida sobre el Quirinal. La fusión de aquellas aldeas constituidas por elementos latinos, determinó el nacimiento de la federación o liga del *Septimontium*, a la que se habría agregado otra, de estirpe sabina, situada entre los montes Capitolino, Viminal y Quirinal.

Alrededor del siglo VII a. de C. la amenazadora presencia de los etruscos determinó la unión de latinos y sabinos y de aquella época son los cuatro primeros reyes romanos de la llamada dinastía preetrusca: Rómulo y Numa Pompilio, de origen latino, y Tulio Hostilio y Anco Marcio, de origen sabino. Alrededor de la autoridad y los poderes del rey gira la comunidad política que van organizando los jefes de las aldeas, sumándose a ello una asamblea popular, el comicio y un cuerpo asesor del rey, el senado.

A los cuatro legendarios reyes les suceden los representantes de la dinastía etrusca que vienen a perfeccionar la federación latino-sabina. La conquista del poder por los etruscos se habría iniciado con Lucumón, a quien se designa rey con el nombre de Tarquino el Antiguo. A éste lo reemplaza en los poderes reales Servio Tulio, y es el último rey romano el etrusco Tarquino el Soberbio. En tiempo de los reyes etruscos se da a la ciudad el nombre de Roma, designación de origen etrusco que significa "ciudad del río".

§ 16. **La Monarquía.** – Siempre partiendo de la dificultad existente para conocer con absoluta certeza los primeros tiempos de Roma, está suficientemente admitido que la organización política romana, durante su primer ciclo histórico, reposaba en un gobierno de cuño monárquico, asentado sobre tres factores políticos: magistratura, senado y pueblo.

El rey (*rex*) era el magistrado exclusivo y vitalicio del período monárquico; el senado (*senatus*) constituía el órgano asesor y consultivo del soberano y se integraba por venerables ancianos descendientes de los fundadores de la ciudad, y el pueblo, que se reunía en asambleas o comicios (*comitia*) para decidir sobre cuestiones atinentes al interés de sus integrantes, los ciudadanos romanos. En estos elementos de la constitución política de la pri-

mitiva realeza de Roma, se ha pretendido ver una armoniosa combinación de monarquía (rey), oligarquía (senado) y democracia (comicio).

Antes de entrar al estudio particularizado de estos tres factores del poder político de la antigua ciudad-Estado (*civitas*), consideraremos otros grupos autónomos –*gens*, familia, tribus y curias– que en la época precívica tuvieron un rol preponderante en el manejo de ciertas relaciones de carácter institucional.

§ 17. Órganos políticos primitivos: "gens", familia, tribus y curias. – El estado actual de los estudios permite afirmar que la *gens* y la *familia* fueron verdaderos órganos políticos primitivos en el seno de la *civitas*, que sólo vieron restringidas sus facultades de grupos autónomos cuando el Estado, gradual y paulatinamente fue interviniendo en la esfera privada.

Se considera que la *gens*, en época anterior a la organización de la ciudad, habría sido la organización político-social de más trascendente importancia que precedió a la *civitas*, por lo cual Roma puede considerarse una confederación de *gentes*. Las *gentes* constituyeron, al tiempo de la formación de Roma, un agrupamiento humano esencial, caracterizado por una unidad política con un alto grado de independencia, dado que contaba con sus órganos de gobierno, su jefe o *pater*, sus propias normas de derecho privado (*mores maiorum*), que llegaron a constituir un *ius gentilitatis*. Tuvo la *gens* su régimen económico propio y además sus divinidades protectoras del grupo, con sus *sacra gentilitia*, que tenían por sumo sacerdote al *pater* o jefe. Esta característica de la *gens*, que le da la fisonomía de un pequeño Estado, va a ir desapareciendo gradualmente a medida que la *civitas* afirma su presencia como ente regulador de las relaciones de los particulares, que encuentran en el Estado organizado y en sus nuevas instituciones políticas mayores garantías que las que podían ofrecer los grupos gentilicios. Perdió así la *gens* la razón de su existencia y aquello determinó que los romanos la hicieran caer en el olvido.

La falta de solidez de la organización estatal de los primeros tiempos de Roma convirtió a otro grupo autónomo, la familia, en un elemento vital dentro del cuadro político de la época, dado que la confederación de familias constituía una casa o *gens*, basada en presuntos orígenes comunes. A semejanza de la *gens*, la

familia se organizó autonómicamente, con un jefe –el *paterfamilias*– que tenía poderes absolutos de orden político, judicial y religioso. También la familia, como ente público, resignó la importancia que tuvo en la época histórica al ceder sus poderes a las instituciones políticas constitutivas de la ciudad-Estado.

Se admite tradicionalmente que Rómulo, primer rey romano, distribuyó a los ciudadanos que contribuyeron a la fundación de Roma en tres tribus: la de los *Ramnes*, formada por latinos que tuvieron por jefe a Rómulo; la de los *Ticies*, constituida por sabinos que seguían al rey Tito Tacio y la de los *Luceres*, integrada por ciudadanos etruscos que reconocían como caudillo al rey Lucumón. Esta hipótesis sobre el nacimiento de las tribus ha sido descartada y de acuerdo con estudios contemporáneos se entiende que la primitiva organización tribal respondía a fines militares, al suministrar al ejército un importante contingente de combatientes; a necesidades políticas, al dotar de miembros al aristocrático senado primitivo (*patres maiorum*); y a motivaciones religiosas, al dar un sacerdote a los antiguos colegios sacerdotales.

También la tradición romana tiene por cierta la división de las tres tribus de origen en diez curias cada una, lo cual ha hecho sostener a algunos autores adheridos a la idea tradicional, que el primer ordenamiento precívico romano habría estado constituido por treinta curias. Como esta hipótesis no está probada por elementos de juicio fehacientes, el criterio mayoritario se inclina a aceptar que la curia fue una distribución hecha por la naciente *civitas* de los grupos gentilicios que la constituían, en atención a un elemento nuevo: el domicilio. Roma habría atribuido a las curias dos funciones fundamentales: una militar, al proveer a las legiones cien hombres cada una, y otra política, al constituir la unidad de votación en los primeros comicios romanos, que se denominaron comicios curiados (*comitia curiata*). La curia perdió gradualmente su importancia, para desaparecer prácticamente con la reforma de Servio Tulio, que organizó el comicio en atención a otra unidad de voto: la centuria.

§ 18. ÓRGANOS POLÍTICOS DE LA "CIVITAS": EL REY, EL SENADO, LOS COMICIOS. – Hemos dicho que institucionalmente la Monarquía romana se asienta en tres estamentos políticos: magistratura, senado y pueblo (*rex*, *senatus*, *comitia*), factores de poder que van a

mantenerse en la conformación constitucional del período subsiguiente, la República, aunque con variantes en cuanto a su naturaleza y estructura.

El rey fue el supremo magistrado de la época monárquica a pesar de que en los primeros tiempos estuvo restringido en sus funciones por la *gens* y la familia. La magistratura real era vitalicia, monocrática o unipersonal y también sagrada, ya que el delito cometido contra el rey era reputado un sacrilegio que se castigaba con pena de muerte. Dentro de los amplios poderes del soberano se contaban los de carácter político, que lo facultaban a organizar el Estado, convocar y presidir los comicios y designar a los miembros del senado. Si se ausentaba de Roma delegaba estas funciones en un prefecto de la ciudad (*praefectus urbi*). Por lo que hace a la esfera religiosa era el supremo sacerdote, con derecho a consultar los auspicios y a organizar y regular los *sacra publica* (*rex sacrificulus*). Sus atribuciones militares le otorgaban el comando de las legiones y la dirección de la defensa del Estado y las de orden internacional lo hacían representante de Roma en las relaciones con otros pueblos, a la vez que estaba autorizado para declarar la guerra y firmar tratados de paz. En ejercicio de poderes jurisdiccionales, le competía la represión de los delitos, en especial los que atentaren contra la seguridad estatal. A tal fin estaba asistido por dos funcionarios: los *duoviri perduellionis*, para el castigo de la alta traición (*perduellio*) y los *quaestores parricidii* para el delito de homicidio.

También se atribuye a la suprema autoridad monárquica el poder de distribuir la tierra pública (*ager publicus*) entre los ciudadanos y el de emitir la norma jurídica o interpretarla. Esta potestad legislativa no habría sido ejercida por los reyes romanos, que confiaban a los colegios pontificales tarea tan trascendente. Sin embargo, la tradición ha hablado de leyes regias dictadas por Rómulo y sus sucesores y coleccionadas por un pontífice llamado Papirio (*Ius civile Papirianum*).

En lo que atañe a la sucesión real, se admitieron dos hipótesis; que el rey era designado por los comicios o que la magistratura era de carácter hereditario. Empero, en el estado actual de la cuestión no se acepta la electividad del rey por el pueblo, ni la sucesión familiar, sino el concepto, al decir de Bonfante, genuinamente romano, de que el magistrado crea al magistrado, es decir,

que el rey saliente designaba a quien debía sucederle, correspondiendo al comicio solamente la función de investirlo de *imperium* (*lex curiata de imperio*).

Esta auténtica tradición romana de nombramiento del magistrado por el predecesor –que tiene vigencia también en la República– no se alteraba ni aun siquiera en el supuesto de que el rey no hubiera hecho la designación. En el caso, la autoridad real pasaba al senado, produciéndose el *interregnum*, que hacía que cada senador ejerciera por cinco días el poder real en carácter de *interrex*, hasta que, reunidos los comicios, el *interrex* de turno proponía el nuevo rey, al que el pueblo dotaba de imperio.

El senado, organismo político tradicional desde los albores de Roma, fue la asamblea de los *patres* que coparticipaba del poder real como consejo del rey. Estaba constituido por los jefes de las parentelas patriarcales que habían participado en la fundación de la ciudad y que, como hemos visto, constituían la *gens*. Así, solamente los *patres*, es decir, los integrantes de aquella clase privilegiada de la sociedad romana primitiva (*patricii*), tuvieron el exclusivo derecho de integrar el senado romano, que de esta suerte vino a tener una constitución de corte netamente aristocrático. Los miembros del cuerpo senatorial, que eran designados directamente por el rey, además de poder asumir el *interregnum* en caso de vacancia del poder real, convalidaban las resoluciones del comicio mediante la *patrum auctoritas* y actuaban, en suma, asesorando al rey, que regularmente consultaba a este consejo de ancianos (*senatores*) en las cuestiones fundamentales relativas a la marcha del Estado, especialmente en lo concerniente a las relaciones internacionales.

El comicio, asamblea popular que nace con Roma misma, fue otra institución típica de la organización política del período regio. La unidad de voto en el primer comicio romano fue, como ya dijimos, la curia, dentro de la cual votaban los ciudadanos individualmente para determinar la decisión del grupo. Se han atribuido al comicio curiado, siguiendo una tendencia muy arraigada en la historiografía romana, funciones legislativas como las tuvo en el período republicano. No es verosímil tal hipótesis, porque no se han admitido como ciertas las referencias antiguas que aludían a leyes votadas por el comicio a propuesta de los reyes y recopiladas luego por Papirio. Tampoco es creíble que el

comicio hubiera tenido facultades judiciales, porque no está acreditado que el planteamiento de una apelación por pena capital (*provocatio ad populum*), pudiera llevarse a conocimiento del cuerpo.

La verdadera y específica función del comicio por curias fue la de investir al rey de *imperium*, otorgándole los amplios poderes correspondientes a su rango, mediante la *lex curiata de imperio*. También los *comitia curiata* fueron un órgano cívico de contralor y decisión de actos, que si bien pertenecían a la esfera privada, tenían importancia social. Así, decidían sobre la adrogación, forma de adopción de una persona *sui iuris* y sobre un tipo de testamento antiguo que sólo tenía validez si era aprobado por la asamblea popular (*testamentum in calatis comitiis*). A fin de resolver sobre aquellos actos jurídicos el comicio se reunía dos veces al año por convocatoria de un *calator*, circunstancia que hizo que los comicios por curias recibieran la denominación de comicios calados (*comitia calata*). También era convocado por el rey para anunciar al pueblo decisiones de importancia y obtener su adhesión, como iniciar una guerra o celebrar un tratado de paz.

§ 19. **Los colegios sacerdotales.** — La importancia que los colegios sacerdotales tuvieron en la primitiva organización monárquica, en la que la religión tenía estrecha relación tanto con las normas del derecho público como con las del derecho privado, justifica el estudio especial del tema, máxime si se tiene en cuenta que los miembros de los distintos colegios formaban parte del aparato político del Estado en su carácter de funcionarios sometidos a la autoridad real.

Tres fueron los colegios sacerdotales que se destacaron en la elevada misión de interpretar la voluntad de los dioses y de auxiliar al rey en el manejo de los *sacra publica*: el de los pontífices, el de los augures y el de los feciales. Participaban también en la administración del culto colegios inferiores, como el encargado de interpretar los libros sibilinos; cofradías religiosas (*sodalitates*) que intervenían en festividades propias del culto y sacerdotes individuales (*flamines*), que oficiaban en ciertas ceremonias sacras, como la *confarreatio*, antigua forma de adquirir la *manus maritalis*.

El colegio de los pontífices, presidido por un pontífice máximo (*pontifex maximus*), árbitro de lo divino y de lo humano, tuvo

variadas funciones. Ejercía el contralor de los distintos cultos privados y, en especial, del culto público; llevaba los archivos religiosos en que se consignaban los acontecimientos más notables relativos a la vida del Estado; redactaba el calendario y emitía dictamen en lo referente a la adopción de personas *sui iuris* (*adrogatio*) y a los testamentos, destacándose su labor de intérprete del derecho de la época (*mores maiorum consuetudo*). Así, respondiendo a consultas sobre temas jurídicos (*responderè*), asesorando sobre actos jurídicos a cumplirse por los particulares (*cavere*) y suministrando las fórmulas procesales (*agere*), los pontífices crearon una verdadera jurisprudencia que por mucho tiempo influyó en grado sumo en el sistema jurídico romano.

Al colegio de los augures le correspondía consultar la voluntad divina (*auspicia*) en los actos de carácter político o militar que pudieran tener gravitación sobre la conducción del Estado. Por su parte, los feciales intervenían en las relaciones internacionales, especialmente en la declaración de la guerra y la concertación de la paz.

§ 20. ORGANIZACIÓN SOCIAL; PATRICIOS Y PLEBEYOS. – Si, como lo señalamos, la cuestión social, la desigualdad de clases, tiene incidencia fundamental en el terreno del derecho, ejemplo elocuente de ello lo da el derecho romano, que experimentó cambios fundamentales a consecuencia del enfrentamiento de dos grupos perfectamente diferenciados, patricios y plebeyos, que desde el origen mismo de Roma vivieron un conflicto social que caracteriza en gran medida la historia de la primitiva ciudad itálica.

La discusión más espinosa que plantea el tema es la referente a los fundamentos determinantes de la división de las clases. Son muchas las conjeturas. Se ha dicho que hay una diferencia de nivel económico, pues mientras los patricios eran ciudadanos ricos, la plebe era la clase menesterosa. Los primeros, terratenientes dueños de grandes tierras, en cambio los segundos carecían de aquellos bienes. Se ha entendido, además, que los plebeyos habrían sido autóctonos y los patricios, conquistadores, atribuyéndoles a aquéllos origen latino, en tanto éstos habrían sido sabinos.

Participamos de la idea de Arangio-Ruiz, prestigioso romanista italiano, y nos inclinamos a aceptar que la diferencia entre

los dos órdenes sociales estuvo dada por su distinta nacionalidad. Sostiene Arangio que eran plebeyos, además de cuantos inmigrantes se establecieron en la ciudad después de su fundación, los habitantes de las siete primitivas aldeas que formaron la liga del *Septimontium*; en cambio, formaron el patriciado los etruscos, que después de conquistar aquellas aldeas, habían erigido la ciudad de Roma.

Cualquiera que haya sido el fundamento de la división, la verdad es que los patricios tuvieron por mucho tiempo el goce exclusivo de los derechos de la ciudad, convirtiéndose así en casta privilegiada. Gozaron de los derechos políticos como el *ius suffragii*, que los facultaba a votar en los comicios; el *ius honorum*, que les permitía ocupar las magistraturas; el *ius militiae*, que les posibilitaba ser jefes de las legiones romanas, y el *ius occupandi agrum publicum*, que los autorizaba a tomar posesión de las tierras conquistadas. Fueron titulares también de derechos que entraban en la esfera religiosa, como el *ius sacerdotii*, por el cual podían integrar los colegios sacerdotales; el *ius sacrorum*, que les permitía ejercer el culto de la ciudad, y el *ius auspiciorum* o derecho de consultar los auspicios. En orden a los derechos privados el patriciado gozó del *ius connubii* o aptitud legal para contraer legítimo matrimonio (*iustae nuptiae*); del *ius commercii* o derecho a realizar toda clase de negocio jurídico; del *ius actionis* o facultad de hacer valer en justicia sus derechos por medio del ejercicio de la acción (*actio*) y del derecho al uso de tres nombres (*tria nomina*), uno individual o *praenomen* (*Marco*), otro gentilicio o *nomen* (*Tulio*) y un tercero familiar o *cognomen* (*Cicerón*).

Muy distinta fue la condición jurídica en que se encontraba la clase plebeya, que prácticamente no formaba parte de la *civitas*. Carecía en absoluto de los derechos públicos o políticos y tampoco gozaba de los vinculados a la actividad religiosa. En lo que concierne a los derechos privados, los plebeyos no tuvieron derecho a contraer justas nupcias con patricios hasta la sanción de la *lex Canuleia* (445 a. de C.) y el *commercium* sólo les fue reconocido en la medida en que la plebe era admitida en las colonias latinas. Se vieron precisados igualmente, al no poder participar del culto de la ciudad, a tener sus propias divinidades, como la diosa Diana. Tuvieron sus particulares autoridades y sus asambleas populares (*concilia plebis*), que tomaban decisiones (*plebiscita*)

que valían exclusivamente para la plebe. Todo ello ha hecho decir, con exacta razón, que dentro de las mismas murallas romanas vivían dos pueblos que colaboraban en la economía local, pero que estaban separados en todos los demás aspectos de la vida.

La muy diferente situación en que se encontraba el plebeyado explica con creces sus luchas en pos del acceso a las magistraturas y el culto, por el logro de benevolencia para con los deudores, por el derecho al *ager publicus*, en fin, por una igualdad que por mucho tiempo les fue negada. El conflicto que enfrentó a las dos clases tuvo varios siglos de duración y si no alcanzó tintes sangrientos se debió en gran parte a la inteligente labor de los tribunos, magistrados plebeyos, que supieron conducir a su clase hacia la pacífica conquista de una igualdad absoluta que recién se concreta cuando Tiberio Coruncanio es el primer plebeyo que accede al pontificado máximo (254 a. de Cristo).

A medida que nos adentremos más en el sentido de la evolución político-social de Roma, iremos viendo los perfiles que alcanza el conflicto patricio-plebeyo y cómo paulatina y gradualmente se va produciendo el acercamiento entre los dos órdenes que, con el devenir de los tiempos, llegan a integrarse para constituir juntos un solo *populus*, una misma ciudadanía.

La clientela. Roma conoció también la existencia de otra clase, la *clientela*, que habría estado colocada entre el patriciado y la plebe. Podría decirse, en cierta medida, que los clientes fueron ciudadanos de segunda clase –de familias empobrecidas o tal vez extranjeras– que se colocaban al amparo de una casa patricia, a la que se subordinaban con la obligación de prestarle servicios a cambio de su ayuda económica. Esta especie de vasallaje imponía a los clientes respeto y obediencia hacia el jefe de la familia patricia, al que debían igualmente asistirle en caso de necesidad económica y acompañarle a la guerra. Por su parte el patricio estaba obligado a prestar a sus clientes alimentos, representarlos en juicio e instruirlos en el conocimiento del derecho. Este conjunto de obligaciones y derechos recíprocos entre clientes y jefe de una familia patricia, se llamó derecho de patronato (*ius patronatus*).

§ 21. La dinastía etrusca. – Al analizar las instituciones características del período monárquico, se puede distinguir entre el

ciclo latino-sabino, que transcurre desde Rómulo hasta el rey Anco Marcio (753 a 616 a. de C.) y el de la monarquía etrusca, que tiene tres representantes: Tarquino el Antiguo, Servio Tulio y Tarquino el Soberbio (616 a 509 a. de Cristo). Se justifica esta división en dos etapas por la destacada labor que les cupo a los reyes etruscos, en especial los dos primeros, en lo concerniente a las reformas políticas y sociales que introdujeron durante los años de ejercicio del poder real.

La creciente importancia que iba alcanzando el plebeyado, necesario además como aporte para engrosar las legiones romanas, empeñadas en guerras de conquista, determinó que los reyes etruscos se preocuparan por mejorar su suerte mediante concesiones que vinieron a contrapesar el poder del patriciado. Fue Tarquino el Antiguo, si nos atenemos a la tradición romana, el primero que habría realizado una reforma sustancial que quebraba el clásico esquema político y social. Admitió nuevas gentes plebeyas en las antiguas tribus genéticas y, como consecuencia, aparecieron los llamados *Ramnes*, *Ticies* y *Luceres secundi*. Estos plebeyos, que en cierta medida se asimilaban a los patricios, pudieron desde entonces formar parte del aristocrático senado con el nombre de *patres minorum gentium*, para distinguirse de los senadores patricios, que eran los *patres maiorum gentium*.

Reformas de Servio Tulio. Una reforma más completa y revolucionaria que la de su antecesor se atribuye a Servio Tulio, quien estableció una nueva división del pueblo, fundada, no ya en el origen de los ciudadanos, sino en la fortuna. Tenía como fin satisfacer tres necesidades públicas: el pago de los impuestos, el servicio de las armas y el voto en los comicios. Para establecer el acervo patrimonial de los ciudadanos, Servio Tulio creó el censo, que había de realizarse cada cinco años. En él debía anotarse cada jefe de familia, haciendo constar el número de integrantes del núcleo familiar, la cuantía de sus bienes y los esclavos que estuvieran sometidos a su potestad.

Determinada por el *census* la fortuna de cada persona, la población fue dividida en cinco clases. La primera comprendía a los ciudadanos que poseyeran 100.000 ases; la segunda a los de 75.000; la tercera a los de 50.000; la cuarta a los de 25.000 y la quinta a aquellos con fortuna de 11.000 ases. Estas clases eran divididas en centurias, cada una de las cuales abarcaba un número

igual de ciudadanos de diecisiete a cuarenta y seis años (*iuniores*) que de ciudadanos de cuarenta y seis a sesenta años (*seniores*). Correspondían ochenta centurias a la primera clase; veinte a la segunda; veinte a la tercera; veinte a la cuarta, y treinta a la quinta, lo cual hacía un total de ciento setenta centurias. A éstas debían agregarse dieciocho centurias de caballeros, como una clase extra que precedía a la primera. Los ciudadanos de menos de 11.000 ases formaron cinco centurias (dos de artesanos, dos de músicos y una de soldados no armados). Así, la reforma serviana distribuía el conjunto de la ciudadanía en ciento noventa y tres centurias.

En lo concerniente a la obligación de pagar los impuestos, sólo correspondía a los censados en las cinco clases y a quienes tuvieran por lo menos 1500 ases. Los de menos de esa suma, llamados *proletarii*, estaban eximidos de cargas tributarias y sólo figuraban en el censo por su número y por la prole que tuvieran. Por lo que hace al servicio de las armas, la reforma serviana distribuyó el ejército en dos contingentes distintos: el ejército activo, constituido por los *iuniores*, y lo que podría denominarse la "reserva", formada por los *seniores* a quienes se les confiaba la defensa de la ciudad cuando los primeros salían a campaña. Los *proletarii* también integraban el ejército, aunque sin armas.

Esta nueva organización dada por Servio Tulio a la ciudadanía romana determina la creación de un nuevo tipo de asamblea popular, los comicios por centurias (*comitia centuriata*), que se reunía fuera de los límites de la ciudad en el campo de Marte. En estos comicios, que hicieron perder importancia a las curias como unidad comicial, tuvieron preponderancia las clases acaudaladas que vinieron a desempeñar un papel decisivo en las votaciones. Estas debían comenzar por las centurias de caballeros y proseguir con las de la primera clase. Si estaban de acuerdo, al sumar noventa y ocho votos, se hacía inútil consultar a las otras clases, que sólo alcanzaban a noventa y cinco. De tal modo los plebeyos ricos habrían tenido un importante rol en aquellas asambleas del pueblo, sin que por ello perdieran su hegemonía los patricios, no sólo porque estaban colocados entre los ciudadanos de fortuna, sino, además, porque las decisiones del comicio por centurias necesitaban, para su plena validez, la aprobación del senado por medio de la *patrum auctoritas*.

La reforma serviana llegó también a la organización tribal. Con los datos suministrados por el censo, el rey etrusco distinguió las tribus teniendo en cuenta el domicilio o sede (*adsidui*) de los ciudadanos y no sus orígenes. A partir de entonces las tribus de los *Ramnes*, *Ticies* y *Luceres* son un recuerdo histórico. Se distinguen dos clases de tribus: urbanas y rústicas. Roma estaba dividida en cuatro regiones o tribus urbanas (*Collina*, *Palatina*, *Esquilina* y *Suburana*). Por su parte la campiña romana habría estado dividida en diecisiete tribus rústicas, que se fueron aumentando paulatinamente hasta llegar, hacia el siglo III a. de C., a treinta y cinco. La importancia que tiene esta nueva organización es que en las tribus se incluye tanto a patricios como a plebeyos, sin distinción alguna.

§ 22. **La República.** — La historiografía tradicional señala el año 509 a. de C. como el del fin de la Monarquía y el del advenimiento de la República, al producirse el derrocamiento del último rey etrusco, Tarquino el Soberbio, que fue reemplazado por dos cónsules, Bruto, que inició la conjura y Tarquino Colatino. Nace así un nuevo sistema institucional y se inicia otro ciclo histórico, que constituyó una profunda y perfecta oposición a la realeza.

Las causas que habrían determinado la caída de la realeza y, consecuentemente, la aparición de la República, es cuestión que no está perfectamente dilucidada, porque encontramos que los primeros tiempos del nuevo ordenamiento político ofrecen las mismas dificultades de conocimiento que presentaba el período regio. Hay diversas conjeturas sobre el problema, muchas de las cuales han sido desechadas por la crítica histórica moderna. No se tiene como posible la versión referente al ultraje cometido por Tarquino el Soberbio a la casta Lucrecia, esposa de Tarquino Colatino, ni tampoco se admite que el tránsito de una etapa a la otra se hubiera operado repentinamente a consecuencia de una violenta expulsión del rey etrusco. En el estado actual de los conocimientos históricos se considera más aceptable la idea de que el cambio institucional habría obedecido a una reacción del patriciado, que venía conspirando, desde antes del año 509, contra los reyes etruscos que, como vimos, a partir de Tarquino el Antiguo iniciaron reformas político-sociales que atentaban contra los intereses, mejor dicho, los privilegios, de que gozaba la clase patricia.

Cualquiera que sea la hipótesis que se tenga por válida, es generalmente aceptado que el año 509 a. de C. señala el advenimiento de la República, al producirse el acceso a la máxima magistratura –el consulado–, de dos cónsules que debían reemplazar a la autoridad real de la época anterior. Como senado y pueblo tienen un papel preponderante en el nuevo orden político, aunque por diversas causas se modifica su estructura, sus funciones y hasta el número de sus miembros, veremos que durante la República, al igual que en la Monarquía, la organización institucional se asienta sobre los clásicos factores políticos: magistratura, senado y pueblo.

§ 23. LAS MAGISTRATURAS REPUBLICANAS: CARACTERES, DISTINTAS CLASES Y FUNCIONES. – Uno de los órganos políticos fundamentales de la constitución republicana fueron las magistraturas. Significaron una apertura hacia una ordenación institucional más democrática, que no se concebía en la época real, y su importancia se vio acrecentada por la incidencia que tuvieron en el desarrollo del derecho y en la resolución del problema social que afligía a Roma desde sus tiempos más arcaicos.

Las magistraturas republicanas tienen características que contrastan con las que presentaba el rey, magistrado único del ciclo regio. La periodicidad es uno de sus rasgos, y aparece opuesto al carácter vitalicio del rey. Los magistrados duraban un año en sus funciones, a excepción del censor, que disponía de dieciocho meses para cumplir con las tareas censales. La anualidad –como se ha designado más comúnmente a esta característica– acabó con la irresponsabilidad que tenían los magistrados vitalicios como el rey. La colegialidad es otro de los caracteres de las magistraturas republicanas. Las ejercían dos o más titulares, con la particularidad de que los magistrados no actuaban simultáneamente como ocurre en los órganos modernos, sino alternativamente. De los dos magistrados, mientras uno ejercía la función el otro estaba en receso, pero con la facultad de oponer su veto (*intercessio*) a las decisiones del colega, lo cual venía a significar, en cierta medida, que era mayor la potestad del magistrado en receso que aquella de que gozaba el que estaba en actividad. La electividad fue la tercera característica de las magistraturas de la República, porque los magistrados eran elegidos por el pueblo reunido en co-

inicios, sin que ello altèrara el principio típicamente romano de que el magistrado crea al magistrado, ya que hasta que no se asentaron los comicios republicanos como órganos representativos de la voluntad popular, el magistrado saliente nombraba al sucesor.

En lo que atañe a la clasificación de las magistraturas republicanas, podemos distinguir las patricias o del pueblo romano (*magistratus populi romani*), de las plebeyas (*magistratus plebis*). A las primeras tenían acceso exclusivamente los ciudadanos patricios, aunque es de hacer notar que siguieron con tal denominación cuando se reconoció también a los ciudadanos plebeyos el derecho de ocuparlas. Las magistraturas plebeyas fueron creadas exclusivamente para ciudadanos de esta clase, como ocurrió con el tribunado y el edilato plebeyos. Las magistraturas patricias, por su parte, se dividían en ordinarias y extraordinarias. Ordinarias eran las que integraban la estructura normal del Estado, como el consulado, la pretura, la edilidad curul, etcétera. Extraordinarias, aquellas que se creaban para casos excepcionales o cuando circunstancias especiales así lo aconsejaban, durando los magistrados el tiempo necesario para cumplir el cometido que había determinado su nombramiento. Ejemplo de esta clase de magistratura es el decenvirato legislativo que se constituyó para redactar la Ley de las XII Tablas.

Las magistraturas podían también clasificarse desde otros puntos de vista. Si se atendía a la mayor o menor autoridad que conferían a su titular, se distinguían las magistraturas *cum imperio* de las *sine imperio*; si daban derecho a los magistrados a usar ciertas insignias, como la silla curul, se llamaban *curules*, mientras que si carecían de tal honor se llamaban *no curules*; se distinguían en *maiores* y *minores* según la extensión del derecho de sus titulares a consultar los auspicios; por fin, podían ser *permanentes* si se trataba de las magistraturas que estaban en ininterrumpido ejercicio, como el consulado, la pretura, etc., y *no permanentes*, como la censura, cuyo titular era elegido cada cinco años, pero duraba los dieciocho meses en que tenía que realizar el censo.

a) ***El consulado.*** Fue la más alta magistratura republicana, al atribuírsele a los cónsules la totalidad del *imperium* que en la época regia correspondía al rey. Concentraba el consulado potestades de carácter ilimitado que abarcaban diversos aspectos de

la vida institucional de la República. Concernía a los cónsules todo el *imperium* de paz y de guerra, sin limitación de objeto, ni de territorio. Además, la facultad política de convocar y presidir los comicios y el senado, sometiéndoles aquellos asuntos sobre las cuales dichos organismos debían decidir. Ejercían la dirección de la administración pública y comandaban los ejércitos. Tenían, también, competencia jurisdiccional en causas civiles y criminales.

Las amplias facultades políticas de los cónsules se fueron restringiendo a medida que se iban creando nuevas magistraturas que, en cierta forma, vinieron a descentralizar el poder. La aparición de la pretura en el año 367 a. de C. quita al consulado los poderes jurisdiccionales; una *lex Ovinia* (312 a. de C.) traslada de los cónsules a los censores la facultad de elegir a los senadores (*lectio senatus*); por fin, la creación del tribunado con la facultad de veto a las decisiones de los magistrados patricios, constituyó otra restricción a los amplios poderes político-administrativos de que estaban investidos los cónsules.

b) ***La pretura.*** Esta magistratura, de singular importancia en la época republicana, aparece en el año 367 a. de C. cuando la *lex Licinia de consulatu*, a la par que admite el derecho de la plebe a acceder al consulado, crea la pretura para otorgarle los poderes jurisdiccionales que correspondían a los cónsules. En ejercicio de la función jurisdiccional compete al pretor declarar los principios jurídicos que deben aplicarse en cada litigio (*iudicium*), para que luego el juez pronuncie sentencia dentro del marco fijado por el magistrado.

La actividad procesal del pretor es lo que ha dado a la magistratura su relieve característico, porque dentro del campo del proceso le fue posible cumplir aquella tarea que Papiniano resume diciendo que el derecho pretorio ha sido introducido en Roma *adiuvandi, supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia* (Dig. 1, 1, 7, 1). Como hemos visto, fue el principal artífice de la creación del derecho honorario, que más propiamente se llamó *ius praetorium*, aludiendo a su fuente más rica y fecunda: la actividad jurisdiccional del pretor.

El cargo de pretor fue único durante mucho tiempo, rompiendo así el principio de la colegialidad. En efecto, al crearse

la pretura se designó un pretor urbano para entender en los litigios entre ciudadanos. Recién en el año 242 a. de C. la magistratura se hace colegiada, al crearse la pretura peregrina con competencia en los litigios entre romanos y peregrinos o de éstos entre sí (*qui inter cives et peregrinos ius dicit*). Más adelante el número de pretores se elevó a cuatro, después a seis y, por último, en tiempo de Sila, a ocho.

c) ***La censura.*** Esta magistratura patricia, no permanente, habría aparecido en la época en que Servio Tulio creó el censo como elemento fundamental para hacer práctica su reforma, pero alcanza el rango magistratural sólo en tiempo de la República, al heredar el censor las funciones relativas a las operaciones censales atribuidas en un principio al consulado. Los censores eran elegidos por los comicios, a propuesta de los cónsules, cada cinco años, durando en sus funciones dieciocho meses, plazo que se reducía si las tareas censorias terminaban antes, pero que no podía ser prorrogado aunque ellas no hubieran finalizado.

El elevado rango que alcanzó la censura se debe fundamentalmente a la circunstancia de que se le confirió, por una *lex Ovinia* del año 312 a. de C., la potestad de confeccionar la lista de los miembros del senado (*lectio senatus*), que hasta entonces había pertenecido al consulado y, muy especialmente, por el ejercicio de la *cura morum*. Ésta daba a los censores el poder de decidir acerca del honor de los ciudadanos (*existimatio*), con lo cual estaban facultados, mediante la aplicación de una nota censoria o tacha de infamia, para trasladar a un ciudadano, como menos honorable, de las centurias de caballeros a las de infantes y, tal vez, hasta para excluirlo del cumplimiento del servicio militar y aun del ejercicio del sufragio.

d) ***La cuestura.*** Apareció en Roma con el consulado y constituyó una magistratura de rango menor, ya que los cuestores fueron meros auxiliares de los cónsules, que éstos elegían libremente. En un principio fueron cuatro, dos por cada cónsul, pero este número se fue elevando para llegar a cuarenta en la época de César. Además de su función de ayudantes de campo de los cónsules, los cuestores tuvieron el ejercicio de la jurisdicción criminal en las causas que podían implicar pena capital, como el parricidio (*quaestores parricidii*). Desempeñaron también un papel de im-

portancia en la administración del tesoro público (*aerarium populi romani*).

e) ***La edilidad curul.*** Otra de las magistraturas patricias ordinarias fue la edilidad curul, que nació juntamente con la pretura en el año 367 a. de C., y a la que se le otorgó el uso de la silla curul para diferenciarla del edilato plebeyo, que había tenido existencia anterior. Tuvo la particularidad de que los plebeyos pudieron acceder a ella, pero los patricios no podían ocupar el edilato plebeyo.

Las funciones de los ediles curules, que se cumplían bajo el contralor de los cónsules, se resumen en la *cura urbis*, que se refería al cuidado de la ciudad, al ornato y habitabilidad de los edificios, a la circulación pública, a la vigilancia nocturna, a los servicios de incendio, etc.; la *cura annonae*, que abarcaba lo concerniente a la policía de los mercados, por lo cual les correspondía la vigilancia de los precios y del abastecimiento en general y la *cura ludorum*, que se manifestaba en la promoción y control de los espectáculos públicos. Los ediles tuvieron potestad jurisdiccional en el ejercicio de la *cura annonae* y por ello crearon acciones especiales para regular los casos de vicios ocultos en la venta de animales y esclavos.

f) ***El tribunado de la plebe.*** El nacimiento de la típica magistratura plebeya, el tribunado de la plebe, está íntimamente vinculado a la secular lucha de patricios y plebeyos. La tradición romana cuenta que en el año 494 a. de C., en momentos en que el poder de los patricios se había fortalecido con la conjura que terminó con los reyes etruscos, los plebeyos decidieron separarse de la sociedad patricia y retirarse al monte Sacro, situado en la confluencia de los ríos Tíber y Anio. Probablemente la causa fundamental de aquella decisión del plebeyado habría sido la injusta situación en que se encontraban los deudores sometidos al cruel derecho obligacional romano que los colocaba en una cuasi esclavitud respecto de los acreedores patricios. Como ambas clases se necesitaban recíprocamente, deciden pactar una alianza por la que los plebeyos ponían fin a la secesión siempre que se les otorgara órganos que tutelaran sus derechos frente a la violación arbitraria de los magistrados patricios. Aceptada la condición por la aristocracia romana, se creó el tribunado de la plebe, que iba a

constituirse en una de las instituciones políticas de mayor importancia dentro del régimen republicano.

El tribunado, integrado por dos miembros como las demás magistraturas, sólo fue accesible a los ciudadanos plebeyos, siendo elegidos sus titulares, primero por el comicio centuriadó, con exclusión de los patricios, y más tarde por el comicio por tribus. En una sociedad en la que había ciudadanos que no intervenían en la creación ni en la aplicación del derecho –poderes reservados a la minoría patricia–, los plebeyos idearon la forma de debilitar el ejercicio del poder estatal confiriendo a los tribunos una función negativa, la *intercessio*. Este derecho, por el que el magistrado podía vetar las decisiones de su colega, era otorgado a los tribunos para enervar las resoluciones de los magistrados patricios que atentaran contra los derechos o intereses de la clase. El veto tribunicio llegó a hacer inaplicables las decisiones de los cónsules y a dejar sin efecto los pronunciamientos del senado, las propuestas de leyes y las convocatorias y elecciones del comicio.

Además del ejercicio de aquella amplia facultad constitucional que significó el *ius intercessionis*, los tribunos gozaron del *ius agendi cum plebe*, que los facultaba para convocar a reunión a las asambleas del pueblo plebeyo (*concilia plebis*) para someterles asuntos a su decisión con validez para los miembros de la clase (*plebiscita*). Pudieron también arrestar y condenar a los magistrados superiores y hacerlos comparecer ante los concilios plebeyos. Para garantizar el ejercicio de tan amplios poderes, se reconocieron al tribuno los atributos de la *sacrosanctitas*, que hacía inviolable su persona contra cualquier ataque, ya proviniera de un particular o de un magistrado, y que posibilitaba que el culpable pudiera ser muerto impunemente al ser declarado *sacer*.

La igualdad política de patricios y plebeyos, que paulatinamente se fue logrando con el transcurrir de la República, quitó al tribunado el carácter revolucionario que había tenido hasta entonces; y si bien la *intercessio* contra los magistrados supremos del Estado no desapareció como poder inherente al tribunado, no se hizo uso de ella desde que los tribunos pasaron a integrar una nueva clase dominante, la *nobilitas* senatorial. A partir de entonces el tribunado careció de importancia constitucional.

Con el tribunado nació una magistratura plebeya de carácter auxiliar, el edilato de la plebe. Los ediles, que eran designados

por los *concilia plebis* a propuesta del tribuno, tuvieron funciones de carácter municipal. Este edilato prácticamente desapareció cuando se admitió el acceso de los plebeyos a la edilidad curul.

g) ***Magistraturas extraordinarias: la dictadura.*** Dijimos que, además de las magistraturas patricias ordinarias, existieron durante la organización política republicana las magistraturas patricias extraordinarias, que eran aquellas que no pertenecían a la estructura normal del Estado, sino que se creaban para casos excepcionales o cuando circunstancias especiales así lo aconsejaban, durando sus titulares el tiempo necesario para cumplir el cometido que había determinado su nombramiento.

Se conocen diversas magistraturas extraordinarias que tuvieron actuación durante la República. El decenvirato legislativo (*decemviratus legibus scribundis*) pertenece a esta categoría. Fue creado a instancia de la ciudadanía plebeya con el fin de dictar un cuerpo legal que consignara por escrito el derecho de la época. Esta magistratura, integrada por diez patricios, redactó en el año 451 a. de C. la Ley de las XII Tablas y durante el plazo en que cumplió su misión reemplazó a las magistraturas ordinarias de la República. La *praefectura urbi*, que se conoce desde el período regio, fue otra magistratura extraordinaria, pues su titular, el prefecto urbano o de la ciudad, era el magistrado que el cónsul nombraba para que lo reemplazara en la jefatura de la ciudad y en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales mientras estuviera ausente de Roma. También el *interregnum*, que proviene del *interrex* de la monarquía, tiene en la República carácter de magistratura extraordinaria. Aparecía en caso de vacancia del consulado y era ejercida por los senadores durante cinco días hasta que se producía la elección del cónsul.

La dictadura fue la magistratura extraordinaria por excelencia y su titular, el dictador, habría sido, según la opinión de muchos autores, el sucesor directo del rey. Actuaba asistido por un jefe de caballería (*magister equitum*), dada la amplitud de sus poderes militares que hacían del magistrado un comandante en jefe de las legiones romanas. Su nombramiento suspendía las libertades ciudadanas y por ello su designación solamente se hacía, al parecer, cuando un grave peligro para el Estado así lo exigía. El dictador en un principio fue elegido por los cónsules por el término de seis meses. Después de las guerras púnicas, que suscitaron

un sentimiento de mayor hostilidad contra aquella magistratura unipersonal, el dictador debió ser designado por el comicio. A partir de entonces perdió eficacia la dictadura y solamente se habrían nombrado dictadores para desempeñar funciones religiosas o, acaso, para presidir elecciones en circunstancias que se consideraron difíciles para la República.

§ 24. **El senado y los comicios.** – El organismo que por su prestigio está en la cúspide de las instituciones políticas republicanas es el senado. Heredero del aristocrático senado monárquico es, durante la República, baluarte de las tradiciones romanas, pues a partir de la *lex Ovinia* (312 a. de C.) fue integrado por los ex magistrados patricios. Sin embargo, esta oligarquía dominante no fue hermética a las aspiraciones de la plebe y así admitió el ingreso de senadores plebeyos –*los conscripti*–, aunque con rango inferior, ya que tenían derecho a votar, pero carecían de voz en las deliberaciones. Un plebiscito *Atinio*, de fecha desconocida, reconoció derecho a ingresar al senado a los ex tribunos de la plebe en un pie de igualdad con los ex magistrados patricios. A partir de entonces hubo paridad entre los dos órdenes sociales antagónicos en el gran senado patricio-plebeyo de la República.

El senado se reunía a convocatoria de un magistrado que poseyera el *ius agendi cum patribus*, como el cónsul, el dictador, el pretor o el *interrex*, los que, a su vez, ejercían su presidencia. Sus reuniones no estaban sujetas al cumplimiento de ritos ni ceremonias religiosas; por eso no era necesario consultar los auspicios y podían funcionar en días nefastos, es decir, en aquellos en que en Roma no se podían gestionar los negocios públicos, ni administrar justicia. Las decisiones del senado, que se designaron con el nombre de senadoconsultos (*senatusconsulta*), regularon cuestiones de derecho público, pero a partir del período imperial, constituyeron una importante fuente del derecho privado romano.

La amplia competencia que se asignó al senado, especialmente entre los siglos IV y III a. de C., no en virtud de disposiciones legales, sino por consecuencia natural de su propia gravitación, lo convirtió en el órgano más elevado del aparato estatal republicano. Le correspondió prácticamente la dirección del Estado, pues al ejercer el supremo control político institucional, podía decidir la oportunidad de la designación del dictador, revisar la lista de

candidatos a proponer a los comicios y fijar la fecha de las elecciones.

Seguramente que la más alta función que competía al senado republicano fue la relativa a la política exterior. La declaración de guerra que debía ser propuesta al comicio por los cónsules, llevaba antes su sello aprobatorio, contra el cual no se oponía la asamblea popular. Los tratados de paz y alianza sólo se sometían a los comicios después de que el senado se hubiera expedido sobre su oportunidad y sus condiciones. Le correspondía además recibir a las embajadas diplomáticas extranjeras, enviar comisiones a otros países y vigilar las acciones bélicas, distribuyendo los mandos militares. El senado intervenía también en la administración financiera del Estado, aprobando los gastos públicos, imponiendo tributos y autorizando al comicio a votar la emisión de monedas. Fue, por otra parte, un órgano colegislador, ya que por medio de la *patrum auctoritas*, daba vigor a las decisiones votadas por el comicio. Esta función desapareció con el tiempo, pero el senado mantuvo su potestad colegislativa al atribuirse el derecho de interpretar las leyes, de anularlas por defectos o vicios formales y hasta de dispensar de su cumplimiento a algunos ciudadanos.

El pueblo, tercer elemento de la constitución política romana, estaba representado, al advenimiento de la República, por tres clases de asambleas populares: el comicio por curias, el comicio por centurias y los concilios de la plebe. Más adelante aparecerá otro organismo popular: el comicio por tribus.

El comicio por curias, nacido con Roma misma, subsiste en la República por algún tiempo, pero sus funciones son cada vez más restringidas y de carácter meramente formal. Su organización de tipo clánico o gentilicio cede paso a otra basada en la fortuna de los ciudadanos, y los actos que caen bajo su competencia van a tornarse cada vez menos frecuentes o van a ser reemplazados por nuevas formas, como ocurre con el *testamentum in calatis comitiis*. Estas circunstancias determinan que sólo corresponda al comicio curiado de la República confirmar por la *lex curiata de imperio* la elección de los cónsules o pretores y la del dictador realizada por los comicios por centurias, y aprobar las adrogaciones. A fines de la República el comicio curiado, que está representado por treinta lictores, uno por cada curia, es un mero recuerdo histórico.

El comicio centuriado adquiere su real importancia en la República, al asumir la potestad legislativa que fue nota característica de las asambleas populares romanas. Eran convocados por un magistrado *cum imperio*, con una anticipación de tres semanas (*trinundinum*) al día de la reunión, a fin de que los ciudadanos conocieran los asuntos y los discutieran públicamente (*in contionem*), para que una vez efectuada la reunión formal se pronunciaran por sí o por no ante la pregunta del magistrado (*rogatio*). La reunión comicial no era válida si el magistrado no había consultado los auspicios para invocar el favor y la protección de los dioses. Las atribuciones del comicio centuriado fueron variadas. En ejercicio de la potestad legislativa dictaba la ley y con carácter exclusivo la *lex de bello indicendo* para declarar la guerra y la *lex de potestate censoria* para investir de poderes al censor. Sus funciones judiciales lo hacían competente para entender en los casos en que los condenados a pena capital interpusieran la *provocatio ad populum*. En la esfera electoral correspondía al comicio la elección de los magistrados mayores: cónsul, pretor y censor. En política exterior decidía sobre la guerra y la paz y sobre la celebración de acuerdos internacionales, una vez que tales asuntos hubieran sido considerados por el senado, que debía expedirse en cuanto a sus condiciones y su oportunidad.

Desde la creación del tribunado de la plebe, los miembros de esta clase comenzaron a reunirse en asambleas que se denominaron concilios de la plebe (*concilia plebis*). Eran convocados y presididos por el tribuno, quien les sometía asuntos exclusivamente vinculados con los intereses del plebeyado y que eran resueltos mediante la sanción de los plebiscitos (*plebiscita*), en un principio sólo obligatorios para los componentes de aquella clase. Con el tiempo, integrada la plebe a la República y lograda la igualdad jurídico-política con los patricios, los plebiscitos fueron obligatorios para toda la ciudadanía y equivalentes, como consecuencia, a las leyes votadas por los comicios. Este proceso, que convierte a los concilios en órgano legislativo del Estado republicano y a los plebiscitos en norma obligatoria como la ley, se da a través de la *lex Valeria Horatia* (449 a. de C.), la *lex Publilia* (339 a. de C.) y la *lex Hortensia* (287 a. de Cristo).

La creciente preponderancia de la clase plebeya durante el ciclo republicano determinó la aparición de un nuevo tipo de asam-

blea popular, el comicio por tribus, que no se organizó sobre un principio gentilicio, como el comicio por curias, ni sobre una estructura militar-censual, como el comicio centuriado, sino sobre bases similares a los *concilia plebis*, que se constituyeron en atención a un elemento nuevo, el domicilio de los ciudadanos. Se llamaron comicios por tribus porque se tomaba en cuenta para su organización el agrupamiento de los ciudadanos en sus respectivas unidades territoriales. Como los orígenes de esta nueva estructura comicial son bastante inciertos, se ha pretendido ver en ellos una mera derivación de las asambleas plebeyas. Son dos tipos distintos de reuniones populares, que no deben confundirse. Los comicios tribales eran convocados y presididos por magistrados *populi romani*; los concilios, en cambio, por los tribunos. Además, de los *comitia tributa* participaba toda la ciudadanía, sin distinción de la clase social, en tanto que los *concilia plebis* sólo eran accesibles a los plebeyos.

Los comicios por tribus tuvieron poderes semejantes a los comicios centuriados, con los cuales coexistieron por mucho tiempo. Empero, en ejercicio de sus funciones legislativas bien pronto su labor superó a la de las asambleas centuriales en materia de derecho privado, siendo la *lex* por excelencia la emanada de los *comitia tributa*, con excepción de la *lex de bello indicendo* y la *lex de potestate censoria*. La actividad electoral alcanzaba a la designación de magistrados menores, como los cuestores y los ediles curules. Tuvieron también funciones judiciales, entendiendo en grado de apelación cuando la pena era de multa.

§ 25. Integración patricio-plebeya durante la República. — El antagonismo entre los dos órdenes sociales en que desde los albores de Roma se dividía el pueblo, adquirió sus más graves contornos en el período republicano. Éste se había iniciado con una conjura patricia contra la monarquía etrusca que, hasta cierto punto, había pretendido nivelar la desigual condición de las clases. A tal acontecimiento, que puso en alza los privilegios del patriciado, se añadió con más gravitación aún la dispar situación económica de una y otra parte de la ciudadanía. Los plebeyos, que formaban en general el campesinado y hacían de la agricultura y la ganadería su fuente principal de recursos, se vieron precisados a abandonar sus tierras para integrar las legiones romanas

lanzadas en una sin igual carrera de conquistas. Para subvenir a sus necesidades más primarias tuvieron que recurrir al préstamo en dinero con intereses usurarios del patriciado, clase rica desde sus orígenes y enriquecida todavía más por el derecho de ócupación de las tierras conquistadas. Las pesadas deudas contraídas condujeron a los plebeyos a someterse al cruel régimen obligacional romano, que colocaba al deudor, respecto del acreedor, en un estado de sumisión semejante al del esclavo.

Ahondadas así las diferencias que, desde otro punto de vista, se referían también a lo político, a lo jurídico y a lo religioso, los plebeyos sólo hubieran podido resolver el conflicto valiéndose de los siguientes medios: la lucha armada para disputar a los patricios la hegemonía territorial hasta que una de las clases fuera sojuzgada o destruida por la otra; la secesión permanente, o sea, el retiro definitivo de la ciudad y la constitución de un nuevo Estado independiente de los patricios; o el reconocimiento pacífico de la plebe como clase capaz de poseer sus órganos propios de protección y de gobierno. Este último fue el camino elegido por el plebeyado y la República lo vio recorrer lenta, pero gradualmente, hasta que con el transcurrir de los años se igualaron los dos núcleos sociales, lográndose la integración patricio-plebeya.

Si adoptamos un orden cronológico para seguir este proceso de nivelación de las clases durante el ciclo republicano, tenemos que señalar el año 494 a. de C. como el hito inicial de las conquistas plebeyas, porque en esa oportunidad se produjo la primera secesión de la plebe que condicionó el regreso a la ciudad, al nombramiento de magistrados plebeyos. Así nacieron el tribunado de la plebe y su magistratura auxiliar, el edilato plebeyo. El 462 a. de C. marca un momento trascendente de la evolución cuando el tribuno Terentilio Arsa propuso la elección de una magistratura extraordinaria para redactar un cuerpo legal que regulara los derechos tanto de patricios como de plebeyos. Esta iniciativa, que encontró enconada oposición, no cristalizó hasta los años 451-450 a. de C. cuando los decenviros sancionaron la Ley de las XII Tablas, de enorme gravitación para el logro de la igualdad jurídica de las dos clases y que constituyó, además, el primer ordenamiento legal del pueblo romano.

La *lex Canuleia* del año 445 a. de C. fue otro jalón importante dentro del proceso que venimos siguiendo, pues ella autorizó el

connubium entre patricios y plebeyos, prohibido hasta entonces por la costumbre y consagrado en la tabla XI del código decenviral. En el 421 a. de C. los plebeyos son admitidos a la cuestura, primera magistratura patricia a la que pudieron acceder. Con la *lex Licinia de consulatu* del año 367 a. de C. se les concedió el derecho a ocupar el consulado, suprema magistratura republicana. Tres años después fueron admitidos a la edilidad curul. En el 356 a. de C. tuvo lugar un relevante acontecimiento al producirse el nombramiento del primer dictador plebeyo Marcio Rutilo. Llegaron los plebeyos a la censura en el año 351 y a la pretura en el 337.

La sanción de la Ley de las XII Tablas no abrió el conocimiento del derecho a la clase patricia, pues el colegio pontifical continuó con el monopolio de él a través del secreto de las fórmulas de las acciones de la ley y de los días fastos y nefastos. Por ello la publicación del *ius Flavianum* por el liberto Gneus Flavius en el año 304 a. de C. es una circunstancia de marcada trascendencia jurídica, ya que por su medio se dieron a luz las fórmulas de las acciones de la ley y se señalaron asimismo los días fastos y nefastos. Esto hizo que el *ius Flavianum* constituyera el comienzo de una etapa de exclaustración del derecho romano que redundó en lógico beneficio de la clase plebeya. En el 360 a. de C., al admitirse el acceso de la plebe a las altas dignidades religiosas, como el pontificado máximo y el augurato, se logró la equiparación de los dos núcleos sociales en lo concerniente a la igualdad política y religiosa.

El año 287 a. de C., en que se sanciona la *lex Hortensia*, señala la culminación de la trayectoria que siguen los plebiscitos para equipararse a la ley comicial. Este proceso que se inició, como hemos dicho, con la *lex Valeria Horatia* (449 a. de C.), y continuó después de un siglo con la *lex Publilia* (339 a. de C.), llegó a su término con la *lex Hortensia*, que tuvo por efecto lograr la igualdad de patricios y plebeyos y la equiparación del *populus* y la plebe. Pero la absoluta integración patricio-plebeya se produjo en el año 254 a. de C., cuando Tiberio Coruncanio, primer jurisconsulto que enseñó públicamente el derecho fue, a la vez, el primer plebeyo que accedió al pontificado máximo.

Culminado el proceso de parificación de los dos órdenes sociales antagónicos alrededor de mediados del siglo III a. de C., la

distinción entre patricios y plebeyos es meramente nominal. A partir de entonces apareció la clase senatorial, nueva aristocracia basada en el poder económico y fundamentalmente en la influencia política. Se pertenecía a ella por haber formado parte del senado o por haber tenido en la familia un miembro de dicho cuerpo. También en los altos estratos de la sociedad romana figuraba la clase ecuestre, integrada por los caballeros que por su fortuna pertenecían a las dieciocho centurias de la organización de Servio Tulio. Eran provistos de un caballo por el Estado, porque integraban el ejército como jinetes.

§ 26. **El Imperio.** – El largo período histórico-político que se designa con el nombre de "Imperio", aparece con la unificación, un tanto arbitraria, de dos ciclos históricos perfectamente diferenciados: el principado, que mantiene sin mutaciones notables sus líneas clásicas desde Augusto hasta los Severos, y la época del dominado (*dominatus*) o del imperio absoluto, que comienza a delinearse a partir de los emperadores de la dinastía de los Severos (193-235) y culmina con la organización política que al gobierno le imprimen Diocleciano y Constantino. La primera etapa se caracteriza por el propósito, no siempre sincero, de restaurar el régimen republicano y la antigua libertad. La segunda, por la idea franca y decidida de centralizar el poder en manos del emperador, a la manera de las monarquías de corte helenooriental.

Complejas y variadas causas provocaron el tránsito de la República al Imperio. La estructura republicana se fue minando por el problema del reparto de tierras que hizo eclosión en la época de los Gracos (133 a 123 a. de C.) y por la idea de dar carácter político a la clase senatorial y ecuestre, impulsando esta nueva aristocracia en contra del pueblo. A estas circunstancias, que preparaban la decadencia, se sumó el relajamiento de las costumbres, el desprecio de la religión y las instituciones de los antepasados, la tiranía del poder, los actos de violencia cometidos entre los particulares y las convulsiones internas provocadas por ambiciosos caudillos con sed de imperio –Mario, Sila, Pompeyo, Julio César, Marco Antonio, Octavio–. Estos factores de caos contribuyeron a destruir la fuerza del Estado y la moral del pueblo, resultando infructuosos los esfuerzos para reanimar el espíritu de la

antigua República, que forzosamente debía perecer para dar paso a un nuevo régimen político capaz de frenar tanto elemento disquiciante.

Enfrentados, después del asesinato de César en los *idus* de marzo del año 44 a. de C., Marco Antonio y Octavio decidieron resolver por las armas su predominio. Los caudillos se encontraron en la batalla de Actium y la lucha librada en el año 31 a. de C. favoreció a Octavio quien, al recibir poderes más amplios que los que había obtenido Julio César, se convirtió en el primer emperador romano. En ese año quedó sellada la suerte de la República. No obstante, el período imperial tiene su inicio dos años después, cuando el senado otorga a Octavio el título de *imperator* y el calificativo de *Augustus*, nombre que vino a usar en adelante y que significa "sagrado por designación divina". Más tarde, en la célebre sesión del senado del 13 de enero del año 27 a. de C., se designa a Augusto padre de la patria y primero entre los senadores (*princeps senatus*). La decisión senatorial hace nacer el principado, también llamado por los autores Alto Imperio o época de los emperadores paganos, primera etapa de la nueva organización imperial.

§ 27. Instituciones políticas del principado. – Si, como hemos dicho, el principado constituyó un período político en el que sus emperadores, especialmente Augusto y su sucesor Tiberio (14 a 37 d. de C.), quisieron restaurar el esquema institucional de la República, se explica que, por algún tiempo, tuviera por basamento aquellos clásicos factores políticos, que fueron la magistratura, el senado y el pueblo. Estos órganos experimentaron transformaciones diversas en el curso de la tan larga, como agitada, etapa imperial, a consecuencia de la paulatina absorción de poderes por parte de los príncipes.

a) ***El emperador.*** En esta época el magistrado por excelencia es el emperador. Augusto obtuvo del senado sus títulos de *imperator* y *princeps senatus*, haciéndose otorgar el poder consular y la potestad tribunicia con el derecho de veto (*intercessio*). Más adelante, en el año 23 a. de C., al renunciar al consulado, que sólo asumiría a título excepcional, se hizo conferir el *imperium* proconsular en todo el Estado romano y llegó en el año 12 a. de C., a hacerse elegir para el pontificado máximo. Hasta el

nombre que adoptó da la pauta de la supremacía que había alcanzado. Eliminó sus nombres individual y gentilicio de Cayo Octavio y los reemplazó por los de César Augusto, a los que antepuso, a manera de nombre de pila, el título de *imperator*. Así se hizo llamar "*Imperator Caesar Augustus*", palabras que terminaron siendo consideradas por los emperadores que le sucedieron, no como nombres personales, sino como designación oficial del emperador o príncipe.

Desde que el senado atribuyó a Augusto la *tribunicia potestas*, el *imperium proconsulare* y el soberano pontificado, estas potestades constituyeron las bases del poder imperial. La potestad tribunicia confería al príncipe la inviolabilidad, el derecho de veto y el de convocar y presidir los comicios y el senado. Por el imperio proconsular, que ejercía tanto en Roma como en Italia y en el conjunto de las provincias, el príncipe era el supremo administrador, el comandante de los ejércitos y el juez supremo. El pontificado máximo hacía del emperador el representante de la divinidad y el custodio de la religión pública romana. A estos poderes fundamentales se agregaron el derecho de declarar la guerra y aceptar la paz; la presentación de candidatos para las magistraturas; la facultad de acuñar monedas y de conceder la ciudadanía a súbditos de otros países.

El cúmulo de potestades que se hizo conferir el emperador no se concilia con el propósito de restaurar el régimen republicano que habían tenido en mira Augusto y su sucesor Tiberio. Sólo la concurrencia en la función de gobierno, por algún tiempo, de los clásicos órganos políticos del Estado romano, magistratura, senado y comicio, torna admisible la reiterada afirmación de Augusto de que restablecería la República y las libertades que ésta concedía a los ciudadanos de Roma.

b) ***Las antiguas magistraturas.*** Las magistraturas republicanas –consulado, pretura, edilidad, tribunado, cuestura– mantuvieron lo esencial de sus poderes. Una sola, la censura, que temporalmente había abolido Sila, desapareció del orden magistratural y Augusto, en la práctica, asumió sus funciones. Claro está que gradualmente fueron perdiendo algunas de sus prerrogativas características, que pasaron al emperador. La pretura fue la magistratura que conservó por más tiempo su fisonomía, al continuar los pretores en el ejercicio de la jurisdicción civil, sólo restringida

por el derecho del príncipe a intervenir en el estado previo al juicio en cualquier controversia entre particulares. En lo que atañe a la labor edictal, los pretores publicaron edictos hasta la época del emperador Adriano, quien los hizo recopilar por el jurisconsulto Salvio Juliano en el célebre Edicto Perpetuo.

c) ***El senado.*** En lo que concierne al senado imperial, continuó siendo el órgano esencial del gobierno, sin que sus atribuciones sufrieran mengua, salvo en lo atinente a la política exterior que pasó –en sus formas de diplomacia y guerra– al príncipe. El cuerpo amplió en algunas materias su esfera de competencia, como en lo referente a la actividad judicial, a la facultad de designar los altos mandos del ejército y, muy especialmente, a la potestad legislativa, que experimentó notable incremento, sobre todo cuando el comicio dejó de funcionar como institución típicamente legisladora. De ahí que los senadoconsultos adquirieran gran relieve y constituyeran una de las fuentes más fecundas del derecho privado imperial.

Para la administración del territorio el senado se reservó, al menos teóricamente, el control sobre toda Italia, y en cuanto a las provincias hubo un reparto de atribuciones con el emperador que dio lugar a la existencia de provincias senatoriales y provincias imperiales. Igual procedimiento se siguió para el manejo de las finanzas públicas. El senado conservó su tesoro particular (*aerárium*), alimentado con recursos especiales, y fue la máxima autoridad fiscal en las provincias senatoriales, en tanto el príncipe formó una administración financiera especial, con recursos particulares y con personal independiente.

El cúmulo de poderes del senado imperial lo convirtió en un asociado del emperador en el gobierno y administración del Estado y esta situación, que no fue efímera, como ocurrió con otras instituciones políticas, llevó a hacer hablar a Mommsen de una "diarquía imperial", al considerar que la dirección del Estado estaba dividida esencialmente entre dos órganos: el príncipe y el senado, con sus respectivas competencias.

d) ***Los comicios.*** Expresión tradicional de la soberanía del pueblo, los comicios subsisten durante el principado en la forma de comicios por centurias y comicios tribales, conservando sus funciones legislativas y electorales, pero no así las judiciales. El

comicio, que durante los últimos años de la República había ido perdiendo su antiguo prestigio, encuentra en Augusto un restaurador de su actividad. Efectivamente, durante su tiempo se promulgaron leyes relativas al ordenamiento de instituciones de derecho público y privado. El emperador Tiberio, heredero político de Augusto, continuó esta tendencia, que con sus sucesores se va empalideciendo para abrirse paso el senado como órgano legislativo.

La paulatina absorción de los poderes de las instituciones políticas republicanas por el emperador, se opera de manera más sensible a partir de la época en que el principado adquiere cierto carácter militar y monárquico. Esto ocurre en tiempo de los emperadores Vespasiano, Tito, Domiciano, Nerva y Trajano (70 a 117) y esta nueva modalidad tiene el efecto de ir modificando la estructura institucional del Estado, ya que, a la par que desaparecía la representatividad de los órganos clásicos, adquiría prestigio un aparato burocrático creado por el emperador para hacer más eficaz su gestión. Las magistraturas, salvo la pretura, que continuó con su acción edictal hasta Adriano, perdieron o redujeron muy sensiblemente su competencia. El comicio dejó de funcionar y sus últimas leyes habrían sido las promulgadas bajo el gobierno de Tiberio, sin contar unas pocas, de dudosa existencia, que habría hecho sancionar Claudio. El senado conservó por más tiempo su influencia y superó etapas difíciles de la vida institucional del principado. Empero, no escapó a la acción absorbente de los gobernantes y en época de Constantino el senado de Roma, así como el de Constantinopla, quedaron reducidos a meros consejos municipales.

c) ***Los funcionarios imperiales.*** La reducción de poderes de las antiguas instituciones políticas republicanas trajo como consecuencia el crecimiento de una organización burocrática constituida por numerosos funcionarios imperiales que actuaban como delegados del emperador para posibilitar la amplia gama de potestades que sucesivamente fue adquiriendo. Aquellos funcionarios no tuvieron carácter de magistrados, pues carecían de autoridad propia y eran nombrados y removidos por el príncipe; sus funciones duraban mientras conservaban la confianza del soberano y recibían una remuneración por sus servicios. Pertenecían a las dos clases sociales dominantes en la época surgiendo, por re-

gla general, de la clase ecuestre los que tenían funciones militares y fiscales, mientras que provenían de la clase senatorial los que desempeñaban tareas administrativas.

Un colegio de funcionarios, el consejo imperial (*concilium principis*), asistía al emperador en el ejercicio de su autoridad administrativa y judicial. Se integraba por miembros de la familia imperial, senadores y ciudadanos prestigiosos y jurisconsultos que asesoraban al príncipe en los asuntos de índole jurisdiccional. Si este órgano deliberativo tuvo importancia en la estructura imperial, mucha mayor fue la que alcanzó un funcionario ejecutivo, el prefecto del pretorio (*praefectus praetorio*), situado en el primer rango dentro del aparato administrativo estatal. Era el jefe de la guardia imperial y a la función castrense unía la competencia judicial en aquellas causas civiles o criminales en que tenía que intervenir el emperador quien, al delegar sus poderes en el prefecto del pretorio, hacía de este funcionario el juez supremo del Imperio.

Otros prefectos tuvieron importante misión en el manejo de la administración del Estado. Así el *praefectus urbi*, encargado de la policía de la ciudad, la vigilancia de los mercados y la persecución de los cultos prohibidos; el *praefectus vigilum*, jefe de una guardia especial dedicada a evitar robos e incendios; el *praefectus aerari*, encargado de la administración del tesoro; el *praefectus annonae*, con funciones de vigilancia sobre el aprovisionamiento de los víveres de la población, y el *praefectus Aegypti*, que era un delegado del emperador en el gobierno de Egipto.

Entre los funcionarios imperiales se cuentan también los *procuratores*, que tenían la administración de la hacienda pública, y los *curatores*, que fueron de distintas clases según las tareas que debían cumplir. Se conocen, entre otros, los encargados del cuidado de las vías públicas (*curatores viarum publicarum*); la distribución de las aguas (*curatores aquarum publicarum*); la vigilancia de las obras y defensas del río Tíber (*curatores riparum et alvei Tiberis*), etcétera. Otros funcionarios imperiales fueron los *legati*, entre los que se destacaron los *legati Augusti*, que estaban al frente del gobierno de las provincias imperiales.

§ 28. Estado social durante el principado. – Los dos tradicionales órdenes sociales de Roma, patricios y plebeyos, habíanse

integrado de tal suerte que esta diferenciación desapareció en tiempo del principado. Sin embargo, existieron niveles sociales distintos y ello determinó que hubiera una puja de clases, especialmente con el fin de ganar el favor imperial. Una nobleza de viejo cuño, constituida por la aristocracia senatorial, que ocupó las funciones de más encumbrado rango y el gobierno de las provincias senatoriales, y una nobleza de fortuna, integrada por los caballeros o *equites*, que sobresalió sobre todo en Italia y en las provincias y que también desempeñó tareas de importancia en la administración estatal.

Estas clases altas de la sociedad, compuestas de ciudadanos con plenitud de derechos (*optimo iure*) y de hombres del más alto honor (*honestiores*), tuvieron que enfrentarse por el predominio de la una sobre la otra. Como en cierta medida la clase senatorial, que representaba a la vieja oligarquía patricia, tenía un remoto origen clánico, la clase ecuestre, formada por banqueros y comerciantes adinerados, va a desplazar a aquélla de las funciones más prominentes del gobierno imperial. Es la consecuencia natural del sentimiento que gana terreno en el Imperio de aniquilar todo cuanto signifique recuerdo del orden republicano y que, en alguna forma, estaba arraigado en la aristocracia senatorial.

Elemento ponderable dentro de la sociedad de la época del principado son los extranjeros (*peregrini*) que masivamente concurren a Roma y a la península itálica atraídos por las perspectivas que el gran Imperio les ofrece. Los príncipes, tratando de integrarlos a la comunidad, les van permitiendo el acceso a la ciudadanía romana, sobre todo a aquellos que en las ciudades del ámbito romano hubieran pertenecido a las clases pudientes o desempeñado magistraturas o funciones públicas de importancia. En este proceso de romanización se les otorga al comienzo el *ius latinum*, que entrañaba una ciudadanía automática que los equiparaba al *civis romanus*. Más adelante, por medio de la concesión directa de la ciudadanía por el príncipe (*civitatis donatio*), se colocan en igual condición jurídica que los ciudadanos *optimo iure*. Por fin, el proceso culmina cuando una célebre constitución del emperador Antonino Caracalla del año 212 otorga la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio, con excepción de los llamados peregrinos *dediticios*.

También durante este período imperial existió una clase inferior, la plebe, que no es la misma entidad social de los primeros tiempos de Roma, sino un proletariado alejado de las posibilidades de formar la *élite* burocrática por no pertenecer a una nobleza de origen, ni a los grupos adinerados de la sociedad. Esta masa popular no tuvo, por cierto, mayores prerrogativas, ya que los plebeyos sólo pudieron ocupar cargos o funciones inferiores en el ejército y en la administración pública.

§ 29. **El Imperio absoluto o autocrático.** – Al comenzar el estudio del período imperial dijimos que en él hay que distinguir dos ciclos perfectamente diferenciados por sus lineamientos políticos: el principado, cuyos rasgos hemos estudiado, y la etapa que comienza a perfilarse con los Severos y tiene su culminación con Diocleciano y Constantino y que llamamos del Imperio absoluto o autocrático o dominado (*dominatus*). También se ha hablado, para caracterizar a esta nueva fase, de período del Bajo Imperio o de los emperadores cristianos, correspondiendo esta última denominación a los años posteriores a la decisión de Constantino de proclamar el cristianismo como religión oficial del Estado romano.

Causas de los más diversos orígenes fueron destruyendo el régimen político que había distinguido al principado y prepararon el advenimiento de un nuevo sistema absolutista en el que el emperador era el *dominus*, esto es, el dueño o señor. El período de casi un siglo que siguió a la progresista dinastía de los emperadores Antoninos: Nerva, Trajano, Adriano, Antonino Pío, Marco Aurelio, Cómodo (96 a 192) vivió graves acontecimientos que alteraron sustancialmente la fisonomía del Imperio. En lo exterior, bandas extranjeras asolaban el territorio, devastaban los campos y destruían ciudades ante la impotencia de las debilitadas fuerzas romanas. En lo interno se atravesaba por una espantosa crisis económica, social y espiritual y se advertía un enfriamiento del sentido de ciudadanía y una transformación radical de la autoridad imperial. Por ello el siglo III es una de las épocas más sombrías de la historia de Roma, a la que puso fin un emperador de excepcionales cualidades de organizador: Diocleciano.

Numerosos gobernantes se sucedieron hasta el advenimiento de Diocleciano en el año 284. Vivieron las más adversas vicisitu-

des propias de un período de terribles convulsiones, agravado por la amenaza constante de los pueblos bárbaros, la creciente influencia de las provincias orientales y el surgimiento de un ejército autoritario, que perdió el respeto que la jerarquía debe inspirar y se arrogó el derecho de nombrar y remover a los jefes del Imperio, valiéndose de cualquier procedimiento, hasta del asesinato. De esta etapa que estuvo a punto de acabar con el Imperio son, para no citar sino a los más conocidos, el emperador africano Septimio Severo; su hijo Caracalla, que dio la ciudadanía a todos los súbditos del Imperio; Heliogábalo, que gobernó despóticamente y terminó siendo asesinado; Alejandro Severo, que reemplazó al anterior y que pretendió restaurar la antigua disciplina y rectificar la política absolutista de sus antecesores; Maximino, con quien se acentúa la anarquía militar; Emiliano, bajo cuyo gobierno las migraciones de los bárbaros se tornan más frecuentes; Galieno, que ve transformarse en realidad el peligro de la agresión bárbara, y Aureliano, con quien puede decirse que concluyó el sombrío período de la anarquía y las invasiones. A su muerte, acaecida en el año 270, sus sucesores (Tácito, Floriano, Probo, Caro, Carino y Numeriano) trataron de completar su obra. Sin embargo, como esta tarea exigía dotes excepcionales de conductor y organizador, quedó ella reservada para el emperador del siglo que fue Diocleciano.

§ 30. Las reformas de Diocleciano y Constantino. – De origen dálmata, C. Valerio Diocle, que en el ejército por sus importantes servicios había conquistado el grado de general, se hizo proclamar emperador romano por sus soldados en noviembre del año 284, adoptando el nombre de Diocleciano. Convencido de que para recuperar el prestigio que el Imperio había tenido hasta la crisis del siglo III y para conjurar las amenazas exteriores era necesario dotar al soberano de los más altos poderes políticos, Diocleciano, con su espíritu lúcido y su voluntad fría e implacable, imprimió al gobierno un sello absolutista, dándole la forma de una monarquía de cuño oriental y de carácter divino. A partir de entonces el emperador no es el gobernante que actúa como un órgano más del aparato estatal, como había ocurrido durante gran parte del principado, sino el *dominus et deus*, el dueño y dios de todo poder soberano.

La principal reforma de Diocleciano, persuadido de que la gran extensión del Imperio dificultaba su gobierno y contralor, consistió en asociar un colega con quien compartir las funciones gubernamentales. A tal fin designó en el año 286 a Maximiano, a quien le adjudicó el gobierno de Occidente con Milán como capital, mientras se reservaba para sí el Oriente con capital en Nicomedia. A partir de ese momento Roma no es capital del Imperio más que nominalmente, a la vez que se reconoce que Oriente y Occidente constituyen dos partes diferenciadas, por sus tendencias y características dentro del espacioso territorio imperial.

Aquel gobierno dual se prolongó hasta el año 293, en que Diocleciano decidió ampliar la reforma nombrando otros dos emperadores, Constancio Cloro y Galerio, cada uno de los cuales recibió una parte del Imperio para ejercer sus gobiernos. El primero tenía a su cargo la Galia, España y Britania; el segundo, Iliria y Grecia. Los cuatro emperadores no estaban colocados en un pie de igualdad, pues el título de *Augusto* era privativo de Diocleciano y Maximiano, y el de *César* lo ostentaban Constancio Cloro y Galerio, siendo éste un signo exterior de la subordinación de los recién llegados a la púrpura imperial. Se fundó así un nuevo sistema político, la "tetrarquía", en el que actuaban como emperadores dos Augustos, de los cuales el más antiguo era superior al más reciente, y dos viceemperadores con la designación de Césares. Con la implantación del gobierno tetrárquico, Diocleciano persiguió asegurar el control de la administración pública y la vigilancia efectiva de las provincias amenazadas por las migraciones de pueblos foráneos y, muy especialmente, regular el problema de la sucesión imperial, que no dejó de producir convulsiones internas y cruentas luchas, al considerar a los Césares sucesores naturales de los Augustos, a los que habrían de reemplazar en forma completamente automática al producirse alguna vacante.

Otra preocupación de Diocleciano fue separar el poder civil del militar, para hacer más difícil las usurpaciones y asegurar un mejor rendimiento administrativo. Fue así que los gobernadores de provincia sólo tuvieron funciones civiles y judiciales, ya que sus poderes castrenses pasaron a militares de carrera, los *duques*. Italia fue dividida en circunscripciones permanentes, verdaderas provincias, llamadas *correctura*, al frente de las cuales se

encontraba un *corrector*. En la cumbre de una burocracia organizada y sabiamente jerarquizada se hallaba el consejo imperial, reorganizado por Diocleciano con el nombre de Sacro Consistorio y el alto personal de la administración –prefectos del pretorio, cuestor del palacio, condes del tesoro– que asistían al emperador en el gobierno general del Imperio.

En el año 305 abdicaron simultáneamente Diocleciano y Maximiano, situación que puso a prueba la consistencia del sistema tetrárquico que funcionó tal como había sido previsto por su fundador, pues Constancio Cloro y Galerio ocuparon la posición de Augustos y designaron Césares a Maximino Daya y Severo. Empero, la muerte de Constancio Cloro desencadenó una crisis que tuvo una duración de dieciocho años y que constituyó la ruina del gobierno tetrárquico y el resquebrajamiento, al menos por algún tiempo, de la unidad imperial. Este período crítico vio desfilar a diversos Augustos y Césares hasta que Constantino, después de vencer a su rival Majencio en la batalla del puente Milvio en el año 312, quedó al frente de la parte occidental del Imperio, mientras asociaba como coemperador a Licinio, a quien cedió Oriente. Los dos nuevos emperadores rivalizaron muy pronto, pero con tacto político supieron mantener una tregua de nueve años que se rompió cuando Constantino, llamado el Grande, venció a su colega, a quien hizo condenar a muerte en el año 325.

El emperador Constantino completó la obra de Diocleciano, aprovechando la experiencia adquirida. Sus reformas tuvieron por fin la transformación del poder imperial, la regulación de la organización administrativa y la finalización de la cuestión religiosa. La evolución del régimen político hacia una monarquía autocrática de tinte oriental continuó y se perfeccionó aun más. El triunfo de las ideas orientales, tan caras a los sentimientos de los emperadores del período del dominado, se traduce en un hecho sumamente decisivo: el traslado de la capital del Imperio de Roma a Bizancio, ciudad situada a orillas del Bósforo, que desde el año 330 se llamó Constantinopla, en homenaje al emperador Constantino. Se trasladaba así el centro de gravedad del Imperio a Oriente y se preparaba el camino para la escisión entre los bizantinos y los romanos del mundo occidental.

En materia administrativa, Constantino continuó fiel a los principios rectores del sistema de Diocleciano y siguió aplicándo-

los rigurosamente. A su alrededor se constituyó una corte suntuosa; elevó el nivel del Sacro Consistorio y mantuvo un cuerpo de funcionarios administrativos que, por la vía jerárquica, colocaban todos los negocios públicos en manos del emperador. En el resto del territorio, los gobernadores asegurabn la misma sujeción de todos los súbditos a su voluntad autocrática. Para una mejor administración, Constantino dividió el Imperio, siguiendo los principios de Diocleciano, en cuatro grandes prefecturas: Oriente, Iliria, Italia y las Galias, las cuales a su vez comprendieron varias vicarías o diócesis, y éstas un determinado número de provincias.

Fue preocupación fundamental del emperador Constantino la regulación de la cuestión religiosa, que tanta incidencia había tenido en el régimen imperial. Convertido al cristianismo después de la batalla del puente Milvio, en el año 313, encontrándose el emperador en Milán, sancionó el célebre edicto por el que se prohibía las persecuciones a los cristianos y se proclamaba al cristianismo religión oficial del Estado. Aquel hecho fue positivo para la política imperial y Constantino tuvo poderes tan amplios como para reunir el concilio de Nicea en el año 325 a fin de tratar asuntos de dogma.

Las reformas políticas introducidas durante la era diocleciano-constantiniana acabaron con todo vestigio republicano y como consecuencia los antiguos órganos, magistratura, senado y pueblo, no guardaban ni recuerdo de sus características y poderes. Los cónsules, que eran designados por el emperador, uno para Roma y otro para Constantinopla, cumplían algunas funciones municipales y daban el nombre al año de su nombramiento. Pretores y cuestores estaban reducidos a la tarea de organizar los juegos públicos en las dos capitales del imperio. El edilato y el tribunado habían desaparecido en la época de los Severos. El senado, por su parte, perdió su antiguo prestigio y tanto el de Roma como el que se creó en Constantinopla actuaban como meros consejos municipales de sus respectivas metrópolis. En cuanto al comicio, hacía tiempo que habían dejado ya de ser una institución política del Estado.

§ 31. **División del Imperio e invasión de los bárbaros.** — Dos hechos históricos trascendentes y de gravitación en el desarrollo

del derecho romano acaecieron durante el período del *dominatus*: la división del Imperio y la invasión de los pueblos bárbaros. Este último tuvo por consecuencia la caída del Imperio de Occidente en el año 476, comenzando con tal acontecimiento la Edad Media, una nueva etapa existencial en la historia del mundo.

Hemos dicho que a partir del año 286, en que Diocleciano asocia al trono a Maximiano y divide el Estado romano en dos partes, Oriente y Occidente, con sus respectivas metrópolis, Milán y Nicomedia, se abre paso la idea de que el oriental y occidental son mundos perfectamente diferenciados por sus tendencias y características. Teodosio I, que gobernaba en Oriente desde el 379, cristaliza esta realidad afirmada desde los tiempos de Diocleciano, haciendo la división entre ambas mitades del Imperio en el año 395. Teodosio tenía dos hijos –Honorio y Arcadio– a quienes quería instituir herederos por partes iguales. Para ello oficializa una situación de hecho dividiendo el Imperio y atribuyendo a Arcadio el Oriente y a Honorio el Occidente. Esta medida, que se adopta por intereses sucesorios, respondía a una realidad y fue confirmada por acontecimientos posteriores. Oriente, retornando a sus caracteres primitivos que la romanización había oscurecido, sobrevivió largo tiempo, al paso que Occidente experimentaba una suerte muy distinta, sucumbiendo ante los pueblos bárbaros, que lo germanizaron bien pronto.

La división del Imperio y la existencia de un titular en Oriente y otro en Occidente no vino a entrañar, al menos teóricamente, una separación del poder sino, más bien, un ejercicio colegiado de él. Esta situación, que se evidencia por algunos detalles, como el uso de una misma moneda, se percibe más nítidamente en materia de legislación. En efecto, cada emperador sancionaba la ley para su Estado, pero era de práctica que el colega la publicara también en la otra parte del Imperio, dándole vigencia. De ahí que las constituciones imperiales que han llegado hasta nosotros lleven el nombre de los dos emperadores, el de Oriente y el de Occidente.

Por lo que concierne a las invasiones de los pueblos bárbaros, que ya amenazaban las fronteras del Imperio romano desde el siglo III; se acentúan después de la muerte de Teodosio. Partiendo unas del Rin, otras del Danubio y aun del interior mismo del Imperio, como la de los visigodos, que se habían establecido en Ili-

ria, los bárbaros van ocupando el Imperio de Occidente, que comprendía –además de Italia– Britania, la Galia, África, España, las islas del Mediterráneo occidental (Sicilia, Córcega y Cerdeña) y la Iliria oriental (Recia, Nórica y Panonia).

Italia fue la última de las provincias occidentales que cayó en poder de los bárbaros, pero el procedimiento utilizado no fue igual al que habían seguido en otras provincias, ya que en la península no hubo invasión seguida de conquista, como en la Galia, España y África, sino apoderamiento del gobierno por parte de los contingentes bárbaros que integraban el ejército de Italia. Aquellos mercenarios, al mando de Odoacro, se sublevaron en el año 476 contra Orestes, jefe del gobierno, que les había negado un reparto de tierra. Orestes cayó en manos de la soldadesca y Odoacro depuso a su hijo Rómulo Augústulo y tomó el título de rey, pidiendo al emperador Zenón de Oriente que lo reconociera como patricio. Zenón le mandó entrevistarse con el emperador legítimo de Occidente, Julio Nepote, y ante la negativa del caudillo bárbaro, la situación se mantuvo sin variantes. Pero no dejaba de haberse producido un hecho de trascendental importancia histórica: el Imperio de Occidente, despojado de todas sus provincias por los bárbaros, había terminado su existencia en el año 476.

Así el azar de los acontecimientos hizo que las dos partes en que el Imperio había quedado dividido después de la muerte de Teodosio no volvieran a reunirse. En los siglos que se sucedieron a su separación corrieron suerte muy dispar, pues mientras Oriente subsistió durante mil años independientemente y apegado a sus tradiciones, Occidente cayó en poder de los invasores germanos en el año 476, en que el Imperio de Occidente desaparece como gran unidad política y llega a su fin la Edad Antigua.

§ 32. **El Imperio bizantino y Justiniano.** – La parte oriental del Imperio, al cortar sus relaciones con Occidente después del año 476, vio resurgir nuevamente la tradición griega, un estilo cultural que le había sido arrebatado por la acción romanizadora. Esto determinó que al Imperio de Oriente se lo llamara Imperio griego y, más frecuentemente, Imperio bizantino, por el auge que adquirió como metrópoli Bizancio. El Imperio bizantino sobrevivió por espacio de diez siglos a la catástrofe del 476, ya que des-

pués de experimentar toda clase de vicisitudes sólo cedió ante la acción arrolladora de los turcos otomanos, cuando éstos ocuparon Constantinopla en el año 1453.

De su fecunda historia sólo nos cabe recordar el gobierno de Justiniano a quien, dentro de una sucesión de emperadores bizantinos, puede considerarse el último emperador romano, porque con su obra legislativa se cierra el ciclo evolutivo del derecho nacido en Roma.

Llegado al trono de Bizancio en el año 527, después de haber estado asociado a su tío, el emperador Justino I, Justiniano hizo florecer como ningún otro gobernante el imperio bizantino. Su obra presentó matices diversos, porque le preocupó la solución de los más variados problemas que en su largo período de gobernante se le fueron presentando. Se dedicó a la tarea de imponer a sus súbditos una unidad de creencias religiosas basada en la adopción del cristianismo ortodoxo, que era la religión oficial del Estado. Su celo religioso lo llevó a perseguir todo culto no cristiano, especialmente los heréticos y los orientales. Fue ambición de Justiniano lograr la reconquista de Occidente y en la empresa puso su mayor empeño, contando con la colaboración de sus dos generales más brillantes: Belisario y Narses. Diversos territorios occidentales incorporó al Imperio de Bizancio y si la reconquista no fue totalmente coronada por el éxito, se debió a la necesidad de usar su ejército en el cuidado de las fronteras de su propio Imperio, amenazado por partos, búlgaros y eslavos.

Su obra más lograda, que elevó su nombre a un sitial de privilegio entre los grandes de la historia, fue la redacción de lo que las generaciones posteriores llamaron, desde el Renacimiento, *Corpus Iuris Civilis*, compilación de los más puros principios del derecho romano y monumental legado del mundo clásico que, al igual que Roma, tiene vocación de eternidad.

Título III

EL DERECHO EN LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE ROMA

§ 33. Conceptos generales. – Habíamos adelantado que el estudio del derecho romano en su evolución progresiva se haría considerando previamente la trayectoria político-social de Roma en el curso de su historia, por entender que las mutaciones políticas y sociales que experimentó tuvieron repercusión innegable en el campo de su derecho. Para seguir ese proceso tuvimos en consideración la tradicional distinción entre los períodos monárquico, republicano e imperial, es decir, la distinta organización del poder político en su más alta expresión.

Tócanos ahora adentrarnos en el estudio del derecho de Roma siguiendo su evolución y señalando sus fuentes formales a través de los cuatro ciclos o fases en que consideramos que debe dividirse la historia jurídica romana, esto es, el período del derecho quiritario (consuetudinario-decenviral); el período del derecho honorario o de gentes; el período del derecho jurisprudencial y el período del derecho de la codificación (prejustinianeo-justinianeo). Al exponer este criterio de clasificación de las distintas épocas por las que ha transitado la legislación romana, indicamos ya los caracteres más salientes de cada etapa histórica, por lo que en adelante nuestra tarea consistirá en señalar las fuentes formales que crearon el derecho de cada período y le dieron notas peculiares y homogeneidad estructural.

§ 34. Período del derecho quiritario (consuetudinario-decenviral). – Hemos denominado así el ciclo histórico-jurídico que se desarrolla desde la fundación de Roma hasta la creación de la pretura en el año 367 a. de Cristo. Durante él se plasma un derecho que llamamos quiritario porque es propio y exclusivo de los *quirites*, primeros ciudadanos integrantes de las tres tribus genéti-

cas que formaron una sola comunidad aristocrática al fundarse la ciudad. Este derecho se nos presenta con un neto tinte personalista y con un sello eminentemente nacional, pues sólo ampara las relaciones de los ciudadanos romanos. También llamado derecho civil por la antedicha circunstancia, el derecho quiritario es un derecho de clase porque sus normas consagran los privilegios del patriciado romano, con absoluto olvido de la clase plebeya. Es, por fin, seco, rudo y formalista.

Dos son las fuentes principales que nutren el derecho quiritario. Una de ellas, la costumbre, es la fuente primigenia del derecho de Roma que, al igual que otros pueblos, admitió que el derecho era la resultante de la observancia continuada por largo tiempo de normas que la comunidad reconocía como obligatorias. El primitivo derecho fue, pues, netamente consuetudinario, al tener como fuente exclusiva la costumbre. Más adelante, reconocida la necesidad de una ley escrita que diera fijeza y publicidad al enclaustrado derecho arcaico, aparece la otra fuente del *ius quiritium*, la Ley de las XII Tablas, que constituye el testimonio legislativo más importante de la antigüedad romana. Se ha pretendido atribuir a los reyes romanos la facultad de sancionar la ley y ello ha permitido hablar de la existencia de leyes regias (*leges regiae*) y de una compilación de ellas denominada *Ius civile Papirianum*. Como de estos discutibles elementos del derecho de la época encontramos menciones en las fuentes, haremos también de ellos una referencia en esta parte, en la cual estudiamos las fuentes formales del derecho quiritario.

§ 35. LA COSTUMBRE. — Sabemos que en la época más arcaica de la historia romana el derecho fue eminentemente consuetudinario. Como oportunamente lo señalamos, antes de la existencia del *ius scriptum* los romanos se regían por normas no escritas, creadas por la costumbre, esto es, la conducta reiterada de los miembros de la comunidad, encauzadas en un determinado sentido. Sólo cuando las necesidades sociales y jurídicas del pueblo exigieron fijeza y adaptación de aquella tradición a una nueva realidad, el derecho consuetudinario se convirtió en derecho escrito o legal.

El añoso derecho quiritario tuvo en la costumbre su fuente más primitiva. El derecho de la costumbre, aquel que transmiti-

do oralmente de generación en generación, ha adquirido el carácter de tal por haber sido practicado durante largo tiempo, de manera uniforme y con la convicción de su obligatoriedad por todo el pueblo o por una parte organizada de él, constituyó la primera fuente formal del derecho romano. El pueblo de Roma se rigió durante mucho tiempo por los tácitos acuerdos inveterados del largo uso (*tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus*), y a la costumbre se debe la regulación de instituciones fundamentales de derecho público y de derecho privado. Así, en las vetustas *mores* se basan la organización de dos órganos políticos primitivos, como la *gens* y la *familia*, los medios especiales de transferencia de la propiedad, el régimen judiciario, las formas de entrar y salir del núcleo familiar, etcétera.

En lo que respecta al fundamento del valor jurídico de la costumbre, es decir, su subsistencia y su fuerza obligatoria frente a la aparición de normas escritas de derecho, encontramos opiniones contradictorias en las fuentes. Así, un pasaje de Juliano en el Digesto (1, 3, 32, 1) admite que las leyes pueden ser derogadas, no sólo por el voto del legislador, sino también por el consentimiento de todos, o sea, por la costumbre. Esta posibilidad de derogación de la ley por el desuso (*desuetudo*) se funda, según la opinión del célebre jurisconsulto de la época de Adriano, en la equivalencia de valor jurídico de la norma escrita, que es la resultante del expreso consentimiento del pueblo, y de la norma no escrita, que es el producto de su tácita aceptación (*tacitus consensus populi*). En cambio, una constitución del emperador Constantino (Cód. 8, 52, 2), promulgada en época en que la voluntad del soberano era la fuente exclusiva del derecho, restringe el valor de la costumbre y la considera fuente subsidiaria del derecho, que de ninguna manera puede prevalecer sobre la razón y la ley.

Las leyes regias y el "ius civile Papirianum". A pesar de que está comprobado por la crítica histórica moderna que la costumbre fue fuente exclusiva del derecho romano en el período monárquico, se ha sostenido, sobre la base de datos de historiadores antiguos, que los reyes romanos habrían hecho sancionar por los comicios curiados de los tiempos de la monarquía algunas leyes que por tal razón se han denominado leyes regias (*leges regiae*). Al mismo Rómulo se atribuyeron varias de aquellas leyes, otras a Núma Pompilio y algunas a Servio Tulio. En época desconocida,

probablemente a fines de la República, las *leges regiae* habrían sido reunidas o recopiladas, según la historiografía tradicional romana, por un pontífice, Sexto Papirio, en una obra que en homenaje a su presunto autor, se designa con el nombre de *Ius civile Papirianum*. No hay testimonios valederos o verosímiles que permitan tener por exactas las referencias de los antiguos sobre las leyes reales y su recopilación. La crítica moderna no reconoce su autenticidad, a pesar de que algunos fragmentos de las fuentes aluden a ellas, admitiendo únicamente que los reyes solían comunicar al comicio resoluciones adoptadas en materia sagrada o religiosa.

§ 36. LEY DE LAS XII TABLAS. – Del derecho no escrito, consuetudinario, se pasa en Roma al derecho escrito, cuando hacia la mitad del siglo v a. de C., en plena época republicana, se dicta la Ley de las XII Tablas, llamada también ley o código decenviral, por haber sido redactada por un colegio de magistrados extraordinarios, los *decemviri legibus scribundis*.

La primera legislación romana habría sido sin duda la Ley de las XII Tablas, que constituyó la fuente más importante del derecho civil o quiritario. Se dictó a instancia de los plebeyos, quienes desde tiempo atrás reclamaban la sanción de una ley escrita que diera fijeza al derecho costumbrista de la época, mantenido en secreto por los pontífices, depositarios de su conocimiento e interpretación. Fracasados algunos intentos para llegar al derecho escrito, la plebe logró la creación de una magistratura extraordinaria integrada por diez ciudadanos patricios, el decenvirato legislativo, el cual en el año 451 a. de C. elaboró las diez primeras tablas. Como estas leyes se consideraron incompletas, un año después se eligió un segundo decenvirato –integrado por algunos plebeyos– que logró, con la redacción de dos tablas más, el código decenviral.

El texto de la Ley de las XII Tablas no ha llegado hasta nosotros porque, al parecer, fueron destruidas en el incendio de Roma por los galos. Sus normas nos son conocidas por las referencias de historiadores antiguos como Tito Livio, Dionisio de Halicarnaso y Plinio, o de gramáticos como Aulo Gelio y Festo, o de analistas como Tácito. Valioso aporte para su reconstrucción han sido las citas de los jurisconsultos romanos de la época clásica, en es-

pecial Gayo, Ulpiano y Pomponio, y muy positiva contribución; para confirmar y completar antiguas versiones sobre la ley, fueron los escritos del célebre Cicerón.

La distribución de las materias de la Ley de las XII Tablas demuestra que su innegable valor radica en haber comprendido, siguiendo la forma de mandatos y prohibiciones breves, dentro de principios generales, todo el derecho público y privado (*fons omnis publici privatique iuris*). Recogiendo las antiguas costumbres dio forma a muchas instituciones jurídicas que el propio derecho de Roma pulió, imprimiéndole una fisonomía definida, con su creciente progreso y desarrollo.

Las tres primeras tablas contienen las normas del procedimiento judiciario, el germen de un derecho procesal que se traducía, en orden al procedimiento civil, en el sistema de las acciones de la ley. La tabla cuarta legisla sobre el derecho de familia o más propiamente sobre los amplios poderes del *paterfamilias*, jefe del núcleo familiar. La ley obligaba al padre a matar a sus hijos deformes o monstruosos. La tabla quinta trata del régimen sucesorio romano sobre la base de la sucesión deferida por testamento o en su defecto por disposición de la ley. Otorga al testador la más amplia libertad para disponer por testamento y organiza la sucesión *ab intestato* en atención a un parentesco civil o agnación. La tabla sexta esboza la distinción entre propiedad y posesión, consagrando la existencia de una propiedad exclusiva de los ciudadanos romanos, el *dominium ex iure quiritium*. Crea la *usucapio*, forma de adquisición del dominio por la posesión continuada de las cosas durante el plazo establecido por la ley. La tabla séptima consagra normas sobre las relaciones de vecindad e incluye las diversas servidumbres legales, de gran importancia en una comunidad agrícola como la Roma primitiva. A los delitos alude la tabla octava, distinguiéndolos en públicos y privados. Establece el sistema del talión para lesiones graves y un régimen tarifario cuando se tratara de lesiones leves, diferenciando en el caso del delito de incendio, el que se comete a sabiendas, del que es producto del descuido. Al derecho público se refiere la tabla novena y en ella se introducen principios de derecho procesal y penal. Sobre derecho sacro legisla la tabla décima, destacándose la disposición que prohíbe las suntuosidades funerarias.

Las tablas undécima y duodécima, que se dictaron con posterioridad a las diez primeras, tuvieron por fin complementarlas; al menos tal había sido el propósito al convocar el segundo decenvirato legislativo del año 450 a. de C., según refiere la tradición romana. Encontramos en ellas, sin embargo, disposiciones particulares, como la prohibición de matrimonio entre patricios y plebeyos, consagrada en la tabla undécima, la regulación de la acción ejecutiva de toma de prenda (*pignoris capio*) y el principio de la derogabilidad de las leyes por la sanción de otra ley posterior, en la duodécima tabla.

Una nutrida literatura jurídica se ha ocupado de analizar hasta en los mínimos detalles la Ley de las XII Tablas. Pais y Lambert, prestigiosos historiadores modernos, han dudado de la cronología admitida hasta ahora como cierta respecto de su sanción, así como del relato tradicional que da cuenta de la redacción de ella por una comisión de magistrados del Estado, señalando además anacronismos notorios y evidentes. Otros estudiosos han puesto en tela de juicio la veracidad del relato que destaca que cuidadanos notables de Roma fueron enviados a Grecia a estudiar las leyes de Solón, con ánimo de buscar un antecedente de prestigio. No han faltado expositores que han pretendido encontrar una exagerada influencia griega en sus instituciones, lo cual no significa que pueda descartarse en absoluto que los decenviros hubieran recogido algunos principios jurídicos de las ciudades griegas del sur de Italia.

Sea cual fuere la verdad sobre estos discutibles temas, no puede negarse el carácter verdadero y exclusivamente romano de las XII Tablas, porque está reconocido que mediante este cuerpo legal se logró fijar el derecho consuetudinario, dar forma definitiva a nórmas que aún no habían cristalizado, introduciéndole algunos principios nuevos para conciliar los encontrados intereses de las dos clases sociales en pugna. Esto explica la coexistencia en la misma ley de principios arcaicos que en la época estaban ya superados, como el derecho del acreedor a dar muerte al deudor incumpliente, la aplicación de la ley del talión, la muerte de los hijos deformes, etc., con otros indudablemente evolucionados para los tiempos de la sanción, cuales fueron la diferenciación de la pena por incendio, según se debiera a malicia o a negligencia, la consagración de la libertad testamentaria, la creación del insti-

tuto posesión y la usucapión como modo de adquirir la propiedad, etcétera.

Aun cuando aceptemos que la ley sirvió para la vigencia de un derecho quiritario de corte acusadamente personalista; que debía amparar al ciudadano con exclusión del extranjero y al patricio en detrimento del plebeyo, tiene el mérito innegable de haber sido el primer intento realizado por los romanos de una codificación completa de sus leyes que sólo se repitió, después de un milenio, cuando Justiniano ordenó la compilación del derecho vigente en su época (527 a 565 d. de Cristo).

§ 37. PERÍODO DEL DERECHO HONORARIO O DE GENTES. – A ciento cincuenta años aproximadamente del advenimiento de la República, se da en Roma un acontecimiento trascendental en el orden político y social, la creación de la pretura urbana por disposición de la *lex Licinia de consulatu* dictada en 367 a. de Cristo. En virtud de ella los patricios admiten el acceso de la plebe al consulado, máxima magistratura en el orden institucional republicano, pero a la vez dan nacimiento a una magistratura patricia, la pretura, a la que le atribuyen los poderes jurisdiccionales que hasta entonces ejercían los cónsules. A partir de ese momento el pretor comienza a elaborar con sus edictos el derecho honorario, que da nombre a esta fase de la evolución del derecho de Roma, a la que también llamamos del derecho de gentes por el valioso aporte que éste constituyó para la jerarquización y universalización del sistema jurídico del pueblo romano.

En este estudio de la historia externa del derecho romano trataremos del edicto de los magistrados, en especial el edicto del pretor, por haber sido el elemento jurídico que sirvió primordialmente de base al derecho honorario o de gentes. También este análisis se extenderá a otras dos fuentes formales, la ley comicial y los plebiscitos, que si bien nutrieron el *ius civile*, se formaron en la época edictal y constituyeron valioso aporte para llevar a un alto nivel el derecho privado romano.

§ 38. EDICTO DE LOS MAGISTRADOS. – El ejercicio del *ius edicendi*, que puede definirse como el derecho que tenían los magistrados romanos superiores de expresar o indicar la norma por la que habría de regirse la relación jurídica llevada a su conocimien-

to, es el que posibilita la amplia labor edictal que cumplieron en Roma los ediles, los gobernadores de provincia y, muy especialmente, los pretores. El *ius edicendi* se cristaliza así en los edictos (*edicta*), especie de publicaciones que hacían los magistrados para dar a conocer los principios que se proponían aplicar durante el año de ejercicio de sus funciones, enumerando los derechos y las reclamaciones, tanto del *ius civile* como del *ius honorarium*, que estaban dispuestos a proteger e indicando la clase de remedio que pensaban otorgar en cada caso. Ésta fue la misión específica del pretor romano, ejercer la *iurisdictio*, que le permitía indagar y resolver si la demanda y defensa interpuesta por las partes en litigio implicaba algún derecho o interés digno de protección que justificara la apertura del *iudicium*.

Al iniciar su labor anual el pretor publicaba en tablas de madera blanca (*album*) su edicto para indicar las normas de derecho que iba a aplicar y las fórmulas procesales que ofrecía a los litigantes durante el año de duración de sus funciones. Por tal razón este edicto jurisdiccional se llamaba anual o perpetuo (*edictum perpetuum*). El pretor sustituto podía renovar totalmente el de su colega saliente y, en ese caso, publicaba un edicto *novum*. Sin embargo, se hizo costumbre, para dar estabilidad a las normas edictales, que se las expusiera en un edicto tipo que se transmitía de colega a colega. Apareció así el llamado edicto traslaticio (*edictum traslatitium*). Cuando el pretor se veía precisado a dar normas no contempladas en su bando anual, especialmente de carácter administrativo o político, emitía el denominado edicto repentino (*edictum repentinum*).

El ejercicio de la jurisdicción que se plasmaba en el edicto permitió tanto al pretor urbano como al peregrino usar de medios procesales y hasta extraprocesales para no sólo –como dice Papiniano– ayudar al derecho civil, sino para suplirlo y hasta corregirlo. Fue la vía idónea para crear un derecho nuevo que fue limando las asperezas, puliendo y universalizando al añoso *ius civili*. Se da el caso sin precedente de que un magistrado jurisdiccional, carente de potestad legislativa, haya creado un nuevo sistema jurídico a la par del derecho legislado.

Para lograr ese fenómeno singular el pretor, operando dentro del estrecho margen del proceso, que se ensanchó bastante cuando por la *lex Aebutia* se implantó el sistema formulario, se valió

de medidas procesales y extraprocesales. Entre las primeras se contó la *datio actionis*, que era la concesión de acciones a relaciones no amparadas por el derecho civil, pero dignas de protección por razones de estricta equidad. Por ese recurso se crearon distintas acciones honorarias que tuvieron aplicación en igual nivel que las acciones del *ius civile*. La *denegatio actionis* fue otro medio procesal usado por el pretor y consistía en negar acción al litigante que, aun cuando alegase un derecho basado en el *ius civile*, resultaba repugnante al sentido jurídico. Por fin, creó la *exceptio*, para enervar la pretensión del accionante si el demandado, por alguna circunstancia especial, demostraba que el fallo no debía condenarlo, sino absolverlo.

A la par de su actividad jurisdiccional el pretor podía, en ejercicio de su *imperium*, adoptar medidas extraprocesales que al margen del *iudicium* insertaran en las relaciones de los particulares la nota de equidad. Entre ellas se cuentan las estipulaciones pretorias (*praetoriae stipulationes*) que el pretor ordenaba practicar con fines cautelares, ya para reforzar una situación jurídica existente, ya para defender un interés no tutelado de otra forma; las *in integrum restitutiones*, que posibilitaban retrotraer una situación de hecho al estado anterior que tenía al momento de su conclusión, las *missiones in possessionem*, por las que el magistrado ponía en posesión de una persona el patrimonio o cosa de otro en razón de la equidad de su petición; y los interdictos (*interdicta*), que eran órdenes condicionales que el pretor impartía para que un individuo restituyera o exhibiera alguna cosa o se abstuviera de un proceder.

Si bien es verdad que la labor edictal de los gobernadores de provincia y los ediles curules no tuvo la misma fecundidad e importancia que la de los pretores en lo que atañe a la creación del derecho honorario, no por ello dejó de ser coadyuvante a ese fin. Así, encontramos normas provenientes de los ediles que en ejercicio de la policía de los mercados dieron nacimiento a las acciones redhibitoria y *quanti minoris*, que sancionaban los vicios ocultos de los esclavos o animales vendidos, con la resolución de la venta o la disminución del precio.

Edicto Perpetuo de Salvio Juliano. La proliferación de los edictos pretorios y la estabilidad que fueron adquiriendo de un pretor a otro, hizo que en los tiempos del Imperio se sintiera la

necesidad de poner orden en la masa edictal formada a lo largo de diferentes épocas, despojándola de lo que hubiera caducado, integrando un conjunto con lo que tuviera aplicación y dividiendo el todo en partes para facilitar su estudio. Ello determinó que el emperador Adriano, en el año 130 de nuestra era, encargara al más grande jurisconsulto de su tiempo, Salvio Juliano, la codificación del edicto de los pretores, dándole inmutable y definitiva redacción. Por un senadoconsulto votado en el año 131, el emperador confirmó el trabajo de Juliano, que se denominó Edicto Perpetuo.

La obra no ha llegado completa hasta nuestros días, pero ha sido posible su reconstrucción por comentarios que realizaron sobre tan monumental trabajo jurisconsultos romanos de los siglos II y III, entre los cuales se distinguió Ulpiano. Esto ha permitido saber que Salvio Juliano suprimió aquello que carecía de vigencia, que añadió y alteró ciertos principios para adecuarlos al espíritu de su tiempo y que distribuyó y dividió el conjunto normativo siguiendo un orden de materias.

Se debe al gran romanista alemán Otto Lenel la obra más depurada de reconstrucción del edicto, publicada en Leipzig en 1883. Por ella se han podido conocer las partes o principales divisiones del edicto del pretor romano. La primera parte, de carácter introductivo, tenía por finalidad organizar y garantizar el proceso hasta la regulación del *iudicium*. La segunda, o parte central, titulada *de iudiciis*, contenía las acciones tuteladoras de los derechos privados subjetivos. La tercera, abarcaba las normas referentes a la herencia pretoria o *bonorum possessio*. La cuarta, comprendía los principios jurídicos relacionados con la *res iudicata* y ejecución de la sentencia. La quinta, contenía un apéndice en tres secciones: *de interdictis*, *de exceptionibus*, *de stipulationibus praetoriis*.

§ 30. Ley comicial. – En sentido político ley comicial es, según la definición de las Institutas de Gayo (1, 3), "lo que el pueblo manda y establece" (*Lex est quod populus iubet atque constituit*). Coincidentemente, en las Institutas de Justiniano (1, 2, 4) leemos que "ley comicial es lo que el pueblo romano, interrogado por un magistrado senatorial, como el cónsul, sancionaba, constituía" (*Lex est quod populus romanus senatorio*

magistratu interrogante, veluti consule, constituebat). Aluden las citadas definiciones a la forma cómo el órgano político, la asamblea popular o comicio, dictaba la ley a instancia de un magistrado, como el cónsul. Esta manifestación del derecho escrito aparece así como el producto reflexivo de la labor de un organismo estatal competente, contrariamente a lo que ocurría con el derecho no escrito o consuetudinario, que se creaba por la espontánea y continua repetición de actos por parte del pueblo.

Encontramos igualmente en las fuentes (Dig. 1, 3, 1 - Dig. 1, 3, 2 - Dig. 1, 3, 7) textos que aluden a la ley en sentido jurídico. Los mismos, que se deben a jurisconsultos clásicos, pecan por imprecisos. Empero, sobre la base de ellos, podemos decir que la ley comicial, en su aspecto jurídico, fue para los romanos la regla de derecho impuesta obligatoriamente a todo el pueblo por el pueblo mismo, para regular la actividad humana y, como norma coercitiva, capaz de castigar los actos que voluntaria o involuntariamente provocaran su violación.

Se conoce una tradicional clasificación de las leyes comiciales que las distingue en *leges rogatae*, *datae* y *dictae*. A la primera categoría pertenecía la ley romana por excelencia, es decir, la votada por el pueblo reunido en comicio a propuesta de un magistrado. *Leges datae* eran las dictadas por magistrados encargados de la administración de las provincias o colonias romanas, en virtud de una autorización expresa o tácita dada por los comicios. *Leges dictae*, por fin, fueron estatutos con normas para la administración de ciertos bienes del Estado o de los municipios.

Las *leges rogatae*, denominación que se da a las leyes comiciales, tenían un original proceso de formación, ya que eran expuestas al público por el magistrado proponente durante tres semanas (*trinundinum*) y discutidas en ese período preparatorio por los ciudadanos, que expresaban sus opiniones sobre el proyecto. Después eran sometidas al comicio para su aprobación o rechazo, sin que el organismo pudiera introducirle modificación alguna. Los ciudadanos votaban verbalmente, o bien se les daban tablillas que contenían las letras "u. r.", que significaban *uti rogas*: "como lo pides", en caso de voto afirmativo; y las letras "a. q. r." que querían decir *anti quod rogas*: "contra lo que pides", cuando el voto era negativo.

La *lex rogata* constaba de tres partes: *praescriptio*, *rogatio* y *sanctio*. La *praescriptio* contenía la indicación del magistrado proponente, día y lugar del comicio, unidad comicial primeramente consultada y nombre del ciudadano que dentro de ella había votado primero. La *rogatio* era la ley misma, su contenido o cuerpo preceptivo. La *sanctio* constituía la parte de la ley correspondiente a su promulgación, esto es, al acto que aseguraba su irrevocabilidad y la obligatoriedad de su observancia y no, como se ha pretendido, el que establecía las sanciones en caso de incumplimiento, porque éstas formaban parte de la *rogatio* que, como hemos dicho, era el texto mismo de la ley.

Una clasificación de las leyes comiciales prohibitivas las distinguía en *leges perfectae*, *minus quam perfectae* e *imperfectae*, atendiendo a las consecuencias que se siguieran de su incumplimiento. Eran leyes perfectas las que declaraban la nulidad de los actos que las contravenían, como la *lex Fufia* o *Furia Caninia* y la *lex Aelia Sentia*, que se referían a manumisiones de esclavos. Las *leges minus quam perfectae* eran las que sin declarar la nulidad del acto, establecían una pena para el caso de violación; tal la *lex Furia testamentaria*, que prohibía los legados que excedieran los mil ases. Se llamaban leyes imperfectas aquellas que ni prescribían la nulidad del acto, ni establecían sanción alguna por su transgresión, como la *lex Cincia de donis et muneribus*, referente a las donaciones.

§ 40. Plebiscitos. – Sabemos que el pueblo plebeyo, desde la creación del tribunado de la plebe, se reunía en asambleas llamadas concilios para sancionar medidas administrativas o legislativas, los plebiscitos, que inicialmente sólo tuvieron validez para la clase plebeya. Los plebiscitos fueron, pues, según definición de las fuentes (Inst. 1, 2, 4), "las decisiones votadas por la plebe en los *concilia plebis* a propuesta de un tribuno" (*Plebiscituni est, quod plebs, plebeio magistratu interrogante, veluti tribuno, constituebat*).

Los *plebiscita* constituyeron importante fuente del derecho desde la sanción de la *lex Hortensia* (287 a. de C.), que los equiparaba a la *lex* y, por tanto, los tornaba obligatorios, no sólo para los plebeyos, sino también para los patricios. El proceso que concluyó con la ley Hortensia, por la que los plebiscitos adquirie-

ron completa fuerza de ley, es una de las etapas más destacadas de la lucha patricio-plebeya. Como hemos visto, la primera conquista en este sentido se logra con la sanción de la *lex Valeria Horatia* (449 a. de C.), que otorgaba a las decisiones de los concilios autoridad de ley, siempre que fueran ratificadas por la *auctoritas patrum* senatorial. Un siglo después se avanza más en esta evolución y los plebeyos logran, mediante una *lex Publilia Philonis* (339 a. de C.), que la *auctoritas patrum* fuera preventiva.

A partir de la *lex Hortensia*, que elimina la *patrum auctoritas*, se designa a las decisiones votadas por los concilios con el nombre genérico de *lex*. No obstante, se habrían distinguido los plebiscitos de las *leges rogatae*, dictadas por el comicio, porque los primeros tienen un solo nombre, el del tribuno proponente, como la *lex Cincia*, mientras que la ley comicial llevaba dos, el de ambos cónsules, caso de la *lex Papia Poppaea*.

§ 41. PERÍODO DEL DERECHO JURISPRUDENCIAL. – Oportunamente explicamos que llamábamos período del derecho jurisprudencial a aquel en que floreció en Roma la ciencia del derecho merced a la labor de una clase de expertos jurisconsultos que, asesorando a los particulares, a magistrados y jueces, evidenciaron desde los primeros tiempos una capacidad especial para apreciar situaciones nuevas producidas por la creciente complejidad de la vida romana y sugerir soluciones acordes con la ordenación jurídica en general. Aquella labor creadora de los peritos en derecho es lo que se llama "jurisprudencia", en una terminología típicamente romana.

Señalamos también en su oportunidad que el período del derecho jurisprudencial habría tenido su inicio alrededor de los años 100 a 50 a. de C., porque durante ese tiempo brilla el más inspirado jurisconsulto de la época, Quinto Mucio Scaevola, en cuya escuela de derecho se formó el insigne Cicerón. El período se extiende hasta los Severos, pues a partir de entonces el incremento de los poderes conquistados por el emperador determina que el derecho se imponga exclusivamente por medio de las constituciones imperiales dictadas por los príncipes.

Este ciclo en la línea evolutiva del derecho de Roma se caracteriza por el auge de la jurisprudencia, pero ello no significa que no hayan existido durante el mismo otras fuentes formales del de-

recho romano, ni que sólo entonces comenzara a reconocerse valor a la opinión de los jurisperitos, pues desde los tiempos más remotos en Roma se fue creando un derecho positivo a consecuencia de la interpretación jurisprudencial realizada por aquellos ciudadanos ilustres nacidos con una especial vocación para su cultivo. Puede decirse, con justa razón, que hubo jurisprudencia en Roma desde el nacimiento mismo de la ciudad.

3) ***Jurisprudencia pontifical.*** Los primeros jurisconsultos romanos fueron los pontífices que integraban el más importante colegio sacerdotal. Ello no es de extrañar si se piensa en la íntima vinculación que existió entre el derecho y la religión en los tiempos primitivos. Eran los pontífices romanos los intérpretes del derecho consuetudinario más arcaico y los únicos que poseían el conocimiento de las rígidas fórmulas necesarias para la celebración de los contratos, de los ritos procesales y de los días en que era lícito o no litigar. Uno de los miembros del colegio era designado anualmente para que evacuara consultas jurídicas basadas en aquellas fórmulas monopolizadas por los sacerdotes y que se registraban en libros sólo a ellos accesibles, los *libri pontificales*.

El predominio de la jurisprudencia pontifical se intensifica después de la sanción de las XII Tablas, cuando los pontífices, haciendo aplicaciones prácticas de sus normas crean, por una especial *interpretatio*, diversas instituciones jurídicas. Así, la forma antigua de emancipar, es decir, de hacer salir un hijo de la patria potestad, resultó de la norma decenviral que prescribía que el padre que vendiera por tres veces a un hijo perdía la *patria potestas*. También la *in iure cessio*, modo de transmitir la propiedad, derivó del principio de la Ley de las XII Tablas que establecía que el demandado que no se defendía en juicio perdía el proceso (*confessio in iure*).

4) ***"Ius Flavianum".*** El predominio de la jurisprudencia pontifical perdura mientras los sacerdotes pueden mantener el secreto de las fórmulas y los ritos procesales, pero aquel proceder conspiraba contra el desarrollo y florecimiento de la legislación. Era menester desclaustrar el derecho de Roma, entrar en un proceso de secularización que extrajera la ciencia del derecho del monopolio sacerdotal. El primer intento en este sentido lo constituye la publicación en el año 304 a. de C. del *ius Flavianum*, se-

gún la tradición obra de un liberto llamado Cneo Flavio que, como ya dijimos, dio a conocer las fórmulas y el calendario. La elevación de Tiberio Coruncanio al pontificado máximo, primer plebeyo que asciende a tal alta jerarquía en el año 254 a. de C., marca un jalón importante dentro del proceso de secularización del derecho, porque fue este pontífice, considerado el primer jurisconsulto romano, quien inicia la práctica de dar consultas públicas sobre cuestiones jurídicas y sobre la debida praxis procesal.

A propósito de la publicación del calendario a través del *ius Flavianum*, debemos manifestar que el más antiguo que conocieron los romanos se atribuye a Rómulo. Se componía de 304 días, divididos en 10 meses, conjeturándose que habría sido modificado por Numa Pompilio que creó un calendario de 355 días, en el que cada dos años se intercalaba un mes entero. Fue Julio César el que reformó el calendario romano, decretando que el año tuviese 365 días y que en cada período de cuatro años se intercalara un día. El calendario juliano se dividió en doce meses de desigual duración, pues siete tenían 31 días, cuatro tenían 30 y uno ordinariamente 28 (en los años bisiestos 29).

Los romanos dividían el mes en tres partes, que denominaban *kalendas*, *nonas* e *idus*. Las *kalendas*, eran el primer día de cada mes dentro del cómputo romano y eclesiástico y se tenía por tal el primer día que seguía a los *idus* del mes anterior. Las *nonas*, en los meses de marzo, mayo, julio y octubre, correspondían al día 7; en los demás al día 5. Los *idus*, última de las tres partes del mes romano, en marzo, mayo, julio y octubre, comenzaban el día 15, en los otros meses el 13.

c) ***El "Ius Aelianum" y la "Tripertita".*** Cincuenta años después de la ascensión al pontificado de Coruncanio se logra la definitiva exclaustración del derecho romano merced a la publicación del *ius Aelianum*. La obra, llamada así en homenaje a su autor, el jurisconsulto *Sextus Aelius Petus*, habría contenido una colección de las nuevas formas de las acciones. También se atribuye a Sexto Aelio la paternidad de la *Tripertita*, obra que se ha considerado el primer tratado sistemático de derecho. Estaba dividida en tres partes: la primera contenía la Ley de las XII Tablas y probablemente un comentario sobre ella; la segunda, una interpretación de la ley decenviral y la tercera, las *actiones*.

§ 42. Jurisprudencia laica. – Roto el hermetismo de la jurisprudencia de los pontífices, iniciada la práctica de evacuar consultas públicas por Tiberio Coruncanio, se abren auspiciosas perspectivas para que los hombres cultos de la Roma de la última etapa republicana se entreguen a la *iuris interpretatio*, formándose así una pléyade de peritos en derecho que llegarían a cumplir una exitosa gestión creadora. Nació por este medio la jurisprudencia de los laicos, que va a alcanzar su máximo esplendor en la época clásica del período del derecho jurisprudencial. De esta fase histórico-jurídica estudiaremos su principal fuente formal, esto es, la respuesta de los jurisconsultos, así como otras que tuvieron significación en este ciclo. Nos referimos a las últimas leyes comiciales, a los senadoconsultos y a las constituciones imperiales que, con el advenimiento del imperio absoluto, se convierten en única fuente del derecho de esos tiempos.

La ciencia jurisprudencial tuvo su punto de partida entre los años 100 a 50 a. de C., cuando Scaevola escribió un extenso tratado sobre el *Ius civile* en dieciocho libros, en los cuales reunió fenómenos jurídicos y principios afines bajo títulos comunes. Fueron también representantes destacados de la jurisprudencia de fines de la República, Aquilio Galo, que habría escrito la *Aquiliana stipulatio* y el *Iudicium de dolo*; Servio Sulpicio Rufo, que fue autor de importantes trabajos, como *Ad Brutum*, *De dotibus*, etc.; Alfeno Varo, discípulo del anterior, a quien se atribuye una obra en cuarenta libros llamada *Digesta*, y Trebacio Testa, que habría publicado dos importantes trabajos denominados *De religionibus* y *De civile iure*.

En esta etapa inicial del desarrollo de la jurisprudencia laica la respuesta de los jurisperitos (*responsa prudentium*) no se imponía al juez como obligatoria, sino que fue gestándose con tan importante labor una verdadera ciencia jurídica que tenía por basamento el crédito con que se honraba y la autoridad del saber que se reconocía a estos jurisconsultos laicos de la época de la República. Fue menester un avance en el proceso político del Estado para que se reconociera a la respuesta de los jurisprudentes el valor de fuente formal del derecho romano sin que ello, empero, atenuara la innegable influencia que tuvo la *iuris interpretatio* de los primeros representantes de la ciencia jurisprudencial en la formación de un derecho siempre creciente y en progresivo desarrollo.

Fue Augusto, fundador del Imperio romano, quien elevó la respuesta de los jurisconsultos al rango de fuente formal del derecho de Roma, al conceder a un número determinado de ellos el *iuis respondendi ex auctoritate principis*, que consistía en el derecho de dar respuestas apoyándose en la *auctoritas* del emperador. La concesión de este privilegio fue un incentivo más para que los ciudadanos de espíritu cultivado abrazaran la ciencia del derecho y por tal medio también el príncipe logró la adhesión de caracterizados sectores de la ciudadanía para hacer efectivos sus ideales de restauración de la República y pacificación del Imperio. El infatigable quehacer de los jurisperitos de la época del principado determinó que se separaran en dos grandes sectas o escuelas, pero más fundamentalmente condujo a la elaboración de un derecho jurisprudencial que por su sello de sutileza y perfección ha servido para señalar una etapa en la línea evolutiva del derecho romano: la de la jurisprudencia clásica o la del derecho clásico.

a) ***Proculeyanos y sabinianos.*** Las dos escuelas en que se dividieron los jurisconsultos del primer siglo del principado fueron la de los proculeyanos y la de los sabinianos. La tradición romana considera a Labeón como fundador de la primera y a su contemporáneo Capitón como el iniciador de la segunda. Sin embargo, se tiene por más verosímil, y el nombre de las sectas confirma la hipótesis, que la organización de ellas se debió a Próculo y a Sabino, que habrían sido discípulos de los dos mencionados jurisconsultos.

Los estudiosos de nuestra disciplina han tratado de explicar con argumentos diversos las motivaciones de esta división de los jurisconsultos en dos escuelas y las características que las separaban. Estudiadas sus controversias, no se puede llegar a conclusiones definitivas sobre la cuestión, pareciendo aceptable que no hubo una causa única de diferenciación, sino variadas razones, destacándose como la más notable el método que empleaban para sus construcciones doctrinarias. Los proculeyanos habrían trabajado sin apego al precedente, aplicando una lógica rigurosa que les permitía inferir por deducción las conclusiones particulares que resultaban de los principios generales, mientras que los sabinianos, más afectos a la tradición, habrían seguido los criterios de sus predecesores y las decisiones de los tribunales. El jurisconsulto Pomponio en el fragmento del Digesto (1, 2, 2, 47) extraído

de su *Liber singularis enchiridii*, más conocido como *Enchiridion*, nos da la lista de los principales juristas de una y otra escuela. Cita entre los proculeyanos, después de Labeón, a Nerva el antiguo, a Próculo, a Nerva (hijo), a Pegaso de quien derivó el nombre de pegasianos con que también se denominó a la secta, a Celso el antiguo, a Celso (hijo) y a Neracio Prisco. Incluye entre los sabinianos aparte de su presunto fundador Capitón, a Masurio Sabino, a Casio Longino, de quien provino el nombre de casianos que también se dio a la escuela, a Javoleno, a Valente, a Tuciano y, por último, a Salvio Juliano.

b) ***Jurisprudencia clásica.*** Un momento decisivo en la evolución de la jurisprudencia de los tiempos del principado se debe a un rescripto dado por el emperador Adriano el que, según nos revela el jurisconsulto Gayo, confirmó los efectos del *ius publice respondendi* otorgado por Augusto. Por tal rescripto se reconocía autoridad a las respuestas y opiniones de los prudentes que habían recibido autorización para fundar la jurisprudencia (*quibus permissum in iure condere*), prohibiendo a los jueces separarse de tales consejos cuando hubieran sido emitidos por unanimidad. Es el momento en que las *responsa prudentium* adquieren su mayor auge como fuente formal del derecho romano. A causa del rescripto dictado durante el gobierno de Adriano (117-138 d. de C.), y también debido a que el príncipe inicia la costumbre de incorporar a los jurisconsultos a la acción oficial en altas funciones estatales y, muy especialmente, por el influjo de la filosofía estoica, se produce una nueva corriente del pensamiento jurídico romano que se ha dado en llamar "jurisprudencia clásica". Con ella la ciencia del derecho gana en cosmopolitismo, universalidad y orientación sistemática, sin descuidar un prudente tradicionalismo.

La actividad jurisprudencial clásica, que se traduce en una copiosa literatura jurídica, es brillante en extremo y lleva al derecho romano a su punto más elevado, a su cenit. La labor del jurisconsulto no se centra únicamente en el *agere*, *cavere*, *respondere* e *instruere* que oportunamente explicamos, sino que aparece más nítidamente el *scribere*, dentro de la pentaactividad de que nos habla el profesor Méhész. Son las *responsa*, las *quaestiones*, las *regulae*, las *institutiones*, las *sententiae*, las *definitiones*, los *Enchiridia* y los *Digesta*, las formas más salientes de escritos que ca-

nalizan la tarea indiscutible del jurisprudente de la fase clásica del derecho romano.

Esta época ve descollar a los más grandes jurisconsultos de todos los tiempos, a los que con justa razón Maeterlinck, en bella metáfora, llama "albañiles que construyeron para la eternidad". Hay coincidencia en que el primero de los clásicos habría sido Salvio Juliano, recordándose entre sus contemporáneos a Africano y Pomponio y muy especialmente al enigmático Gayo, que debe su gran fama a sus Institutas, que habrían sido parafraseadas en una obra titulada *Res cottidianae* o *Aurea*. Al final de la dinastía de los Antoninos –entre los años 160 a 192– Ulpio Marcelo, Cervidio Scaevola y Florentino son los principales representantes del clasicismo romano.

Con la dinastía de los Severos se entra en la última etapa de la jurisprudencia clásica. Brilla entonces *Aemilius Papinianus*, llamado el príncipe de los jurisconsultos. Entre sus obras más famosas se cuentan sus *Responsa*, escritas en diecinueve libros, y sus *Quaestiones*, en treinta y siete. Seiscientos fragmentos del Digesto de Justiniano recogen la opinión de Papiniano. En el gobierno de Alejandro Severo se destacan como grandes jurisconsultos dos de sus más preclaros consejeros, *Domitius Ulpianus* e *Iulius Paulus*. Ulpiano oriundo de Tiro (Fenicia), fue uno de los más fecundos jurisconsultos. Entre sus numerosas obras merecen citarse sus manuales de derecho, como fueron los dos libros de *Institutiones*, los siete de *Regulae* y un *Liber singularis regularum* que ha sido llamado también *Fragmenta Ulpiani*. El Digesto se nutre principalmente del jurisconsulto fenicio, al punto de que casi la mitad de sus fragmentos pertenecen a Ulpiano. Los escritos de Paulo son también numerosos y de extraordinario relieve. Dejó un manual práctico de derecho compuesto en cinco libros que se designa con el nombre de *Sententiae receptae* o *Pauli sententiae*. Las Sentencias de Paulo gozaron de gran autoridad y han llegado hasta nosotros a través de muchos pasajes recogidos por la *lex romana visigothorum*.

Con Ulpiano, Paulo y un contemporáneo de ellos, Herenio Modestino, se cierra la nómina de los cultores de la jurisprudencia clásica y, consecuentemente, llega a su fin la etapa de más sólida brillantez del sistema jurídico romano que hemos denominado del derecho jurisprudencial. El estudio del derecho decae

casi por completo y al esplendor de este período sucede, sin transición apreciable, una profunda oscuridad, que hace que no se cite a jurisconsulto alguno después de Modestino, como no sean algunos nombres, no muy conocidos, que se mencionan en el Digesto, como el de Rutilio Máximo y Julio Aquila.

§ 43. LEY COMICIAL Y SENADOCONSULTOS. — La ley comicial, que fue importante fuente de producción del derecho romano durante la República, mantiene su vigencia en los primeros tiempos del principado. Empeñado Augusto en restablecer el esquema político republicano devuelve al comicio su empalidecida facultad de dictar la ley. Son de la época de Augusto y de su sucesor, Tiberio, las últimas leyes votadas por los comicios. A partir de entonces cesa la actividad legislativa de las asambleas del pueblo, la que se transmite, por decisión de los príncipes, al senado. Hasta tal momento se conocen numerosas leyes dictadas por el comicio a instancia del emperador Augusto. Se cuentan entre ellas la *lex Iulia de maritandis ordinibus*, completada por la *lex Papia Poppaea*, denominada por esa razón *lex Iulia et Papia Poppaea*, que fomentaba las uniones matrimoniales y sancionaba a los célibes y a los matrimonios sin hijos; la *lex Iulia de adulteriis*, que castigaba el adulterio y el estupro; la *lex Iulia de peculatu*, que reprimía el robo de las cosas públicas; la *lex Iulia de ambitu*, que sancionaba la compra de votos en la elección de los magistrados; la *lex Iulia de vi publica vel privata*, que castigaba la violencia; la *lex Iulia de maiestate*, que condenaba los atentados contra el emperador, y la *lex Iulia iudiciorum publicorum et privatorum*, que abolía el procedimiento de las acciones de la ley. Ya en la era cristiana se votan otras leyes augusteas, como las *leges Aelia Sentia* y *Fufia* o *Furia Caninia* sobre manumisiones; la *lex Iunia Velleia* referente a institución de los póstumos y la *lex Iulia de collegiis*, que daba normas sobre el régimen de las corporaciones. Con Tiberio, al declinar la tarea legislativa del comicio, sólo se dictan la *lex Iunia Norbana* sobre manumisiones no solemnes de esclavos y la *lex Visellia*, que penaba la usurpación de la ingenuidad. Con el emperador Claudio se habría sancionado una ley sobre tutelas. El último rastro de ley comicial habría sido una *lex de imperio Vespasiani*, descubierta en el Capitolio de Roma.

El senado, que fue el organismo de mayor prestigio político de la República, careció de potestad legislativa durante este pe-

ríodo y sólo por algún tiempo la *patrum auctoritas* senatorial fue necesaria para que tuvieran validez las decisiones de los comicios y, especialmente, la de los *concilia plebis*, hasta que se sancionó la *lex Hortensia*. Así, las resoluciones o acuerdos del senado, llamados senadoconsultos (*senatusconsulta*), no constituyeron fuente del derecho romano en la etapa republicana.

Con el advenimiento del principado, el senado fue elemento fundamental en la política del Estado, tanto que se presenta un gobierno diárquico, en el que este organismo actuaba como asociado del príncipe. No es de extrañar, pues, que adquiriera una auténtica potestad legislativa de que había carecido en tiempos anteriores. De ahí que las Institutas de Gayo (1, 1, 4) expresen que "senadoconsulto es lo que el senado ordena y establece" (*Senatusconsultum est quod senatus iubet atque constituit*), agregando que "los senadoconsultos tienen fuerza de ley; por más que algunos lo hayan puesto en duda" (*idque legis vicem optinet, quamvis fuit quaesitum*).

El senado como órgano legislativo era de más fácil control para el príncipe que el comicio, porque de aquel cuerpo ejercía la presidencia y era miembro nato. Se explica, pues, que la actividad legislativa de las asambleas del pueblo se hubiera transmitido al senado en los primeros tiempos del principado. Al senado le correspondía debatir y votar la propuesta del emperador (*oratio principis*) que era leída por él mismo o por un representante suyo. Cuando los poderes del emperador crecieron en grado sumo –en época de los Severos– y el senado se convirtió en instrumento dócil a su servicio, el cuerpo se limitó a recibir la *oratio* y sin discusión le daba fuerza de ley.

De esta suerte los senadoconsultos constituyeron una de las más importantes fuentes de producción del derecho romano del período imperial. Regularon diversas materias de derecho privado y eran conocidos por el nombre del emperador que los había propuesto, como el senadoconsulto Claudiano, que castigaba con la pérdida de la libertad a la mujer libre que mantuviera relaciones concubinarias con un esclavo o el senadoconsulto Neroniano, que se refería a un legado inválido en la forma adoptada por el testador. También los senadoconsultos se designaban con el nombre del cónsul que había presidido la reunión del cuerpo, como el senadoconsulto Tertuliano, que contenía normas respecto de la

sucesión de la madre al fallecimiento de sus hijos, el senadoconsulto Orficiano que, recíprocamente, consagraba el derecho del hijo a heredar a su madre, o el senadoconsulto Veleyano, que prohibía a la mujer otorgar garantías personales o reales a favor de terceros. (Rompió la regla tradicional sobre la forma de denominar a los senadoconsultos, el senadoconsulto Macedoniano,) que se dictó para prohibir los préstamos hechos a los hijos de familia y que tomó su nombre de un tal Macedo, que habría dado muerte a su padre para poder pagar con dinero prestado las deudas contraídas.)

§ 44. Constituciones imperiales. – La última de las fuentes formales del derecho romano que apareció dentro de su progresión histórica fueron las constituciones sancionadas por el emperador las que, a la postre, con el imperio autocrático, se convertirían en única fuente de producción. En las Institutas de Gayo (1, 1, 6) encontramos el concepto de ellas: "constitución del príncipe es lo que el emperador establece por decreto, edicto o rescripto", con la observación de que "jamás se ha dudado de que las constituciones tienen fuerza de ley, pues el emperador mismo obtiene el imperio en virtud de una ley" (*Constitutio principis est quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit. Nec unquam dubitatum est, quod id vim legis obtineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat*).

Las constituciones imperiales en la primera época del principado no constituyeron una fuente del derecho de Roma, ya que el propósito de los príncipes de restablecer la arquitectura institucional de la República se oponía a todo intento de asumir las facultades legislativas que sucesivamente ejercieron en la época, el comicio y posteriormente el senado. Mas, cuando el Estado adquiere las características de una monarquía absoluta o autocrática con la dinastía dioclecianea-constantiniana, la potestad legislativa pasa a ser atributo exclusivo del emperador, que ejerce también la administración y la jurisdicción romanas. Por estas razones y porque la jurisprudencia ha empalidecido en grado sumo, las constituciones de los emperadores se convierten en la única y exclusiva fuente del derecho romano. Desde entonces podrá decir Ulpiano (Dig. 1, 4, 1, pr.) que lo "que al príncipe le plazca tendrá vigor de ley" (*Quod principi placuit, legis habet vigorem*).

Las constituciones imperiales fueron de distintas clases. Se llamaban *edicta*, las ordenanzas de carácter general dadas por el emperador para todo el imperio o una parte de él, en ejercicio del *ius edicendi*. Los edictos, como los que sancionaban los magistrados republicanos, contenían reglas de derecho que debían observar obligatoriamente los particulares. Se denominaban *decreta*, las decisiones judiciales expedidas por el emperador en las causas llevadas a su conocimiento (*cognitio*) en primera instancia o en grado de apelación. *Mandata*, eran las instrucciones de carácter administrativo dirigidas a los funcionarios o gobernadores de provincia que contenían algunas veces reglas de derecho privado. *Rescripta*, se designaba a las respuestas que el emperador daba, a manera de jurisconsulto, a las consultas jurídicas formuladas por particulares o funcionarios. Las respuestas a particulares se denominaban *relationes* o *consultationes*, en tanto que las emitidas para los funcionarios se designaban con el nombre de *epistolae*, porque se las redactaba por escrito.

Con el *dominatus* carecen de importancia los *mandatos* y los *decretos*; al quedar los primeros reducidos a meras órdenes para los servicios y los segundos al haber perdido el emperador la costumbre de dirimir personalmente los litigios. También disminuyó la eficacia de los rescriptos, con la asunción total de la potestad legislativa por el emperador, manteniendo su vigor los *edictos* o *leges generales*, que es el medio de que se vale el príncipe para crear nuevas normas jurídicas. Aparecen en el Bajo Imperio las *sanctiones pragmaticae*, que eran disposiciones adoptadas por el emperador, a requerimiento de autoridades o entidades públicas, o grupo de personas, generalmente sobre cuestiones administrativas.

§ PERÍODO DEL DERECHO DE LA CODIFICACIÓN (PREJUSTINIANEO-JUSTINIANEO). – Al estudiar las fases de la evolución histórica del derecho de Roma dijimos que la última de ellas correspondía a la que hemos denominado del derecho de la codificación, que tiene su inicio en época del *dominatus* y que culmina con la redacción de la compilación justinianea.

Agotada la producción jurisprudencial en tiempo de los Severos, que ve descollar a los últimos representantes del clasicismo romano –Ulpiano, Paulo y Modestino–, y centrada la potestad le-

gislativa en la autoridad absoluta del soberano, crece en demasía el último elemento productor del derecho romano, las constituciones de los príncipes. Su multiplicidad, amplitud de las materias sobre las que legislaban y la complejidad de los problemas jurídicos de la época, son razones que hacen necesaria su sistematización en un cuerpo ordenado de leyes. El fenómeno se daba fundamentalmente en lo atinente a las constituciones imperiales, denominadas con el término genérico de *leges*, pero otro tanto ocurría con el *ius* o los *iura*, esto es, el derecho comprobado y transmitido por los jurisconsultos el que, a pesar de su fecundidad, tampoco reposaba ordenada ni orgánicamente en un cuerpo legal. En las varias tentativas de organizar el derecho vigente, de resolver las dificultades que suscitaban para la práctica del derecho la dispersión y contradicción de las últimas fuentes formales de la legislación romana, radica la importancia del ciclo del derecho de la codificación. De este período estudiaremos los trabajos compilatorios realizados antes de Justiniano y el que tuvo su cristalización con el príncipe legislador.

§ 46. **Códigos Gregoriano y Hermogeniano.** – Los primeros intentos de compilación de las *leges*, fruto del esfuerzo personal de algunos jurisconsultos como Paulo, Ulpiano, Papirio Justo o del gramático Dositeo, que actuó en tiempo del emperador Adriano, adquieren alguna importancia cuando comienza la práctica de realizar trabajos formando un conjunto de cuadernos o libros que se denominaban *codex* o *codices*.

El primero en recopilar el derecho vigente redactando un *codex*, habría sido un jurisconsulto Gregorio o Gregoriano, que vivió en tiempo de Diocleciano. Su obra, publicada en los últimos años del gobierno del emperador dálmata, se designa con el nombre de código Gregoriano (*Codex Gregorianus*). Este trabajo, que ordena las *leges*, especialmente los rescriptos, el más antiguo de Septimio Severo del año 196 y el más nuevo de un siglo después, dictado por Maximiano y Diocleciano, estaba dividido en quince libros, subdivididos en títulos, con sus respectivas rúbricas, dentro de los cuales las constituciones se ordenaban cronológicamente.

Compilado también en tiempo de Diocleciano por un jurista Hermógenes o Hermogeniano, el código que lleva su nombre

(*Codex Hermogenianus*) habría sido un complemento y continuación del anterior. Contiene en un solo libro los rescriptos promulgados por Diocleciano en los años 293 y 294. Tanto el código Gregoriano como el Hermogeniano habrían sido completados con posterioridad, y aunque no llegaron hasta nosotros, es posible reconstruir parcialmente su contenido por las noticias que nos dan diversos pasajes insertos en las leyes romano-bárbaras y en algunas colecciones de la época, como la *Collatio* y la *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*.

§ 47. CÓDIGO TEODOSIANO. – Si los anteriores códigos se debieron exclusivamente a la iniciativa privada, adquiere ya carácter oficial el proceso de ordenación de las *leges* y, por ende, relevancia y mayores posibilidades, cuando se sanciona el *Codex Theodosianus*. El emperador de Oriente, Teodosio II, decide por una constitución publicada en el año 429, nombrar una comisión especial codificadora que ordenara las leyes imperiales sancionadas a partir de Constantino, siguiendo el modelo de los códigos Gregoriano y Hermogeniano, y los principios de derecho clásico considerados con vigencia. Como la comisión no cumplió su cometido, Teodosio designó en el año 435 otra nueva, presidida por un personaje de la época apellidado Antiocus. En un año realizó el trabajo, que fue publicado en Oriente el 15 de febrero del 438, y entró a regir en todo el Imperio el 1º de enero del 439, después de su reconocimiento por el emperador de Occidente, Valentiniano III.

El código Teodosiano se divide en dieciséis libros, que a su vez se subdividen en títulos, en los que las constituciones están colocadas metódicamente y por orden de fechas. Tiene la particularidad de que presta atención preferente al derecho administrativo bizantino, ocupándose del derecho privado en los primeros cinco libros. Reúne disposiciones de los derechos civil y penal, legislación sobre asuntos eclesiásticos y militares, derecho fiscal, reglamento de policía, normas relativas a las atribuciones de los magistrados, etcétera.

Esta importante compilación, valioso antecedente para la codificación justinianea, ha llegado hasta nosotros merced a trabajos de reconstrucción y de sucesivas publicaciones realizadas a partir del siglo XVI. La publicación de Mommsen en Berlín, en

1905, y la de Krueger, dada a luz entre los años 1923 a 1926; son fundamentales para el conocimiento del código Teodosiano. Es de hacer notar que la única traducción en lengua castellana del código de Teodosio II se realiza en nuestro país a fin de contribuir a la investigación jurídico-histórica que da profundidad y explica lo perenne del derecho romano. El importante trabajo que se publica en la Revista de la Sociedad Argentina de Derecho Romano, está bajo la dirección del profesor Agustín Díaz Bialet y cuenta con la inestimable colaboración de los profesores Humberto Vázquez y Víctor M. Contreras S. J.

Novelas teodosianas y post-teodosianas. Se designan con el nombre de *Novelas teodosianas* las constituciones imperiales que, después de la sanción del código, dictaron Teodosio II y Valentiniano III en ambas partes del Imperio, habiéndose denominado *Novelas post-teodosianas* a las leyes imperiales que sancionaron los sucesores de Teodosio, como Marciano en Oriente y Máximo, Mayoriano y Severo en Occidente. Las *Novellae*, que figuran en distintas ediciones del código Teodosiano como apéndices, han podido reconstruirse por la inserción de muchos de sus pasajes en la *lex romana visigothorum*.

§ 48. — COMPILACIONES PRIVADAS DE "IURA" Y DE "LEGES". — Deben anotarse dentro del período de la codificación prejustinianea distintas obras redactadas por iniciativa de particulares tendientes a ordenar tanto los *iura* como las *leges*. Tienen importancia porque han servido como fuente de conocimiento del derecho romano y, fundamentalmente, del derecho de la época clásica, combinado con normas dadas por las *leges imperiales*. Entre estos trabajos privados se destacan los *Fragmenta Vaticana*, la *Collatio legum mosaicarum et romanarum*, la *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* y el *Libro de derecho siro-romano*.

a) *"Fragmenta Vaticana"*. La más importante de estas obras privadas de *iura* y de *leges* habría sido el *Fragmenta Vaticana*, así llamada porque fue descubierta en un palimpsesto del siglo IV o V encontrado por el abate Angelo Mai en la biblioteca del Vaticano. Realizada al parecer en tiempo de la sanción del código Teodosiano, contiene constituciones extraídas en gran parte de los códigos Gregoriano y Hermogeniano y pasajes de los juriscon-

sultos que se destacaron en la época de los Severos, como Papiniano, Paulo y Ulpiano.

b) *"Collatio legum mosaicarum et romanarum"*. Otra obra realizada probablemente en los mismos tiempos que la anterior fue la *Collatio legum mosaicarum et romanarum*, que se designa también por el nombre de *Lex Dei*. Es una comparación entre las leyes romanas y las mosaicas, realizada tal vez por un jurista cristiano que pretendía demostrar que la legislación de Roma derivaba de las leyes hebreas. Desde este punto de vista carece de importancia, pero es otro material que nos permite conocer disposiciones de los códigos Gregoriano y Hermogeniano y pasajes de Papiniano, Gayo, Ulpiano, Paulo y Modestino, recogidos en el trabajo.

c) *"Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti"*. Esta colección, titulada así por Cujacio, quien la publicó por primera vez en el año 1577, es la reunión de opiniones de un jurisconsulto desconocido que habría vivido en las Galias en los siglos V o VI. Fue redactada sobre la base de las constituciones de los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano y fragmentos de las Sentencias de Paulo, que constituían casi la única fuente de conocimiento de la doctrina jurídica occidental.

d) *Libro de derecho siro-romano*. Bajo el título de *Leges Constantini, Theodossii, Leonis*, probablemente entre los años 476 a 480, fue redactada por autor desconocido, una obra más comúnmente llamada *Libro de derecho siro-romano*, por tratarse de una traducción siria de un manual escolar de derecho romano. Fue muy popular en Siria, Armenia y hasta en Etiopía, y ha permitido conocer constituciones de los emperadores Constantino, Teodosio y León, armonizadas con fragmentos doctrinales extraídos de los libros *ad Sabinum*, del jurisconsulto Ulpiano.

§ 49. TENTATIVAS DE ORDENACIÓN DEL "IUS". LEY DE CITAS. – Los intentos de sistematización del derecho realizados durante el Bajo Imperio estuvieron dirigidos fundamentalmente a las *leges* y salvo las referencias contenidas en las obras privadas entresacadas de pasajes de jurisconsultos clásicos, muy poco se había hecho en este sentido. Razones semejantes a las que hacían necesaria la ordenación de las leyes imperiales, justificaban igual tarea respec-

to del *ius*, que había crecido en demasía después de tres siglos de fecunda labor de los prudentes romanos. Empero, labor de tal magnitud sólo se cumplirfa acabadamente en el siglo VI, al sancionarse el Digesto o Pandectas del emperador Justiniano.

Al encomiable esfuerzo de Constantino para terminar con las críticas y divergencias entre las obras de los jurisconsultos, se debe la aparición de una tendencia definida a ordenar el *ius*, como medio de despejar el confusionismo jurídico que caracterizaba a su época. A tal efecto, en el año 321, sanciona una constitución que declara sin valor las notas de Ulpiano, Paulo y Marciano, sobre Papiniano. Como prácticamente la constitución proscribía toda la obra de Paulo, que gozaba de gran prestigio y popularidad en el mundo occidental, otra ley de Constantino del año 327 devolvió vigencia a los escritos de Paulo, en especial sus Sentencias, con excepción de las notas sobre Papiniano.

Las constituciones constantinianas sólo aportaron una solución parcial al problema, ya que no remediaron totalmente los inconvenientes que ofrecía la dispersión y contradicción del derecho jurisprudencial, tan difícil de interpretar y aplicar en los tribunales de justicia. Ello determina que cien años después, en el 426, Teodosio II promulgue una constitución, que Valentiniano III publica en Occidente, denominada "Ley de Citas".

Por virtud de la Ley de Citas se concedía valor legal a todas las obras de Papiniano, Gayo, Paulo, Ulpiano y Modestino y se ordenaba a los jueces que no se apartaran de ellas en sus sentencias judiciales. Cuando las opiniones de los cinco clásicos fueran desacordes, el juez debía atenerse al criterio de la mayoría; si había empate, se daba preferencia a la opinión de Papiniano y sólo en caso de silencio de éste o si ninguno de los jurisconsultos citados hubiere expresado su parecer sobre al asunto, podía el juez resolver según su libre apreciación.

No deja de constituir un progreso la sanción de la Ley de Citas, aunque la solución distara mucho de ser la ideal, no sólo porque las principales obras de los cinco jurisconsultos habían sido copiadas con interpolaciones y falsificaciones evidentes, sino también porque creaba, como se ha dicho, un tribunal de muertos, un jurado de difuntos, que reducía el papel del juez a contar maquinalmente los votos.

§ 50. LEYES ROMANO-BÁRBARAS. – Producida la caída del Imperio Romano de Occidente en el año 476, se hace necesario codificar el derecho romano vigente en los países dominados por los pueblos bárbaros, toda vez que, como ocurre cuando dos pueblos de cultura distinta entran en contacto, los reyes o caudillos germánicos adoptaron el sistema de la personalidad de la ley, que hacía que los bárbaros conservaran en los países ocupados sus leyes y costumbres nacionales, al tiempo que admitían que los romanos continuaran rigiéndose por su propia legislación. La aplicación del sistema de la personalidad del derecho llevó a los jefes bárbaros a ordenar en el Occidente germánico la codificación del derecho romano, que debería regir para sus súbditos romanos. Así nacen las llamadas *leges romanae barbarorum*.

Las compilaciones romano-bárbaras que constituyeron una importante fuente de conocimiento del derecho romano, fueron la *lex romana visigothorum* o Breviario de Alarico o de Aniano, que se sanciona en España y las Galias, sometidas a los visigodos; la *lex romana burgundionum* o *Papiani responsa*, que se promulga en la Galia oriental, ocupada por los borgoñones, y el *Edictum Theodorici*, que rige para el reino de los ostrogodos, que dominan la península itálica.

a) *"Lex romana visigothorum"*. La importante ley visigótica fue sancionada por orden de Alarico II, rey de los visigodos, alrededor del año 506. Es un extracto de los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, así como de algunas Novelas posteriores y de algunos escritos de Gayo, Paulo y Papiniano. La obra fue realizada por varios jurisconsultos romanos de la época dirigidos por Goyarico. La mayor parte de sus pasajes van precedidos de una paráfrasis o *interpretatio*. La *lex romana visigothorum* lleva ordinariamente el nombre de Breviario de Alarico, en homenaje al jefe germánico, y de Breviario de Aniano, en honor del canciller del rey, Aniano, quien debía suscribir los ejemplares que se mandaron a cada conde.

El Breviario de Alarico ha transmitido, a través de sus páginas, valioso material jurídico que de otra manera tal vez no hubiera llegado hasta nosotros. Se conocen por esta colección las Sentencias de Paulo y los cinco primeros libros del código Teodosiano y por mucho tiempo no se tuvo otra referencia de las Insti-

tutas de Gayo que la que se encuentra en la compilación *romana visigothorum*. Fue también muy importante por la influencia que tuvo en Europa occidental, habiéndosela observado como ley en España hasta la sanción del llamado *Codex Revisus* de Leovigildo, que ocurrió a fines del siglo VI.

b) *"Lex romana burgundionum"*. Esta ley romano-bárbara –designada por mucho tiempo con el nombre de *Papiani responsa*– fue publicada en la Galia oriental para regir las relaciones de los súbditos romanos del reino de los borgoñones. Habría sido redactada entre los años 517 a 534, durante el reinado del jefe burgundio Gundobado. Se basa, al igual que el Breviario de Alarico, en los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, en las Sentencias de Paulo y en las Instituas de Gayo, pero adolece del defecto de mezclar en sus cuarenta y seis títulos principios típicamente romanos con preceptos del derecho borgoñón.

El nombre de *Papiani responsa* o el *Papiano*, con que también se designa a la ley bárbara, se debe a que los manuscritos de ella fueron encontrados por Cujacio en el año 1566, a continuación de las *Responsa* de Papiniano, que forman la última parte del Breviario de Alarico, considerándosela así como un suplemento del *Papiniani libri responsarum*. La denominación *Papiani* obedece a que en los manuscritos del Breviario el nombre del ilustre Papiniano aparece abreviado y ello dio lugar a que Cujacio cayera en el error de creer que se trataba de la obra de un autor desconocido, error que rectificó en su segunda edición de 1586, pero que no modificó la defectuosa denominación de la *lex romana burgundionum*.

c) *"Edictum Theodorici"*. El rey ostrogodo Teodorico, que dominaba la península itálica, hizo sancionar en Roma, en el año 500 una ley que, contrariando el sistema de la personalidad del derecho, debía aplicarse tanto a godos como a romanos. El *Edictum Theodorici* está enteramente vaciado en el derecho romano, sobre todo en el código Teodosiano, en las Novelas posteriores y en las Sentencias de Paulo y en un trabajo de Ulpiano titulado *De officio proconsulis*. Sin embargo, las fuentes están de tal manera mutiladas, que el derecho romano es difícilmente reconocible.

§ 51. COMPILACIÓN JUSTINIANEA. – El emperador Justiniano, que ascendió al trono de Bizancio el 1º de abril del 527, se propuso realizar un ambicioso plan de gobierno, cual era la restauración de todo el Imperio Romano bajo un emperador único, una sola iglesia y un solo derecho. Sabemos de sus empeños para lograr sus dos primeros objetivos y también que llevó a feliz término una completa codificación del derecho romano, empresa en la que obtuvo el mayor y más duradero de sus éxitos. Justiniano prosiguió los intentos que sus predecesores, con suerte varia, habían comenzado durante la etapa que llamamos del derecho de la codificación.

Su tarea se vio facilitada por la circunstancia de que las bases intelectuales estaban dadas a través de la empeñosa labor de las dos principales escuelas de derecho de la época, la de Berito y Constantinopla, que habían realizado un intenso estudio de las fuentes clásicas, a lo que debe sumarse el haber podido contar con la valiosa colaboración de uno de los hombres más cultos de su tiempo, Triboniano, a cuyas dotes de jurista agregaba la de ser un gran bibliófilo y un técnico en legislación. Bajo la dirección personal de Justiniano y el control directo de Triboniano, diversas comisiones legislativas, integradas principalmente por doctos profesores de las dos escuelas orientales, dieron término en menos de siete años –de 528 a 534– a la ímproba labor de realizar una compilación general del *ius* y de las *leges*. Así vio la luz el más grande monumento jurídico de todos los tiempos al que, desde la famosa edición ginebrina realizada por Godofredo en el año 1583, se ha llamado *Corpus Iuris Civilis*.

Como sabemos, el *Corpus Iuris* consta de cuatro partes: una colección en doce libros de constituciones imperiales, llamada Código (*Codex Iustinianus*); una recopilación en cincuenta libros de las obras de la jurisprudencia clásica, llamada Digesto (*Digesta*, voz latina que significa "distribución sistemática") o Pandectas (*Pandectae*, voz griega equivalente a "libros que contienen todo"); una exposición en cuatro libros de los principios elementales de derecho, llamada Institutas (*Institutiones*) y una colección de las constituciones promulgadas por Justiniano después de la entrada en vigencia de su codificación, denominada Novelas (*Novellae*).

Numerosas ediciones se han realizado de las distintas partes del *Corpus Iuris*, así como de la obra compilatoria en su integri-

dad. Fue un precioso material para el conocimiento del derecho romano, especialmente de la fase final de su progresión histórica.

Las primeras ediciones del *Corpus* aparecieron en el siglo XVI, unas con glosas, otras sin ellas. Pero fue en el año 1583 cuando ve la luz en Ginebra una cuidadosa edición que pertenece a Dionisio Godofredo, autor que dio el nombre de *Corpus Iuris Civilis* a la obra legislativa del emperador Justiniano. En la actualidad la edición más completa es la publicada en 1866 y 1870 por Mommsen y Krueger y en la que han colaborado muchos especialistas, particularmente Schoell y Kroll. La última reproducción data del año 1929, habiendo dirigido Mommsen la publicación del Digesto, Krueger la de las Institutas y el Código, y Schoell y Kroll la de las Novelas. Una edición manual o de bolsillo, muy usada por los romanistas, fue realizada en Milán (1908-1931) por los maestros italianos Bonfante, Fadda, Ferrini, Riccobono y Scialoja. Existe en España una edición bilingüe del *Corpus*, en seis volúmenes, publicada por Ildefonso García del Corral entre 1892 a 1898.

§ 52. **El Código.** – La tarea compilatoria de Justiniano comenzó por las *leges*. A tal fin, por la constitución *Haec quae necessario*, sancionada en febrero del 528, el emperador designó una comisión compuesta de diez jurisconsultos a cuya cabeza se encontraba Juan de Capadocia, *quaestor sacri palatii*, para que reuniera en un Código todas las colecciones de *leyes* hechas anteriormente –códigos Gregoriano, Hermogeniano, Teodosiano– así como las constituciones que les siguieron. Se autorizó a la comisión a tomar de las leyes lo que pareciera útil, a abreviarlas, a suprimir lo que estuviera en desuso, a alterar su texto si fuera necesario y a ordenarlas cronológicamente por materias en una sola obra, bajo diferentes títulos.

En catorce meses la comisión terminó su tarea y el Código fue promulgado por el emperador mediante la constitución *Summa reipublicae*, en abril del 529. Este primer Código de Justiniano, llamado Código antiguo (*Codex vetus*), fue objeto de una revisión cuatro años después, a causa de lo cual aquella obra originaria no ha llegado hasta nosotros. La sanción del Código no hizo cesar la actividad legislativa del emperador, que continuó publicando constituciones cuyo objeto era remozar el derecho de la época.

Parte de aquellas constituciones fueron reunidas en el año 530 o 531 en una colección que recibió el nombre de Cincuenta decisiones (*Quinquaginta Decisiones*), cuyo original tampoco se ha conservado.

Concluida la tarea de realizar el Digesto y las Institutas, ordenó Justiniano que se revisase el Código *vetus*. Era necesaria la tarea por cuanto el propio emperador había publicado desde aquella época numerosas constituciones nuevas, entre las cuales figuraban principalmente las *Quinquaginta Decisiones*, que modificaban, cambiaban y perfeccionaban el derecho de las Pandectas y que no se encontraban en su Código originario. Dispuso a ese fin, en 534, que una comisión encabezada por Triboniano hiciera una reelaboración del Código, añadiendo las nuevas constituciones y poniéndolo más en armonía con el Digesto y las Institutas. La labor terminó el mismo año y la nueva edición del Código (*Codex repetitae praelectionis*) fue confirmada en noviembre del 534 por la constitución *Cordi novis* que prohibía que en adelante se invocasen ante los jueces las cincuenta decisiones, ni las posteriores (*plurimas constitutiones*), sino sólo la autoridad de la obra que acababa de sancionarse.

El nuevo Código incluyó las constituciones promulgadas desde Adriano hasta Justiniano, con mayor número de las de Diocleciano y Maximiano. Está dividido en doce libros que se subdividen en títulos, con sus respectivas rúbricas. En cada título se hallan colocadas las constituciones según las materias a que pertenecen, con arreglo a un orden cronológico. A la cabeza de cada constitución aparece el nombre del emperador que la dictó y el de la autoridad o particular a la que estaba dirigida (*inscriptio*), hallándose a su final la fecha en que fue sancionada (*subscriptio*). Las más extensas se dividen en parágrafos, pero tal división no es muy usual. El orden de materias que sigue el Código es el mismo que, como veremos, contiene el Digesto, aunque comprende en sus tres últimos libros variados temas que no se encuentran en las Pandectas. Por otra parte, se omitieron muchas constituciones del Código antiguo citadas en las Institutas.

El libro I presenta disposiciones relativas a las fuentes del derecho e incluye normas sobre los *officia* de los magistrados y sobre las relaciones entre la Iglesia y el Estado; los libros II a VIII tratan del derecho privado en general, con referencia especial a

los derechos reales, las obligaciones, los contratos y el derecho sucesorio; el libro IX está dedicado al derecho criminal y los libros X a XII versan sobre el derecho administrativo y financiero.

§ 53. **El Digesto.** – El 15 de diciembre del año 530, por la constitución *Deo Auctore*, Justiniano creó una comisión presidida por el entonces *quaestor sacri palatii*, Triboniano, para realizar la tarea de sistematizar y ordenar las opiniones de los jurisconsultos que habían gozado del *ius respondendi* y formar con ellas un cuerpo de doctrina legal. El 16 de diciembre del 533 se concluyó la obra, quedando sancionada con el nombre de Digesto o Pandectas por la constitución bilingüe, griega y latina, *De confirmatione Digestorum* o *Tanta*, que el emperador dirigió al senado y al pueblo.

Contiene el Digesto miles de extractos de las obras de los jurisconsultos romanos del siglo I a. de C. al siglo IV de nuestra era, siendo el jurisconsulto más antiguo que se cita Q. Mucio Scaevola y entre los más recientes figuran Arcadio Carisio y Hermogeniano. La mayoría de las obras consultadas son del final de la época clásica, habiendo suministrado Ulpiano un tercio del total de fragmentos aproximadamente, y Paulo un sexto. En suma, la comisión examinó más de dos mil libros, con tres millones de líneas, que hábilmente redujo a cincuenta mil.

Los redactores del Digesto no se ajustaron estrictamente a las instrucciones dadas por el emperador en la constitución *Deo Auctore* al haber incorporado fragmentos de obras de jurisconsultos que no gozaron del *ius publice respondendi*. En cambio, la comisión presidida por Triboniano hizo uso de la facultad otorgada por Justiniano de retocar y modificar, en la medida necesaria, los textos elegidos con el fin de adecuarlos al derecho vigente. Estas alteraciones introducidas por los compiladores en los pasajes de los jurisconsultos clásicos recogidos en el Digesto, reciben el nombre de "interpolaciones" o "tribonianismos". La investigación sobre las interpolaciones se inicia con la *schola culta* de Cujacio, pero los estudios más especializados parten de un índice en tres volúmenes realizado por Lenel, Levy y Ravel (1929-1935). También es de suma utilidad para descubrir el manipuleo interpolacionístico en los textos clásicos, un índice de Guarneri-Citati, publicado en 1922.

El Digesto está dividido en cincuenta libros, cada uno subdividido en títulos con sus respectivas rúbricas, indicadoras de las materias que trata el título. Como el Código, la distribución de materias sigue el plan del edicto pretorio, y de ahí que se halle dividido en siete partes. Los títulos difieren en extensión y los libros del treinta al treinta y dos constan de un título único. Dentro de los respectivos títulos cada fragmento está identificado por el nombre del jurisconsulto autor del mismo, que figura en el encabezamiento, y está también indicada la obra de donde procede.

La primera de las siete partes en que está dividido el Digesto (libros I a IV) contiene las nociones generales del derecho y lo relativo a jurisdicción e introducción a la instancia; la segunda, llamada *pars de iudicis* (libros V a XI), trata de la doctrina general de las acciones, de las que tutelan la propiedad y los distintos derechos reales y de algunas acciones especiales, como la de la *lex Aquilia*, la proveniente del estado de indivisión, etc.; la tercera parte, *pars de rebus* (libros XII a XIX), reproduce las disposiciones del edicto referente a *de rebus creditis*, agregando las rúbricas sobre contratos; la cuarta parte, llamada *umbilicus* (libros XX a XXVII) comprende instituciones complementarias de los contratos, como el derecho hipotecario y los medios de prueba, abarcando además temas de derecho de familia, como el matrimonio, la dote, la filiación, la tutela; la quinta parte, *de testamentis et codicillis* (libros XXVIII a XXXVI) versa sobre la herencia y los legados; la sexta parte (libros XXXVII a XLIV) se refiere a la *bonorum possessio* y a lo concerniente al derecho de propiedad y a la posesión, y la séptima y última parte (libros XLV a L) contiene normas sobre obligaciones verbales y los fiadores en las obligaciones, sobre delitos públicos y privados y las penas, así como acerca de las apelaciones en los juicios, terminando con dos títulos que incluyen reglas interpretativas de la codificación.

Un punto que ha preocupado a los estudiosos de la materia es el relativo al método que habría seguido la comisión compiladora para lograr su gigantesco cometido en el corto tiempo de tres años. Según cierta hipótesis, la tarea se habría facilitado porque los compiladores estuvieron en posesión de los *pre-Digesta*, que eran una o más compilaciones privadas, realizadas por autores bizantinos las cuales, elaboradas de manera similar al Digesto,

habrían suministrado la base para su redacción. Se ha pensado también que no pasó de ser una compilación precedente que se arregló y modificó en parte. Más recientemente, Arangio Ruiz sostiene que las Pandectas habrían sido el resultado de varias antologías parciales de materiales clásicos confeccionadas para ser utilizadas como texto en las escuelas de derecho.

La tesis más importante a este respecto es la sustentada por el romanista alemán Federico Bluhme, quien advirtió que título por título, la mayor parte de las obras clásicas volcadas en el Digesto se distribuían en tres distintos grupos: los que se relacionaban con los extractos de los comentarios sobre Sabino, los que versaban sobre el Edicto o los que se referían a las *Responsa* de Papiniano. Bluhme determinó así la existencia en las Pandectas de tres masas o series que denominó "masa sabiniana", "masa edictal" y "masa papinianea", designando algunas obras que no pertenecían a ninguna de ellas con el título de "masa post-papinianea". Estimaba el jurista alemán que reunidas las distintas subcomisiones que debían trabajar sobre las respectivas masas, aquéllas habrían agrupado y leído los textos para después hacer las correcciones e interpolaciones necesarias, a fin de mantener su congruencia y su consonancia con la realidad. La ingeniosa teoría de Bluhme es la que cuenta con mayor número de adeptos, no obstante las críticas que se le han formulado. Cualquiera que sea la solución del difícil problema, parece indudable la existencia de obras anteriores a la redacción del Digesto, que facilitaron la tarea de la comisión y le permitieron cumplir con su cometido en el breve plazo de tres años.

Digamos, por fin, que del Digesto se han descubierto numerosos manuscritos, destacándose por su antigüedad y contenido el llamado "Florentino" o "Pisano", denominación que obedece a que encontrándose en Pisa en el siglo XII, fue llevado a Florencia por los florentinos, quienes se apoderaron de él en el año 1406. Consta de dos volúmenes escritos a doble columna, en caracteres unciales, siendo probablemente redactado en los siglos VI o VII. Los demás manuscritos conocidos datan del siglo XI y ofrecen el Digesto con una división tripartita de oscuro origen: el *Digestum vetus* (hasta el libro XXIII, III, 1); el *Digestum infortiatum* (hasta el final del libro XXXVIII) y el *Digestum novum*. Estos manuscritos recibieron el nombre de *Vulgata*, *littera vulgata*, o *littera bo-*

noniensis, designación esta última derivada de que en esta versión se lo estudiaba en la famosa escuela de Bolonia.

§ 54. LAS INSTITUTAS. – Mientras se iba realizando la compilación de los *iura* en el Digesto, Justiniano decidió que para la práctica de los escolares, según ya lo había expresado en la constitución *Deo Auctore*, se redactara un tratado elemental de derecho. Por la constitución *Imperatoriam maiestatem* del 21 de noviembre del año 533 se publicaron las Institutas de Justiniano, destinadas, en efecto, "a la juventud deseosa de estudiar leyes" (*cupidae legum iuventuti*), comenzando a regir con fuerza legal, a pesar de tratarse de una obra de enseñanza, el 30 de diciembre del 533 por imperio de la constitución *Tanta*, que también daba vigencia a las Pandectas.

Sus redactores –Teófilo y Doroteo– utilizaron como modelo varios libros de jurisconsultos clásicos usados para la enseñanza elemental, como las Instituciones de Ulpiano, Florentino, Marciano y Paulo y muy especialmente las Institutas de Gayo, que era la obra que hasta entonces servía para los jóvenes que anhelaban estudiar derecho. Las Institutas resumen la temática jurídica de las Pandectas y el *ius* extraordinario de los emperadores, fusionándolos para dar una idea somera del derecho de la época. Es, en suma, una colección de *iura* y de *leges*, que tiene la particularidad de no mencionar a los autores de sus textos y de ser el emperador quien habla en primera persona, dirigiéndose a los jóvenes que emprenden el estudio del derecho.

Con los mismos lineamientos de su modelo gayano, las Institutas de Justiniano se dividen en cuatro libros, subdivididos en títulos, con sus respectivas rúbricas, y éstos a su vez en parágrafos numerados, precedidos de una introducción o *proemium*. Toda la materia está ordenada de acuerdo con la clasificación de las Institutas de Gayo, según la cual "el derecho se refiere a las personas, a las cosas y a las acciones" (*Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*). El libro primero, después de ocuparse del derecho y su división, trata de las personas. El libro segundo versa sobre las cosas, su división, los modos de adquirir la propiedad, los derechos reales sobre la cosa ajena y los testamentos, uno de los medios de adquirir el dominio. El libro tercero contiene los principios que regulan la suce-

sión *ab intestato*, las obligaciones y los contratos. El libro cuarto se ocupa de las acciones y destina un último título a los juicios públicos que se inician por la comisión de algún delito público.

§ 55. LAS NOVELAS. – La actividad legislativa de Justiniano no concluyó con la sanción del Código, el Digesto y las Institutas. Por el contrario, a partir del 535 promulgó nuevas constituciones (*novellae constitutiones*), las cuales debían recogerse, según su pensamiento, en un código definitivo. Como el plan del emperador no pudo llevarse a cabo, las Novelas de Justiniano nunca fueron oficialmente reunidas. Se publicaron, sin embargo, colecciones de ellas debidas a la iniciativa privada, que han tenido el mérito de hacernos conocer las *leges novellae* del emperador, sancionadas no sólo para regular cuestiones secundarias, sino también para dar ordenación normativa a importantes instituciones de derecho privado, como el matrimonio y la sucesión *ab intestato*.

A Juliano, contemporáneo de Justiniano, se debe la primera colección de las Novelas llegada hasta nosotros. Se trata de un extracto en latín, bastante extenso, de ciento veinticinco novelas, designado con el nombre de *Epitome novellarum* o *Epitome Iuliani*. Otra versión nos transmite su texto en lengua griega y contiene ciento sesenta y ocho novelas, algunas de las cuales fueron sancionadas por los dos sucesores de Justiniano, Justino II (565-578) y Tiberio II (578-582). Esta obra es de autor desconocido y ha sido denominada *Colección de novelas griegas*. Una tercera recopilación de las Novelas es la que lleva el nombre de *Corpus authenticum* o simplemente *Authenticae*. Esta ordenación, cuyo autor tampoco nos es conocido, consta de ciento treinta y cuatro novelas y adquirió gran importancia a partir de los glosadores, que usaron para sus trabajos la Auténtica en vez del *Epitome Iuliani*, que era hasta entonces la versión más consultada de las Novelas.

Título IV

HISTORIA DEL DERECHO ROMANO DESPUÉS DE JUSTINIANO

§ 56. Conceptos generales. – Estudiado el proceso evolutivo del derecho romano desde la fundación de la ciudad hasta su codificación en el *Corpus Iuris Civilis*, debemos describir su trayectoria después de la muerte de Justiniano o, lo que es lo mismo, referirnos a su destino posterior, a su influjo en las legislaciones y derechos de los países del mundo contemporáneo. La sola enunciación del tema habla bien a las claras de su vastedad y complejidad, circunstancias que nos impedirán, dada la naturaleza de la presente obra, profundizar en materia tan rica en matices y tan debatida por los estudiosos.

Trataremos de la "segunda vida del derecho romano" explicando brevemente cómo el derecho de Roma, después de la compilación justinianea –no ya el derecho de una nación o de un imperio incluso, sino la fuerza intelectual independiente–, alcanzó importancia en la historia universal y de qué manera hizo sentir su influjo en el derecho de las naciones de América latina y, en especial, en el de nuestro país, particularmente en su derecho civil.

§ 57. El derecho romano en Oriente. – Justiniano, en la convicción de que su obra tenía carácter definitivo, prohibió, bajo las más severas penas, la publicación de comentarios que pudieran alterar su pureza y su espíritu, pensando preservarla así de toda modificación que fuera más allá de la intención del legislador. No obstante, como la lengua latina que se había usado para la composición y publicación del *Corpus* no era el idioma de los bizantinos, bien pronto aparecieron traducciones al griego de las Institutas, el Código y el Digesto, debidas a la iniciativa privada. Pero la labor fue más allá, porque desobedeciendo los designios

del augusto emperador, los jurisconsultos redactaron índices, comentarios, paráfrasis, que si bien dieron gran extensión a la ciencia del derecho, hicieron incierto el uso de la compilación de Justiniano.

Sobre el Digesto aparecieron resúmenes o índices que se debieron a Teófilo, Doroteo –autores de las Institutas– y a los profesores de Constantinopla, Cirilo y Estéfano. También se publicaron obras que recibieron la denominación de *Anónimos* y el trabajo llamado "Contradicciones en el Digesto", *Enantiofane*, que es de un escritor anónimo y del cual se conservan algunos fragmentos en los *escolios* de las Basílicas.

Respecto del Código se conocen obras de Talaleo, Isidoro, Anatolio y Teodoro. No han llegado hasta nosotros, pero se sabe que la redacción de Talaleo fue utilizada para la elaboración de las Basílicas. Las Novelas también tuvieron interés para los juristas orientales, y así existe un resumen que realizó Teodoro y otro Atanasio de Emesa, durante el gobierno de Justino II.

a) ***Paráfrasis de Teófilo.*** Dentro de la numerosa literatura oriental postjustinianea se destaca la paráfrasis de Teófilo a las Institutas, compuesta en lengua griega. No se trata meramente de una traducción, sino de una exégesis de parte tan importante de la colección justinianea realizada por uno de sus dos redactores en los meses que siguieron inmediatamente a la compilación. En ello radica el mérito, no siempre aceptado, del trabajo de Teófilo, el que, por otra parte, ha servido para iluminarnos acerca del verdadero significado de algún texto justinianeo y de sus relaciones con el derecho anterior.

b) ***"Egloga", "Prochiron", "Epanagoge".*** Olvidada la prohibición del emperador a poco tiempo de terminada la codificación, la literatura jurídica bizantina aumentó vertiginosamente, dificultando la aplicación práctica del derecho en los tribunales de justicia, a lo que se sumó el desuso progresivamente acelerado de la lengua latina, en que estaba compuesta la compilación. Los emperadores bizantinos apreciaron entonces la necesidad de promulgar para sus súbditos codificaciones oficiales que ordenaran el caótico derecho de la época y en las cuales se expusiera su contenido en idioma griego.

El emperador León el Isáurico (714-741) fue el primero de los gobernantes de Bizancio que trató de dar solución al proble-

ma. A tal fin promulgó una especie de codificación nueva y más breve, en griego, que se designó con el nombre de *Egloga*, que no promulgó para reemplazar el derecho de la compilación de Justiniano, sino para hacerlo más accesible, en lengua y en espíritu, al pueblo al que debía regir y a los hombres que debían interpretarla. Aquella corriente se continúa siglo y medio después por el emperador Basilio el Macedonio (867-886) y su hijo León el Sabio (886-911). El primero mandó confeccionar dos breves colecciones de carácter general, basadas en la compilación justiniánea, designadas con el nombre de *Prochiron* y *Epanagoge*.

c) ***Las Basílicas.*** Al mismo Basilio corresponde el proyecto más ambicioso de eliminar por completo el uso práctico del *Corpus Iuris* y reemplazarlo por una colección griega que reuniera, debidamente extractados, los materiales contenidos en sus distintas partes. La muerte impidió al emperador satisfacer sus anhelos, que cumplió su hijo León el Sabio. La obra, denominada *Basílicas*, tal vez en homenaje al emperador macedónico, consta de sesenta libros, subdivididos en títulos que reproducen los libros de derecho de Justiniano, en forma de resúmenes griegos. Las *Basílicas* tuvieron amplia repercusión en su tiempo, especialmente a fines del siglo x, en que se rodeó a su texto de amplios comentarios, llamados "escolios", a los que se concedió también valor oficial. Grande es la importancia de la obra de León el Sabio, pues significó el mayor intento en el mundo oriental de codificar y modernizar el derecho, pero fue causa también de que decayera cada día más el estudio directo de la obra legislativa de Justiniano.

Las *Basílicas* conservaron vigencia por mucho tiempo en el Imperio bizantino, pero su contenido resultó desproporcionado para la escasa cultura de la época, situación que dio lugar a la elaboración de índices y repertorios que facilitaran su manejo. Entre ellos tenemos un índice llamado *Sinopsis Basilicorum*, publicado en el siglo XI, y un repertorio denominado *Tipucitus*, que parece haber sido de la misma época.

d) ***"Hexabiblos".*** En el último siglo de existencia del Imperio Romano de Oriente, se realiza el postrer intento doctrinal sobre el derecho romano bizantino por el juez de Tesalónica, Constantino Armenopulo, quien hacia 1345 publica un *Manuale legum*

en seis libros (*Hexabiblos*). El manual de Armenopulo fue reconocido como fuente oficial del derecho en Grecia durante varios siglos y resultó la forma definitiva en que subsistió el derecho de Roma en la Europa bizantina.

§ 58. El derecho romano en Occidente. – La compilación justinianea, cuyo objeto había sido lograr la unidad jurídica del Imperio Romano, no tuvo aplicación durante mucho tiempo ni menos difusión en el mundo occidental, aunque luego del llamado renacimiento del derecho romano en el siglo XII influyó decidida y vitalmente en los países de la Europa continental.

Después de la caída del Imperio Romano de Occidente en el año 476, el derecho romano sólo mantuvo vigencia a través de las leyes romano-bárbaras que, como vimos, se promulgaron a instancia de los reyes o caudillos germánicos a partir del año 500 para hacer efectivo el sistema de la personalidad del derecho. Aquella pálida aplicación de algunas leyes y principios romanos contenidos en las colecciones romano-bárbaras, se enriqueció por algún tiempo en Italia cuando el emperador Justiniano, después de reconquistar la península, sancionó en el año 554 la *sanctio pragmatica pro petitione Vigilii*, por la que disponía la aplicación en sus territorios del *Corpus* y la consecuente abrogación del Edicto de Teodorico que regía en la península para godos y romanos. La vigencia de la legislación justinianea fue efímera ya que, a poco de la muerte de Justiniano, las regiones reconquistadas por el emperador volvieron a ser arrebatadas al dominio bizantino por la tribu bárbara de los longobardos. Este pueblo impuso su derecho nacional y abolió la legislación justinianea, circunstancia que fue propicia para que el derecho longobardo se fuera depurando paulatinamente y constituyera el mejor exponente de la ciencia jurídica bárbara, especialmente con el florecimiento de la escuela de Pavía entre los siglos X y XI.

El derecho romano en la Europa occidental del medioevo no pudo quedar ajeno, como producto cultural que era, a la profunda depresión que experimentaron todos los valores culturales durante aquel oscuro período histórico. Vivió durante los siglos de la baja Edad Media el proceso de una progresiva decadencia, que no lo condujo a un total olvido, merced a una literatura jurídica no muy escasa que constaba de epítomes de las obras más antiguas,

breves glosas agregadas a tales obras, colecciones de formularios de documentos, etcétera.

Aquel oscurantismo romanista toca a su fin en las postrimerías del siglo XI cuando se inicia el renacimiento de la civilización europea. El centro de la cultura jurídica longobarda se traslada de Pavía a Bolonia y dentro precisamente de esa nueva escuela jurídica renace para Occidente el derecho justinianeo, que por su avasalladora autoridad pronto anularía al ordenamiento de los longobardos. Se ha dicho, con toda razón, que éste es el primero de una serie de "renacimientos" que se produjeron en Occidente, hasta culminar con el Renacimiento por antonomasia, que hizo despertar en el mundo del poniente un vivo entusiasmo por el estudio de la antigüedad clásica griega y romana.

a) *Irnerio y los glosadores.* Si el curso ascendente de la cultura fue el aliado más importante con que contó el derecho romano para llegar a su renacimiento, en la época se dio un suceso que iba a tener influencia directa y decisiva sobre el despertar del romanismo en Occidente. En el año 1090 el monje Irnerio, profesor de gramática en Bolonia, descubrió en una biblioteca de Pisa un manuscrito del Digesto, el "manuscrito pisano", denominado con el tiempo también "manuscrito florentino", porque en el siglo XV los florentinos derrotaron a los pisanos y se llevaron el documento en señal de triunfo. Con un momento político, económico y cultural propicio para la utilización de tan valioso hallazgo, Irnerio comenzó a realizar un estudio filológico sobre él para llamar luego la atención de los juristas, atraídos por el interés que el manuscrito presentaba.

En torno a la personalidad de Irnerio se agruparon alumnos provenientes de los distintos países de Europa, que despertaron así al romanismo e hicieron de la escuela de Bolonia la cuna del renacimiento del derecho romano en la Edad Media. Entre los más famosos discípulos de Irnerio se cuentan los "cuatro doctores": Búlgaro, el boca de oro (*os aureum*); Martino Gosia, apegado a la letra de la ley (*copia legum*); Jacobo de Porta Ravenata, elegido por Irnerio para sucederle en la dirección de la escuela (*id quod ego*) y Hugo de Alberico, que se adentraba más en el espíritu de la ley que en su letra (*mens legum*).

Por el método que usaron en sus trabajos los miembros de la escuela de Bolonia, se la designa también con el nombre de es-

cuela de los glosadores. Unían al texto del *Corpus Iuris* sus propias explicaciones, que podían estar intercaladas en el texto (glosas interlineales) o escritas al margen (glosas marginales) y de esta forma buscaban paralelismos, citas dispersas que se completaban, contradicciones y sus posibles reconciliaciones. El resultado de los numerosos trabajos de los glosadores fueron resumidos por Acursio, en el año 1250, en una obra de conjunto denominada *Gran Glosa* o *Glosa Acursiana*. Se cierra entonces el ciclo de la escuela de los glosadores a la que se debe, a través de la Gran Glosa, un comentario sistemático del derecho justinianeo, que fue más utilizable en la práctica que la compilación misma del príncipe legislador.

b) ***Los comentaristas o postglosadores.*** Como una continuación de los glosadores alcanza su cumbre en el siglo XIV la escuela de los comentaristas o postglosadores, que tiene en Bártolo de Saxoferrato y en Baldo de Ubaldis a sus más eminentes figuras. Los comentaristas, contrariando el espíritu de los jurisconsultos romanos, enemigos de las generalizaciones, procuran elaborar teorías fundadas en las citas del *Corpus Iuris*. Abusan, sin embargo, de las formas escolásticas, excediéndose en divisiones y distinciones, subdivisiones y oposiciones sutiles, pero vacías de originalidad. A pesar de la enorme repercusión que alcanzaron las obras de Bártolo y de Baldo y de la notoriedad que dieron a la ciudad de Perugia, en donde desplegaban su actividad, muchas críticas se han formulado contra la escuela que definitivamente se alejó de los textos del *Corpus Iuris*, creando teorías bastardas con disfraz justinianeo. Empero, no se ha dejado de reconocer que a la ciencia romanística italiana del siglo XIV, cuyos principales representantes estuvieron enrolados en la escuela de los comentaristas, le corresponde el honor de ser la verdadera fundadora de la ciencia jurídica moderna.

c) ***Recepción del derecho romano en la Europa medieval.*** El triunfo del derecho romano en la Europa medieval no estuvo restringido al campo de lo meramente teórico. Vino a ser el estímulo y el instrumento de uno de los acontecimientos más notables de la historia europea. Es el fenómeno de la llamada "recepción" del derecho romano, o sea, la admisión o penetración del ordenamiento normativo romano en la vida jurídica de las

principales comunidades organizadas de Europa continental. Fué la incorporación del *Corpus Iuris* a los derechos positivos de numerosos países europeos y gracias a tal suceso la ciencia jurídica salió de su reclusión nacional.

Alemania fue el país que marchó durante mucho tiempo a la cabeza del romanismo, porque en el mundo germánico la recepción se dio en forma más absoluta y profunda que en ningún otro país. Los derechos germánicos, de gran variedad en la Edad Media y poco cultivados científicamente, no pudieron enfrentar al derecho de Roma. De ahí que en 1495 el tribunal imperial confirmara la ya existente introducción del derecho del *Corpus Iuris* en Alemania, reconociéndolo como vigente, siempre que no se opusiera a ninguna disposición particular.

En Francia, dividida jurídicamente en dos zonas, norte y sur, se vivió también el proceso de la recepción. El sur, que formaba parte del Imperio Romano desde la conquista de Julio César, aplicó el derecho romano después de la caída del Imperio de Occidente por intermedio del Breviario de Alarico, en tanto el norte, con gran población germánica, persistió en reconocer valor legal a la costumbre territorial, fuertemente influida por el derecho consuetudinario germánico. Francia tuvo, pues, dos sistemas jurídicos: el meridional, llamado del derecho escrito, y el septentrional, del derecho consuetudinario o de la *coutume*. La separación subsistió hasta la sanción del Código Napoleón de 1804.

El único país importante de Europa que resistió el fenómeno de la recepción del derecho de los romanos fue Inglaterra, aunque no falta algún vestigio de admisión romanista en el derecho debido a la influencia docente que tuvo Vacario, jurista del siglo XII, formado en la escuela fundada por Irnerio en Bolonia. Colocada Inglaterra bajo la égida del *common law*, repelió el derecho europeo occidental impregnado de romanismo y dio nacimiento al otro gran sistema jurídico que produjo el mundo occidental, el derecho anglosajón, opuesto al del derecho romano.

En lo que se refiere a España, recibió el régimen jurídico de Roma durante la conquista y más tarde, con la caída del Imperio y la invasión de los visigodos, conservó el influjo a través de la *lex romana visigothorum*. Dicha ley mantuvo su vigencia por espacio de ciento cincuenta años, cuando el rey Chindasvinto ordenó que en adelante ninguno de sus reinos se gobernase más que por

las leyes contenidas en el *Forum Iudicium* o *Liber Iudiciorum*. Aunque la más moderna doctrina no admite que el Breviario de Alarico hubiera tenido tanta vigencia en España, la influencia del derecho visigótico sobre el derecho nacional es un hecho indiscutible.

El *Liber Iudiciorum*, cuyas normas se inspiran en las costumbres germánicas, en los cánones de los concilios toledanos y muy especialmente en el derecho romano, rigió a los españoles por espacio de varios siglos. Compuesto en lengua latina por ser la usada por la Iglesia en los concilios de Toledo que lo revisaron y corrigieron, el *Liber Iudiciorum* fue traducido al castellano a fines del siglo XII y recibió el nombre de *Libro de los Jueces* o *Fuero Juzgo*. Los principios del derecho romano formaban parte del derecho español, y la necesidad de su estudio para comprender mejor el Fuero Juzgo, hizo que se tratase de él en las escuelas, en los tribunales y en las obras legislativas.

Producida la invasión sarracena después de la célebre batalla de Guadalete, se corta el cordón umbilical que unía la cultura jurídica romana con la española, a pesar de que los moros permitieron a los vencidos seguir gobernándose por sus antiguas leyes. Con la reconquista de España, que fue un proceso histórico de siete siglos de duración, se restableció la vigencia del Fuero Juzgo, que había perdido autoridad con la dominación. Volvía así a acogerse el derecho romano por el derecho español. Pero el fenómeno de la recepción se produjo plenamente en España cuando el rey Alfonso X el Sabio elaboró en el año 1256 sus famosas *Siete Partidas*, obra que en siete partes contiene como base jurídica fundamental el derecho romano, combinado con algunos elementos de derecho canónico y germánico.

§ 59. EL DERECHO ROMANO DESDE EL SIGLO XV. – Pasado el período medieval, en el que la legislación romana llegó a ser derecho común en los principales países de Europa continental por virtud del movimiento de la recepción, veremos cómo, a partir del advenimiento de la edad moderna en el siglo XV, comienzan a surgir una serie de escuelas que asumen distintas actitudes frente al *Corpus Iuris Civilis*, como derecho europeo fundamental.

a) ***El humanismo jurídico.*** Fue el primer movimiento cultural que aparece en el siglo XV, asumiendo una posición definida

ante el derecho romano, al que pretendía estudiar sólo por su interés histórico o sociológico, ya que consideraba que sus normas no eran aplicables después de un milenio a un mundo necesariamente diferente. Los juristas del humanismo, entre quienes se destacan Alciato, Cujacio, Godofredo y Donelo, reclamaron un retorno a las fuentes, pero liberadas de los errores, falsificaciones e interpolaciones que habían desnaturalizado el *Corpus Iuris*.

La labor historicista, crítica y de gran acervo filológico de los humanistas, dio nuevo impulso a los estudios del derecho romano, pero tuvo la contrapartida de que lo sustrajo de la práctica forense de su tiempo. La tendencia humanista, designada también *mos docendi gallicus*, floreció en Francia en la Universidad de Bourges, de la que se transportó a Holanda y se transformó en la corriente de la "jurisprudencia elegante", cuyos principales exponentes fueron Juan Voet y Arnoldo Vinnius.

b) ***"Usus modernus pandectarum".*** Otra actitud de la jurisprudencia europea frente al derecho romano se designa con el nombre de *usus modernus pandectarum*. Nació en Alemania en el siglo XVI con el objeto de adaptar el *Corpus Iuris Civilis* a las necesidades forenses de la época. Aquella tendencia creció en el siglo XIX, por impulso de Savigny, con el nombre de escuela histórica, y elaboró el "Derecho de Pandectas" en una forma sistemática que sirvió de base a la ciencia jurídica contemporánea, valiéndose siempre de los principios rectores dados por el derecho de la Ciudad Eterna.

c) ***Escuela del derecho natural.*** En aquellos mismos siglos apareció una nueva corriente doctrinaria, la escuela del derecho natural, que fundamentó sus teorías en la filosofía racionalista de los siglos XVII y XVIII y tuvo como principales sostenedores a Grocio, Heinecio, Tomasio y Leibniz. Los racionalistas rompen el equilibrio entre el derecho natural y el derecho positivo, poniéndose de parte del primero. Conciben así la posibilidad de elaborar un derecho o código perfecto, eterno e inmutable para todo tiempo y lugar, basado en la razón natural. De ahí que los partidarios del derecho natural no se mostraran hostiles al derecho romano, porque opinaban que éste, como *ratio scripta*, se acercaba bastante al derecho derivado de la razón misma que ellos pregonaban como ideal.

d) ***Escuela histórica.*** A principios del siglo XIX se produce un nuevo reverdecimiento de los estudios romanistas con el nacimiento en Alemania de la escuela histórica del derecho, que tiene como corifeo máximo a Federico Carlos de Savigny. Se presenta como reacción contra el derecho natural abstracto, que pretendía estar fundado en principios de validez universal. El derecho, para el historicismo, es un producto del espíritu del pueblo a semejanza del idioma, del arte, de la literatura y de las demás manifestaciones culturales. Propugna un retorno al derecho romano concebido como el más magnífico exponente de la cultura occidental, reivindicando su estudio histórico sin el utilitarismo de los teóricos, ni las abstracciones del derecho natural.

La escuela histórica, que había recurrido al derecho romano porque le suministraba el ejemplo más acabado de una ciencia jurídica bajo el signo de una disciplina histórica, resulta la más eficaz aliada del romanismo en su campaña contra el movimiento codificador. Savigny en su obra, de marcado corte nacionalista, como la escuela cuya jefatura ejerció, *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y ciencia del derecho*, se opuso con éxito a los intentos de realizar inmediatamente la codificación del derecho alemán y propuso a sus compatriotas el estudio del *Corpus Iuris* para mejorar la práctica jurídica y la dogmática alemana, antes de petrificar el derecho en un código que reputaba prematuro.

Al insigne Savigny se deben otras obras jurídicas de gran mérito científico. Así, su *Derecho de la posesión*, que escribió a los veinticuatro años de edad y en el que hace un estudio sistemático del instituto de la posesión. Entre los años 1840 y 1849 publicó su *Sistema del derecho romano actual*, que el maestro alemán proyectó para exponerlo en dos partes: una general, que concluyó, y otra especial, que no llegó a terminar, salvo en lo concerniente al libro de las obligaciones, que publicó como una obra particular denominada *El derecho de las obligaciones*. Pertenece también a Savigny la *Historia del derecho romano en la Edad Media*, en la que estudia el derecho romano en el mundo occidental desde la compilación justinianea hasta los tiempos de la escuela de los glosadores.

e) ***Escuela de Pandectas.*** Heredera de la escuela histórica, aparece en Alemania en las postrimerías del siglo XIX la escuela

de Pandectas, llamada así porque sus representantes, entre los que se destacan Windscheid y Dernburg, fueron grandes investigadores de las *Pandectas* de Justiniano. La pandectística alemana desarrolló sus ideas basándose en los principios de la legislación romana, propugnando un retorno a ella y aspirando a que se la aplicara como derecho vigente. Estas concepciones del pandectismo han hecho decir que por su intermedio se produjo la "segunda recepción" del derecho romano.

f) ***El movimiento codificador.*** Estos importantes movimientos culturales representados por el humanismo, el iusnaturalismo racionalista, el historicismo y la pandectística alemana, revitalizaron al derecho romano en su carácter de derecho positivo que había logrado con la recepción medieval. Fue el movimiento codificador del siglo XIX el que puso fin al derecho romano como derecho vigente, y el Código Napoleón de 1804 su más preciado exponente. Si aun con el Código Civil francés el *Corpus Iuris* era un material utilizable para la interpretación de las legislaciones que en él se inspiraban, a partir del año 1900, con la sanción del Código Civil alemán, que determina la supresión del derecho de Pandectas, pierde el *Corpus* su anterior influjo y consecuentemente se produce un alejamiento de los principios romanos. Esto ha dado lugar a que suela señalarse la fecha de aparición del código alemán como la de la iniciación de la llamada "crisis del derecho romano".

g) ***La enseñanza e investigación romanista en el siglo XX. Especial connotación en América latina.*** Como una respuesta al problema de la crisis del derecho romano de que tanto se ha hablado en el presente siglo, una copiosa literatura jurídica ha tratado de desmentirla, destacando que, contrariamente, aún en nuestros días y no obstante el avance de tantos conceptos e ideas extrañas a las que caracterizaron el mundo romano en el tiempo de la formación de su sistema jurídico, éste mantiene vivos sus principios, fuera de los límites temporales y espaciales de su vigencia. El grito de alarma sobre la crisis del derecho romano lo dio en este siglo el jurista alemán Koschaker, pero las respuestas han llegado de diversas partes. Mencionaremos entre ellas el trabajo de Álvarez Suárez de España, titulado *Horizonte actual del derecho romano* y entre nosotros, el artículo de Díaz Bialet,

publicado por la "Revista de la Sociedad Argentina de Derecho Romano" (nº X-XI) bajo el título *Tendencias actuales del estudio del derecho romano*.

En el convulsionado siglo que vivimos Alemania sigue siendo uno de los más importantes centros de investigación romanista. Después de enfrentar al nazismo, que en el punto 19 de su plataforma proscribió el derecho romano como "mero servidor de una concepción materialista del mundo", se levantó con renovados bríos la ciencia romanista y se intensificó su cultivo. Es así que en su conocido programa para el renacimiento del derecho alemán tras la derrota del nacionalsocialismo, Radbruch exigió una "comunicación entre el sistema alemán y el romano en virtud de que éste es la cultura humanista aplicada al derecho que permitirá la formación de juristas cultos y no rutinarios".

Italia, por especiales razones que la llevaron a conservar en todo tiempo el espíritu de su romanidad, ha desplazado a Alemania de la vanguardia del romanismo donde la había colocado en el siglo pasado la pandectística. Contardo Ferrini fue el propiciador de la formación de una escuela italiana de derecho romano exenta de toda manifestación neohumanista y en ella se han enrolado los más famosos cultores de la materia de la hora actual, como Bonfante, Arangio-Ruiz, Riccobono, Scialoja, Biondi, Betti, etcétera.

En Inglaterra, aunque cuna del sistema anglosajón de derecho, sus universidades cultivan el derecho romano con especial esmero. Así, se ha formado una importante pléyade de romanistas entre los que merecen citarse Buckland, Lawson y Daube. En lo que a Estados Unidos se refiere, el país del norte no ha quedado ajeno a las investigaciones romanísticas. Encontramos allí el "Riccobono Seminar" de Washington, y en materia de investigación hay que destacar la traducción al inglés del código Teodosiano y de las Novelas post-teodosianas realizada en el año 1951 por Clyde Pharr, profesor de griego y latín de la Universidad de Texas.

Después de la desaparición de la escuela humanista de derecho, Francia no prestó mayor atención al romanismo, a pesar de haber dado verdaderos genios, como el insigne Pothier. En la actualidad la personalidad más destacada es el jurista y sociólogo Lévy-Bruhl. Tampoco España se ha distinguido por la investiga-

ción y difusión de la disciplina romanista, que estuvo olvidada en el siglo pasado y fue revivida por el profesor Felipe de Diego. Encontramos, sin embargo, en nuestros días grandes maestros de la materia, como Santa Cruz Teijeiro, Álvarez D'Ors, Iglesias, Arias Ramos, Álvarez Suárez y García Garrido.

Donde el estudio y la investigación del derecho romano ha adquirido proporciones insospechadas, es en los países del mundo comunista actual. El profesor de Szeged (Hungría), Elemer Polay, en su libro *La enseñanza del derecho romano en los países socialistas*, demuestra el interés que ha suscitado el sistema jurídico romano en Rusia, Checoslovaquia, Rumania, Yugoslavia y Hungría, en cuyas universidades forma parte de los planes de estudio de todas las Facultades de Leyes. Entre otras conclusiones que explican el interés por la disciplina, el profesor húngaro nos dice que "se debe rechazar el errado criterio que sostiene que el derecho romano sería solamente una llamada materia histórica. Se trata de una asignatura de carácter histórico sin cuyo estudio –para lo cual es competente la universidad socialista– la cultura jurídica no puede ser completa".

Párrafo aparte merece, por obvias razones, la referencia al alto nivel que ha alcanzado la enseñanza e investigación romanista en los países de América latina, esto es, aquellas naciones que se extienden desde México a la República Argentina, en las que el derecho romano, por un imperativo de la formación jurídica americana, mantiene su innegable valor como principal y trascendente fuente de las legislaciones de derecho público y, particularmente, de derecho privado. Tiene explicación así el fenómeno de la inclusión de la disciplina en los planes de estudio de las universidades de América latina, siguiendo de esta suerte la recomendación de la Segunda Conferencia de Facultades Latinoamericanas de Derecho reunida en Lima (Perú), que establecía que el derecho romano debe formar parte de las dieciocho materias básicas del período curricular de las Escuelas de Derecho. Tanto ha cuajado la idea, que sabemos que derecho romano es asignatura obligatoria en setenta y siete universidades latinoamericanas.

El interés siempre creciente por la investigación del derecho romano ha llevado a los estudiosos de la materia a nuclearse en sociedades científicas con el fin de aunar esfuerzos en la tarea de difundir los principios que informan las instituciones jurídicas

de derecho público y privado romano. En 1958 se creó en Brasil la Sociedad Brasileira de Romanistas, que edita una práctica revista llamada "Romanistas", y en Paraguay los cultores del derecho romano se encuentran agrupados en la Asociación Paraguaya de Romanistas. Entre nosotros se formó en el año 1953 la Sociedad Argentina de Derecho Romano que ha publicado durante largos años la revista de la entidad, con trabajos de gran valía, destacándose entre ellos la traducción al castellano de los libros I y II del código Teodosiano.

Además de estas sociedades, los profesores latinoamericanos decidieron crear en 1973 el Comité Latinoamericano para la Difusión del Derecho Romano y en Buenos Aires se constituyó un Centro de Investigación, Documentación y Difusión del Derecho Romano en 1974, institutos que tienen como objetivo fundamental la promoción de los estudios del derecho de Roma y de la antigüedad latina en Hispanoamérica. Con estos entes colaboran activamente dos organismos italianos: el Grupo di ricerca sulla diffusione del diritto romano y la Associazione di Studi Sociali Latino-Americani (ASSLA), cuya secretaría funciona en Roma. De ellos forman parte prestigiosos romanistas de la península itálica, entre los que debemos mencionar a Pierangelo Catalano, Luigi Labruna y Sandro Schipani.

La actividad científica de los juristas que cultivan el derecho romano en América latina se ha desarrollado también por medio de congresos y conferencias a nivel internacional y nacional que han tratado de afianzar la idea común a los romanistas latinoamericanos de que el estudio de los derechos nacionales carecerá de profundidad y solidez si no se tiene un cabal conocimiento de los principios que los informan, todos los cuales se insertan en la tradición jurídica romana.

Entre los foros internacionales debemos destacar los Congresos Latinoamericanos de derecho romano que tuvieron por sedes: Buenos Aires (Argentina) en 1976; Jalapa (México) en 1978; Bogotá (Colombia) en 1981; Brasilia en 1983, y Lima (Perú) en 1985. También se realizaron congresos interamericanos de derecho romano, habiendo tenido especial repercusión el que se reunió en la ciudad de México en 1972, convocado por la Asociación Interamericana de Derecho Romano. Últimamente tuvo gran trascendencia, a pesar de realizarse fuera de América, el Congre-

so Internacional sobre Vélez Sársfield y el derecho latinoamericano reunido en Roma del 17 al 19 de marzo de 1986 con el auspicio de la Università degli Studi di Roma y la Associazione di Studi Sociali Latino-Americani (ASSLA) y las Universidades de Buenos Aires y Córdoba (Argentina).

A nivel nacional, ha habido seminarios, jornadas y simposios en la mayoría de los países de América. En este sentido son dignos de mención los Congresos chilenos de historia del derecho y derecho romano realizados entre los años 1975-1979 con el auspicio de la Universidad Católica de Valparaíso y de la Universidad Nacional de Santiago de Chile; el Seminario de derecho romano de la Universidad Veracruzana de México en 1972; la primera semana de cultura latina de Paraguay en 1973 y la primera semana clásica de Montevideo (Uruguay) en 1974.

Por lo que hace a nuestro país, han alcanzado gran significación los Encuentros Nacionales de Profesores de Derecho Romano de la República Argentina, que comenzaron a realizarse en Vaquerías (Córdoba) del 22 al 25 de mayo de 1977. Como resultado de este Primer Encuentro organizado por el Centro de Estudio e Investigación del Derecho Romano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, se creó un Comité Permanente de Profesores de Derecho Romano integrado por un representante de cada una de las Facultades de Derecho de la Argentina. Asimismo se aprobaron distintas recomendaciones referidas a la necesidad de intensificar la enseñanza del derecho romano como materia básica en las Facultades de Ciencias Jurídicas, entendiendo que la asignatura debe ser dictada en no menos de dos cursos separados y correlativos, que deberán comprender el estudio de las instituciones de derecho público romano en su evolución histórica y de las instituciones de derecho privado romano, con especial referencia a su influjo en el derecho argentino.

En 1978, con el auspicio de la Universidad Nacional de Tucumán, se realizó el Segundo Encuentro, que trató como tema fundamental la influencia del derecho romano en la obra de Vélez Sársfield, y en 1979 el Tercero en Buenos Aires, con el patrocinio de su Universidad Nacional. A partir de entonces, causas diversas trajeron un interregno de seis años hasta que la Universidad Nacional del Litoral, con sede en la ciudad de Santa Fe, llevó a

cabo el Cuarto Encuentro en el año 1985. Por fin, entre los días 21 y 24 de agosto de 1986 se reunió nuevamente en Vaquerías (Córdoba) el Quinto Encuentro con el auspicio de la Universidad Nacional de Córdoba. Tuvo carácter internacional, dado que participaron profesores de las hermanas repúblicas de Uruguay y Paraguay y contó con la presencia del maestro italiano Pierangelo Catalano. Este Quinto Encuentro, ratificó las recomendaciones y resoluciones votadas en el Primero del año 1977 en lo que concierne a la necesidad de la enseñanza del derecho romano –tanto público como privado– como materia básica en todas las facultades de Ciencias Jurídicas de las Universidades de la Argentina. Decidió, además, que en el año 1987, tenga lugar en la ciudad de Salta, con el patrocinio de su Universidad Católica, el Sexto Encuentro. La reunión de Salta resolvió crear la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina (ADRA), para nuclear a todos los docentes de la especialidad.

Los países latinoamericanos, con problemas comunes de orden político, social, cultural y, lo que es más acuciante, de carácter económico han comenzado a comprender que es necesario lograr una indisoluble integración entre ellos, como una manera de darles solución, integración fácil de concretar habida cuenta que se trata de pueblos idénticos en sus esencias que bien pueden hacer realidad el sueño de los libertadores americanos San Martín y Bolívar que sintetizaban este anhelo en la conocida frase de este último: "Una sea la patria de los americanos".

El auge que ha alcanzado esta idea de unificación ha hecho pensar que se puede llegar a una legislación común para las naciones de América latina por medio del derecho romano –el que podríamos calificar de "latinoamericanizado"–, ya que integra una realidad dentro de una visión socio-política unitaria del continente americano: "derecho romano, idioma castellano (de origen latino) e identidad político-cultural latinoamericana". Esta concepción tuvo sus máximos exponentes en nuestro codificador Dalmacio Vélez Sársfield, en el venezolano Andrés Bello, fundador de la Universidad de Chile en 1843 y autor del Código Civil chileno que entró en vigencia en 1857 y en el gran jurista brasileño Augusto Teixeira de Freitas.

Como clara expresión de este pensamiento el Segundo Congreso Latinoamericano de derecho romano, reunido en Jalapa

(México) en julio de 1978, declaró que el derecho romano es el "elemento común" de todas las legislaciones de los países latinoamericanos, que sirve para diferenciarlas de otros sistemas extraños a nuestra tradición cultural y jurídica. De ahí que subsiste dentro del derecho civil latinoamericano, por medio de principios plenamente vigentes en sus legislaciones, lo que hace de imperiosa necesidad la creación de un derecho uniforme en materia obligacional civil. Terminaba diciendo el prestigioso foro internacional reunido en México: "con esta unificación jurídica realizada a través del derecho romano se propendería al desarrollo y fortalecimiento de los vínculos que unen a los pueblos latinoamericanos, lo que nos permitiría presentarnos como un bloque de naciones ante otros países poderosos de la Tierra".

Estudiosos del derecho de la Ciudad Eterna de todas las latitudes de América han vertido opiniones coincidentes –que compartimos plenamente– en lo que respecta a la necesidad de formular un sistema de derecho común latinoamericano que tenga como plataforma jurídica el derecho romano, símbolo y realidad de todo lo que viene expresado en la idea de unidad del derecho, desde que se impone por su sola fuerza intrínseca, al constituir una manifestación legal arquetípica. Por ello la tarea que aguarda a los romanistas de América latina es emprender la búsqueda de una coyuntura que permita al derecho romano desplegar su latente potencialidad, que sólo espera oportunidades, para que el nuevo ordenamiento que se requiera no se edifique sin su concurso.

En suma, sin entrar en el tema de las perspectivas políticas de la unificación en los países latinoamericanos, podemos sostener con el profesor chileno Alejandro Guzmán Brito que en un futuro próximo las naciones latinoamericanas deberán derribar todas las barreras que accidentalmente puedan separarlas, a fin de que aflore nítida la naturaleza común a todas ellas, para poder comenzar la tarea de buscar la forma en que las esencias nacionales puedan coexistir en un orden general de común acción y destino. Dentro de tal concepción, el derecho romano es la base programática fundamental de la integración jurídica, porque tiene la suficiente idoneidad para ofrecer los presupuestos que abstractamente deben considerarse en toda empresa unificadora, especialmente porque ofrece un sistema general de derecho en el que pueden insertarse todos los ordenamientos jurídicos unificables.

§ 60. EL DERECHO ROMANO EN LA ARGENTINA. – Dijimos al iniciar el estudio de este capítulo sobre la historia del derecho de Roma después de la compilación justinianea, que lo cerraríamos con una reseña sobre su influencia en el derecho argentino, especialmente sobre su legislación civil.

a) *La recepción*. Para exponer tema tan importante como el que abordamos, seguiremos un erudito trabajo publicado en Córdoba, el año 1951, por el profesor Agustín Díaz Bialet, titulado *La recepción del derecho romano en la Argentina*, en el que el romanista argentino enseña que el fenómeno de la recepción también se dio en nuestro país. Advertimos que, con posterioridad a la publicación de dicho trabajo, el autor propuso la sustitución del término por el de "transfusión" para designar el proceso del paso del derecho romano al derecho medieval y de éste al derecho intermedio anterior a la codificación.

Según Díaz Bialet, en la recepción del derecho romano en la Argentina pueden destacarse cuatro períodos bien definidos. El primer ciclo va desde la mitad del siglo XVI, en que se inicia la organización político-jurídica colonial, hasta la fundación de la Universidad de Córdoba en el año 1614. Durante esa época primitiva el derecho romano está implícito en su aporte a la legislación canónica, a la de Indias y a la castellana, aplicables en todos los dominios de Castilla. Las Partidas de Alfonso el Sabio fue el ordenamiento legal de mayor difusión, y su glosa, debida a Gregorio López, su principal medio de propagación. El segundo período se extiende desde la fundación de la Universidad de Córdoba hasta la creación en ella de la cátedra de Instituta, en 1791. La recepción se hace más notoria en esta etapa, en la que una discreta bibliografía jurídica completa a la muy incipiente del período anterior, porque se agregaron trabajos sobre Teología y Cánones, materias fundadas en los principios del derecho romano. También comenzaron a circular obras de romanistas contemporáneos, como Godofredo, Vinnius, Cujacio, Heinecio, etcétera.

El tercer ciclo de la recepción corre desde la creación de la cátedra de Instituta hasta 1834, año en el cual el jurista cordobés Dalmacio Vélez Sársfield realiza sus trabajos sobre concordancias entre el derecho romano y el derecho patrio. Florece en este tiempo el cultivo de la legislación romana por el impulso que le da una cátedra especializada de derecho que determinó la formación

de la escuela de Córdoba, en la que se destaca como uno de los más conspicuos representantes el autor del Código Civil argentino. También adquiere relieve en Córdoba, en esa época, Pedro de Somellera, quien publica sus *Principios de derecho civil*, siguiendo el método de las Institutas de Justiniano. De ese período es no menos importante la fundación de la Academia de Jurisprudencia de Buenos Aires, que establece como condición para su ingreso la aprobación de exámenes sobre las Institutas y sobre lengua latina. La cuarta etapa de la recepción transcurre desde los estudios de Vélez de 1834 hasta la sanción del Código Civil argentino en 1869. Los trabajos científicos del autor del Código son de relevante mérito porque a través de ellos se ha llegado a comprobar las concordancias que había entre el derecho romano y el derecho español, y entre aquél y el derecho patrio o intermedio. Se valió para la realización de esta tarea de la obra del romanista guatemalteco José María Álvarez titulada *Institutas del derecho romano en España* y también de las *Elementa y Recitaciones* de Heinecio.

Para terminar el importante tema que estamos tratando, creemos necesario agregar que adherimos a la idea de Díaz Bialet en cuanto a que en la Argentina se ha operado una "transfusión" del derecho romano y no una "recepción", dado que su ingreso ha sido paulatino, lento y progresivo, hasta llegar al codificador Vélez Sársfield y su monumental obra legislativa, en tanto que es más apropiado hablar de recepción en Alemania, en donde el fenómeno del recibo del derecho romano fue directo y total.

Réstanos decir, por último, que el goteo transfusionista en nuestro país no ha cesado con el Código Civil de 1869, sino que ha seguido llegando a su texto por intermedio de la ley 17.711 que en el año 1968 –un siglo después– incorporó importantes reformas a la obra de Vélez. Entre esos aportes merecen destacarse institutos jurídicos de rancia estirpe románica que el codificador había proscripto de su genial trabajo y que los juristas argentinos en 1968 insertaron con motivo de la trascendente reforma. Aludimos, particularmente, a la inhabilitación por razón de prodigalidad (art. 152 *bis*), a la nulidad de los actos jurídicos por causa de lesión (art. 954) y a la medida cautelar autorizada por la segunda parte del art. 2499 que significa, según entendemos, introducir la *cautio damni infecti* en el Código Civil argentino.

b) ***Influencia en el Código Civil.*** La sanción del Código Civil en el año 1869 y su consecuente proyección sobre el derecho civil argentino viene a significar la nota más destacada del proceso de transfusión del derecho romano en la Argentina. En efecto, si códigos, leyes y obras de doctrina sirvieron de fuentes a nuestro Código Civil, la principal de ellas fue, sin lugar a dudas, el derecho romano, que tiene decisiva influencia en la mayor parte de las legislaciones modernas en materia de derecho privado.

El Código Civil argentino, tanto en su articulado como en sus notas, ha recibido directa o indirectamente el aporte romanista. Directamente por los textos mismos del *Corpus Iuris*, frecuentemente consultados por el codificador, al punto de que setecientos noventa y nueve artículos son extraídos de la compilación justiniancа y existen además mil trescientas citas de las fuentes romanas que habrían inspirado otros tantos artículos del Código.

Indirectamente el derecho romano es fuente de nuestro Código Civil a través de los antiguos romanistas que Vélez consultó y estudió para realizar su grandiosa labor. Entre ellos deben citarse a Vinnius, Heinecio, Cujacio y Pothier. Entre los más modernos, para la época en que se preparaba el Código y que Vélez conoció por sus obras, se destacan Maynz, Ortolan, Mackeldey y Molitor. Pero el jurista que más influyó en el espíritu de Vélez fue el jefe de la escuela histórica, Federico Carlos de Savigny, cuyo magno trabajo *Sistema del derecho romano actual*, en su versión francesa, llegó a manos del codificador en momentos en que preparaba los manuscritos del Código. Aquel tratado le fue de gran utilidad en lo concerniente a las personas jurídicas, las obligaciones y, muy especialmente, la posesión.

También indirectamente aporta romanismo al Código de Vélez la legislación española que el jurista cordobés, como lo hemos anotado, conocía perfectamente, dada su formación cultural esencialmente romano-hispánica. Él mismo señalaba que "la mayor parte de sus artículos tienen la nota de una ley de Partidas, del Fuero Real y de las Recopiladas", leyes promulgadas en la península con fuerte contenido romanista.

Hemos señalado ya la vastísima influencia que ejerció el Código Napoleón de 1804 sobre el movimiento universal de la codificación y el tinte rigurosamente romanista de que estaba impregnado. Pues bien, dicho Código fue una de las fuentes más

importantes del texto de 1869 y, por ende, otra vía indirecta de transfusión del derecho romano en nuestra legislación civil. Según Segovia, uno de los primeros exegetas del Código de Vélez, de los dos mil doscientos ochenta y dos artículos que cuenta el Código Napoleón, la mitad han sido reproducidos por el codificador argentino y de ellos ciento cuarenta y cinco se han copiado literalmente. Grande influencia tuvieron también los comentaristas del Código francés, maestros del saber de innegable ascendencia romanista, como fueron Troplong, Duranton, Zachariae, Demolombe, Aubry y Rau, etcétera.

Es igualmente importante como aporte indirecto de romanismo, el *Esboço* de Freitas para Brasil, un proyecto de código para su patria que el eminente jurista brasileño Augusto Teixeira de Freitas dejó inconcluso. No obstante, Vélez tuvo el *Esboço* como fuente del Código y tomó de él muchísimos artículos. Freitas fue un romanista que inspiró su trabajo en Savigny y de ahí que el *Esboço* haya sido otro aporte indudable de iusromanismo a la obra del codificador. También es fuente del Código Civil el proyecto de código para España de Florencio García Goyena, que nutre gran parte de su obra en los principios del derecho romano.

Esta revista de las fuentes del Código Civil argentino nos lleva a la conclusión, ya señalada por un romanista argentino, el profesor Elguera, de que nuestro Código Civil es el más romanista de los códigos modernos. Con legítimo honor puede ostentar este título, porque siendo un código verdaderamente argentino, supo acoger los principios normativos del derecho romano, en el que se originan todas o casi todas las instituciones jurídicas actuales de derecho privado.

LIBRO TERCERO

PARTE GENERAL

TÍTULO I

EL SUJETO DE DERECHO

§ 61. CONCEPTOS GENERALES. – Uno de los términos lógicos de la relación jurídica, en la que juega un importante papel, es el sujeto. Como se ha dicho, el derecho objetivo no flota como una nube sobre la realidad social, sino que se concreta en forma de deberes y derechos subjetivos, los cuales, para existir, necesitan titulares o sujetos que constituyan los centros de imputación de esos derechos o deberes.

El ordenamiento jurídico exige fundamentalmente la existencia del sujeto y el reconocimiento de una personalidad en éste, es decir, en el hombre en cuanto tal. Es cierto, desde luego, que sin ese reconocimiento, al menos implícito, el sujeto de derecho no adquiriría esa calidad y que en el derecho romano no siempre el concepto "hombre" ha sido equivalente de sujeto, pero fue evolucionando en la idea, y sin llegar a abolir la esclavitud, reconoció subjetividad jurídica a todo ser humano por su mera condición de tal.

§ 62. PERSONA. – Al sujeto de derecho se lo designa en la terminología de nuestra materia con la palabra "persona", que los romanos habrían derivado de *personae*, voz latina con que se denominaba a las máscaras que los actores usaban en el teatro romano, no sólo para ampliar la voz, sino también para mostrar una actitud trágica o jocosa, según el papel que les tocara representar en escena.

Los romanos no llegaron a construir una teoría general sobre la persona, tampoco encontramos en las fuentes una definición. La dogmática moderna llama persona, en sentido técnico, a quien posee capacidad jurídica, entendiéndose por tal la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Sólo indican las fuentes (Dig. 1, 5, 2) que "la causa de la constitución de todo derecho es el hombre" (*hominum causa omne ius constitutum est*). Pero no todos los hombres eran sujetos de derecho en la sociedad romana. Persona, o sujeto de derecho, era el hombre que a esa calidad agregaba otras condiciones esenciales exigidas por la ley, a saber: ser libre (*status libertatis*), ciudadano romano (*status civitatis*) y jefe de familia o *sui iuris* (*status familiae*). La posesión de esos tres *status* daban al ser humano plena capacidad jurídica y la calidad de persona, por lo cual a la capacidad jurídica se la suele denominar también *personalidad*.

El derecho romano llegó también a conceder el carácter de sujetos de derechos, reconociéndoles la condición de entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones a las organizaciones humanas –complejos personales o patrimoniales–, que con terminología moderna se denominan hoy personas jurídicas o morales y también personas de existencia ideal. Por lo tanto, el derecho privado reconoció dos categorías de personas: las individuales o físicas, o sea, el ser humano en las condiciones exigidas por el ordenamiento normativo romano, y las jurídicas, es decir, las entidades personales o patrimoniales sin naturaleza individual humana. En cuanto al hombre, como típico sujeto de derecho, fue rodeado por el derecho romano de una situación jurídica especial o *status* que tenía decisiva influencia en lo concerniente a su capacidad o personalidad jurídica. Así, respecto del *status libertatis*, los hombres eran libres o esclavos; con relación al *status civitatis*, se distinguían los ciudadanos romanos de los no ciudadanos y frente al *status familiae*, los hombres podían ser jefes de familia o miembros de ella y sometidos, por ende, a la autoridad de un jefe o *paterfamilias*.

§ 63. PRINCIPIO Y EXTINCIÓN DE LA PERSONA FÍSICA. – El nacimiento marca el comienzo de la existencia de la persona física. La legislación romana exigía en lo relativo al nacimiento la concurrencia de ciertos requisitos. Primeramente, que el ser estuviera

efectivamente separado del claustro materno, es decir, cortado el cordón umbilical que lo unía al vientre de la madre, porque al decir de las fuentes (Dig. 25, 4, 1, 1), "el parto antes que se dé a luz, es parte de la mujer o de sus entrañas" (*mulieris portio vel viscerum*). Se requería igualmente que el nacimiento se hubiera producido con vida. En cuanto a los signos de vida, los sabinianos opinaban que era bastante que el recién nacido hubiera respirado, al paso que los proculeyanos estimaban que era menester que gritara o llorara. Justiniano se decide por la primera solución (Dig. 50, 16, 129 - Cód. 6, 29, 3). Se exigía, por último, que el nacido tuviera forma humana, considerándose desprovisto de protección jurídica al ser que, contrariando a la naturaleza, fuera procreado como monstruo o prodigio (*mulier si monstruosum aut prodigium enixa sit*) (Dig. 1, 5, 14 - Cód. 6, 29, 3).

El que había de nacer, el ser concebido y no nacido –*nasciturus*– carecía de personalidad jurídica y en ningún caso podía ser titular de derechos y obligaciones, ni antes de su nacimiento beneficiarse por la concepción acaecida. No obstante, la legislación romana reservó al *nasciturus*, especialmente en materia sucesoria, los derechos que hubiera podido adquirir en el momento de su nacimiento, tutelándolo mientras tanto con un curador especial, el *curator ventris*. A veces, cuando con ello se favorecía al concebido, su condición jurídica en el tiempo de su nacimiento se establecía con referencia al momento de la concepción, como, por ejemplo, para determinar la condición de hijo legítimo o la de libre o ciudadano, en el caso de que la madre hubiese perdido entre ambos momentos la libertad o la ciudadanía. Sólo en este sentido particular debe entenderse el adagio creado por los intérpretes que expresa "en cuanto a él le beneficie el concebido se tiene por nacido" (*nasciturus pro iam nato habetur*).

La persona física, el hombre, se extingue con la muerte, que lo mismo que el nacimiento son hechos que deben ser probados por quienes invocan algún interés. La institución de la ausencia con presunción de fallecimiento es extraña al derecho romano, que sí conoció las presunciones de muerte, desde el derecho clásico. Así, si varias personas unidas por lazos parentelares perecían en una misma catástrofe y no era posible determinar cuál había muerto primero, se las presumía muertas a la vez, o simultáneamente. El derecho justinianeo se aparta de la idea de con-

moriencia y presume la premoriencia en un caso particular, el de la muerte en un mismo siniestro de padre e hijo. En este caso debe presumirse que premuere el hijo si es impúber y que sobrevive si es púber (Dig. 34, 5, 18, pr. - Dig. 34, 5, 9, 4).

§ 64. CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR. — Apuntábamos al comenzar este capítulo que persona, sujeto de derecho, es el ente con capacidad jurídica, esto es, con aptitud legal o jurídica para ser titular de derechos y obligaciones, y que tal capacidad la tenía el hombre libre, ciudadano y jefe de familia. La titularidad, pues, de los *status libertatis*, *civitatis* y *familiae* otorgaba al hombre la plena capacidad jurídica (*caput*). Esta capacidad, también llamada de derecho, que daba al sujeto la suficiente aptitud para gozar de los derechos, debía completarse con otra que le permitiera ejercer por sí mismo los derechos. Ésta es la llamada capacidad de obrar, o de hecho, o facultad de obrar, como la denominaba Savigny. Presupone la capacidad jurídica porque sólo puede ejercer derechos la persona que es titular de ellos. La capacidad de obrar es una capacidad dinámica, atañe al ejercicio de los derechos; la capacidad de derecho es estática, está ínsita en el hombre por su sola calidad de tal y se presenta en Roma cuando goza de libertad, de ciudadanía, de familia.

La falta de capacidad constituye la incapacidad, que puede ser igualmente de derecho, cuando la persona carece de aptitud legal para ser titular de algún derecho, o de hecho, si le falta aptitud jurídica para ejercer por sí misma los derechos. En cuanto a la extensión de la incapacidad, es de hacer notar que en tanto la de derecho es siempre relativa, ya que es inadmisible una persona o sujeto de derecho que no goce de algún derecho, la de obrar puede ser absoluta o relativa, según que el incapaz esté legalmente impedido del ejercicio de todos los derechos o de alguno de ellos.

Había incapacidad de derecho –no goce de los derechos– en el caso del gobernador de provincia que no podía contraer matrimonio con mujeres domiciliadas en la jurisdicción donde ejercía sus funciones, ni adquirir inmuebles enclavados en la provincia a cuyo frente actuaba como gobernador. Incapacidad de derecho también se presentaba en los tutores y curadores, que estaban jurídicamente inhabilitados para adquirir los bienes de sus pupilos.

Incapacidad de hecho o de obrar absoluta se daba en el supuesto del impúber hasta los siete años de edad (*minor infans*), que en atención a que carecía de todo discernimiento no podía realizar por sí negocio jurídico alguno. En situación similar se encontraban los dementes (*furiosi, mentecapti*). Había incapacidad de hecho o de obrar relativa en el menor impúber que, habiendo cumplido siete años, no había alcanzado la pubertad (*maior infans*), etapa de la vida que se fijó en doce años para la mujer y catorce para el varón. El *maior infans*, como la mujer y el pródigo, que estaban afectados de igual incapacidad, no podían ejercer derechos que pudieran provocarles perjuicio patrimonial (negocios de disposición), pero nada les impedía realizar por sí, aquellos actos jurídicos que no los condujeran a tal situación (negocios a título gratuito: donación, legados, etcétera).

Nos adelantamos a decir que el derecho romano arbitró los medios para suplir la incapacidad de obrar, creando las instituciones de la tutela y la curatela. Tanto el tutor como el curador, en los supuestos de incapacidad absoluta o relativa, realizaban los negocios por el pupilo como una forma de no hacer ilusorio el goce de sus derechos subjetivos.

§ 65. CAUSAS MODIFICATIVAS DE LA CAPACIDAD. – Diversas circunstancias civiles, naturales y sociales, provocaban modificaciones en la capacidad jurídica de la persona, así como la degradación del honor civil, la religión, la condición social, la profesión, el domicilio. Otras repercutían sobre la capacidad de obrar para eliminarla o restringirla, como la edad, el sexo, las enfermedades, la podigalidad. Las primeras, según Ortolan, son causas que se dan en el orden de la ciudad, las segundas en el orden físico.

a) ***Honor civil ("infamia", "turpitudo", intestabilidad).*** Si en principio todo lo que atañe a la honorabilidad de una persona es materia ajena al derecho, en Roma el honor del ciudadano (*existimatio*) debía mantenerse sin mácula para que éste fuera apto para el goce de sus derechos, tanto en el orden público como en el privado. La *existimatio*, que según el jurisconsulto Calistrato (Dig. 50, 13, 5, 1) era el "estado de dignidad ilesa, comprobado por las leyes y costumbres que en virtud de un delito se menoscaba o se pierde", podía desaparecer (*existimatio consumitur*) por la pérdida de la libertad o de la ciudadanía, o podía disminuir

(*existimatio minuitur*) por causas diversas, principalmente por la *infamia* o *ignominia*.

El derecho romano organizó la infamia como una institución regular que implicaba una disminución de la capacidad jurídica, en cuanto impedía al ciudadano tachado de infame comparecer en juicio, salvo por sí o por parientes muy próximos; ejercer la abogacía, por tratarse de un oficio público e intentar acciones populares, esto es, las abiertas al ejercicio de cualquier particular. Fueron causas de infamia las condenas por delitos públicos, y desde la época imperial, por delitos privados, como la rapiña, el hurto, las injurias; el ejercicio de profesiones u oficios inmorales o deshonestos, como actor, usurero, dueño de casa de prostitución. Eran también infames las mujeres viudas, casadas antes del año de luto, los bígamos, los declarados en quiebra, los perjuros, los soldados expulsados del ejército, etcétera. Cuando la infamia provenía de un hecho inmoral o del ejercicio de una actividad vergonzosa, los comentaristas hablaban de *infamia inmediata*, en tanto que calificaban de *infamia mediata* a la que provenía de condenación criminal.

Otra causa de degradación del honor civil era la llamada *turpitudo* o *infamia facti*. En ella incurrían las personas que por su vida deshonesta o por su vil profesión (*vitae turpitudo*) veían disminuido su honor civil y se hacían indignas de la estimación de sus conciudadanos. Se la llama por los modernos infamia de hecho, porque las causas no estaban establecidas, como en la infamia propiamente dicha, por disposición de la ley. Sin embargo las consecuencias fueron similares a las de la *infamia iuris* (Inst. 2, 8, 1).

Digamos, por fin, que desde los más antiguos tiempos, Roma exigía de sus ciudadanos una honorabilidad sin tacha y sancionaba a los que con su conducta violaran las austeras costumbres de la sociedad. Así, con la Ley de las XII Tablas se conoció otra disminución de la *existimatio* llamada *intestabilidad*. Era la prohibición de realizar actos jurídicos formales en los que hubieran de intervenir testigos, que se establecía contra los llamados *homines intestabiles*.

b) ***Religión.*** Las diferencias de derechos en las personas, según la religión que profesaban, se hicieron notorias con el advenimiento del cristianismo como culto oficial del imperio, en época

de Constantino. A partir de entonces se distinguieron en la aplicación del derecho privado los cristianos (*fideles*) de los herejes, apóstatas, judíos y maniqueos, privados del derecho de ser testigos, de suceder por causa de muerte y en algunos casos de adquirir por cualquier título. Los judíos no podían ejercer cargo público, contraer matrimonio con cristianos, ni poseer esclavos de esta religión (Cód. 1, 9, 6 - Cód. 1, 9, 18).

c) ***Condición social.*** Causa de modificación de la capacidad jurídica fue por mucho tiempo la distinta condición social. Hemos visto así el trato diferencial que existió para patricios y plebeyos. Terminado el enfrentamiento de los dos órdenes a mediados de la República con el logro de la igualdad jurídica, desaparece en Roma la odiosa diferenciación de clases y su incidencia en cuanto al goce de los derechos públicos y privados.

d) ***Profesión.*** También influía en la capacidad de las personas la profesión. Unas merecían ciertos privilegios, como las profesiones liberales (Ulpiano, Dig. 50, 13, 1, pr.). Otras, por el contrario, traían la tacha de infamia con la consiguiente disminución de los derechos. Se daba el caso, como vimos, de magistrados provinciales, como los gobernadores, que mientras ejercían su jurisdicción no podían adquirir inmuebles, prestar a interés, manumitir esclavos, ni casarse con mujer del lugar. Entre las profesiones a las que el derecho privado otorgaba mayores privilegios estaba la de los militares, que tuvieron trato preferencial, especialmente en materia testamentaria.

e) ***Domicilio.*** El lugar en que una persona había establecido su residencia fija o domicilio podía ser voluntario si lo elegía libremente el sujeto, y necesario cuando era impuesto por la ley. Tenían domicilio necesario los desterrados en el lugar de su destierro, las mujeres casadas en el domicilio de sus maridos, los libertos y sus hijos en el de sus patronos. La ley establecía además que los impuestos debían pagarse en el domicilio municipal y que las acciones debían entablarse ante el juez del domicilio del demandado (*actor sequitur forum rei*).

f) ***Edad.*** En las personas la edad es una causa que atañe a su capacidad de obrar. Por razón de la edad la distinción fundamental se establece entre púberes e impúberes. La pubertad,

época de la vida en que comienza a manifestarse la aptitud física para procrear, se fijó en doce años para la mujer y en catorce para el hombre, habiéndose así el derecho romano apartado de la idea sabiniana, que consideraba necesario un reconocimiento físico (*inspectio corporis*) para determinarla. Antes de alcanzar la pubertad, como lo señalamos, la persona era incapaz de obrar y por ello la legislación romana sometió al impúber *sui iuris* a tutela, esto es, a una representación legal, para que el representante o tutor actuara por el incapaz o pupilo.

Entre los impúberes había que distinguir los infantes (*minor infantia*) de los infantes mayores (*maior infantia*). Los primeros eran los que no sabían pronunciar las palabras de los actos formales (*qui fari non possunt*) ni tenían, por ende, conciencia de sus actos. En la época postclásica la infancia se extiende hasta los siete años. Dada su falta de discernimiento, el derecho romano declaró al infante incapaz absoluto de obrar. Los *infantia maiores*, desde la edad de siete años hasta la pubertad, eran incapaces de obrar, pero con incapacidad relativa. Podían, por tanto, realizar negocios patrimoniales con el consentimiento (*auctoritas*) del tutor, y hasta sin él, cuando fueran ventajosos para el incapaz. Los infantes mayores, a su vez, podían ser *infantiae proximi* y *pubertati proximi*. La distinción hacía referencia a la responsabilidad por delito, excluida para los primeros y admitida para los segundos, cuando estuvieran en condiciones de comprender la ilicitud del acto delictual.

A pesar de que la pubertad daba a la persona capacidad de obrar, una *lex Plaetoria* de alrededor del año 200 a. de C. estableció sanciones para las personas que engañasen a un *sui iuris* menor de veinticinco años en la realización de un negocio, protección que fue ampliada por el pretor al conceder medidas que podían llevar a la rescisión del acto jurídico desventajoso. A partir de tales remedios legales se impuso la costumbre de que hasta la edad de veinticinco años el menor fuese asistido por un curador designado por el magistrado. Se estableció así una nueva restricción a la capacidad de obrar y se creó otra categoría de personas en atención a la edad: los menores púberes o menores de veinticinco años (*minores viginti quinque annis*). Sin embargo, en el derecho postclásico el varón de veinte y la mujer de dieciocho años podían obtener una declaración de mayoría de edad por fa-

vor imperial (*venia aetatis*), que les daba capacidad de obrar, pero sólo en cuanto a los actos de disposición de bienes inmuebles.

g) ***Sexo.*** El sexo era otra causa modificatoria de la capacidad de obrar. La mujer en los pueblos indogermánicos siempre estuvo colocada en situación inferior al hombre. En Roma estaba excluida del ejercicio de las funciones públicas y por la naturaleza patriarcal de la familia se hallaba privada de todo poder familiar. La mujer, cuando era *sui iuris*, esto es, cuando no se hallaba bajo el poder paterno (*patria potestas*) ni marital (*manus*), cualquiera que fuera su edad, fuese o no púber, estaba sometida a la tutela perpetua del sexo (*tutela mulierum*). Era incapaz de obrar, con incapacidad relativa; le estaba permitido realizar todos aquellos actos que pudieran producirle beneficio patrimonial; para los demás era necesaria la *auctoritas tutoris*. La tutela perpetua del sexo fue limitada en el derecho clásico, hasta que al final desapareció.

h) ***Enfermedades corporales y mentales.*** Tenían también influencia en el derecho de las personas las enfermedades corporales y las alteraciones mentales. Varias restricciones o exenciones especiales se referían a los ciegos, los sordos o los mudos. Los primeros no podían testar válidamente, si no observaban formas especiales y los segundos estaban incapacitados para realizar todos aquellos actos cuyos requisitos formales no pudieran ser satisfechos en razón del vicio corporal. Los eunucos estaban impedidos para contraer matrimonio y, desde Justiniano, para adoptar. En cuanto a los enfermos mentales, los locos (*furiosi*) y los imbéciles (*dementes*, *mentecapti*) tenían una incapacidad absoluta de hecho por carecer de discernimiento, como los infantes. Sus personas y especialmente sus bienes estaban sometidos a un curador. Sin embargo, el derecho romano les reconoció capacidad en los intervalos lúcidos (*lucida intervalla*).

eunucos: minusvalidos para contraer matrimonio de derecho

i) ***Prodigalidad.*** El pródigo (*prodigus*), aquel que tenía la manía de dilapidar sus bienes, podía ser privado, bajo pronunciamiento del magistrado, de su plena capacidad de obrar. Quedaba de esta suerte con una incapacidad relativa, excluido –de modo semejante al *maior infantia*– de la posibilidad de contraer obligaciones y estipular negocios dispositivos, pudiendo sólo participar en aquellos que le trajeran un enriquecimiento. El pródigo también estaba asistido por un curador.

§ 66. "CAPITIS DEMINUTIO". – Una particular institución jurídica creada por el derecho romano fue la *capitis deminutio*. Implicaba un cambio en los estados de libertad, de ciudadanía o de familia que integraban la plena capacidad jurídica o personalidad del sujeto en Roma. Era una variación del *status* (*prioris status permutatio*) que podía ser triple como el estado mismo (Gayo, 1, 159 - Inst. 1, 16, pr.). *Maxima capitis deminutio*, cuando se perdía la libertad, y se extinguían, por consecuencia, los otros dos *status*; *media capitis deminutio*, si se perdía el estado de ciudadano, lo que implicaba el cese del *status familiae*; *minima capitis deminutio*, cuando se producía un cambio en el estado de familia.

La *maxima capitis deminutio* ocurría cuando el ciudadano libre era reducido a la condición de esclavo por algunas de las causas previstas por el derecho de gentes o por el derecho civil. Importaba la extinción de la personalidad civil, porque el esclavo no era para el derecho romano persona, sino cosa. La *capitis deminutio media* tenía lugar cuando el sujeto perdía la condición de ciudadano romano, aunque conservaba el estado de libertad. Se extinguía la ciudadanía por ciertas condenas, como la interdicción del agua y del fuego, la deportación, el destierro y también cuando el ciudadano voluntariamente abandonaba su ciudadanía de origen para adoptar la de un país extranjero (Inst. 1, 6, 2). Había *capitis deminutio minima* en todos los casos en que la persona, sin perder el *status civitatis*, cambiaba de familia (*mutatio familiae*), como ocurría con la adopción, la *conventio in manu mariti*, la adrogación, la legitimación y la emancipación.

Es de hacer notar que así como la máxima y media disminución de cabeza tenían el efecto de colocar a la persona que las experimentaba en una condición jurídica inferior a la que tenía, ya que llevaban aparejadas la pérdida del *status libertatis* y del *status civitatis*, la mínima disminución de cabeza podía significar una elevación de su capacidad jurídica, como ocurría en el caso de la emancipación, en la que el hijo sometido a la potestad paterna salía de ella y se convertía en jefe, alcanzando así el goce de todos los derechos públicos y privados.

§ 67. "STATUS LIBERTATIS". – Hemos dicho que la plena capacidad jurídica, la personalidad, estaba constituida en Roma por la posesión de los tres estados integrantes del *caput*: el *status li-*

bertatis, el *status civitatis* y el *status familiae*. Ocupaba el primer rango entre ellos el estado de libertad, pues su degradación provocaba una máxima disminución de cabeza que extinguía la personalidad, ya que la persona que perdía la libertad carecía de ciudadanía y de derechos de familia. Equivalía a una muerte civil, que al igual que la muerte natural, ponía fin a la existencia de la persona.

De acuerdo con el *status libertatis*, las personas se dividían en libres y esclavos (*omnes homines aut liberi sunt aut servi*) (Inst. 1, 3, pr. - Gayo, 1, 2, 9). Libres (*liberi*) eran aquellos que gozaban de libertad la que, al decir de un pasaje de Florentino en el Digesto, es "la natural facultad de hacer lo que place a cada cual, salvo si algo se prohíbe por la fuerza o por la ley" (Dig. 1, 5, 4, pr.). Eran esclavos (*servi*) los que no poseían ese atributo natural de la personalidad y estaban colocados bajo el poder o dominio de un hombre libre.

Estudiar el *status libertatis* nos lleva a considerar una institución regular en el mundo antiguo: la esclavitud, que Roma conoció como todos los pueblos. Su régimen jurídico proviene del derecho de gentes, que influyendo en esta materia sobre el derecho privado de los romanos, lo llevó a regular las causas que provocaban la esclavitud, la condición jurídica del esclavo y los medios que podían hacer cesar la condición servil.

§ 68. **La esclavitud: sus causas.** – Las fuentes definen la esclavitud diciendo que es una "institución del derecho de gentes por la que alguien es sometido, contra naturaleza, al dominio de otro" (*Servitus autem est constitutio iuris gentium, qua quis domino alieno contra naturam subiicitur*) (Inst. 1, 3, 2 - Dig. 1, 5, 4, 1). Vemos, pues, que contra los dictados del derecho natural, para el que los hombres nacen libres e iguales, el derecho de gentes reguló la institución de la esclavitud que fue siempre admitida en el mundo romano y considerada plenamente legítima según su derecho positivo.

Causa de esclavitud era el nacimiento, pues el hijo de mujer esclava nacía esclavo en virtud del principio de que los hijos habidos fuera de matrimonio legítimo –impedido a los esclavos– seguían la condición de la madre en el momento del parto. No obstante, en el derecho clásico, para favorecer la libertad, se llegó

a admitir que el hijo de mujer esclava nacía libre si la madre había gozado de libertad en algún momento de la gestación, es decir, desde la concepción al alumbramiento (Gayo, 1, 89 - Inst. 1, 4, pr. - Dig. 1, 5, 5, 2).

La principal causa de esclavitud consagrada por el *ius gentium* fue la cautividad de guerra, que hacía esclavos a los prisioneros, es decir, los *captivi*. Los romanos admitían el mismo principio respecto de sus súbditos que cayeran prisioneros del enemigo, con la sola excepción de la cautividad provocada por piratas o ladrones o si fuera consecuencia de una guerra civil. El derecho romano, sin embargo, atenuó el rigor de la regla respecto de los ciudadanos que caían en cautividad por guerra con la creación del *ius postliminium* y la ficción de la ley Cornelia. En virtud del *postliminium* el ciudadano que retornaba a Roma porque hubiera sido libertado o hubiera logrado evadirse, se reintegraba a su situación jurídica anterior, como si nunca hubiera sido esclavo. La *fictio legis Corneliae* operaba en el caso de que el ciudadano muriera en cautividad (*apud hostes*), estableciendo el principio de que la muerte se presumía ocurrida en el momento de caer prisionero, cuando todavía era libre. Valiéndose de aquella ficción el derecho romano posibilitó la validez del testamento que el ciudadano hubiera otorgado y que se tornaba inválido si moría esclavo (Gayo, 1, 29 - Inst. 1, 12, 5 - Dig. 49, 15, 5, 1).

Entre los que caían en esclavitud *iure civile* se contaban los condenados a penas capitales, a trabajos forzados en las minas o a luchar como gladiadores; los hombres libres que se hicieran vender como esclavos para dividir el precio con el fingido vendedor, después de recuperar su libertad inalienable; las mujeres que tuvieren relaciones concubinarias con esclavos y no atendieran la intimación que por tres veces les hiciera el dueño de éstos para que cesara la irregular situación, y los libertos ingratos, esto es, los esclavos manumitidos que no observaran las obligaciones de respeto y reverencia que tenían para el antiguo amo o patrono.

§ 69. Condición jurídica del esclavo. — Por principio, para el derecho romano el esclavo era jurídicamente una cosa (*res*) de la categoría de las cosas transmisibles por mancipación (*res mancipi*). Como cosa, estaba sometido a la potestad, más propiamente al dominio de su amo, que tenía los poderes de un dueño o

dominus (*dominica potestas*). Así, podía disponer de su vida, castigarlo, abandonarlo, sin que por ello obtuviera la libertad, y enajenarlo como cualquier otra cosa transmisible por acto *inter vivos*.

Sin embargo, la legislación romana no pudo desconocer la realidad de que el esclavo era una cosa con naturaleza humana y paulatinamente fue atenuando tanto doctrinaria como prácticamente el rigor del principio, sin romper el precepto legal de la absoluta incapacidad jurídica del siervo. Así se reconoció un matrimonio especial entre esclavos que se llamó *contubernium*, del que derivaba un parentesco, la *cognatio servilis*, que tenía valor jurídico en materia de impedimentos matrimoniales y de sucesión legítima, respecto de aquellos que hubieran alcanzado la libertad. Tenía personalidad en el orden religioso y por tanto su *votum* era válido y eficaz, participaba del culto público y del familiar, tenía derecho a honras funerarias y su sepultura era religiosa, como la de cualquier hombre libre.

En cuanto a la amplitud de los poderes del amo también se suavizó el rigor de los primeros tiempos. Se prohibió al *dominus* arrojar su esclavo a las fieras, si no mediaba condena judicial; se le reconoció la libertad al que hubiera sido abandonado por su señor por viejo y enfermo; se sancionó con la pena del homicidio al que diera muerte a su propio *servus*; se obligó al amo demasiado cruel a vender a su esclavo y se autorizó a éste a ejercer una acción de injuria (*actio iniuriarum*) contra aquél, por las ofensas al honor que le hubiera inferido.

a) ***El peculio.*** No siendo el esclavo sujeto de derecho, sino cosa objeto de él (*servile caput nullum ius habet*) (Dig. 4, 5, 3, 1), carecía de capacidad jurídica tanto personal como patrimonial. Para mitigar esta última incapacidad el amo solía entregar al esclavo un peculio, esto es, una masa de bienes para que los administrara y obtuviera los beneficios que de ellos derivasen. Jurídicamente el *dominus* era siempre propietario del peculio y podía revocar en cualquier momento su concesión (*ademptio peculii*).

b) ***Relaciones patrimoniales.*** En las relaciones patrimoniales, especialmente a partir del otorgamiento del peculio, podía el esclavo actuar jurídicamente dentro de un ámbito siempre reducido y con sujeción a su dueño. Se admitió que realizara negocios

de adquisición pero, por ser patrimonialmente incapaz y mero órgano de su señor, todo lo que adquiriera era propiedad del *dominus*. No sólo era instrumento de adquisición del amo por los negocios que hubiere realizado, sino también por los provenientes de cualquier otro acto, como ocupación, herencia, etcétera.

Así como las adquisiciones del esclavo enriquecían al amo, éste quedaba ajeno a las relaciones de las que surgieran obligaciones que, por aplicación de principios consagrados por el *ius civile*, no recaían sobre el *dominus*. Al carecer el siervo de patrimonio y ser incapaz para demandarlo judicialmente, resultaba que los acreedores se veían burlados en sus derechos, al no tener acción contra el amo ni contra el esclavo, que sólo se obligaba naturalmente.

c) *"Actiones adiecticiae qualitatis"*. La anómala situación creada por el rigorismo del derecho civil al consagrar el principio de que el siervo podía con sus negocios jurídicos mejorar la condición del amo, pero no empeorarla, fue corregida por el derecho honorario con la creación de acciones especiales que engendraban, junto a la obligación natural del esclavo, una responsabilidad adicional del *dominus*. De ahí su denominación de *actiones adiecticiae qualitatis*. El ejercicio de ellas por los acreedores del esclavo hacía que el amo respondiera por la deuda, ya íntegramente, ya hasta el monto del peculio o, al menos, por aquello en que se hubiera enriquecido a consecuencia del negocio realizado por su esclavo.

Diversas acciones entran en la categoría de las *adiecticiae qualitatis*, que eran de aplicación no sólo para los contratos realizados por el esclavo y de los que nacieren obligaciones a su cargo, sino también para los concertados por los hijos de familia, sometidos a la potestad paterna. Entre ellas se cuentan la *actio quod iussu*, cuando la deuda hubiera sido contraída con el consentimiento expreso del amo (*iussum*) que se prestaba a obligarse por el negocio; la *actio exercitoria*, si la obligación se hubiera constituido por el siervo colocado al frente de un comercio de mar, como armador de navíos (*exercitor navis*) y la *actio institoria*, cuando la deuda proviniera de un negocio terrestre. En todos estos casos el *dominus* quedaba obligado por la totalidad de la deuda.

La *actio de peculio*, la *tributoria* y la *de in rem verso* pertenecen también a la categoría de las *actiones adiecticiae qualitatis*, diferenciándose de las anteriores en que no se las concedía por la deuda entera. La *actio de peculio* se daba cuando el amo había entregado un peculio al esclavo para que lo administrara y negociara, en cuyo caso los acreedores sólo podían cobrarse hasta donde alcanzara su activo, previa deducción de lo que con el peculio hubiera que pagar, incluida la devolución al amo. La *actio tributoria* se ejercía por los terceros hasta el límite de la cantidad autorizada por el *dominus* al siervo para la realización de un comercio con su peculio (*merx peculiaris*), con la ventaja de que el crédito que el amo tuviera contra el esclavo no tenía ningún privilegio respecto del de los demás acreedores. La *actio de in rem verso* autorizaba para demandar al señor hasta la medida de la ganancia o el enriquecimiento injusto que le hubiera producido el negocio del siervo.

d) *"Actio noxalis"*. Por lo que concierne a la responsabilidad del esclavo por los delitos que hubiere cometido, se concedía a la víctima una *actio noxalis* para demandar al amo la entrega del culpable (*noxae deditio*). Cabía la posibilidad de que el amo no efectuara este abandono, calificado de "noxal", pagando la pena pecuniaria fijada para indemnizar al lesionado. El derecho de éste a exigir el cumplimiento de la obligación de reparar el perjuicio que había sufrido por el delito, recaía sobre el cuerpo del esclavo culpable, siguiéndolo hasta aquel a quien pasara la titularidad de la *potestas*. Así, si el siervo cambiaba de *dominus*, la acción noxal se dirigía contra aquel bajo cuya potestad se encontraba en ocasión de iniciar la demanda y no contra el amo titular del dominio en el momento de cometerse el delito. Esto fue consecuencia del principio de que la acción seguía al esclavo, a la cosa, y no al amo (*noxa caput sequitur*).

Cabe hacer notar que los hijos de familia estaban sometidos al mismo régimen que los esclavos, en cuanto hace a su responsabilidad delictual, con la diferencia que el abandono noxal que se efectuaba mediante la *mancipatio* no daba al demandante la propiedad del *filius*, como ocurría con el esclavo, sino que lo colocaba bajo el *mancipium*. Debemos agregar que el abandono noxal de los hijos de familia cayó en desuso alrededor del siglo IV de la era cristiana y fue suprimido definitivamente por Justiniano.

Análogos efectos que las acciones noxales, que se ejercitaban en caso de delitos cometidos por personas sujetas a potestad, presentaba la *actio de pauperie*, que se daba contra el dueño de un animal doméstico que provocaba un daño y que podía liberarse del resarcimiento dinerario, entregando el animal al particular lesionado.

§ 70. **Extinción de la esclavitud.** – La condición servil podía extinguirse por un acto voluntario del *dominus*, llamado manumisión (*manumissio*), que podía ser solemne o no solemne y por decisión de la ley.

a) ***Manumisiones solemnes.*** El derecho civil creó tres formas solemnes de manumisión: la manumisión por *vindicta*, la manumisión por *censo* y la manumisión por *testamento*, todas las cuales importaban la salida del esclavo de la *manus* o potestad del *dominus* por un acto de disposición que tenía la virtud de convertirlo en libre y ciudadano.

La *manumissio vindicta* consistía en un proceso ficticio de reivindicación de la libertad del esclavo que se celebraba conforme al ritual de la *in iure cessio* que, como veremos, era una forma *iure civile* de transmitir la propiedad por medio de una fingida reivindicación de la cosa. Participaban del acto, que se hacía delante del magistrado, el *dominus*, el esclavo y un tercero –*adsertor libertatis*– que tocaba al esclavo con una varilla (*vindicta*), afirmando solemnemente que era hombre libre. Como tal declaración no era contradicha por el amo, el magistrado la confirmaba y pronunciaba la *addictio libertatis*.

La *manumissio censu* se hacía mediante la inscripción del esclavo en las listas del censo de ciudadanos por su *dominus*. A fines de la República, cuando el censo fue cayendo en desuso, dejó de tener aplicación esta forma de manumitir.

La *manumissio testamento* fue la concesión de libertad hecha por el amo en un testamento, ya de modo directo, ya encargando al heredero que manumitiese al esclavo (*fideicommissaria libertas*). En el primer caso el esclavo adquiría la libertad tan pronto como el heredero aceptaba la herencia; en el segundo, el *heres* instituido debía realizar la manumisión por cualquiera de los medios legales. Entretanto el esclavo no adquiría la condición de hombre

libre, admitiéndose, en caso de que el heredero fuera remiso en cumplir la voluntad del testador, que interviniese el magistrado a fin de constreñirle a efectuar la manumisión.

b) ***Manumisiones no solemnes.*** A la par de los modos solemnes de manumitir, fueron apareciendo en Roma otros desprovistos de formalidades. Así, se podía dar la libertad al esclavo con la sola declaración del amo ante la presencia de amigos (*inter amicos*); mediante una carta dirigida al *servus* (*per epistulam*) y también admitiéndolo como si fuera hombre libre en la propia mesa del señor (*per mensam*). Estas manumisiones no formales carecieron al principio de validez legal, por lo que el esclavo era libre de hecho, pero no de *iure*. El pretor, por razones de equidad, comenzó a dispensar una cierta protección a los que se hallaban en esta situación, hasta que una *lex Iunia Norbana* de principio del Imperio, estableció que los manumitidos por tales procedimientos no adquirían la condición de ciudadanos, sino de latinos, por lo cual se dio en llamarlos *latini iuniani*.

Estos latinos, categoría especial de no ciudadanos, tuvieron capacidad patrimonial para disponer por actos entre vivos, pero carecían de ella si se trataba de actos de disposición por testamento porque, por expresa prescripción de la ley, a su muerte los bienes se transmitían al antiguo *dominus*. Por ello se ha dicho que aquellos latinos vivían libres y morían esclavos. En tiempo de Justiniano se abolió la categoría de los *latini iuniani* y se admitió que la voluntad expresada por cualquiera de los medios no formales de manumitir, daba al esclavo la calidad de libre y de ciudadano romano, siempre que se hiciera en presencia de cinco testigos.

En tiempo del emperador Constantino, habiendo perdido prácticamente vigencia las manumisiones formales del antiguo derecho civil, se creó una nueva, revestida de ciertas solemnidades, la *manumissio in ecclesia*. Consistía en la declaración del amo, efectuada en una iglesia, ante las autoridades eclesiásticas y el pueblo cristiano, de que concedía libertad a su esclavo.

c) ***Extinción por ley.*** El ordenamiento legal romano consagró diversas causas que, independientemente de las manumisiones hacían del siervo un hombre libre. Así, si el *dominus* lo hubiera abandonado gravemente enfermo; cuando lo hubiera vendido bajo condición de que el comprador lo manumitiese y la condi-

ción no se cumpliere; si se encontrara de buena fe en posesión de la libertad durante veinte años y, desde Justiniano, cuando hubiere alcanzado una dignidad o recibido las órdenes eclesiásticas.

d) ***Los libertos y el derecho de patronato.*** Los esclavos manumitidos, llamados libertos o libertinos (*liberti*, *libertini*), eran ciudadanos jurídicamente capaces, aunque no gozaban de la misma condición que los que habían nacido libres y conservado tal condición durante toda su vida. A estos ciudadanos se los denominaba ingenuos (*ingenui*). Los libertos no podían ser magistrados romanos ni ingresar al senado. También tuvieron restricciones en lo atinente a los derechos privados, como la prohibición de contraer matrimonio con ingenuos, abolida sólo por Justiniano, y especialmente la derivada de la relación que mantenía al liberto ligado con su antiguo *dominus*. Este vínculo, que se extendía a los descendientes del amo, constituyó el derecho de patronato (*iura patronatus*).

Este especial derecho hacía que el liberto debiera al patrono –antiguo *dominus*– los deberes de reverencia que se manifiestan en la prohibición de demandarlo sin autorización del magistrado ni entablar contra él acción criminal que pudiera llevar aparejada la tacha de infamia. Estaba igualmente obligado a prestarle determinados servicios (*operae*), que podían ser exigidos judicialmente por el patrono si se los había prometido por juramento (*promissio iurata liberti*), antes de la manumisión o por estipulación (*stipulatio*) después de ella. El patrono era llamado por ley al desempeño de la tutela de los hijos del liberto y tenía derecho a la sucesión, si moría sin herederos suyos (*heredes sui*). Si el patrono fallecía, sus derechos se transmitían a sus descendientes y desde Justiniano a sus demás herederos. Patrono y liberto tenían la recíproca obligación de prestarse alimentos en caso de necesidad y aquél también quedaba obligado a asistir al liberto en juicio, defenderlo y no intentar una acusación por delito capital. Pero podía, en todos los casos, desde el derecho justinianeo, renunciar a los derechos inherentes al patronato.

El liberto pudo adquirir la ingenuidad por concesión imperial. Primeramente por el *ius aureorum anulorum*, derecho de usar el anillo de los caballeros, que lo convertía en ingenuo, si bien perduraba la relación de patronato. Más tarde, por la *resti-*

tutio natalium, que lo equiparaba en absoluto al hombre libre, si el patrono aceptaba renunciar a los derechos del patronato.

§ 71. Restricciones a la facultad de manumitir. – Por razones de orden político, social y hasta moral, el emperador Augusto hizo dictar por el comicio dos leyes tendientes a restringir la facultad de los amos para manumitir a sus esclavos que se había venido usando exageradamente.

Fue la primera de ellas la *lex Fufia* o *Furia Caninia* del año 2 a. de C., que tuvo por objeto restringir las manumisiones testamentarias, estableciendo que ellas sólo podían hacerse nominativamente, es decir, identificando al esclavo por su nombre. Prescribió, además, límites en cuanto al número de esclavos a manumitir. Así, el amo que tuviera tres esclavos, podía manumitir hasta dos; el de tres a diez, la mitad; el de once a treinta, el tercio; el de treinta a cien, el cuarto y el de ciento uno a quinientos, el quinto. En ningún caso se podía pasar de cien. Esta ley fue derogada por Justiniano.

La *lex Aelia Sentia* del año 4 d. de C. también consagró disposiciones restrictivas a la facultad de manumitir. Dispuso que para que la manumisión fuera válida, el manumisor debía tener no menos de veinte años y el esclavo treinta, a no ser que mediase una justa causa comprobada ante un consejo especial. Declaró nulas las manumisiones que se solían hacer para defraudar a los acreedores. Prescribió, por último, que los esclavos manumitidos que hubieran observado mala conducta durante su estado servil, no obtenían la ciudadanía romana, sino la condición de peregrinos dediticios (*peregrini dediticii*). Justiniano conservó de esta ley la nulidad de la manumisión hecha en fraude a los acreedores y rebajó la edad del manumisor a diecisiete años.

§ 72. Relaciones afines a la esclavitud. – El derecho de Roma conoció ciertas relaciones afines a la esclavitud dentro de las cuales quienes las experimentaban ocupaban una situación muy semejante a la de los esclavos. Así, las personas *in causa mancipii*, que era el caso del *filiusfamilias* al que el *pater* vendía a otro *pater* o hacía entrega de él en reparación de algún delito (*noxae deditio*). También el *redemptus ab hostibus*, supuesto del ciudadano rescatado por un tercero de la cautividad mediante el pago

de un rescate y que era considerado esclavo del *redemptor* hasta que reintegrara el rescate.

El colonato. La situación afín a la esclavitud que en Roma se dio con frecuencia y que por ello alcanzó mayor relieve, fue la del colonato. Los colonos (*coloni*) eran arrendatarios de tierra en situación de dependencia, que se hallaban adscriptos a la gleba (*servi terrae*, *glebae adscripti*) y debían pagar un canon por el fundo que ocupaban y que no podían abandonar bajo pena de esclavitud. El propietario tampoco podía separar al colono de la tierra, ni vender el predio sin el colono, ni a éste sin el fundo. Esta relación de dependencia podía cesar si el colono adquiría el inmueble al que estaba adscripto o si alcanzaba una alta dignidad eclesiástica.

§ 73. "STATUS CIVITATIS". – Otro de los estados integrantes del *caput*, esto es, de la personalidad o capacidad jurídica de un individuo en Roma, fue el *status civitatis*. Únicamente los que gozaban de la ciudadanía romana eran capaces de derecho en la esfera tanto del *ius publicum*, como del *ius privatum*, porque el ordenamiento jurídico romano sólo amparaba a los miembros de la *civitas* (*cives*). En relación al *status civitatis*, las personas se dividían en dos clases perfectamente diferenciadas: ciudadanos y extranjeros o peregrinos (*peregrini*). Entre ambos grupos se encontraba una clase intermedia, la de los latinos (*latini*).

Durante mucho tiempo los peregrinos carecieron de personalidad jurídica en el territorio romano, entendido por tal la península itálica que, conquistada por las legiones romanas, hizo como se ha dicho, que Roma fuera Italia, constituyendo la más grande *civitas* que conoció el mundo antiguo. Por decisión de Antonino Caracalla, en el año 212 de nuestra era, la ciudadanía se extendió a todos los súbditos libres del Imperio y desapareció así la distinción de las personas según el *status civitatis*.

§ 74. CIUDADANOS, PEREGRINOS Y LATINOS. – En Roma se era ciudadano por nacimiento, por liberación de la esclavitud o por concesión de la autoridad. Eran ciudadanos por nacimiento los hijos concebidos por padres ciudadanos unidos en legítimo matrimonio (*iustae nuptiae*) y también el hijo nacido de madre ciudadana, aunque ésta hubiera alcanzado la ciudadanía después de la

concepción. Las manumisiones solemnes en el derecho civil y cualquier forma de manumitir en el derecho justinianeo, hacían del esclavo un hombre libre y ciudadano. Por concesión de la autoridad llegaron a ser *cives romani* los extranjeros a quienes por razones especiales –premios por servicios de orden militar o social– el comicio en época de la República o el emperador después, habían otorgado este favor de carácter excepcional.

La ciudadanía por concesión de la autoridad podía beneficiar a una persona determinada o a un grupo de personas y también a todos los habitantes de una ciudad o región. Por estas concesiones colectivas todos los pobladores de Italia adquirieron la ciudadanía romana a fines de la República y durante los primeros años del principado muchas comunidades fuera de ella. Finalmente, Antonino Caracalla, en el año 212, por la célebre *constitutio antoniniana*, concedió la ciudadanía a todos los súbditos del Imperio, a excepción de los dediticios.

Como clase opuesta a la de los ciudadanos, se encontraban los extranjeros o peregrinos, que eran aquellos hombres libres pertenecientes a otras ciudades que vivían en el gran mundo romano y que se diferenciaban de los bárbaros (*barbari, hostes*) porque éstos eran extranjeros súbditos de pueblos enemigos de Roma. Dentro de los peregrinos propiamente dichos, se distinguían los llamados *peregrini alicuius civitatis*, que eran los que pertenecían a una ciudad unida a Roma por tratados de alianza y amistad, de los *peregrini dediticii*, que eran los miembros de pueblos que habían resistido a la dominación romana y que luego se habían rendido incondicionalmente (*deditio*).

Los peregrinos no contaban en Roma con el amparo del *ius civile*, rigiéndose sus relaciones por el derecho de gentes y para juzgar los casos de controversias jurídicas con los ciudadanos romanos se creó, como hemos visto, la pretura peregrina. Situación especial tenían los dediticios, a los que no se les reconocía ningún derecho propio, por entenderse que no pertenecían a ninguna *civitas*. No podían vivir en Roma, ni en un radio de cien millas alrededor de ella y tenían que pagar un impuesto especial, llamado *tributum capitis*.

Una posición intermedia entre los ciudadanos y los peregrinos ocupaban los latinos, que se distinguieron en tres clases: los *latini veteres* o *prisci*, que eran los antiguos habitantes del Lacio y

de las más antiguas colonias confederadas con Roma; los *latini coloniarii*, ciudadanos pertenecientes a colonias a las que Roma concedió la latinidad a mediados de la República y los *latini iuniani*, que, como vimos, eran los manumitidos no solemnemente y que, de acuerdo con la *lex Iunia Norbana*, adquirían la libertad, pero no la ciudadanía romana.

De las tres clases de latinos, los *veteres* se encontraban en una condición jurídica más favorable, pues el derecho romano les confirió el goce de todos los derechos públicos y privados de los ciudadanos, a excepción del *ius honorum*, esto es, el derecho a ocupar las magistraturas romanas. Los latinos de las colonias sólo gozaban del *ius commercii*, y así podían testar, celebrar contratos y gozar de la propiedad romana, estándoles vedado el goce de los otros derechos privados y los derechos públicos, aunque podían votar cuando se encontraban en Roma. Por su parte, los *latini iuniani* o libertos latinos tenían exclusivamente el *commercium* con romanos, pero no podían testar, ni ser instituidos herederos por testamento.

§ 75. "STATUS FAMILIAE". — Concernía también a la integración del *caput*, con los estados de libertad y de ciudadanía, el *status familiae*, que era la situación en que se encontraba un hombre libre y ciudadano con relación a una determinada familia. La distinta posición que en ella se podía ocupar influía sobre la personalidad o capacidad jurídica, en el sentido de acrecentarla o disminuirla, ya que era plena cuando el hombre era libre, ciudadano y *sui iuris*, y se encontraba reducida si era un *alieni iuris*.

Las personas, de acuerdo con el *status familiae*, se distinguían en *sui iuris* y *alieni iuris*, según que estuvieran libres de cualquier potestad o sujeción a otra persona, o no se hallaran en tal posición familiar. Es una distinción fundamental, no menos que la que diferencia a las personas en libres y esclavos y en ciudadanos y no ciudadanos, y tuvo origen en la peculiar organización de la familia romana.

§ 76. "SUI IURIS" Y "ALIENI IURIS". — Era *sui iuris* el sujeto autónomo respecto de cualquier potestad familiar, el ciudadano que no tuviese ascendientes legítimos masculinos vivos o que hubiera sido liberado de la potestad paterna mediante un acto jurídico lla-

mado emancipación (*emancipatio*). El hombre *sui iuris* era denominado *paterfamilias*, independientemente de que tuviera o no hijos, o que fuera o no mayor de edad. Esta condición sólo se daba en el varón no sometido a potestad familiar (*manus* o *potestas*), no en la mujer, aunque fuera *sui iuris*, porque de acuerdo con un principio típicamente romano (Dig. 50, 16, 195, 5) "la mujer es cabeza y fin de su propia familia" (*Mulier familiae suae et caput et finis est*).

La persona sometida al poder familiar, cualquiera que fuera su edad o su sexo, era *alieni iuris*, comprendiéndose entre ellas al *filiusfamilias*, descendiente legítimo o adoptivo de un *paterfamilias* viviente; a la mujer sujeta a la *manus* de su propio marido o la del *pater* bajo cuya potestad éste se encontrara, y la persona *in causa mancipi*, que era el hombre libre dado en *noxa* por los delitos que hubiere cometido o en garantía de las obligaciones del *paterfamilias* de quien dependía.

Distinta era la condición jurídica de los *sui iuris* y de los *alieni iuris*. Los primeros gozaban de plena capacidad jurídica, pues como hemos dicho, el hombre libre, ciudadano y *sui iuris*, era la persona *optimo iure*: tenía el goce completo de todos los derechos públicos y privados. Con razón ha podido afirmar Bonfante que el derecho privado romano, en la época verdaderamente romana, es el derecho de los *patresfamilias*. El ciudadano *sui iuris* podía ser titular de las cuatro potestades clásicas que conoció la legislación romana: la *patria potestas*, que era el poder del *paterfamilias* sobre sus hijos y sobre todas las personas agregadas al grupo familiar por adopción o adrogación; la *dominica potestas*, poder o dominio sobre los esclavos; la *manus maritalis*, potestad que tenía sobre la esposa, y el *mancipium*, que era la potestad que se ejercía sobre un hombre libre entregado en *noxa*, ya por los delitos que hubiera cometido, ya para garantizar el pago de las obligaciones del *paterfamilias* bajo cuya potestad se hallara.

El *filiusfamilias* se encontraba en Roma en situación distinta de la del *pater*, no en cuanto al goce de los derechos públicos, en los que había equivalencia, sino en lo relativo a los derechos privados, dado que los *alieni iuris* tenían una capacidad restringida debido a la situación de dependencia en que se encontraban respecto del *pater*. Así, los *filii* no podían contraer matrimonio sin la autorización del jefe de la familia y por lo que a su capacidad

patrimonial se refería, su situación era muy parecida a la de los esclavos, pues lo que adquirían se incorporaba al patrimonio del *pater*, de quien eran meros instrumentos de adquisición. Por lo que hace a la incapacidad patrimonial ésta fue modificándose paulatinamente, especialmente a partir del otorgamiento de los peculios que posibilitaban al *filius* –en algunos supuestos– realizar negocios de disposición, tanto *inter vivos* como *mortis causa*.

Nos hemos referido en particular a la condición jurídica del *filiusfamilias* porque del esclavo ya hemos tratado, así como de las *personae in causa mancipi* que, como dijimos, se hallaban en una situación afín a la esclavitud. No nos referimos en esta parte a la mujer colocada bajo la *manus maritalis*, porque de ella hablaremos al estudiar el matrimonio.

§ 77. PERSONAS JURÍDICAS. – Para cerrar este capítulo, en que estudiamos el sujeto de derecho, nos referiremos a otras entidades abstractas e incorporales, a las que el derecho romano les reconoció el carácter de personas. Son los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones que no son personas físicas o de existencia visible y a los que los comentaristas han llamado personas jurídicas, ficticias o morales. La doctrina de las personas jurídicas no es creación del derecho romano, sino de intérpretes posteriores, que aplicaron para ello principios generales suministrados por el derecho clásico. Los romanos, para caracterizarlas, decían que sustituyen o representan a las personas, como expresa un pasaje de Florentino (*hereditas personae vice fungitur*), refiriéndose a la herencia antes de haber sido aceptada por el heredero (Dig. 16, 1, 22).

Hasta el período clásico esta personalidad o capacidad jurídica reconocida a entes que carecían de atributo personal, sólo se aceptaba respecto de las asociaciones de hombres organizados para la consecución de fines de interés común e independientes de la voluntad de los miembros que las integraran. Con el derecho bizantino se va más allá en la abstracción y se comienza a atribuir capacidad jurídica a entidades patrimoniales destinadas a un fin específico. De ahí que se haya definido también a las personas jurídicas diciendo que son las agrupaciones de hombres –asociaciones– y las ordenaciones de bienes –fundaciones– a las que la ley les reconoce en la esfera patrimonial condición de sujetos de derecho.

Sobre la base de este criterio los expositores de nuestra disciplina han distinguido dos clases diferentes de personas jurídicas, las asociaciones o corporaciones, que esencialmente están constituidas por una comunidad de individuos, y las fundaciones, cuyo elemento vital es un patrimonio destinado a un determinado fin. Siguiendo la terminología empleada por muchos romanistas, designaremos a estos dos tipos con las expresiones *universitas personarum* y *universitas rerum*, distinción que puede servir para caracterizar a ambos grupos, pero que no fue conocida por la jurisprudencia romana.

§ 78. "UNIVERSITAS PERSONARUM"; "UNIVERSITAS RERUM". – Dentro de la categoría de la *universitas personarum*, se destacaba el Estado o *populus romanus*, que era un ente colectivo que actuaba en el ámbito del derecho privado con capacidad para ser titular de derechos y obligaciones. Tenía patrimonio propio (*aerarium populi romani*) y sobre él repercutían básicamente los actos jurídicos; ejercía el derecho de patronato respecto de sus libertos y era capaz para adquirir por testamentos y legados. Sobre su base se configuraron otras comunidades de derecho público que entraban en el concepto general de la *universitas personarum*, como los *municipia* y las *coloniae*, que tuvieron capacidad patrimonial, restringida por razones políticas en la República, pero bastante ampliada en el período imperial.

a) ***Corporaciones.*** Las típicas personas jurídicas del grupo *universitas personarum* fueron las corporaciones o asociaciones privadas, para las cuales se usaban muchas designaciones (*collegia*, *sodalicia*, *societas*) y a cuyos miembros se les llamaba *sodales* o *socii*. Este agrupamiento de personas fue conocido desde el más antiguo derecho y ya la Ley de las XII Tablas admitió que pudieran darse sus estatutos, siempre que no estuvieran en pugna con la ley. Sin embargo, la idea de la independencia de los miembros respecto de la entidad y el concepto de personalidad jurídica sólo llegaron a reconocerse con el derecho clásico.

Era requisito fundamental para la existencia de una asociación o corporación que estuviera integrada por tres personas como mínimo y que tuviera la intención de constituir una unidad orgánica tendiente a un fin lícito, que podía ser religioso, profesional o gremial, lucrativo, etcétera. Cada ente debía tener un

estatuto, órganos directivos, sus representantes (*syndici*), una caja común o patrimonio independiente del de sus componentes y autorización estatal. En orden a este último recaudo, por mucho tiempo no habría sido necesario e incluso se llegó a admitir que tenía un carácter general e implícito. Sin embargo, a partir de una *lex Iulia de collegiis* dictada por Augusto, se habría impuesto la exigencia de la previa autorización estatal, que podía emanar del senado o del emperador.

El derecho romano no contiene disposiciones expresas que regulen lo atinente a la capacidad de las asociaciones, pero es evidente que desde el período clásico se va afirmando el elemento más caracterizado de la personalidad jurídica de la corporación como ente distinto de sus miembros, esto es, que los derechos y obligaciones se referían al ente, no a sus integrantes individualmente considerados. Su capacidad que, al decir de un fragmento de Gayo (Dig. 3, 4, 1, 1), funciona a ejemplo de la *res publica* (*ad exemplum rei publicae*), o sea, como la de los entes de carácter público, por ejemplo, los *municipia* o *coloniae*, se va poco a poco extendiendo, llegándose a admitir que pudieran manumitir esclavos e inclusive que tuvieran autorización legal para recibir herencias y legados.

En lo que concierne a la extinción de la personalidad jurídica de las asociaciones, podía ella producirse por las causas siguientes: por la desaparición de todos sus socios; por acuerdo voluntario de ellos; por la consecución del fin que había sido motivo de su creación y por decisión de la autoridad estatal.

b) ***Fundaciones.*** Las típicas personas jurídicas de la categoría *universitas rerum*, fueron las fundaciones. Comienzan a aparecer en el derecho imperial como entes que personificaban un patrimonio destinado al cumplimiento de la finalidad perseguida por el instituyente. Generalmente adoptaron forma de instituciones de beneficencia y de culto promovidas por el cristianismo para una causa pía y de ahí que frecuentemente se confiara el patrimonio a una iglesia para la creación de asilos, hospitales, orfelinatos, etcétera.

La capacidad jurídica de las fundaciones, el reconocimiento de su propia personalidad, se abrió paso por fin en el derecho justinianeo, en el que se llegó a establecer que los patrimonios fun-

dacionales tenían aptitud legal para recibir por testamento, cobrar créditos, entablar acciones judiciales, realizar permutas, celebrar locaciones enfitéuticas, etcétera.

(c) ***"Fiscus" y "hereditas iacens".*** Otros dos entes ficticios que pertenecían al tipo de la *universitas rerum*, fueron el *fiscus* y la *hereditas iacens*.

El fisco era el patrimonio imperial, que acabó por absorber al *aerarium*, que constituía el acervo patrimonial del pueblo romano. En el Bajo Imperio, el fisco no es ya el tesoro del emperador, sino el patrimonio del Estado, considerado como persona civil. Alcanza entonces la categoría de un ente con personalidad jurídica y, como tal, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. Le fueron atribuidos múltiples privilegios y pudo actuar como persona jurídica especialmente en el área de los derechos patrimoniales.

Situación muy semejante a la del fisco fue la de la herencia yacente, nombre que se da al patrimonio hereditario desde el fallecimiento del causante hasta que es aceptada la herencia por el heredero voluntario. El derecho romano reputa esta universalidad de bienes como una persona jurídica, al igual que el municipio, la decuria, la sociedad, según el pasaje ya citado de Florentino en el Digesto (*quia hereditas personae vice fungitur sicuti municipium, et decuria, et societas*) (Dig. 46, 1, 22).

Como en el período que mediaba entre la muerte del causante y la aceptación de la herencia, los bienes hereditarios se consideraban sin dueño (*res nullius*), el derecho, por una ficción, reconoció que aquel patrimonio, en su unidad orgánica, era susceptible de aumentos o disminuciones en representación del autor de la sucesión. En el derecho justinianeo se avanza en el concepto y se reconoce a la herencia yacente el carácter de persona, con lo que es titular de los bienes que integran el haber hereditario. A partir de entonces podía adquirir todas aquellas cosas que incrementaran la herencia, así como los bienes y derechos que estaban fuera del patrimonio del autor de la sucesión al tiempo de su muerte. Respondía pasivamente de las obligaciones que hubiere contraído, provinieran de una relación contractual o de un hecho ilícito.

TÍTULO II

LAS COSAS

§ 79. CONCEPTOS GENERALES. – El vocablo cosa (*res*), de diversos significados en el lenguaje vulgar, tiene también en el léxico jurídico una flexibilidad idiomática que ha dado lugar a que se viertan distintos conceptos a fin de precisar su alcance en derecho. Algunos comprenden bajo la palabra *res* todo lo que forma el haber de los particulares, al paso que otros entienden que para que un objeto sea cosa en el sentido del derecho, es necesario que sea útil, es decir, accesible y deseable para el individuo. Por nuestra parte, entendemos que así como la palabra persona designa en el léxico jurídico al sujeto activo o pasivo de las relaciones jurídicas, la palabra *res* se usa para indicar aquello que puede ser objeto de derechos, es decir todo cuanto tenga entidad corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta, y sea susceptible de apreciación económica.

Los jurisconsultos romanos no dieron una definición ni comprendieron tal vez que cosa es todo lo que puede ser objeto de los derechos, sino que la refirieron al objeto material (*corpus*), en oposición a los actos del hombre. Denota una cosa corporal, físicamente delimitada y jurídicamente independiente.

§ 80. CLASIFICACIÓN DE LAS COSAS. – En las fuentes romanas (Gayo, 2, 1 - Inst. 2, 1, pr.) encontramos una clásica división de las cosas que las distingue en *res intra patrimonium* y en *res extra patrimonium*, según que se encontraran entre los bienes económicos de los particulares o fuera de ellos. Con esta clasificación las fuentes querían diferenciar las cosas susceptibles de relaciones jurídicas de las que no lo fueran pero tenía el defecto de aludir a un hecho o situación actual, que la cosa se hallara o no comprendida en el patrimonio de una persona, como sería un animal salvaje,

que habría que reputar *res extra patrimonium* hasta el momento de su aprehensión.

Por ello se considera equivalente, pero más comprensiva y precisa, otra distinción, que aunque no se la formula expresamente como a la anterior, no es ajena al lenguaje de las fuentes. Es la que clasifica las cosas en *res in commercio* y *res extra commercium*, y que sirve para designar las que entran en el tráfico jurídico de los particulares y las que están excluidas de dicho tráfico por disposición de la ley. Llámanse, además, *res nullius* las cosas *in commercio* que no son propiedad de nadie y *res derelictae* aquellas a cuya propiedad ha renunciado su dueño por abandono. Sobre la base de la distinción de *res extra commercium* y *res in commercio* haremos el estudio de las diferentes clases de cosas.

§ 81. "RES EXTRA COMMERCIUM". — En la categoría de las *res extra commercium* se cuentan las cosas no susceptibles de relaciones jurídico-patrimoniales por prescripción de la norma divina o por disposición de la ley positiva, de donde surge la división de cosas fuera del comercio por causa divina (*res divini iuris*: cosas de derecho divino) o por causa humana (*res humani iuris*: cosas de derecho humano).

a) "*Res divini iuris; sacrae, religiosae, sanctae*". — Entre las cosas de derecho divino se hallaban las cosas sagradas (*res sacrae*), que eran las consagradas a los dioses superiores y puestas bajo su autoridad, como los templos, los terrenos, los utensilios que se utilizaban en las ceremonias religiosas, y también los donativos hechos a la divinidad; las cosas religiosas (*res religiosae*), que eran las consagradas a los dioses inferiores, por ejemplo, los sepulcros y la tierra donde se encontraba depositado un cadáver, y las cosas santas (*res sanctae*), como los muros y las puertas de la ciudad, a los que se acostumbraba colocar bajo la protección de los dioses.

b) "*Res humani iuris; communes, publicae, universitates*". Entre las cosas humanas excluidas del tráfico jurídico se contaban las cosas comunes (*res communes omnium*), es decir, las que por derecho natural pertenecían a todos los hombres: el aire, el agua, el mar y sus riberas; las cosas públicas (*res publicae*), que eran las propias del pueblo, esto es, de la comunidad organizada como Es-

tado y entre las que se pueden mencionar los ríos y sus orillas, los puertos, las vías públicas, y las *res universitates*, esto es las cosas que integraban el patrimonio de una comunidad y que estaban afectadas al uso de sus miembros, como los teatros, los foros, los baños públicos, las plazas, etcétera.

§ 82. **"Res in commercio".** – La gran categoría de cosas que podían servir de objeto a relaciones jurídico-patrimoniales era la de las *res in commercio*, es decir, las cosas susceptibles de apropiación individual. Dentro de esta clase se comprendían la mayoría de los objetos corporales de que podía disponer el hombre para satisfacer sus necesidades, y abarcaba los siguientes grupos: *res mancipi* y *res nec mancipi*, cosas corporales e incorporales, muebles e inmuebles, consumibles y no consumibles, fungibles y no fungibles, divisibles e indivisibles, simples y compuestas, principales y accesorias y fructíferas y no fructíferas.

a) ***"Res mancipi" y "res nec mancipi".*** La distinción entre *res mancipi* y *res nec mancipi* tiene gran importancia histórica, porque habría sido la primera clasificación a la que los romanos reconocieron un interés práctico, desde la Ley de las XII Tablas. Eran *mancipi* las cosas cuya propiedad –en cierto modo privilegiada– se transmitía por un modo del derecho civil formal y solemne, la *mancipatio*, o mediante la *in iure cessio*, que importaba un ficticio proceso de reivindicación realizado formalmente ante el magistrado.

Eran cosas mancipables las de mayor valor en la primitiva economía agrícola, como los fundos o las heredades y las cosas situadas en el suelo de Italia, las servidumbres rurales de paso (*via*, *iter*, *actus*) y de acueducto (*aquae ductus*), los esclavos y los animales de tiro y carga. Todas las demás cosas se agrupaban dentro de la clase de las *res nec mancipi*. → Se transmitían por TRADITIO
ej: Gallinas

Ambas clases de cosas mantuvieron su distinción hasta la época del derecho clásico, no obstante que los valores económicos se habían modificado profundamente con el transcurso del tiempo. Desaparecida más adelante la diferencia entre las cosas situadas en suelo itálico (*italicum solum*) y las radicadas en suelo provincial (*provinciale solum*) y generalizada la tradición como medio normal de transmitir la propiedad, la oposición entre cosas *mancipi* y *nec mancipi* perdió interés práctico. Decadente la

mancipatio en el derecho imperial, el emperador Justiniano la suprimió definitivamente como modo de adquisición del dominio (Cód. 7, 31, 1).

b) ***Cosas corporales e incorporales.*** Distinguían las fuentes romanas (Gayo, 2, 12 a 14 - Inst. 2, 2, 1) las cosas corporales de las incorporales, clasificación que habría obedecido a la influencia de la filosofía helénica sobre el derecho romano. Las primeras eran aquellas cuya materialidad es percibida por los sentidos, es decir, las cosas tangibles (*quae tangi possunt*), como un fundo, un esclavo, al paso que eran incorporales, por el contrario, las que son producto de una abstracción, esto es, que no pueden palparse (*quae tangi non possunt*), como un crédito, el derecho de propiedad, de servidumbre, etcétera.

c) ***Cosas muebles e inmuebles.*** La categoría de cosas muebles e inmuebles, que habría llegado a imponerse en el derecho postclásico al desaparecer la tradicional distinción de *res mancipi* y *res nec mancipi*, parte de la posibilidad o no de trasladar la cosa de un sitio a otro. Así, son muebles (*res mobiles*) las cosas inanimadas que pueden trasladarse de un lugar a otro por una fuerza exterior, sin ser deterioradas en su sustancia o su forma, al paso que son inmuebles las que, de acuerdo con su naturaleza, físicamente es imposible que cambien de lugar. Dentro de la clase de los *mobilia* se encuentran los semovientes (*se moventes*), como los animales, que se mueven de un sitio a otro por sus propios medios.

Pertenecían a la categoría de las cosas inmuebles los fundos (*fundi*) o predios. Se dividían en urbanos (*praedia urbana*), si en ellos estaba construido un edificio, y en rústicos (*praedia rustica*), cuando eran terrenos sin edificación, estuvieran en la ciudad o en el campo. Los fundos rústicos podían tener límites determinados por accidentes naturales del terreno (*agri arcifini*) o trazados especialmente por agrimensores (*agri limitati*). Dentro de los fundos cabía también la distinción en itálicos y provinciales. Los primeros eran los situados en Italia o en ciudades a las que se les hubiera concedido el *ius italicum*; los segundos, los que estaban enclavados en provincias. Sobre los fundos itálicos su titular tenía el dominio de derecho civil o quiritario, en tanto que sobre los fundos provinciales, sólo una posesión sometida al pago de un tributo (*tributum* o *stipendium*).

d) *Cosas consumibles y no consumibles.* Distinguieron también los romanos las cosas consumibles (*res quae usu consumuntur*), es decir, aquellas cuyo uso o destino normal las destruye física o económicamente, como los alimentos y el dinero, de las cosas no consumibles (*res quae usu non consumuntur*), que son las susceptibles de un uso repetido sin que provoque otra consecuencia que su mayor o menor desgaste.

e) *Cosas fungibles y no fungibles.* Otras clases de cosas entre las *res in commercio* son las fungibles y las no fungibles. Las primeras son las que pueden sustituirse por otras de la misma categoría, es decir, que no se toman en cuenta como individualidades, sino en cantidad, por su peso, número o medida (*res quae pondere, numero, mensurave constant*) (Inst. 3, 14, pr.). Son no fungibles, en cambio, las que tienen su propia individualidad y que no admiten, por ende, la sustitución de una por otra. Integran la clase de cosas fungibles, el vino, el trigo, el dinero; mientras que corresponden a las no fungibles, una obra de arte, un esclavo, un fundo.

Sirve también para distinguir las cosas fungibles de las no fungibles el hecho que las primeras son designadas según el género (*genus*) a que pertenecen, mientras las segundas comprenden una cosa particular, determinada conforme su individualidad (*species*). Así, una cosa es fungible cuando en la relación jurídica de que es objeto se la considera más bien según su género o su cantidad que según su especie, de suerte que el sujeto habrá de devolverla en su género (*in genere*) o en la misma cantidad y cualidad (*in eadem quantitate et qualitate*). Esta distinción carece en gran parte de precisión, porque así como la fungibilidad es una cuestión objetiva, la determinación genérica es subjetiva, pues depende exclusivamente de lo que opinen las partes. Los esclavos no eran cosas fungibles, pero nada impedía que un vendedor se comprometiese a entregar un número de ellos sin individualizarlos. En este caso se estaba frente a una obligación genérica, que se cumpliría entregando el *genus*.

f) *Cosas divisibles e indivisibles.* Las cosas pueden ser divisibles o indivisibles. Un objeto corpóreo es físicamente divisible cuando sin ser destruido enteramente puede ser fraccionado en porciones reales cada una de las cuales, después de la división,

forma un todo particular e independiente, que conserva en proporción la utilidad de la cosa originaria; es indivisible, en cambio, el que no admite partición sin sufrir daño o menoscabo o, como dicen las fuentes, sin que la cosa perezca (Dig. 6, 1, 35, 3).

Un fundo es cosa divisible; un animal, una pintura, son indivisibles. Hay cosas legalmente divisibles, sin distinguir si la partición física es posible o no, cuando muchas personas pueden poseerla en común, es decir, en porciones ideales o intelectuales (*partes incertae*), que es lo que ocurre en el régimen de la copropiedad, en el que los copropietarios poseen *pro indiviso*. También hay cosas legalmente indivisibles cuando en ellas no se concibe la idea de una parte, como acaece en las servidumbres, que los romanos consideraban *res incorporalis*.

g) ***Cosas simples y compuestas.*** Se distinguían también las cosas simples de las compuestas. Aquéllas constituían un solo todo, una unidad orgánica e independiente (*corpora quae uno spiritu continentur*), como un esclavo, una viga, una piedra. Cosas compuestas eran las que resultaban de la suma o agrupamiento de cosas simples. Estas últimas se dividían en dos categorías, según que la aglomeración de cosas simples fuera material y tuviese aspecto compacto, como una nave o un edificio (*corpora ex contingentibus* o *universitas rerum coherentium*), o que el vínculo de unión de los componentes simples fuera inmaterial y cada uno de ellos conservara su independencia, como por ejemplo, un rebaño o una biblioteca, caso en el cual se habla de universalidades de cosas (*corpora ex distantibus* o *universitas rerum distantium*) (Dig. 41, 3, 30, pr.).

h) ***Cosas principales y accesorias.*** Conocieron igualmente los romanos la clasificación de cosas en principales y accesorias, considerando que las primeras eran aquellas cuya existencia y naturaleza están determinadas por sí solas, sirviendo inmediatamente y por ellas mismas a las necesidades del hombre; y las accesorias, las que estaban subordinadas o dependían de otra principal como el marco respecto del cuadro, la piedra preciosa en relación al anillo en que está engarzada. A propósito de las cosas accesorias regía el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal (*accessorium sequitur principale*).

i) ***Cosas fructíferas y no fructíferas.*** Dentro de las cosas fructíferas se comprenden aquellas que, manteniendo su naturaleza y su destino, dan con carácter periódico cierto producto o fruto (*fructus*), que se convierte al separárselo natural o artificialmente, en cosa autónoma. Son cosas no fructíferas las que no tienen esa cualidad.

Son frutos, por consiguiente, los productos naturales que más o menos periódicamente suministran las cosas sin disminuir su esencia, como la leña de los bosques, la cría de los animales, la lana, la leche y las frutas de los árboles. Se entiende igualmente que pertenecen a la noción de frutos, las rentas en dinero que suministra el empleo de un capital, los alquileres, etc., que para diferenciarlos de los anteriores, se los ha llamado frutos civiles. Los frutos pueden hallarse en diversos estados: *pendentes*, cuando están adheridos a la cosa productiva; *percepti*, cuando se los ha cosechado; *percipiendi*, si estaban para cosechar y no se los cosechó por falta de diligencia; *existentes* o *extantes*, cuando se hallan todavía en poder del poseedor de la cosa, y consumidos o *consumpti*, si han sido consumidos, transformados o enajenados.

En lo que concierne a los gastos o impensas (*impensae*), que es todo lo que se desembolsa para una cosa determinada o se emplea en ella, se distinguen los gastos para conseguir los frutos de una cosa fructífera, de los gastos para la cosa misma. A su vez, dentro de estos últimos, cabe diferenciar las impensas necesarias, las útiles y las voluptuarias, según estén destinadas a conservar la cosa, a aumentar su utilidad o renta o a embellecerla, haciéndola servir para lujo o placer.

Culpa: Quien causa sin propósito de hacerlo, obrando con imprudencia o negligentemente o con inexactitud de negligencia. La conducta ilícita es la acción u omisión que causa daño sin propósito de hacerlo.

Título III

EL NEGOCIO JURÍDICO

§ 83. El hecho y el acto jurídico. – Hemos considerado hasta ahora en esta Parte General el sujeto y el objeto de los derechos; réstanos tratar de su causa eficiente, de su elemento generador. Como explica el profesor Álvarez Suárez, si se concibe el derecho privado como un sistema de derechos subjetivos, surge la cuestión primordial de estudiar de qué manera nacen éstos a la vida y cuáles son los hechos que tienen la virtualidad de crearlos. Tal estudio exige la consideración de los llamados hechos y negocios jurídicos.

Los jurisconsultos romanos, con su proverbial espíritu práctico y su característica hostilidad hacia la abstracción, no construyeron una teoría general de los hechos y negocios jurídicos, sino que fueron considerando, en los casos concretos que se les presentaban, qué situaciones merecían ser protegidas por medio de acciones y en qué circunstancias debía reconocerse a una determinada persona una facultad para actuar respecto de una cosa o de otra persona también determinada. La dogmática moderna, recogiendo los principios básicos suministrados por la jurisprudencia romana, elaboró la teoría del negocio jurídico, cuya paternidad se atribuye al jurista alemán Gustavo Hugo. Con los antecedentes romanos, que son los que particularmente nos interesan, y con los resultados de las construcciones doctrinarias actuales, abordaremos el tema de los hechos y negocios jurídicos.

Comenzaremos diciendo que hecho es toda acción u obra del hombre o de la naturaleza que cae bajo la percepción de nuestros sentidos. Los hay capaces de producir innúmeras consecuencias pero que, sin embargo, no tienen fuerza gravitante en el área de lo jurídico. Éstos son denominados genéricamente *hechos* o *hechos simples*. Otros hechos, positivos o negativos, por el contra-

rio, cumplen una función eficiente, porque si los derechos nacen, si se modifican, si se transfieren de una persona a otra, es siempre a causa o como consecuencia de un hecho. No hay derecho que no provenga de un hecho y, como bien lo señala Ortolan, es precisamente de la variedad de los hechos de donde procede la variedad de los derechos.

Estos acontecimientos o circunstancias de hecho a los que el derecho objetivo atribuye el efecto de producir la adquisición, modificación, transformación o extinción de los derechos, son los llamados *hechos jurídicos*. A manera de ejemplo de tales hechos, que pueden ser de infinita variedad, citaremos el nacimiento o la muerte de un individuo, la tormenta que destruye una cosecha, la sequía que agosta los sembradíos, los acrecentamientos naturales de las cosas producidos por aluvión o avulsión, el accidente de tránsito, la producción de frutos, etcétera.

Considerando que los hechos jurídicos son acontecimientos de orden natural, los efectos jurídicos que pueden acarrear se reconocen inmediatamente al verificarse la condición objetiva. La norma jurídica, pues, considera como relevante y digno de valoración exclusivamente su carácter de ser fenómenos naturales, lo cual significa que sus efectos jurídicos se producen por imperio de la ley (*ope legis, ipso iure*). Ahora bien, cuando el hecho jurídico no es producido por factores naturales, sino por el actuar del hombre, por un acto de voluntad del sujeto, estamos en presencia del *acto jurídico*, que podemos definir diciendo que es el acto voluntario susceptible de producir el nacimiento, la modificación, la transformación o la extinción de los derechos.

§ 84. EL NEGOCIO JURÍDICO: CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN. – El acto jurídico, según el resultado operado en relación con el comportamiento de la voluntad dirigida a producirlo, puede ser lícito o ilícito. El acto jurídico lícito es lo que modernamente recibe el nombre de *negocio jurídico*; el acto jurídico ilícito constituye el *delito*. Negocio jurídico es el acto del hombre encaminado a lograr fines lícitos y por ello encuentra la tutela de la ley. Contrariamente, delito es el acto voluntario que lesiona un interés o derecho ajeno y por tal razón la ley castiga a su autor con una pena. Objeto de estudio en esta parte será el negocio jurídico, pues de los delitos hablaremos al tratar de las obligaciones por-

que, como veremos, constituyen una de sus fuentes, ya que acarrean para el autor la obligación de reparar el daño que el acto ilícito ocasiona a la persona de la víctima.

Para el negocio jurídico los autores han ensayado distintas definiciones que en el fondo coinciden en su formulación. Así, para el prestigioso romanista italiano Carlo Longo, "negocio jurídico es una manifestación de voluntad privada dirigida a un fin práctico aprobado por el derecho y, como tal, capaz de producir efectos armonizantes con el fin querido en las condiciones y en los límites determinados por el mismo derecho". Para Ursicino Álvarez Suárez, "es el acto de autonomía privada mediante el cual los particulares regulan por sí mismos sus propios intereses, en relación con los intereses de otras personas, y a cuyo acto el derecho objetivo atribuye unos efectos jurídicos precisos, de conformidad con la función económico-social característica del tipo de negocio realizado". Entendemos, por nuestra parte, que el negocio jurídico puede definirse como la manifestación libre y consciente de la voluntad dirigida a lograr fines determinados reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico.

Dijimos que los romanos no elaboraron una teoría general del negocio jurídico, sino que fue ella obra de la doctrina moderna. Tampoco formularon una clasificación que agrupara a las distintas clases de negocios en forma ordenada. La gran variedad de figuras que pueden presentarse en el libre juego de la voluntad de los particulares, impone la necesidad de ensayar algunas clasificaciones, atendiendo a las características comunes de los distintos tipos de negocios.

Según el número de declaraciones de voluntad que contiene el negocio y su proceso formativo, se distinguen los *negocios unilaterales*, cuya formación depende de la voluntad de un solo individuo –como el testamento–, de los *negocios bilaterales*, en los que intervienen dos partes, por lo menos, cada una de las cuales formula una declaración de voluntad, como los contratos. Hay *negocios onerosos* y *gratuitos* o *lucrativos*. Los primeros son aquellos en que la parte que adquiere un derecho suministra a su vez a la otra una contraprestación, como ocurre en la venta, en tanto que en los segundos la adquisición se produce sin que exista contraprestación, por lo cual hay enriquecimiento de una persona por el acto de otra, como acaece en la donación.

rio, cumplen una función eficiente, porque si los derechos nacen, si se modifican, si se transfieren de una persona a otra, es siempre a causa o como consecuencia de un hecho. No hay derecho que no provenga de un hecho y, como bien lo señala Ortolan, es precisamente de la variedad de los hechos de donde procede la variedad de los derechos.

Estos acontecimientos o circunstancias de hecho a los que el derecho objetivo atribuye el efecto de producir la adquisición, modificación, transformación o extinción de los derechos, son los llamados *hechos jurídicos*. A manera de ejemplo de tales hechos, que pueden ser de infinita variedad, citaremos el nacimiento o la muerte de un individuo, la tormenta que destruye una cosecha, la sequía que agosta los sembradíos, los acrecentamientos naturales de las cosas producidos por aluvión o avulsión, el accidente de tránsito, la producción de frutos, etcétera.

Considerando que los hechos jurídicos son acontecimientos de orden natural, los efectos jurídicos que pueden acarrear se reconocen inmediatamente al verificarse la condición objetiva. La norma jurídica, pues, considera como relevante y digno de valoración exclusivamente su carácter de ser fenómenos naturales, lo cual significa que sus efectos jurídicos se producen por imperio de la ley (*ope legis, ipso iure*). Ahora bien, cuando el hecho jurídico no es producido por factores naturales, sino por el actuar del hombre, por un acto de voluntad del sujeto, estamos en presencia del *acto jurídico*, que podemos definir diciendo que es el acto voluntario susceptible de producir el nacimiento, la modificación, la transformación o la extinción de los derechos.

§ 84. EL NEGOCIO JURÍDICO: CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN. – El acto jurídico, según el resultado operado en relación con el comportamiento de la voluntad dirigida a producirlo, puede ser lícito o ilícito. El acto jurídico lícito es lo que modernamente recibe el nombre de *negocio jurídico*; el acto jurídico ilícito constituye el *delito*. Negocio jurídico es el acto del hombre encaminado a lograr fines lícitos y por ello encuentra la tutela de la ley. Contrariamente, delito es el acto voluntario que lesiona un interés o derecho ajeno y por tal razón la ley castiga a su autor con una pena. Objeto de estudio en esta parte será el negocio jurídico, pues de los delitos hablaremos al tratar de las obligaciones por-

que, como veremos, constituyen una de sus fuentes, ya que acarrean para el autor la obligación de reparar el daño que el acto ilícito ocasiona a la persona de la víctima.

Para el negocio jurídico los autores han ensayado distintas definiciones que en el fondo coinciden en su formulación. Así, para el prestigioso romanista italiano Carlo Longo, "negocio jurídico es una manifestación de voluntad privada dirigida a un fin práctico aprobado por el derecho y, como tal, capaz de producir efectos armonizantes con el fin querido en las condiciones y en los límites determinados por el mismo derecho". Para Ursicino Álvarez Suárez, "es el acto de autonomía privada mediante el cual los particulares regulan por sí mismos sus propios intereses, en relación con los intereses de otras personas, y a cuyo acto el derecho objetivo atribuye unos efectos jurídicos precisos, de conformidad con la función económico-social característica del tipo de negocio realizado". Entendemos, por nuestra parte, que el negocio jurídico puede definirse como la manifestación libre y consciente de la voluntad dirigida a lograr fines determinados reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico.

Dijimos que los romanos no elaboraron una teoría general del negocio jurídico, sino que fue ella obra de la doctrina moderna. Tampoco formularon una clasificación que agrupara a las distintas clases de negocios en forma ordenada. La gran variedad de figuras que pueden presentarse en el libre juego de la voluntad de los particulares, impone la necesidad de ensayar algunas clasificaciones, atendiendo a las características comunes de los distintos tipos de negocios.

Según el número de declaraciones de voluntad que contiene el negocio y su proceso formativo, se distinguen los *negocios unilaterales*, cuya formación depende de la voluntad de un solo individuo –como el testamento–, de los *negocios bilaterales*, en los que intervienen dos partes, por lo menos, cada una de las cuales formula una declaración de voluntad, como los contratos. Hay *negocios onerosos* y *gratuitos* o *lucrativos*. Los primeros son aquellos en que la parte que adquiere un derecho suministra a su vez a la otra una contraprestación, como ocurre en la venta, en tanto que en los segundos la adquisición se produce sin que exista contraprestación, por lo cual hay enriquecimiento de una persona por el acto de otra, como acaece en la donación.

Atendiendo a si los efectos del negocio se van a producir en vida de los otorgantes o si dependen del fallecimiento del autor, se clasifican en *inter vivos*, como el contrato, y en *mortis causa*, como el testamento. Otra clasificación distingue los *negocios formales* de los *no formales*. Los primeros son aquellos respecto de los cuales la ley prescribe a las partes el cumplimiento de ciertas formalidades para expresar su voluntad, de tal manera que su inobservancia hace que el negocio no exista. La forma tiene en esta clase de negocios valor constitutivo. Negocios no formales son aquellos en los que las partes pueden expresar su voluntad de cualquier manera, siempre que resulte clara y manifiesta.

Según cuál sea el objeto o contenido sobre el que versan, los negocios pueden clasificarse en: *negocios relativos al derecho de personas*, por ejemplo: matrimonio, divorcio, adopción; *negocios relativos al derecho patrimonial*, entre los que cabe distinguir los de disposición, que entrañan una alteración económica en el patrimonio de una persona, como la transmisión de la propiedad o la constitución de servidumbres o hipotecas, de los negocios obligacionales, que tienen el efecto de engendrar derechos personales de un individuo frente a otro, como un contrato de compraventa; y *negocios relativos al derecho sucesorio*, por ejemplo; el testamento.

§ 85. **Presupuestos de validez y elementos del negocio jurídico.** — Atañen a la estructura del negocio jurídico, lo que la dogmática moderna ha calificado como presupuestos de validez y elementos del negocio jurídico. Los sujetos de una relación negocial gozan de libertad para integrar su contenido de la manera más conveniente a sus intereses, pero el derecho objetivo acepta esa regulación privada si el negocio va acompañado de ciertas circunstancias o requisitos extrínsecos necesarios para que tenga eficacia jurídica. Son los presupuestos de validez sin los cuales el ordenamiento legal no otorga sanción jurídica al acto de autonomía privada, ni reconoce siquiera que el negocio jurídico adquiera existencia.

Según la opinión de Emilio Betti, destacado romanista italiano que trata en profundidad el tema en cuestión, los presupuestos de validez pueden agruparse en tres categorías: según que se refieran al sujeto del negocio en lo que respecta a su "capacidad de

obrar" (presupuesto subjetivo); conforme se relacionen a un vínculo particular entre el sujeto y objeto de la relación que se califica de "legitimación de las partes" (presupuesto subjetivo-objetivo) y, por fin, según conciernan a la "idoneidad del objeto" del negocio (presupuesto objetivo).

El primer presupuesto –capacidad del sujeto– se refiere a la capacidad de obrar, esto es, a la aptitud legal o jurídica que deben tener los sujetos de una relación negocial para ejercer por sí mismos sus derechos. Así, las personas incapacitadas de obrar, como el infante o el demente, no pueden celebrar un negocio jurídico válido.

El segundo presupuesto –legitimación de las partes– entraña la específica competencia de los sujetos para realizar el negocio de que se trate, competencia que descansa en la relación en que las partes se encuentren respecto de los intereses que van a constituir el objeto del negocio. Comprende dentro de sí dos aspectos. Uno, el poder de proceder a la regulación de esos intereses concretos, lo que supone normalmente la exigencia de que esos intereses sean propios. Así, para realizar un determinado negocio de disposición sobre una cosa determinada se exige, no sólo que se posea la genérica capacidad de disposición, sino también un específico poder para disponer de esa cosa concreta, el cual faltará cuando la cosa no pertenezca en propiedad a la parte que realiza el negocio. Este específico poder de disposición, es precisamente la legitimación, que significa, por tanto, un título más en la capacidad de obrar que los sujetos deben poseer. El segundo aspecto se refiere a la idoneidad de las partes que celebran un determinado negocio para convertirse en sujetos activos o pasivos de la relación, lo cual viene a entrañar un grado más en la capacidad de derecho de las mencionadas partes. Así, el impedimento legal que prohíbe al tutor adquirir los bienes de su pupilo o al gobernador de provincia los fundos situados en terrenos de su jurisdicción, son supuestos de falta de idoneidad de las partes, que les imposibilita realizar el negocio jurídico de compraventa.

El tercer presupuesto de validez del negocio –idoneidad del objeto– supone que los bienes o cosas sobre los que versa el negocio o que constituyen la materia de él, sean susceptibles de experimentar la regulación que de ellos hagan las partes. Así, en los negocios patrimoniales, serán objetos idóneos las denominadas

res in commercio, es decir, las cosas que entran en el tráfico jurídico de los particulares, quedando excluidas, por ende, las *res extra commercium*.

En lo que atañe a los elementos del negocio jurídico, que vienen a ser requisitos intrínsecos que deben conformarse de determinada manera, la doctrina moderna ha distinguido tres clases: los elementos esenciales (*essentialia negotii*), los elementos naturales (*naturalia negotii*) y los elementos accidentales (*accidentalia negotii*).

Son elementos esenciales aquellos sin los cuales ningún negocio puede existir porque constituyen su propia naturaleza. Tales son el acto voluntario, el contenido y la causa. Elementos naturales son los que integran el contenido normal de un negocio determinado o están ínsitos en él, de manera que aun cuando las partes dispongan diversamente, el derecho objetivo los sobreentiende. Por sus características, además, las partes pueden eliminarlos de la relación negocial sin que ello altere la validez del negocio. Ejemplo típico de elemento natural es la garantía de evicción que acompaña al contrato de compraventa. Son elementos accidentales aquellos que los sujetos pueden introducir para modificar el contenido o los efectos del negocio que estipulan, como la condición, el plazo o término y el modo.

Los elementos naturales se considerarán al tratar en concreto los distintos negocios en los cuales los mismos se presentan. En cambio, haremos ahora el estudio de los elementos esenciales y de los elementos accidentales.

§ 86. Elementos esenciales. — La existencia de todo negocio jurídico depende de ciertos elementos que pertenecen a su esencia y sin los cuales no queda él perfeccionado. Estos elementos esenciales son el acto voluntario, el contenido y la causa. Los romanos, sin embargo, sólo percibieron como tal el acto voluntario, al que por mucho tiempo rodearon de formalidades especiales que en cierta medida prevalecían sobre la voluntad de los sujetos. Desaparecido el rigor formalista del primitivo derecho romano, la voluntad juega su verdadero papel de fuerza motriz del negocio jurídico. Contenido y causa son elementos que han sido considerados y caracterizados exclusivamente por la doctrina moderna, no habiendo rasgos en el derecho romano que permitan siquiera

suponer que los jurisconsultos tuvieran una idea aproximada de ellos.

a) *Acto voluntario.* El elemento que lleva a dar nacimiento al negocio jurídico es el acto voluntario, que puede traducirse en un comportamiento del sujeto o en una declaración o manifestación de voluntad. El comportamiento exterioriza directamente una determinación de voluntad, que si bien no llega a conocimiento de otros, produce un fin jurídico para el sujeto, como sería la ocupación de una cosa sin dueño (*res nullius*), que lo convierte en propietario del bien ocupado. En la declaración, el pensamiento de las partes, el querer de las personas, se exterioriza por palabras o actos que lo muestran claro e inequívoco.

La declaración de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa o explícita cuando el acto volitivo es manifestado de un modo cualquiera mediante signos externos que lo hacen perceptible explícita y directamente, como si los sujetos se valieran de la palabra o la escritura, pudiendo bastar también una seña o un gesto. Es manifestación tácita o implícita de la voluntad aquella que surge *re* o *re ipsa*, como dicen las fuentes, con lo cual quieren significar que es la derivada de los hechos, del comportamiento o del modo de obrar del sujeto, o sea, la que nace por vía indirecta, aunque por inducción segura. Caso de manifestación tácita es el que nos dan las fuentes del heredero voluntario que sin haber realizado la aceptación de la herencia en la forma prevista por la ley, se lo tiene por aceptante cuando realiza actos que evidencian su calidad de tal, como, por ejemplo, si pagara las deudas del causante.

La declaración puede ser también recepticia y no recepticia. La primera es aquella que tiene que llegar a conocimiento de la persona a que va destinada y ser aceptada por ella, como ocurre en los contratos que se perfeccionan por el acuerdo de voluntades de los sujetos. Es declaración no recepticia la que crea el negocio sin necesidad de otra voluntad concurrente, como acaece con el testamento, cuya validez depende exclusivamente de la voluntad del testador, sin que cuente para ello la del heredero.

El silencio, al que se ha pretendido asimilar a una declaración tácita de voluntad, por principio carece de eficacia para crear un vínculo jurídico. Sin embargo, en casos expresa y positivamente determinados por la ley, ésta reconoce valor de declaración de vo-

luntad a un asentimiento pasivo representado por un silencio consciente. Así, se admitió que el consentimiento que tenía que prestar el *paterfamilias* para la celebración del matrimonio de una hija, había de considerárselo dado si, conociendo la unión, no se oponía mostrando con evidencia su disenso (Dig. 23, 1, 7, 1), e igualmente, se tenía por confeso al que callaba, en vez de asumir la carga de la propia defensa (Dig. 50, 17, 142). También el silencio actuaba como manifestación de voluntad cuando las partes así lo hubieran convenido, de manera que si una de ellas no respondía a la propuesta de la otra, se entendía que aquel comportamiento equivalía a un asentimiento o a un rechazo, según lo pactado.

Aunque normalmente la declaración de voluntad era emitida por los sujetos de la relación negocial, había casos en los que la voluntad se podía manifestar por otras personas, siempre que la solemnidad del acto no lo impidiera. Así, el derecho romano conoció la figura de un intermediario o *nuntius*, que venía a ser un agente o instrumento del declarante. Este mensajero no expresaba su propio querer, sino el de quien lo enviaba y por ello los efectos del negocio se fijaban en el sujeto que se servía del *nuntius* para declarar su voluntad.

Pero no hay que confundir la manifestación de voluntad por otra persona –caso del *nuntius*– con la *representación*, que es el medio jurídico en virtud del cual la persona que emite o recibe una declaración de voluntad es distinta de aquella en la que, en definitiva, se van a fijar los efectos del negocio. Esta representación puede nacer por imperio de la ley, como en la tutela y la curatela, en las que los tutores y curadores actúan en representación de sus pupilos incapaces de obrar, por acuerdo de partes, lo que ocurría con el procurador o mandatario, y por decisión espontánea, como en el gestor de negocios.

Dos situaciones pueden presentarse entre los sujetos de la relación de representación, sea ésta legal o necesaria, voluntaria o espontánea. Una, llamada *representación directa* o *inmediata*, y también representación propiamente dicha, en la que el representante obra en nombre y por cuenta del representado (*dominus negotii*), por lo cual los efectos del negocio se fijan sólo y exclusivamente en la persona de éste. Otra, denominada *representación indirecta* o *mediata*, y también representación impropia, en la que el representante obra por cuenta del representado, pero en

nombre propio, lo cual hace que los efectos del negocio se produzcan en favor o en contra del representante. Es éste quien adquiere y quien se obliga y sólo mediante un nuevo negocio es posible que las consecuencias del primero vayan a parar en la persona del representado.

El derecho romano no admitió, como el derecho moderno, la representación propiamente dicha o directa. Las razones habrían sido de diversa índole. Por una parte, el formalismo de los negocios en el primitivo *ius civile*, que exigía la intervención directa y personal de los sujetos de la relación. Por otra, la peculiar organización de la familia romana, que hacía que el *paterfamilias* no necesitara recurrir a representantes libres, ya que como tales actuaban, por imperio de la ley, los hijos y esclavos sometidos a su potestad. Todo lo que éstos adquirían, como hemos visto, revertía automáticamente al patrimonio del jefe.

El avance de nuevas concepciones jurídicas en consonancia con el desarrollo de la vida social y civil y el incremento del tráfico jurídico hicieron que el derecho romano abriera las puertas a la representación encargada a personas libres. El derecho pretorio y jurisprudencial, con procedimientos y medidas diversas, fue admitiendo en ciertos casos el régimen de la representación directa. Expondremos estas excepciones cuando tratemos de las diversas instituciones en las que se deroga el principio general, bastándonos decir con Bonfante que un reconocimiento pleno de la representación propiamente dicha no existió tampoco en el derecho justinianeo.

b) ***Contenido.*** Segundo elemento esencial del negocio es el contenido del acto que, con Álvarez Suárez, podemos definir diciendo que es el precepto que contiene la regulación que en él hacen los sujetos de sus intereses, en orden a la función económico-social característica del tipo de negocio realizado. En los contratos, el contenido es la prestación, esto es, la conducta que las partes convienen en observar y que constituye la ley del negocio. Así, en un contrato de compraventa, el contenido consiste en dos prestaciones: la del vendedor, de entregar la cosa; la del comprador, de pagar un precio en dinero.

c) ***Causa.*** La causa del negocio es el tercer elemento esencial que lo integra. Se entiende por causa en su aspecto objeti-

vo, el fin práctico que constituye la función económico-social que es típica del negocio que se realiza. En la compraventa la causa es el cambio en el dominio de una cosa por un precio en dinero. No debe confundirse la causa –fin objetivo del negocio– con los motivos determinantes –fin subjetivo– que son las razones psicológicas que impulsan a las partes a realizar el acto, como podría ser el destino que el vendedor piensa dar al dinero recibido de la venta (prestarlo, donarlo, etc.) o el que el comprador dará a la cosa adquirida (revenderla, alquilarla, etcétera).

§ 87. Elementos accidentales. – Señalamos que elementos accidentales del negocio jurídico son las distintas modalidades que las partes pueden introducir en él a fin de variar su contenido o el momento en que comience a producir sus efectos o subordinar su eficacia a que acontezcan o no determinados hechos. Al ser los elementos accidentales cláusulas que los sujetos de la relación pueden agregar al negocio, sus variedades pueden ser infinitas. Sin embargo, dentro de los elementos accidentales se destacan la condición (*condicio*), el término (*dies*) y el modo (*modus*).

a) ***Condición: suspensiva y resolutoria.*** Puede definirse la condición como una declaración accesoria de voluntad por la que las partes hacen depender el nacimiento o la cesación de los efectos propios del negocio de un acontecimiento futuro y objetivamente incierto.

Se comprenden en la definición las dos modalidades clásicas de condición: la suspensiva y la resolutoria, aunque es de hacer notar que el derecho romano no reconoce esta segunda. Se llama condición suspensiva aquella en virtud de la cual se hace depender la producción de los efectos de un negocio del cumplimiento de la condición. De esta manera, hasta que el acontecimiento futuro e incierto no se cumpla, los efectos del negocio se hallan en suspenso, como si se dijera "te daré cien si viene una nave del Asia". Condición resolutoria es aquella por la cual se hace depender la extinción o resolución de los efectos del negocio del cumplimiento de la condición. Por tanto, desde que se celebra el negocio despliega éste sus efectos normales, pero si se produce el acontecimiento futuro e incierto, tales efectos cesan y el negocio se resuelve, como si se dijera "te entrego la propiedad de este fundo hasta que regrese de la guerra con los partos".

Cuando en derecho romano se habla de condición, se refiere exclusivamente a la condición suspensiva, ya que no admitió que ciertos derechos absolutos estuvieran condicionados y que pudieran resolverse o extinguirse por un acontecimiento o por la llegada de un término. Tales eran la propiedad, la libertad, la patria potestad, etcétera. Por ello sólo reconoció eficacia a la condición resolutoria por vía indirecta, uniendo al negocio principal, que nacía puro y simple, es decir, no condicional, un pacto de resolución sujeto a condición suspensiva, por medio del cual se convenía que si se daba un determinado acontecimiento, las partes se obligaban a resolver el negocio.

El negocio bajo condición suspensiva, mientras ésta no se hubiera verificado (*pendente condicione*), se consideraba existente sin que, empero, produjera sus efectos. Se tutelaba, no obstante, la legítima pretensión de la otra parte y a veces se consideraba cumplida la condición, si el sujeto obligado impedía dolosamente la producción de ella. En la condición resolutoria, durante el estado de pendencia, el negocio presentaba sus efectos normales, puesto que no se lo reputaba afectado por una condición. Cuando la condición se verificaba (*existente condicione*), si era suspensiva, el negocio producía sus efectos; si era resolutoria, el negocio dejaba de generarlos. Por el contrario, cuando la condición no se había verificado o se sabía que no habría de verificarse (*defecta condicione*), si era suspensiva, se consideraba el negocio como no realizado, y si era resolutoria, el negocio continuaba con sus efectos normales, liberándose de la amenaza del cese o resolución.

Por lo que se refiere a las causas del acontecimiento a las que está supeditada la condición, se las puede clasificar en potestativas, casuales y mixtas. Las primeras son aquellas que dependen exclusivamente de la voluntad de una de las partes, normalmente de aquella en cuyo beneficio se celebraba el negocio, como si se dijera "si subes al Capitolio". Son condiciones casuales, cuando el hecho es independiente de la voluntad de los sujetos, como si se dijera "si llega un navío de Asia". Son mixtas aquellas condiciones en las que ordinariamente no es suficiente para producirlas un hecho de la naturaleza o la voluntad de un tercero, sino que es necesario que concurra también la voluntad de una de las partes, por ejemplo, "si se te nombra cónsul". En lo que atañe a la naturaleza del acontecimiento, las condiciones se distinguen en posi-

tivas, si están sujetas a un acto o hecho positivo, como si se dijera "si mañana llueve"; y en negativas, cuando dependen de un hecho o acto negativo, por ejemplo, "si no subes al Capitolio".

No entran dentro del concepto de condición ciertas figuras que tienen apariencia de tales y que por esa razón se las ha denominado "condiciones aparentes o impropias". Entre ellas se cuentan las llamadas *condiciones iuris*, es decir, aquellas que constituyen requisitos para la validez del negocio, como los elementos esenciales o la capacidad de obrar, y las que se denominan "condiciones legales", que son exigencias propias de un determinado negocio y sin cuyo concurso no produce sus efectos jurídicos, como sería la muerte del testador. Tampoco constituyen verdaderas condiciones aquellos acontecimientos a los que les falta la nota de incertidumbre objetiva que es característica de la condición. Así, las que se refieren a hechos actuales o pasados (*in praesens vel in praeteritum*), aunque ignorados por las partes, como si se dijera "si vive el rey de los godos", y las que si bien dependen de un hecho futuro, tiene que suceder necesariamente, por ejemplo, "si Ticio muere".

Las condiciones imposibles, en las que el evento no puede ocurrir ni materialmente ("si tocas el cielo con la mano") ni jurídicamente ("si me vendes una cosa sagrada"), así como las ilícitas o inmorales, las que tienen un contenido burlón, las captatorias o de seducción y las que no pueden cumplirse sin una cierta humillación o deshonor para el obligado, provocan la nulidad del negocio, salvo en las disposiciones testamentarias, donde se las considera como no escritas.

b) ***Término: distintas clases.*** El término (*dies*) es otro de los elementos accidentales del negocio jurídico. Consiste en una declaración accesoria que las partes pueden introducir en un negocio y en virtud de la cual se establece que sus efectos comenzarán a producirse o cesarán cuando se verifique un acontecimiento futuro, pero objetivamente cierto, en especial, cuando llegue una fecha fija, determinada o determinable.

Como surge de este concepto, el término –lo mismo que la condición– puede ser suspensivo o resolutorio. Suspensivo, cuando se dejan en suspenso los efectos del negocio hasta que el acontecimiento cierto se produzca (*dies a quo*). Resolutorio, si

los efectos del negocio cesan o se resuelven al cumplirse el acontecimiento cierto previsto por las partes (*dies ad quem*).

A diferencia de la condición, el término se refiere a un acontecimiento objetivamente cierto, es decir, que se sabe con certeza que ocurrirá y tiene por función prolongar o retrasar los efectos o la resolución de un negocio que se ha concertado válidamente en el momento de la declaración de las partes. Constituida a plazo o término una relación obligacional, considérase ésta debidamente perfeccionada desde el acuerdo de los sujetos, pero sólo podrá exigirse el cumplimiento de la obligación al vencimiento del plazo. Tan por existente se tiene la relación, que si el deudor paga antes, no puede exigir la restitución de lo pagado.

Desde el antiguo derecho romano se conocieron cuatro distintas clases de término. El *dies certus an certus quando*, que se sabe que llegará y cuándo llegará, como ser: una fecha del calendario; el *dies certus an incertus quando*, que se sabe que llegará, pero no cuándo, por ejemplo: el día de la muerte de Ticio; el *dies incertus an certus quando*, que se desconoce si llegará, pero se sabe el momento de la llegada, verbigracia: el día que Ticio cumpla cincuenta años; y el *dies incertus an incertus quando*, en el que se desconoce si llegará y cuándo llegará, por ejemplo el día que se case Ticio. Los dos últimos son condiciones bajo apariencia de términos.

El término tuvo en la legislación romana un régimen jurídico muy parecido a la condición. Tampoco se reconoció el plazo resolutorio, pero se llegó a sus efectos mediante el agregado de un pacto de resolución. El término sólo podía pasar por el estado de pendencia y de cumplimiento o de verificación, pues al tratarse de un acontecimiento cierto, que tenía que producirse, no podía existir el término frustrado. No fue admitido el plazo para los negocios que no podían someterse a condición, como los *actus legitimi*, entre los cuales se cuentan la *mancipatio* y la *in iure cessio*, que desaparecieron con el derecho justinianeo y la *acceptilatio*, la *datio tutoris*, la *aditio hereditatis*, etcétera.

c) ***Modo.*** El tercer elemento accidental que puede insertarse en un negocio jurídico es el modo (*modus*). Consiste en una declaración unida a un acto de liberalidad, como una donación, para imponer a la persona favorecida un gravamen lícito, como

sería obligar al donatario a erigir un monumento en memoria del donante.

En los primeros tiempos el cumplimiento de las obligaciones modales era un deber ético, librado a la *fides*. Más adelante, en el derecho clásico, es una obligación jurídica que puede exigirse al beneficiario por el disponente o sus herederos, mediante procedimientos indirectos y el otorgamiento de cauciones. En el derecho justinianeo se opera un avance y se autoriza al constituyente o a sus herederos a exigir la devolución de la liberalidad por medio de la *condictio causa data causa non secuta* o a compelerlo al cumplimiento de la carga o gravamen mediante la *actio praescriptis verbis*.

§ 88. INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO: NULIDAD Y ANULABILIDAD. — Hay negocio ineficaz o inválido cuando por estar afectado por defectos o vicios en su constitución, el ordenamiento jurídico no le reconoce sus efectos propios o normales. El derecho moderno distingue dos figuras principales de ineficacia: la nulidad y la anulabilidad.

Se dice que el negocio jurídico es nulo cuando desde su nacimiento, y de un modo definitivo, no produce ningún efecto jurídico. La nulidad se produce automáticamente, en virtud del propio derecho objetivo (*ipso iure*), el cual niega al negocio eficacia jurídica por carecer de alguno de sus presupuestos o elementos esenciales. Se dice también que en esos casos el negocio es inexistente. Se considera negocio anulable aquel que, a pesar de estar integrado por sus presupuestos y elementos esenciales, alguno de ellos está afectado por algún vicio que permite impugnar su validez con eficacia retroactiva; de manera que pueda declararse su nulidad por esta vía de impugnación.

Para el antiguo *ius civile* no existió ese concepto de anulabilidad, ya que los negocios sólo podían ser válidos o nulos sin términos intermedios. Tanto la validez como la nulidad operaban *ipso iure*, por obra del propio derecho objetivo, no existiendo acción para lograr la nulidad. El derecho honorario, sin embargo, corrigió el rigorismo del derecho civil y arbitró medios para hacer posible la anulabilidad del negocio, bien denegando la acción propia de él, bien concediendo una *exceptio* para enervar la acción que del negocio naciera. En esta evolución se llegó, en el dere-

cho clásico, a la idea de que el negocio jurídico podía ser absolutamente nulo por virtud de la ley, *ipso iure*, o anulable o impugnable *ope exceptionis*, es decir, por medio de la excepción.

Causas de ineficacia. Diversas podían ser las causas de ineficacia del negocio jurídico. Tales, la falta de capacidad jurídica del sujeto o de su capacidad de obrar y la falta de idoneidad del objeto, casos en los cuales se vulneraban los presupuestos de validez del negocio. También había invalidez cuando se atacaban los elementos esenciales, adquiriendo especial importancia la voluntad, que debía manifestarse con discernimiento, intención y libertad. Había igualmente ineficacia cuando el vicio se refería a la causa, como si ésta faltara, fuera ilícita o inmoral, y también en caso que se violaran las formas prescriptas por la ley.

Especial relieve en materia de invalidez asume la voluntad, en la que puede presentarse una discordancia entre el querer interno del sujeto y su manifestación externa. En el caso sólo se presenta una voluntad aparente, apariencia que puede derivar tanto de una falta absoluta de voluntad, cuanto de una manifestación consciente o inconsciente distinta de la voluntad real.

Hay falta absoluta de voluntad cuando la declaración se da bajo la amenaza de una violencia física (*vis*) o cuando se interpretan como manifestación un gesto o una seña no dirigidos a crear un negocio jurídico. En esos supuestos el negocio es nulo, inexistente en la terminología moderna.

Hay manifestación consciente diversa de la voluntad real en las declaraciones hechas en broma (*iocandi gratia*), que carecen de validez jurídica, en la reserva mental y en la simulación. En la *reserva mental* hay apariencia de voluntad, porque consiste en declarar cosa distinta de la que se quiere. No puede invocarla el declarante y por tanto el negocio es válido en los términos de la manifestación exterior. La simulación, por el contrario, consiste en una manifestación de voluntad conscientemente deformada, y dirigida a un fin diferente del propio del negocio, con la intención de que no se produzcan sus efectos (*simulación absoluta*); o bien con el ánimo de conseguir los efectos de un negocio distinto del simulado (*simulación relativa*), como acaece cuando se oculta una donación bajo la apariencia de compraventa, en cuyo caso, si no tiene valor el negocio que se simula –donación–, puede ser eficaz

el que exteriormente se ha realizado –compraventa–, siempre que no sea ilícito.

Finalmente, la voluntad del agente puede faltar o puede ser irregularmente declarada por distintas causas que operan sobre el agente. En el caso se presentan los vicios de la voluntad, a saber: el error, el dolo y la violencia.

§ 89. **Vicios de la voluntad: error, dolo, violencia.** – El error es el falso conocimiento de un hecho o de la norma jurídica. Error e ignorancia tienen en las fuentes romanas el mismo significado, pero propiamente se llama ignorancia a un estado negativo de conciencia que implica la falta de todo conocimiento, a diferencia del error, que es un conocimiento falsamente constituido.

El jurisconsulto Paulo es quien establece la distinción entre la ignorancia de hecho y la de derecho (*Ignorantia vel facti, vel iuris est*) (Dig. 22, 6, 1, pr.). La primera es el desconocimiento de un elemento o circunstancia de hecho, en tanto que la segunda es el completo desconocimiento de una regla jurídica, de su verdadero significado o de su aplicación. Fundándose en esta antítesis, Savigny estableció la diferencia entre error de hecho y error de derecho, que parece haber sido creación justinianea. El derecho romano sentó el principio de que el error de derecho no es excusable (*iuris quidem ignorantiam cuiquē nocere, facti vero ignorantiam non nocere*) (Dig. 22, 6, 9, pr.). Esta regla, que fue asimilada por el derecho, no regía respecto de ciertas personas que podían invocar el error de derecho, como las mujeres, los menores de veintinco años, los soldados, etcétera.

En lo que atañe al error de hecho, los intérpretes distinguieron varias clases de él. Una de las formas del error fue el llamado *error in negotio*, que es el que recae sobre la naturaleza del negocio que las partes celebran, como ocurriría en el caso de que una persona entregara a otra una cosa en donación y ésta entendiese que se la había dado en préstamo. En este supuesto hay error esencial y por tanto no se perfeccionan ni la donación, ni el préstamo. Otra clase es el *error in persona*, que se presenta cuando se celebra un negocio con persona distinta de aquella con la que se entendía contraerlo. Si ésta es considerada concretamente como elemento esencial del negocio, como acaecería si a un artista famoso se le encomendara realizar una obra, el error es

esencial y, por ende, el negocio es nulo. También se conoce el *error in corpore*, que es el que se refiere a la identidad del objeto. Tal ocurre cuando se confunde un fundo con otro, en cuyo caso el error es esencial, si el equívoco no es simplemente sobre el nombre, y por tanto el negocio es nulo. Otra forma de error es el llamado *error in substantia*, que es el que versa sobre una característica constante del objeto o sobre una cualidad imprescindible para su destino económico. Esto sucede cuando se compra vinagre por vino o plomo por oro. El error es esencial y el negocio, por tanto, inválido.

Hay otras clases de error que, al no alterar la esencia de la relación jurídica, no producen la nulidad del negocio. Son los errores accidentales o concomitantes. Entre ellos el *error in qualitate*, que versa sobre la simple cualidad de la cosa identificada en su género, y el *error in quantitate*, cuando recae sobre el peso, medida o cantidad de la cosa, y que no invalida el negocio por la cantidad menor, respecto de la cual hay consentimiento.

El dolo es otro de los vicios de la voluntad que viene a afectar la consciente expresión de ella, ya que entraña una conducta maliciosa y fraudulenta destinada a hacer incurrir a una persona en error o a hacerla caer en engaño. Lo ha definido el jurisconsulto Labeón como toda "astucia, falacia, maquinación empleada para sorprender, engañar o defraudar a otro" (*Dolum malum esse omnem, calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitum*) (Dig. 4, 3, 1, 2). Las fuentes se refieren en el pasaje citado al llamado *dolus malus*, que es el que se configura como vicio de la voluntad al atentar contra la intención del sujeto y que se distingue del que los antiguos denominaban *dolus bonus*, que consistía en las simples sutilezas usadas en el comercio cotidiano, como la alabanza exagerada de la propia mercadería que hace quien pretende venderla.

En el antiguo *ius civile*, apegado a la idea de que sólo contaba a los fines de la validez del acto el cumplimiento de las formalidades prescriptas por la ley, el *dolus* no invalidaba el negocio. El reconocimiento del factor voluntad como nervio del acto jurídico por el derecho honorario, determinó la creación por el pretor de los medios necesarios para lograr la ineficacia del negocio doloso. Se concedió para ello a la persona engañada una *actio doli*, de carácter penal e infamante, para obtener el resarcimiento del

daño sufrido cuando los efectos del negocio se hubieran producido ya, y una *exceptio doli* para paralizar las consecuencias del acto cuando el culpable reclamara judicialmente el cumplimiento del negocio nacido por la acción dolosa. En el derecho justinianeo tales remedios pierden su viejo carácter y así como el dolo invalida directamente el acto, la *actio doli* se configura como una acción general contra todo comportamiento fraudulento que provoque un perjuicio a una persona.

También la voluntad, su libre expresión, puede estar viciada por violencia material o moral. La primera, llamada *vis absoluta* o *corpori illata*, excluye absolutamente la voluntad y torna el negocio nulo, *ipso iure*. La violencia moral, llamada *metus* o *timor*, que consistía en la creación de una situación de miedo o temor bajo la amenaza efectiva e injusta de un mal, se puede decir que al igual que el dolo no excluía absolutamente la voluntad. Por ello el *ius civile* no declaraba inválido el acto realizado bajo la presión de una violencia moral. En este punto fue también el pretor el que creó los medios para lograr la anulación de negocios así concluidos.

Como ocurría en los casos de dolo, se concedía a la persona violentada una *actio quod metus causa* que tenía carácter penal y se daba por el cuádruplo de la prestación verificada o del daño experimentado. La acción se podía dirigir, no sólo contra el autor de la amenaza y sus herederos, sino contra cualquier tercero que sacare provecho del negocio o tuviere en su poder la cosa objeto de él. Si el negocio no se hubiera cumplido y el autor de la violencia intentara judicialmente su cumplimiento, se otorgaba la *exceptio quod metus causa* para enervar la acción interpuesta. La víctima contó también con un recurso rescisorio, la *in integrum restitutio*, que considerando el acto como no realizado, volvía las cosas al estado que tenían en el momento de su celebración.

§ 90. CONVALIDACIÓN Y CONVERSIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO. – Por principios del *ius civile* el negocio inválido no podía producir efectos jurídicos, pues "lo que es vicioso desde su inicio no puede convalidarse con el transcurso del tiempo" (*Quod initio viciosum est, non potest tractu temporis convalescere*) (Dig. 50, 17, 29). La rigurosidad del precepto fue atenuándose con el derecho honorario, que en atención a la seguridad de las transacciones, admitió

la posibilidad de que el negocio se convalidara cuando las partes consintieran en confirmarlo o ratificarlo con el fin de sanear sus vicios, para que produjera las consecuencias apetecidas por los sujetos.

Las fuentes nos ofrecen muchos casos de convalidación de los negocios por confirmación o ratificación. Tal el caso del *paterfamilias* que reconocía la deuda proveniente de un préstamo hecho al hijo contra la prohibición del senadoconsulto Macedoniano. O la hipótesis del gobernador de provincia que se hubiera casado con mujer de su jurisdicción y que, si persistía en las nupcias al término de su mandato, hacía con ello eficaz el matrimonio prohibido. También el supuesto de las donaciones realizadas por el *pater* a sus hijos, que siendo nulas *ipso iure*, resultaban válidas si las confirmaba por testamento.

La conversión del negocio jurídico, figura afín a la convalidación, tenía lugar cuando un negocio jurídico nulo podía surtir los mismos efectos prácticos que otro negocio de tipo distinto. Así, un testamento nulo como tal, podía valer como codicilo, o como lo dispuso el senadoconsulto Neroniano, que declaró que los legados que fuesen inválidos en la forma adoptada por el testador, tuviesen validez en otra forma a la que fuera posible ajustarlos.

LIBRO CUARTO

DERECHOS REALES

TÍTULO I

DERECHOS PATRIMONIALES

§ 91. CONCEPTOS GENERALES. – Se habla en la sistemática moderna, con terminología desconocida para los romanos, de una categoría especial de derechos: los derechos patrimoniales. Son aquellos que se reflejan sobre el patrimonio y tienen como característica la de ser aptos para "satisfacer necesidades económicas" y, a la vez, ser "valorables", en base a un común denominador de los valores económicos que es el dinero. Integran la categoría de los derechos patrimoniales los derechos reales y los de obligaciones, los que también se denominan, inadecuadamente, derechos personales. En esta parte estudiaremos los derechos reales; pero antes de establecer sus diferencias con los derechos de obligaciones y señalar sus distintas especies, creemos necesario explicar el particular concepto romano del patrimonio, que no coincide con la idea moderna del mismo.

§ 92. EL PATRIMONIO. – En su acepción más amplia, se entiende por patrimonio el conjunto de derechos de que puede ser titular una persona, así como las obligaciones o cargas que lo grayan. Etimológicamente deriva de la voz *patrimonium*, que significaba lo recibido del padre o *pater*.

Los romanos no elaboraron como los modernos una teoría del patrimonio, que desde antiguo consideraron compuesto sólo por cosas corporales que se transmitían de generación en generación, como propiedad de la familia o más propiamente de su jefe

o *pater*.[1] Con el derecho clásico el patrimonio constituyó un ente o universalidad jurídica tutelada por la ley, que se integraba, no sólo ya con las cosas corpóreas, sino con todos los bienes, créditos, derechos y acciones de que fuera titular una persona, con deducción de las deudas y cargas que la gravaran.[4] Comprendía, pues, valores positivos, todo lo que actualmente se llama genéricamente bienes, es decir, las cosas colocadas bajo el dominio del hombre y los derechos que se pueden ejercer contra determinada persona para exigirle el cumplimiento de una prestación o el pago de una deuda.

Esta particular concepción romana del patrimonio es extraída de los jurisconsultos clásicos y ha sido recogida por las fuentes en numerosos fragmentos. Merece citarse el pasaje de Paulo que dice: "se entiende que son bienes de cualquiera los que quedan después de deducidas las deudas"; y el de Javoleno que coincidentemente agrega: "no se pueden llamar bienes las cosas que tienen más molestias que ventajas". Estas expresiones y la de Ulpiano que manifestaba que "es dinero ajeno el que debemos a otro, es dinero propio el que otro nos debe", prueban acabadamente que para los romanos el patrimonio era aquello que quedaba una vez deducidas las deudas (Dig. 50, 16, 39, 1 - Dig. 50, 16, 83 - Dig. 50, 16, 213, 1).

La consideración del patrimonio como un ente jurídico hizo que los romanos aceptaran su transmisión por acto *inter vivos*, como ocurría en los supuestos de adrogación, legitimación y matrimonio *cum manu*, cuando la mujer era *sui iuris*. También cabía dentro de esta idea la posibilidad de un patrimonio sin titular, con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, que era el caso de la *hereditas iacens*. Además, estando compuesto el patrimonio exclusivamente por valores positivos, en Roma podía haber personas sin patrimonio, cuando sus bienes no alcanzaran a cubrir las deudas o las cargas que los gravaran. Esto sin considerar que, por una particular organización de la familia romana, por mucho tiempo el *filiusfamilias* careció totalmente de patrimonio propio.

Los modernos se apartaron en la materia de la concepción romana y, siguiendo la doctrina de dos juristas franceses, Aubry y Rau, consideraron el patrimonio como un atributo de la personalidad, algo inherente a la persona humana, que constituye una

unidad abstracta y universal de derecho integrada por todos los bienes y derechos susceptibles de apreciación pecuniaria y de las cargas que le están impuestas. Como consecuencia de esta doctrina no es admitido transmitir el patrimonio por negocios *inter vivos*, operándose su transmisión sólo por causa de muerte, porque no se concibe persona sin patrimonio, aunque las deudas y las cargas superen los bienes o derechos. Tampoco puede existir un patrimonio sin la persona de un titular. Vemos así cómo la teoría moderna llega a conclusiones opuestas a las que se infieren de la particular concepción romana.

§ 93. Los derechos reales. – Los jurisconsultos romanos no se ocuparon de formular una definición de los derechos reales, ni los distinguieron de los derechos de obligaciones. Las fuentes separan tan sólo las acciones reales (*in rem*), cuyo tipo es la *vindicatio*, de las acciones personales (*in personam*), como las *condictiones*, entendiendo que en estas últimas el demandado era siempre el sujeto pasivo de la relación, o sea, el deudor, en tanto que en las primeras la acción se dirigía *adversus omnes*, es decir contra cualquier sujeto que desconociese la existencia del derecho o afectase su plenitud o libertad.

Los derechos reales, también llamados derechos sobre las cosas (*iura in re*) para expresar que su objeto inmediato es una cosa, son aquellos que crean entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de suerte que no cuentan más que con dos elementos, a saber: la persona, que es el sujeto activo del derecho y la cosa, objeto de él. Entrañan un poder del titular sobre la cosa, que tiene carácter de inmediación porque no requiere la cooperación de otro sujeto para el ejercicio del poder. A los terceros les corresponde un deber general negativo que se traduce en la obligación de todos de abstenerse de impedir, de cualquier manera, el ejercicio efectivo de aquel poder.

a) ***Diferencias con los derechos de obligaciones.*** Para caracterizar con mayor precisión los derechos reales, se impone distinguirlos de los personales, creditorios u obligacionales, haciendo notar que no han faltado autores modernos que han pretendido asimilar una y otra categoría de derechos patrimoniales.

Uno de los rasgos diferenciales más típicos está dado por los distintos elementos constitutivos de ambos derechos. En los de-

LIBRO CUARTO

DERECHOS REALES

TÍTULO I

DERECHOS PATRIMONIALES

§ 91. CONCEPTOS GENERALES. – Se habla en la sistemática moderna, con terminología desconocida para los romanos, de una categoría especial de derechos: los derechos patrimoniales. Son aquellos que se reflejan sobre el patrimonio y tienen como característica la de ser aptos para "satisfacer necesidades económicas" y, a la vez, ser "valorables", en base a un común denominador de los valores económicos que es el dinero. Integran la categoría de los derechos patrimoniales los derechos reales y los de obligaciones, los que también se denominan, inadecuadamente, derechos personales. En esta parte estudiaremos los derechos reales; pero antes de establecer sus diferencias con los derechos de obligaciones y señalar sus distintas especies, creemos necesario explicar el particular concepto romano del patrimonio, que no coincide con la idea moderna del mismo.

§ 92. EL PATRIMONIO. – En su acepción más amplia, se entiende por patrimonio el conjunto de derechos de que puede ser titular una persona, así como las obligaciones o cargas que lo grayan. Etimológicamente deriva de la voz *patrimonium*, que significaba lo recibido del padre o *pater*.

Los romanos no elaboraron como los modernos una teoría del patrimonio, que desde antiguo consideraron compuesto sólo por cosas corporales que se transmitían de generación en generación, como propiedad de la familia o más propiamente de su jefe

o *pater*.[1] Con el derecho clásico el patrimonio constituyó un ente o universalidad jurídica tutelada por la ley, que se integraba, no sólo ya con las cosas corpóreas, sino con todos los bienes, créditos, derechos y acciones de que fuera titular una persona, con deducción de las deudas y cargas que la gravaran.[1] Comprendía, pues, valores positivos, todo lo que actualmente se llama genéricamente bienes, es decir, las cosas colocadas bajo el dominio del hombre y los derechos que se pueden ejercer contra determinada persona para exigirle el cumplimiento de una prestación o el pago de una deuda.

Esta particular concepción romana del patrimonio es extraída de los jurisconsultos clásicos y ha sido recogida por las fuentes en numerosos fragmentos. Merece citarse el pasaje de Paulo que dice: "se entiende que son bienes de cualquiera los que quedan después de deducidas las deudas"; y el de Javoleno que coincidentemente agrega: "no se pueden llamar bienes las cosas que tienen más molestias que ventajas". Estas expresiones y la de Ulpiano que manifestaba que "es dinero ajeno el que debemos a otro, es dinero propio el que otro nos debe", prueban acabadamente que para los romanos el patrimonio era aquello que quedaba una vez deducidas las deudas (Dig. 50, 16, 39, 1 - Dig. 50, 16, 83 - Dig. 50, 16, 213, 1).

La consideración del patrimonio como un ente jurídico hizo que los romanos aceptaran su transmisión por acto *inter vivos*, como ocurría en los supuestos de adrogación, legitimación y matrimonio *cum manu*, cuando la mujer era *sui iuris*. También cabía dentro de esta idea la posibilidad de un patrimonio sin titular, con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, que era el caso de la *hereditas iacens*. Además, estando compuesto el patrimonio exclusivamente por valores positivos, en Roma podía haber personas sin patrimonio, cuando sus bienes no alcanzaran a cubrir las deudas o las cargas que los gravaran. Esto sin considerar que, por una particular organización de la familia romana, por mucho tiempo el *filiusfamilias* careció totalmente de patrimonio propio.

Los modernos se apartaron en la materia de la concepción romana y, siguiendo la doctrina de dos juristas franceses, Aubry y Rau, consideraron el patrimonio como un atributo de la personalidad, algo inherente a la persona humana, que constituye una

unidad abstracta y universal de derecho integrada por todos los bienes y derechos susceptibles de apreciación pecuniaria y de las cargas que le están impuestas. Como consecuencia de esta doctrina no es admitido transmitir el patrimonio por negocios *inter vivos*, operándose su transmisión sólo por causa de muerte, porque no se concibe persona sin patrimonio, aunque las deudas y las cargas superen los bienes o derechos. Tampoco puede existir un patrimonio sin la persona de un titular. Vemos así cómo la teoría moderna llega a conclusiones opuestas a las que se infieren de la particular concepción romana.

§ 93. Los derechos reales. – Los jurisconsultos romanos no se ocuparon de formular una definición de los derechos reales, ni los distinguieron de los derechos de obligaciones. Las fuentes separan tan sólo las acciones reales (*in rem*), cuyo tipo es la *vindicatio*, de las acciones personales (*in personam*), como las *condictiones*, entendiendo que en estas últimas el demandado era siempre el sujeto pasivo de la relación, o sea, el deudor, en tanto que en las primeras la acción se dirigía *adversus omnes*, es decir contra cualquier sujeto que desconociese la existencia del derecho o afectase su plenitud o libertad.

Los derechos reales, también llamados derechos sobre las cosas (*iura in re*) para expresar que su objeto inmediato es una cosa, son aquellos que crean entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de suerte que no cuentan más que con dos elementos, a saber: la persona, que es el sujeto activo del derecho y la cosa, objeto de él. Entrañan un poder del titular sobre la cosa, que tiene carácter de inmediación porque no requiere la cooperación de otro sujeto para el ejercicio del poder. A los terceros les corresponde un deber general negativo que se traduce en la obligación de todos de abstenerse de impedir, de cualquier manera, el ejercicio efectivo de aquel poder.

a) ***Diferencias con los derechos de obligaciones.*** Para caracterizar con mayor precisión los derechos reales, se impone distinguirlos de los personales, creditorios u obligacionales, haciendo notar que no han faltado autores modernos que han pretendido asimilar una y otra categoría de derechos patrimoniales.

Uno de los rasgos diferenciales más típicos está dado por los distintos elementos constitutivos de ambos derechos. En los de-

rechos reales, como lo señalamos, sólo concurren el sujeto y el objeto (*res*), en tanto que en los derechos creditorios existen dos sujetos: el activo o acreedor y el pasivo o deudor, debiendo éste procurar al primero el objeto o la prestación. El objeto del derecho real es siempre una cosa y una cosa determinada –de ordinario corporal–, no una actividad o el resultado de una actividad que restringe la libertad del obligado, como ocurre en el derecho personal.

De la relación inmediata y directa entre el sujeto y la cosa, surgen dos ventajas o beneficios para el titular, que de ordinario no se presentan en los derechos de obligaciones. Uno, la oponibilidad y la eficacia del derecho real frente a todos (*erga omnes*), de donde deriva la persistencia de él aun cuando la cosa deje de estar en posesión del titular y la posibilidad dada al sujeto de perseguir la cosa de quienquiera que la haya tomado de hecho y colocado bajo su poder (derecho de persecución). El derecho creditorio, en el que el nexo obligatorio une a dos personas, está dotado de menos "eficacia" porque sólo permite que el acreedor persiga el pago de la deuda del propio obligado. De esto se sigue que el derecho real es de carácter absoluto y el de obligaciones relativo.

Otra ventaja de los derechos reales sobre los personales es la "prevalencia" o "preferencia". Por su naturaleza, el derecho real implica la exclusividad y la prelación sobre los concurrentes derechos personales, por lo cual puede hablarse de una jerarquía de poderes, en la cual los que emanan de un derecho real vencen a los que provienen de un derecho de crédito. En los derechos reales la antigüedad respectiva determina el rango, cuando son compatibles, como en la hipoteca, o la completa eliminación, según ocurre con el dominio (*prior in tempore, potior in iure*). Este beneficio no se da en los derechos de obligaciones, ya que cuando el mismo deudor se obliga con diversos acreedores, la regla es la igualdad entre éstos, de suerte que en caso de concurso se divide a prorrata el valor de los bienes, salvo que existieran privilegios especiales creados por la ley.

Se distinguen, además, en que los derechos reales tienden hacia la perpetuidad, mientras los creditorios son siempre temporales, aunque pueden tener larga duración. El transcurso del tiempo tiene la virtud de hacer adquirir derechos reales, al paso que es factor de extinción de los derechos personales. Otra diferencia

estriba en la adquisición por acuerdo de partes, que no es idónea para crear derechos reales, siempre nacidos por imperio de la ley, y que constituye una fuente inagotable de derechos de obligaciones. Por fin, en lo que atañe a la transmisibilidad, el derecho real se transfería con más o menos libertad, en tanto que en el derecho antiguo, cuando las obligaciones se consideraban vínculos estrictamente personales, no se las podía negociar, ni activa ni pasivamente.

b) ***Distintas especies de derechos reales.*** En dos grandes categorías pueden clasificarse los derechos reales: los que se ejercen sobre la cosa propia (*iura in re*) y los que se constituyen sobre cosa ajena (*iura in re aliena*). Pertenece a la primera clase el derecho de propiedad o dominio, que reúne en sí todos los caracteres de los derechos reales y que tiene el contenido económico más amplio. Se agrupan en la segunda categoría los derechos reales llamados, con terminología moderna, limitados, parciales o fraccionarios, entre los cuales se cuentan los que provienen del derecho civil, como las servidumbres, y los que tienen su origen en el derecho honorario, como el *ius in agro vectigali*, la enfiteusis, la superficie y la hipoteca, aunque más propiamente a propósito de esta última se habla de derecho real de garantía.

Trato especial merece dentro de los derechos reales la posesión, instituto de características singulares, pues, aunque su naturaleza sea muy discutida, no puede negarse que ha sido considerada, ya como objeto del dominio y de sus derivados, ya como figura autónoma que produce efectos jurídicos y da lugar a defensas específicas, ya como requisito para la existencia de los derechos reales. Estas razones nos inducen a estudiar la posesión antes que los tipos definidos de derechos reales.

TÍTULO II

LA POSESIÓN

§ 94. CONCEPTOS GENERALES. – El particular y antiquísimo instituto jurídico de la posesión se presenta como manifestación del *poder de hecho* que el hombre ejerce sobre las cosas. En este sentido se puede afirmar que es un poder no disociable de la noción misma de sujeto, porque es inconcebible una persona que no ejerza una potestad material sobre alguna cosa, cualquiera que ella fuere. Idealmente es anterior a la propiedad, pues un poder del hombre sobre las cosas puede no llegar a configurar el derecho de dominio pero, al menos, se presentará como posesión.

El propietario o el titular de cualquier otro derecho real, como las servidumbres, tiene sobre la cosa propia o ajena un *poder jurídico*, esto es, ciertos atributos reconocidos por el derecho que existen con independencia del ejercicio que pueda hacer su titular. Ocurre a veces que el propietario, por circunstancias de hecho, no ejerce su dominio, no tiene influjo material alguno sobre la cosa objeto de su derecho, pero no por ello deja de gozar de su facultad jurídica. Contrariamente, también suele suceder que un sujeto carente de todo poder jurídico detente sobre una cosa un poder de hecho que se exteriorice en actos materiales de aprehensión o de disposición. Aun no teniendo derecho alguno, tal persona se conduce respecto de la cosa como lo haría un propietario.

De lo dicho resulta que en lo que hace a la relación de un sujeto con la cosa, pueden presentarse dos situaciones distintas: de una parte, el poder o señorío de derecho sobre la cosa; de otra, el poder o señorío de hecho. Regularmente, la persona que goza del primero es el que ejerce el segundo. Así, el propietario del bien es quien tiene el dominio del mismo con todos sus atributos legales, esto es, el derecho de usar la cosa, percibir sus frutos, dis-

poner de la misma y perseguirla de quien quiera que perturbe su normal ejercicio. Pero puede acontecer que ambas atribuciones potestativas no se presenten juntas porque el titular del poder de derecho carezca del poder de hecho. En tal supuesto, la propiedad y la posesión aparecen separadas. En suma, la posesión es el señorío de hecho; la propiedad, el usufructo o cualquier otro derecho real, es el señorío de derecho. Para determinar quién tiene la calidad de poseedor debe examinarse la situación de hecho, sin investigar si tal circunstancia corresponde a una situación de derecho, es decir, si el poseedor es propietario o titular de cualquier otro derecho real.

§ 95. Definición de la posesión. Sus elementos constitutivos. – El término posesión deriva de la voz latina *possessio*, que a su vez proviene de *possidere*, palabra compuesta del verbo *sedere* y del prefijo *pos*, que significa "poder sentarse o fijarse". De acuerdo con su etimología, entendieron los romanos por posesión un estado de hecho por medio del cual una persona tenía una cosa en su poder y disponía de ella según su voluntad, como lo haría un propietario. Entrañaba, pues, una potestad material que un sujeto ejercía sobre una cosa; un señorío o poder de hecho valorado en sí mismo, con independencia de que fuera o no conforme a derecho.

Causas de distinta índole han determinado que la posesión sea una institución jurídica ardua e intrincada que ha planteado difíciles problemas, no sólo para distinguirla de otras instituciones, sino también para reglamentarla y organizar sus medios de protección. Todo ello se agrava por la anarquía del lenguaje y el exceso de la doctrina, que desde la época de los glosadores ha contribuido a que muchas veces resulte imposible entenderse y orientarse en materia de posesión.

Las dificultades que presenta su estudio no escaparon a los autores que han ensayado distintas definiciones del instituto que nos ocupa. Entre las fórmulas propuestas aparece la de Teófilo, quien en su *Paráfrasis* expresa que "posesión es la tenencia de una cosa corporal, con ánimo de señorío". Para el jurisconsulto alemán Windscheid, "poseer una cosa significa tenerla de hecho en su propio poder". Savigny no nos da una definición, pero señala que los tratadistas admiten que se está "en posesión de una

cosa cuando se tiene la posibilidad, no sólo de disponer de ella físicamente, sino también de defenderla contra toda acción extraña". El romanista italiano Bonfante llama posesión "al goce del propietario o de quien entienda tener la cosa perpetua e independientemente por cuenta suya". Por nuestra parte llamamos posesión al poder o señorío de hecho que el hombre ejerce en forma efectiva sobre las cosas, con el fin de que éstas le presten, como si fuera propietario, una utilidad económica, poder que jurídicamente se protege sin atender a si el mismo corresponde o no a la existencia de un derecho.

Las definiciones transcriptas coinciden en señalar que la posesión es una relación de hecho que produce consecuencias jurídicas y que se configura como tal cuando el sujeto ejerce un poder físico sobre la cosa y evidencia la intención de conducirse respecto de ella como si fuera un propietario, con abstracción a si tiene derecho al ejercicio del derecho de propiedad. Se presentan en la posesión, por lo tanto, dos elementos que ya fueron distinguidos por los jurisconsultos clásicos: Uno, externo y material, que entraña el contacto o poder físico que el sujeto tiene respecto de la cosa; el segundo, interno, subjetivo o espiritual, que consiste en la intención de someter la cosa al ejercicio del derecho de dominio, con lo que el titular actúa respecto de la misma como lo haría un verdadero propietario. El primer elemento constitutivo se expresa por los romanos con las palabras *tenere* o *detinere*, *esse in possessione*, *possessio corporalis*, *possidere corpore*, o simplemente *corpus*. El segundo elemento lo designaban con los términos *animus possidendi*, *affectio possidendi*, *animus rem sibi habendi*, o sencillamente *animus*.

La concurrencia del *corpus* y del *animus* era requisito necesario para que se reconociese a la posesión consecuencias jurídicas y su debida protección; la suma de tales elementos tipifica la posesión. Tal el criterio de las propias fuentes romanas, como surge de un pasaje de Paulo (Dig. 41, 2, 3, 1), "alcanzamos la posesión con el cuerpo y con el ánimo, y no solamente con el ánimo o con el cuerpo" (*Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore*).

El *corpus* y el *animus* no eran dos factores completamente diferenciados que podían existir el uno independientemente del otro, ni tampoco que surgiendo cualquiera de ellos primeramente,

pudiera luego incorporarse el restante. En la *possessio* ambos se presentaban simultáneamente y era inadmisible que el *corpus* viviera sin el *animus*, o a la inversa. Se han comparado estos dos elementos de la posesión al pensamiento y a la palabra, por lo simultáneos e inseparables. Así cuando la intención del sujeto que tenía en su poder una cosa (*corpus*) era poseerla como cosa ajena y no ejercer más que los derechos de propiedad de otro, los romanos decían *non possidet*; es decir, "no tiene la posesión jurídica", o bien, *alieno nomine possidet*, con lo cual querían significar: "posee en nombre de otro".

Las controversias doctrinales producidas en torno a la idea del *corpus*, y especialmente del *animus*, provienen del derecho justinianeo y en particular de la distinta interpretación que se ha dado a textos del Digesto. La teoría romana de la posesión ha experimentado una evolución paulatina que ha pasado del derecho bizantino a la escuela de los glosadores en la Edad Media. Trasladada después al Renacimiento llegó hasta el siglo pasado durante el cual se plantearon vivas polémicas entre destacados pensadores de la ciencia romanística.

El jurista alemán Federico Carlos de Savigny, publicó en el año 1803 su brillante obra jurídica titulada *Tratado de la posesión*. En la misma expone su "teoría subjetiva" afirmando que la posesión se integra por dos elementos constitutivos: el *corpus* y el *animus domini*, elemento éste de carácter subjetivo que se traduce en la intención de comportarse respecto de la cosa como lo haría un propietario. Sostiene Savigny que el *animus* es un factor de la posesión que se presume, en una presunción que admite prueba en contrario. Cuando una persona deriva su poder sobre una cosa de un título incompatible con la idea de propiedad –arrendamiento, depósito, etc.– no hay posesión sino detención, ya que entonces queda comprobado que falta el *animus domini*. Según Savigny, pues, carecen de este elemento subjetivo todas las personas que ejercen el *corpus* por cuenta de otro, ya que al poseer *corpore alieno*, no tienen la intención de comportarse como propietarios. Por ello el insigne maestro niega a los detentadores la calidad de poseedores y, consecuentemente, el derecho de aprovechar los efectos de la posesión.

Otro ilustre romanista alemán Rudolf von Ihering en su libro *El fundamento de los interdictos posesorios*, publicado en 1867,

atacó rudamente la tesis subjetiva de Savigny. Entendía que no cabe hacer distinción alguna entre poseedores y detentadores fundándose en el *animus*, porque unos y otros están movidos por la misma intención, cual es la de tener y conservar la cosa, a lo que se denomina *animus tenendi*. En otros términos, para Ihering detentación y posesión son idénticas, mientras el legislador no quite, por disposición expresa, la protección posesoria a determinadas categorías de poseedores, que en tal supuesto pasarían a ocupar el carácter de meros detentadores. El preclaro romanista vincula la interpretación de la posesión a su famosa teoría "del interés", sosteniendo que toda detentación que normalmente indique un "interés propio" es posesión. La distinción entre poseedores debe hacerse objetivamente ("teoría objetiva") en razón de que el derecho le concede a todo aquel que ejerce un poder físico sobre la cosa los efectos de la posesión y sólo debe negarlos a título excepcional, por razón de una *causa detentionis*, esto es, por una razón derivada del contrato que una al detentador con el propietario.

§ 96. NATURALEZA JURÍDICA DE LA POSESIÓN.— A los problemas que ha dado lugar la posesión, se suma el más intrincado de ellos que es el que se refiere a su naturaleza jurídica, sosteniendo unos tratadistas que la posesión es un "hecho", en tanto otros la consideran un "derecho". Ambas teorías tienen cabida en las fuentes romanas, pero a partir de los glosadores y comentaristas contó con mayor adhesión el sistema que atribuye a la posesión la calidad de simple hecho.

Fue el maestro Savigny quien expuso más detalladamente la tesis de que la posesión es un hecho, partiendo de la base de que la misma se funda en circunstancias materiales (*corpus*) sin las cuales no se la podría concebir. Argumenta, además, que posesión se opone a propiedad dentro del petitorio, ya que la primera se presenta en el juicio como situación de hecho, en tanto la segunda es el derecho que se trata de restablecer. Agrega el egregio historicista alemán que al no constituir la posesión por sí misma un derecho, su violación no es en rigor un acto perturbatorio del orden jurídico y no puede llegar a serlo, salvo que a la vez se ataque un derecho cualquiera.

Empero, el pensamiento de Savigny no es tan absoluto, pues si bien sostiene que por su propia naturaleza la posesión no es

otra cosa que un mero hecho, admite que por sus consecuencias se asemeja a un derecho, esto es, que entra en la esfera del derecho, no sólo por los efectos que produce, sino también como causa determinante de los mismos. En suma, para Savigny la posesión es un hecho al que en determinadas circunstancias la ley le asigna efectos jurídicos, como ocurre cuando el poseedor es perturbado en su ejercicio y tiene derecho a usar la especial defensa interdictal.

Coincidiendo con el criterio doctrinario de Savigny el pandectista alemán Bernardo Windscheid entiende que la expresión *possessio* indica un hecho y nada más que un hecho al que, no obstante, se encuentran vinculadas consecuencias jurídicas, que no por ello lo convierten en un derecho. Si así fuera –agrega Windscheid– se debería denominar derecho al contrato y al testamento. Concluye sosteniendo que únicamente si se pudiera atribuir a la expresión *possessio* un doble sentido, como hecho y como derecho, podría resolverse el problema de otra manera.

Ihering –como en casi todo lo que atañe a la posesión– se enfrenta a Savigny, por cuanto entiende que la posesión es un derecho. Para fundar su teoría parte del concepto de que "los derechos son los intereses jurídicamente protegidos". Sostiene que el interés que implica la posesión constituye la condición de la utilización económica de la cosa. A este elemento sustancial de toda noción jurídica, el derecho añade en la posesión un elemento formal: la protección jurídica y de tal suerte, concurren en la posesión todas las condiciones de un derecho. Enfáticamente proclama que si la posesión como tal no estuviese protegida, no constituiría más que una relación de puro hecho sobre la cosa; pero desde el momento que cuenta con tutela jurídica, reviste el carácter de relación jurídica, es decir, constituye un derecho.

Cuando refuta la argumentación de Windscheid de que habría que calificar de derechos a los contratos y al testamento, Ihering piensa que hay en aquél una confusión del "hecho generador" con el "derecho", que es su consecuencia. Desde este punto de vista el efecto de la posesión no es distinto de los que nacen de las relaciones contractuales o del testamento, ya que si ellos crean un derecho de obligación o de sucesión respectivamente, también un hecho provoca el derecho de posesión. Lo que ocurre es que todo derecho presupone un hecho que lo genera o da nacimiento,

pero en la posesión, a diferencia de los demás derechos, que se separan del hecho en cuanto han sido engendrados, el mantenimiento de la relación de hecho es la condición del derecho a la protección. El poseedor no tiene un derecho sino en cuanto o mientras posee. En otros términos, en todos los derechos, el hecho es la "condición transitoria" del derecho; mientras que en la posesión es la "condición permanente".

Con todas sus argumentaciones, Ihering llega a la conclusión de "que la posesión ha sido reconocida como un interés que reclama protección y es digna de obtenerlo; y todo interés que la ley tutela debe recibir del jurista el nombre de derecho, considerando como institución jurídica el conjunto de los principios que a tal interés se refieren". En definitiva, para el eminente jurista alemán "la posesión como relación de la persona con la cosa, es un derecho; como parte del sistema jurídico, es una institución de derecho".

a) ***Diferencias con la propiedad y la tenencia.*** La posesión tiene analogías con la propiedad y la tenencia; sin embargo, se encuentran diferencias sustanciales entre dichos institutos jurídicos, que hacen que aquélla presente rasgos típicos y característicos que le dan una particular fisonomía.

Corrientemente propiedad y posesión están reunidas en un mismo titular y ello lleva a considerar a la *possessio* como imagen exterior o posición avanzada de la propiedad, según el conocido pensamiento de Ihering. Empero, la propiedad puede hallarse desunida de la posesión y ésta de aquélla. Por ello, el derecho romano consideró que la propiedad y la posesión eran instituciones conceptualmente distintas (*nihil commune habet proprietas cum possessione*), calificando a la primera de *res iuris*, en cuanto entrañaba un señorío de derecho sobre la cosa y a la segunda de *res facti*, desde que significaba un señorío o relación de hecho.

El dominio, máximo poder que una persona puede ejercer sobre alguna cosa, otorga al propietario derechos absolutos sobre ella que le permiten llegar a degradarla a su arbitrio, mientras no perjudique a terceros. La posesión, por su parte, sólo concede al poseedor el derecho de tener el bien bajo su poder y usarlo y aprovecharlo como lo juzgue más conveniente. La propiedad se adquiere por ciertos modos, solemnes o no, expresamente establecidos por la ley; al paso que es bastante la simple aprehensión de la cosa para convertirse en poseedor. El dominio es perpetuo

y no se pierde por el transcurso del tiempo ni por la falta de ejercicio, únicamente se extingue por designio de su titular o por causa de la cosa misma. Inversamente, la posesión cesa instantáneamente por el hecho de un tercero. Por fin, se tutela la propiedad por medio de acciones *in rem* o petitorias; la posesión, en cambio, por medidas *extra iudicium* otorgadas por el magistrado: los interdictos posesorios.

Posesión y tenencia son también dos institutos estructuralmente distintos. En aquélla el titular actúa sobre la cosa como si fuera su propietario, teniendo materialmente su disponibilidad (*corpus*) e intelectualmente la voluntad de conservarla y defenderla (*animus*). En la tenencia, caso del locatario, se dispone de la cosa dentro de los límites convenidos con el propietario y por tal razón el tenedor no se conduce respecto de ella como si fuera titular del dominio. Mientras el usurpador "posee", en cuanto usa y goza del bien como si fuera dueño, el locatario "detenta", ya que –conforme a su título– admite que otro le concede la posesión; hecho que queda evidenciado cada vez que paga el arriendo. Así, el tenedor reconoce que posee en nombre de otro (*alieno nomine possidet*).

Debemos señalar que por virtud de lo que los modernos llaman "interversión del título", es posible que el poseedor se transforme en detentador y éste en poseedor. Tal situación no puede, en principio, producirse por la sola voluntad del interesado, ni por el transcurso del tiempo, sino por actos materiales o jurídicos que provoquen tales consecuencias. Esto sucede con la *traditio brevi manu*, hipótesis en que el tenedor alcanza el rango de poseedor, y con el *constitutum possessorium*, que es el supuesto inverso.

Digamos, por fin, que posesión y tenencia se diferencian por los medios de protección, pues mientras la primera cuenta con la especial defensa interdictal, el tenedor, por principio, no puede valerse de los interdictos posesorios.

b) ***Efectos de la posesión.*** Para los romanos la posesión nacía como una relación de hecho que apenas adquiría vida se convertía en relación de derecho, ya que inmediatamente producía variados efectos jurídicos. Importaba, por ende, un estado o hecho continuativo, presupuesto de la aplicación de normas jurídicas.

La posesión se presentaba como el "objeto o contenido de un derecho", al abarcar uno de los aspectos de la propiedad, cual era el necesario para realizar los fines del dominio al posibilitarle al titular del derecho el ejercicio del *ius utendi*, del *ius fruendi* y del *ius abutendi*. Estos elementos del derecho de propiedad daban al propietario del bien el uso y goce pleno del mismo y por ello llamaban los romanos "propiedad desnuda" (*nuda proprietas*) al dominio sin posesión, desde que en el supuesto carecía de la utilidad que normalmente debe producirle a su titular.

Entrañaba igualmente la posesión un "requisito para el nacimiento de un derecho". Era así porque la propiedad y los demás derechos reales se adquirían normalmente por la tradición o entrega efectiva de la cosa, lo que exigía en el propietario su previa condición de poseedor.

Además, la *possessio* era requisito permanente e indispensable para adquirir la propiedad por usucapión, siempre que a tal exigencia se agregaran otros elementos básicos, como el justo título, la buena fe y el transcurso del tiempo establecido por la ley.

También la posesión era "fundamento de un derecho" al merecer por sí misma e independientemente de la propiedad el amparo de la ley. Uno de los efectos más salientes de la *possessio* consistía en acordar al poseedor el derecho de reclamar la tutela interdictal, sin otra condición que la existencia de una verdadera posesión, porque cualquiera que fuera su naturaleza acordaba al titular la posibilidad de ejercer los medios *extra iudicium* que el magistrado romano creó para su protección.

Debemos agregar, como efecto secundario de la posesión, que el poseedor en caso de tener que entregar la cosa al verdadero propietario, por haber sido vencido en el juicio petitorio, tenía derecho a recuperar los gastos necesarios y útiles realizados en beneficio del bien poseído, pudiendo en caso de que los mismos no le fueran satisfechos ejercer el derecho de retención.

§ 97. Distintas especies de posesión. – El derecho romano distinguió variadas formas de posesión, según las diversas circunstancias que podían acompañar al poder de hecho que el sujeto ejercía sobre la cosa o las distintas consecuencias jurídicas que el señorío producía para su titular.

De acuerdo con la forma como había sido adquirida la posesión, esto es, según cual fuera la causa de su nacimiento, podía ser justa (*possessio iusta*) o injusta (*possessio iniusta*). Se denominaba posesión justa la que había tenido una fuente legítima de adquisición; en tanto que se llamaba posesión injusta o también viciosa, la nacida por efecto de un vicio o por lesión para el anterior poseedor, vicios que podían ser la violencia (*vi*), la clandestinidad (*clam*) o el precario (*precario*). Poseía *vi*, quien empleaba en la adquisición fuerza física o moral (*vis absoluta, vis compulsiva*); poseía *clam*, el que había usado procedimientos ocultos para la adquisición de la posesión, eludiendo de esta forma la oposición de quien tuviera derecho a contradecirlo; poseía *precario*, aquel que teniendo en mero uso una cosa, se negaba a devolverla a pesar de habérsela requerido formalmente.

No obstante la diferencia existente entre la *possessio iusta* y la *iniusta* en cuanto a sus consecuencias prácticas, la tutela posesoria alcanzaba tanto al poseedor justo como a quien ejercía la posesión *vi, clam* o *precario*. Este común efecto de ambos tipos de posesión surge de las fuentes romanas porque al decir de Labeón "para el resultado de la posesión no importa mucho que uno posea justa o injustamente" (*in summa possessionis non multum interesi, iuste quis, an iniuste possideat*) (Dig. 41, 2, 3, 5). Tal concepto se confirma a través de la opinión de Paulo, quien entiende que debe defenderse la posesión injusta "porque cualquiera que sea el poseedor tiene por su condición de tal más derecho que el que no posee" (*quod possessor est, plus iuris habet, quam ille, qui non possidet*) (Dig. 43, 17, 2).

Por la convicción que tuviera el poseedor respecto de su condición de tal, la posesión podía ser de buena o de mala fe. Poseía de buena fe aquel que creía tener un derecho legítimo sobre la cosa poseída, es decir, quien estaba persuadido que la cosa le correspondía por derecho, ya fuera a título de propietario, como acreedor pignoraticio, como superficiario, etcétera. Poseía de mala fe el que actuaba como poseedor a sabiendas de que carecía de derecho alguno sobre la cosa objeto de su señorío. Es de hacer notar que posesión de buena fe no es lo mismo que posesión justa, ni que la de mala fe es necesariamente injusta, pues la buena fe o la mala fe pueden existir tanto en la posesión adquirida sin vicios, cuanto en la viciosa. Así, era posible que un poseedor de

buena fe tuviera una posesión injusta, como el propietario despo-seído que recupera la posesión del objeto usando violencia. Inversamente, podía una persona ser poseedor de mala fe y no tener una posesión injusta, como cuando se compra un inmueble sabiendo que no es de propiedad del vendedor.

De acuerdo con los efectos jurídicos que la posesión produ[illegible] los antiguos intérpretes distinguieron la *possessio ad usucapionem* de la *possessio ad interdicta*. La primera era posesión de buena fe que por el transcurso del tiempo hacía que el poseedor adquiriera la propiedad del bien poseído, en tanto que la segunda, –que incluía también la posesión de mala fe– era aquella que no provocaba la anterior consecuencia, pero sí otorgaba al poseedor tutela para su señorío, por medio de los interdictos posesorios.

Los autores han distinguido también la *possessio civilis* de la *possessio naturalis*, encontrándose opiniones contradictorias para caracterizar una y otra especie. Savigny identifica la *possessio civilis* con la *possessio ad usucapionem* y la *possessio naturalis* con la *ad interdicta*, criterio que no es compartido por el romanista Pietro Bonfante, para quien la *possessio naturalis* era algo menos que la *possessio*. Según su opinión, se trataba de una mera detentación sin *animus possidendi*, o sea, una relación de hecho desprovista de tutela posesoria, al paso que llama *possessio civilis* a la posesión que tenía como base una *iusta causa* y que estaba garantizada como un verdadero derecho, no sólo por los interdictos posesorios, sino también por una especial acción (*Publiciana in rem actio*).

Para concluir con este también complejo tema, debemos decir que cuando un sujeto tiene sobre la cosa un poder de hecho, sin concurrir los elementos propios de la *possessio civilis* o de la *possessio ad interdicta*, no es en sentido técnico verdadero *possessor*. En tal caso se presenta la *possessio naturalis*, que sólo implica una apariencia de posesión y que, por ende, se contrapone a la *possessio civilis*. Para calificar a aquélla se usan las voces latinas *detinere* o *tenere*, de las que pasaron al derecho común los términos "detentación" o "tenencia" que significan un poder de hecho sobre la cosa sin intención de considerarla como de su propiedad.

La "quasi possessio" o posesión de derechos. El derecho romano, en un principio, fiel al pensamiento del jurisconsulto Paulo (*Possideri possunt, quae sunt corporalis*) (Dig. 41, 2, 3, pr.), consideró la posesión como una dominación solamente ejercitable sobre una cosa corpórea, con lo que el derecho de propiedad se confundía con la cosa misma sobre la que recaía.

Tardíamente extendieron los jurisconsultos clásicos, con el nombre de *possessio iuris* o *quasi possessio*, la idea de posesión a otros derechos reales distintos de la propiedad, especialmente a los derechos de servidumbres, que importaban desmembraciones del derecho de propiedad, considerándose como poseedor de una servidumbre a aquel que ejerciera las facultades contenidas en dicho derecho. Para que semejante posesión de derechos existiera era menester la reunión de los elementos constitutivos de la posesión, es decir, el ejercicio del poder de hecho que está contenido en el derecho de servidumbre (*corpus*) y la intención del sujeto de ejercer dicho derecho para sí (*animus possidendi*). La cuasi posesión, que se hallaba en la misma relación con los interdictos y la usucapión que la posesión de las cosas corporales (*possessio rei*), llegó a abarcar, con el derecho justinianeo, a otros derechos reales sobre cosa ajena, como el usufructo, la enfiteusis y la superficie. Cabe advertir que la *iuris possessio* nunca se extendió a los derechos de obligaciones, respecto de los cuales la idea del ejercicio de un poder físico es absolutamente inadmisible.

§ 98. Adquisición y pérdida de la posesión. – Hemos dicho que la posesión se integra por dos elementos, uno material (*corpus*), que consiste en la aprehensión de la cosa y que da al poseedor la posibilidad de disponer de ella con exclusión de cualquier otro sujeto, y otro intencional (*animus*), que importa la convicción de comportarse respecto de la cosa como si fuera propietario. Desde el momento en que se encuentran reunidos ambos elementos, la aprehensión y la intención, habrá adquisición de la posesión; una sola de esas condiciones sin la otra no es bastante, porque, como se expresa en el ya citado pasaje de Paulo (Dig. 41, 2, 3, 1), "alcanzamos la posesión con el cuerpo y con el ánimo, y no solamente con el ánimo o con el cuerpo" (*Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore*).

La necesidad de la presencia del *corpus* para la adquisición de la posesión no significaba que se requiriera una aprehensión real y física de la cosa, sino un hecho material cualquiera que permitiese al adquirente disponer de ella según su arbitrio. La jurisprudencia romana fue espiritualizando el concepto del *corpus* y dándole una mayor flexibilidad, como lo prueban los numerosos casos contenidos en las fuentes. Así, se produce la aprehensión de una cosa inmueble cuando el que desea adquirir su posesión entra en el fundo o solamente en parte de él, y de las cosas muebles si el poseedor las tiene entre sus manos, si cayeron ellas en sus trampas o redes, si las toma bajo su custodia, en fin, si pone su marca en una cosa, etcétera.

En cuanto al requisito intencional –*animus possidendi* o *animus rem sibi habendi*–, al consistir en la voluntad del poseedor de disponer de la cosa como si fuera propietario, es obvio que quien no tuviera voluntad no podía adquirir la posesión; así el *minor infans* y el demente. En el derecho justinianeo se admitió que el *infans* pudiera adquirir con la *auctoritas tutoris* y el *maior infans* aun sin ese requisito.

Podía adquirirse la posesión por medio de representantes desde el derecho clásico. Se exigía en el representante el hecho de la aprehensión y la intención de adquirir, no para sí, sino para otro, y en el adquirente la voluntad de poseer, por lo cual no adquiría si se desconocía el hecho de la aprehensión, es decir, si no había dado un poder especial, en caso de que el representante fuera un mandatario, o si no lo había ratificado, en el supuesto de un gestor de negocios.

Siendo la concurrencia del *corpus* y del *animus* necesaria para la adquisición de la *possessio*, es lógico que cuando cesaban ambos elementos, se perdía la posesión. Como relación de hecho la posesión también podía extinguirse por la falta de uno de sus elementos integrantes. Se perdía sólo *corpore*, si el poseedor no contaba con la disposición material o con el señorío de hecho sobre la cosa, o sólo *animo*, cuando había desaparecido la intención de poseer la cosa para sí, reemplazándola por la de poseer por otro (*alieno nomine*).

Una extensa práctica jurisprudencial llegó a admitir numerosos casos en que la posesión se conservaba sólo *animo*, siempre que concurriera una cierta posibilidad de recuperación de la re-

lación corporal. Así ocurría con los prados de invierno y de verano (*saltus hiberni et aestivi*), con los esclavos fugitivos, con las cosas que el prisionero había dejado, etcétera. La idea de la conservación de la posesión sólo por el *animus possidendi* abre una importante brecha en el derecho justinianeo, donde la tendencia a configurar la posesión como un derecho es perfectamente notoria y definida, desviándose de esta manera de la concepción puramente realista que concebía la *possessio* como un estado de hecho.

§ 99. PROTECCION DE LA POSESION: LOS INTERDICTOS. – Uno de los temas más debatidos, dentro del instituto posesión, es el que se refiere a la tutela o defensa de ella, especialmente en lo atinente a la protección de la *possessio iniusta*. Sin entrar en el estudio de las distintas teorías expuestas al respecto, que revisten interés desde un punto de vista eminentemente teórico, podemos afirmar que la tutela de la posesión se vincula al principio del respeto al orden constituido, dentro del cual el individuo no puede modificar una situación jurídica o de hecho; se necesita la intervención de la autoridad jurisdiccional, que ordene se desista de la posesión.

De ello se sigue que cualquier especie de posesión goza de la protección del derecho. Hasta la posesión del usurpador, del que encuentra la cosa ajena extraviada, del descubridor de un tesoro o de quien adquiere la posesión clandestina o violentamente salvo, en este último caso, si es sorprendido en flagrancia e inmediatamente privado de la posesión. Pero estas consecuencias extremas pierden su repugnancia, si se consideran las motivaciones de conveniencia que aconsejan –*utilitatis causa*– sacrificar al titular del derecho en beneficio del no titular, hasta que se declare en juicio a quién corresponde el ejercicio de la posesión. Razones de oportunidad, circunstancias de orden ético-jurídico y de utilidad social explican, por lo tanto, la necesidad de proteger la *possessio* como una exigencia fundamental del estado de derecho.

En resumen, aunque los autores están lejos de una opinión pacífica en cuanto concierne a los fundamentos de la protección posesoria, podemos admitir con Savigny que se debe defender la posesión como un medio de evitar una perturbación del orden público y la paz social o coincidir con Ihering en cuanto entiende que la tutela de la posesión es un complemento necesario de la

defensa de la propiedad, porque siendo la *possessio* la "exterioridad o visibilidad de la propiedad", la protección posesoria se presenta como una "posición defensiva" del propietario, desde la cual puede rechazar más fácilmente los ataques dirigidos contra su esfera jurídica.

Para proteger la posesión de la privación o de las perturbaciones ilícitas de que pudiera ser objeto, el derecho creó una defensa especial: los interdictos (*interdicta*). Constituyeron originariamente una especie de procedimiento estatal administrativo que habría aparecido en la época de las XII Tablas con el fin de proteger las cosas privadas y más singularmente las cosas públicas. Más tarde, vigente el sistema formulario, los interdictos formaron parte de un procedimiento especial, al lado del proceso civil romano, que se desenvolvía en una sola etapa o instancia (*in iure*) ante el pretor. El magistrado, recibida la petición del interesado y previo examen de los requisitos procesales, en ejercicio de su *imperium* intimaba al demandado una prohibición o expedía una orden con el objeto, en ambos supuestos, de hacer efectivas las pretensiones del peticionante de mantener o restablecer una situación jurídica privada digna de tutela.

Este procedimiento *extra iudicium*, que se caracterizaba por su concisión y rapidez y en el que el magistrado presumía eran válidas y verdaderas las circunstancias fácticas aludidas por el actor, no impedía al demandado acudir al juicio ordinario, siguiendo la ortodoxia del procedimiento civil romano, para demostrar que no había ejecutado la acción dañosa que se le imputaba, o bien que su acto se encontraba ajustado al ejercicio de los derechos que legítimamente le competían.

La doctrina jurídica de la época clásica agrupaba los interdictos posesorios en: interdictos que tienden a retener (*retinendae possessionis*), a recuperar (*recuperandae possessionis*) o a adquirir la posesión (*adipiscendae possessionis*). Solamente los que pertenecían a las dos primeras clases importaban medios de tutela de la posesión. En el derecho justinianeo estos interdictos, aunque conservaron su nombre, se transformaron en acciones posesorias.

a) *"Interdicta retinendae possessionis"*. Los interdictos pertenecientes a esta clase tenían por objeto proteger al poseedor que hubiera sufrido o tuviera fundados temores de sufrir moles-

tias o perturbaciones en su posesión. Presentaban requisitos diferentes según se tratara de la posesión de cosas inmuebles o de cosas muebles. Para las primeras se aplicaba el *interdictum uti possidetis*, para las segundas el *utrubi*, designaciones que obedecían a las palabras con que el pretor iniciaba la orden en que consistía el interdicto.

Por el *uti possidetis* el pretor prohibía toda perturbación o molestia contra la persona que en el momento de entablar el interdicto estuviera en posesión del inmueble sin los acostumbrados vicios de violencia, clandestinidad o precario (*nec vi, nec clam, nec precario*). Servía así para mantener en su estado posesorio a quien gozara de una *possessio iusta*. Por su parte el *interdictum utrubi* no se daba a quien estuviera poseyendo la cosa mueble en el momento de su interposición, sino al que en el año anterior la hubiese poseído más tiempo que el adversario, sin los vicios de violencia, clandestinidad o precario.

Con el derecho justinianeo desaparece la diferencia entre los interdictos *uti possidetis* y *utrubi*, en cuanto éste atribuía la posesión de la cosa mueble al que la hubiera poseído por más tiempo durante un año, que finalizaba al entablar el interdicto. De esta forma ambas defensas posesorias se otorgaban en favor de quien poseyera *nec vi, nec clam, nec precario*, respecto del adversario, cuando el interdicto era solicitado al pretor.

b) ***"Interdicta recuperandae possessionis"***. Integraban esta categoría los interdictos que tenían por finalidad restablecer en la posesión al poseedor despojado por el hecho violento o ilícito de un tercero. Se trataba de hacer readquirir la posesión a quien gozaba de ese señorío de hecho. En el derecho clásico se cuentan entre los interdictos recuperatorios, el *interdictum de vi* y el *interdictum de precario*.

El primero podía ejercerlo el que había sido expulsado violentamente de un fundo o de un edificio, como también aquel a quien se le impedía la entrada en los mismos. Por el interdicto *de vi* se perseguía la restitución del inmueble y el resarcimiento de los daños provocados por el despojo. Se concedía a favor del poseedor que no tuviera una posesión viciosa frente al adversario, porque en el caso éste podía oponer la *exceptio vitiosae possessionis*. Sólo podía intentarse esta defensa interdictal dentro del año de producido el hecho que había ocasionado la pérdida de

la posesión. Como una especie del *interdictum de vi*, la legislación romana creó el *de vi armata* que, como su nombre lo indica, procedía cuando el despojo provenía de hombres armados. En este supuesto, podía ser intentado sin el límite del año fijado para el *interdictum de vi* y prosperaba aunque el desposeído tuviera una posesión viciosa frente a quienes le habían provocado el despojo.

El *interdictum de precario* se otorgaba para obtener la restitución de una cosa dada en precario, si el concesionario no la restituía ante el requerimiento del concedente. El *precarium dans* podía ejercer entonces el mencionado interdicto que no tenía limitación de tiempo, tanto para lograr la devolución de la cosa, como el pago de los daños sufridos por la negativa a restituir la cosa.

En el derecho antiguo también encontramos el *interdictum de clandestina possessionis* que era de aplicación cuando el poseedor hubiera sido privado oculta y maliciosamente de su posesión sobre un inmueble. Este *interdictum*, únicamente citado en un fragmento de Ulpiano en el Digesto (Dig. 10, 3, 7, 5), cayó en desuso y fue reemplazado por el interdicto *uti possidetis*.

En el derecho justinianeo desapareció la diferenciación de los interdictos recuperatorios según el tipo de violencia empleada en el despojo, creándose para tutelar la posesión un solo interdicto denominado *unde vi*, que no podía intentarse pasado un año a contar del hecho que daba lugar a su ejercicio. Tampoco era oponible contra el mismo la *exceptio vitiosae possessionis*, ya que podía hacerse valer aun cuando el despojado en la posesión la hubiese adquirido con violencia, clandestinidad o precario, respecto del adversario.

Por lo que atañe al *interdicto de precario*, al configurarse el precario como un contrato innominado en el derecho justinianeo, dicha defensa perdió su efecto fundamental para dar paso a una acción personal, la *actio praescriptis verbis*, por la cual el concedente podía perseguir la restitución de la cosa objeto del contrato, más daños y perjuicios.

c) ***"Interdicta adipiscendae possessionis"***. Dijimos que existió en Roma un tercer grupo de interdictos posesorios, los *interdicta adipiscendae possessionis*, que no eran medios de protección

de la posesión, como los ya considerados, sino medidas procesales destinadas a hacer adquirir la posesión de cosas aún no poseídas. Entre ellos se cuentan el *interdictum quorum bonorum*, otorgado al heredero pretoriano o *bonorum possessor*, para reclamar la posesión efectiva de la herencia concedida por el magistrado; el *interdictum quod legatorum*, conferido al heredero civil y al pretoriano para obtener la entrega de las cosas de que el legatario se hubiera apoderado sin el consentimiento de ellos; el *interdictum Salvianum*, dado al arrendador de un fundo a quien no se le hubiera pagado el arriendo a su vencimiento para hacerse poner en posesión de los objetos que el colono o arrendatario hubiera introducido en la finca, y el *interdictum possessorium*, creado a favor del *bonorum emptor* con el fin de que pudiera entrar en posesión del patrimonio que se le hubiera adjudicado a consecuencia del concurso de un deudor insolvente (*bonorum venditio*).

Título III

DERECHOS REALES SOBRE LA COSA PROPIA

§ 100. **La propiedad.** – Al clasificar los derechos reales, dijimos que los hay de dos clases: derechos reales sobre la cosa propia (*iura in re*) y derechos reales sobre la cosa ajena (*iura in re aliena*). Pertenece a la primera categoría la propiedad o dominio, que reúne en sí todos los caracteres de los derechos reales y que tiene el contenido económico más amplio. No encontramos en las fuentes romanas una definición de la propiedad, vocablo que proviene del término latino *proprietas*, que a su vez deriva de *proprium*, que significa "lo que pertenece a una persona o es propio". Partiendo de esta idea, podemos decir que la propiedad es el derecho subjetivo que otorga a su titular el poder de gozar y disponer plena y exclusivamente de una cosa.

El poder de gozar se resuelve en la utilización inmediata y directa del bien. En cuanto al poder de disponer, éste comprende tanto la disposición jurídica como la material. Dentro de la primera se cuenta la facultad de enajenar la cosa y la de constituir, a favor de otro, derechos, por lo común reales, pero también de obligaciones, como locación, comodato, etcétera. La disposición material posibilita al propietario destruir, consumir, demoler la cosa, etcétera.

Sin embargo, la propiedad no agota su contenido en los poderes de goce y disposición de la cosa, pues el mismo derecho le confiere otros que pertenecen a su naturaleza, como la pretensión del propietario de no ser privado de su derecho sino por causa de utilidad pública, legalmente declarada y mediante justa indemnización. En Roma tenía valor axiomático el principio que decía "lo que es nuestro no puede ser transferido a otro sin hecho nuestro" (*Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest*) (Dig. 50, 17, 11). Ello determinó que el derecho ro-

mano regulara el instituto expropiación, al menos en el período postclásico, según surge de una constitución de Teodosio del año 393, en que se determina la forma de llevarla a cabo y la manera de fijar el precio de la indemnización.

El contenido de la propiedad reside en la plenitud del señorío que confiere al titular, así como en su indeterminación y su amplitud en cuanto poderes concretos y potestad genérica, de manera que todo –dentro de los límites de lo lícito– debe considerarse permitido al propietario. Así, se ha podido decir que la propiedad romana es algo más y algo diferente de la suma del goce y la disposición. Pero la propiedad podía ser también menos que poder de disposición y de goce, por la concesión de un usufructo o la presencia de servidumbres reales y no por ello quedaba anulada, porque la propiedad romana y aquellas que se han configurado a su imagen y semejanza implican un poder complejo omnicomprensivo, de alcance genérico e indeterminado: el máximo poder jurídico patrimonial, considerado desde el punto de vista cualitativo.

a) ***Elementos de la propiedad.*** Como lo adelantamos, las fuentes romanas no nos dan una definición del derecho de propiedad, ni llegan a utilizar siquiera una terminología uniforme para designarla. Así, encontramos los términos *dominium*, *mancipium* y *proprietas*. Sin embargo, los comentaristas condensaron el derecho de propiedad en sus elementos integrantes: el *ius utendi*, *fruendi*, *abutendi* y *vindicandi*.

Ius utendi o *usus*, era el derecho que tenía el propietario de servirse de la cosa y obtener todas las ventajas que pudiera ella reportarle, sin incluir los frutos; *ius fruendi* o *fructus*, importaba la facultad de gozar del bien obteniendo los frutos civiles o naturales que pudiera producir; *ius abutendi* o *abusus*, implicaba el poder de consumir la cosa y, por extensión, disponer de ella en forma definitiva y absoluta, y *ius vindicandi* constituía el derecho que tenía el propietario de reclamar el objeto de terceros poseedores o detentadores, consecuencia directa de que la propiedad era el derecho real por excelencia y, por ende, se lo podía oponer a cualquiera que perturbara su ejercicio (*erga omnes*).

b) ***Sus caracteres.*** Al considerar a la propiedad como el derecho real típico que se presenta en plenitud en cuanto atribuye al

propietario todo poder lícito de utilización hasta la consumación de su objeto, se configura como el señorío más general –en acto o en potencia–, que tiene el titular sobre la cosa, y se caracteriza por ser absoluto, exclusivo, perpetuo e irrevocable.

Es un derecho *absoluto* en cuanto otorga a su titular el poder de gozar y disponer de la cosa como mejor le parezca, sin que persona alguna pueda impedir su libre ejercicio. El principio fue admitido en derecho romano sin limitación alguna, al punto de que se reconoció derecho al propietario de un fundo para utilizarlo aun en detrimento de terceros, siempre que hubiera ejercido su derecho sin el propósito de causarles daño. Sin embargo, ni siquiera en tiempos de las XII Tablas la propiedad privada de los romanos estaba libre de restricciones, y así encontramos desde la arcaica legislación, servidumbres legales que hacían que los propietarios tuvieran que tolerar que sus vecinos entraran en la propiedad cada tercer día a recoger frutos caídos de sus árboles y que, en caso de reparaciones de los caminos públicos, los dueños de los inmuebles próximos debieran permitir que el tránsito pasara temporalmente por sus terrenos.

También el derecho de propiedad es *exclusivo* e *individual* en el sentido de que el propietario puede impedir, a quienquiera que sea, concurrir en el ejercicio de los poderes inherentes a la propiedad (*ius prohibendi*) y en la titularidad de ellos salvo, bien entendido, cuando una misma cosa pertenece, a la vez, a varias personas que ejercen así concurrentemente el derecho de propiedad. En tal supuesto, que configura la llamada copropiedad o condominio, cada copropietario tiene sobre la cosa un derecho individual que recae sobre una cuota parte ideal y abstracta del bien en condominio.

Se caracteriza igualmente la propiedad por ser un derecho *perpetuo* e *irrevocable* que subsiste con independencia del ejercicio que de él haga su titular, consecuencia del carácter absoluto y exclusivo que ella presenta, lo cual hace que no se conciba que el propietario que tiene sobre la cosa el más amplio señorío esté obligado a desprenderse de la misma en un tiempo determinado. Así, en Roma no estuvo admitido constituir un derecho de propiedad *ad tempus*, es decir, convenir que vencido cierto término la cosa adquirida retornara *ipso iure* al enajenante.

A estos caracteres típicos de la propiedad privada romana, los autores han agregado otros que, en alguna medida, pertenecían a su fisonomía particular. Se ha dicho que el fundo romano era *inmune*, lo que significa libre de todo impuesto o carga fiscal, lo que hacía que el tributo que por el bien solía pagarse revistiera carácter estrictamente personal. Tenía también *virtud absorbente*, porque todo lo que estaba en el fundo o se incorporaba a él –tesoro, plantas, edificios, etc.– pertenecía a su propietario de pleno derecho.

§ 101 **Distintas especies de propiedad.** – Hemos hablado hasta ahora de la propiedad como institución unitaria, pero es de señalar que dentro del devenir histórico del derecho romano se conocieron dos especies distintas de propiedad formadas al amparo de las dos grandes corrientes jurídicas (derecho civil-derecho pretorio), que por mucho tiempo fluyeron paralelamente, para unificarse finalmente en un sistema de derecho privado que tuvo su expresión legislativa en el *Corpus Iuris Civilis*.

En efecto, la institución propiedad estuvo regulada desde los más antiguos tiempos de Roma por el derecho civil o quiritario, que creó un señorío general y pleno sobre las cosas, llamado *dominium ex iure quiritium* organizado dentro de rígidos principios acordes con las características propias del derecho romano primitivo. Avanzando en la evolución, cuando el derecho pretoriano entró a corregir las instituciones del *ius civile* para acomodarlas a las exigencias de la equidad, al lado de la propiedad quiritaria apareció un nuevo dominio, carente de formalidades y de contenido más amplio, que se designó con expresiones circunlocutorias como *in bonis esse* o *in bonis habere*, y que los intérpretes han denominado "propiedad bonitaria o pretoria". Con el derecho justinianeo estas dos clases de dominio se van unificando y en la compilación sólo queda un ligero vestigio de tal diferenciación.

§ 102. **Propiedad quiritaria.** – El verdadero derecho de propiedad, la propiedad romana por excelencia, se designó bajo el nombre de *dominium ex iure quiritium*. Esta especial propiedad fue regulada por el *ius civile* y contó con la más amplia tutela legal por medio de la típica *actio in rem*, la *reivindicatio*.

Exigía para su existencia que el sujeto titular del derecho fuera un ciudadano romano y, desde luego, libre y *sui iuris*. La pro-

piedad quiritaria no era accesible a los extranjeros o peregrinos, que no podían ser propietarios *iure civili*.

En cuanto al objeto sobre el que podía recaer el dominio quiritario, si se trataba de cosas muebles debían pertenecer a la categoría de las *res in commercio*, y si eran inmuebles sólo cabía respecto de los fundos itálicos. Eran fundos itálicos, por oposición a los fundos provinciales, los situados en Italia o en tierras a las cuales se les hubiese concedido el privilegio del *ius italicum*, derecho otorgado, fuera de Italia, a las provincias conquistadas por los romanos, por cuya virtud quedaban excluidas del pago de impuestos ordinarios (*tributum*) y sus habitantes gozaban de los privilegios y exenciones que tenían los ciudadanos romanos en Italia.

Requeríase, por último, un *modo de adquisición* de la cosa objeto de propiedad quiritaria consagrado por el derecho civil, como la *mancipatio*, la *in iure cessio*, la *usucapio*, la *adiudicatio* y la *lex*.

En síntesis, este especial derecho de dominio *ex iure quiritium* sólo podía ser ejercido por un ciudadano romano, sobre una cosa romana y adquirido por un medio romano.

§ 103. PROPIEDAD BONITARIA. – Esta clase de propiedad, que tuvo reconocimiento legal en el derecho romano por la acción del pretor, se presentaba ante la falta de alguno de los requisitos necesarios para la existencia del dominio quiritario. Si el sujeto era incapaz porque se trataba de un extranjero; si el objeto no era idóneo, como cuando se transmitía un fundo situado en suelo provincial; o si el modo de transmisión no pertenecía a los reconocidos por el derecho civil, caso que se usara la tradición, se transmitía una propiedad imperfecta, ya que no se configuraba el *dominium ex iure quiritium*. El pretor, entendiendo que el rigorismo del derecho civil debía ceder ante la intención de las partes de constituir el derecho real de propiedad, aunque faltara alguno de sus presupuestos formales, admitió que existiera otra propiedad, a la que se llamó genéricamente bonitaria o pretoria. Aquella especie de dominio se diversificó en tres modos distintos de propiedad: la propiedad peregrina, la provincial y la bonitaria propiamente dicha (*in bonis*) o pretoria.

a) ***Propiedad peregrina.*** Se presentaba esta forma de propiedad cuando el sujeto no era un ciudadano romano, sino un pe-

regrino, quien por carecer del *status civitatis*, no estaba habilitado para gozar del *dominium ex iure quiritium*. Como los titulares de esta propiedad no podían ampararse en la *reivindicatio* por ser acción del derecho civil, el pretor debió proteger el señorío de los peregrinos sobre sus cosas. Las modalidades de aquella protección no son bien conocidas y se presume que el empleo de fórmulas *útiles* debió ser el modo frecuente de amparar este especial dominio pretorio.

b) ***Propiedad provincial.*** Cuando se transmitía un fundo sito en una provincia romana se configuraba otro tipo de propiedad bonitaria, la propiedad provincial. La denominación obedece al hecho de que los fundos provinciales, a diferencia de los itálicos, no estaban regulados por el *ius civile* y, en consecuencia, no podían ser objeto de dominio quiritario. Los inmuebles provinciales pertenecían al pueblo romano o al emperador y sólo se concedía a los particulares su simple goce o disfrute (*uti frui habere possidere*), con obligación de pagar un estipendio o tributo a favor del Estado romano (*agri stipendiarii* o *tributarii*). Fueron protegidos con medidas pretorias hasta que contaron con la tutela de la acción Publiciana.

La propiedad provincial no podía ser transmitida por *mancipatio*, *in iure cessio*, ni por la *usucapio*; pero una institución semejante a ésta, la *praescriptio longi temporis*, posibilitó que si el inmueble provincial era poseído con justo título y buena fe durante diez años entre presentes o veinte entre ausentes, se convirtiera en verdadero *dominium* o *proprietas*.

c) ***Propiedad pretoria o "in bonis".*** Se presentaba esta especie de propiedad bonitaria cuando se hubiera transmitido una cosa susceptible de dominio quiritario, entre ciudadanos romanos, sin los modos solemnes del *ius civile*, como ocurriría si se vendiese una *res mancipi* y se la transfiriera por medio de la *traditio*. En el supuesto, hasta que el adquirente no alcanzara la calidad de propietario por la usucapión, la propiedad correspondía civilmente al enajenante. Su título de *dominus* podía llevarle a pretender reivindicar la cosa, y dado el rigor del derecho civil, su acción resultaba procedente. Mas como no se podía desconocer que admitir aquella situación contrariaba los más elementales principios de equidad, fue el pretor quien tuteló de diversas formas la propiedad pretoria o *in bonis*.

Otorgó al adquirente una *exceptio rei venditae et traditae* para paralizar la acción reivindicatoria interpuesta por el enajenante y la *exceptio doli*, de carácter general, que se concedía al presumirse una actitud fraudulenta de parte del transmitente que pretendía desconocer la transferencia realizada. Se completó el cuadro de las defensas de la propiedad pretoria cuando se llegó a tutelar al adquirente que hubiera tomado posesión de la cosa antes de la usucapión, con una acción real. En vez de la *reivindicatio*, que no competía al propietario *in bonis*, porque no tenía el título de *dominus*, el pretor le otorgó una acción, llamada *actio Publiciana*, nombre derivado de su creador, el pretor Publicius, por la que ficticiamente se consideraba que el tiempo requerido para la usucapión había sido completado, lo cual hacía posible perseguir la cosa de manos de cualquier tercero y también del propietario.

La *Publiciana in rem actio* fue, pues, una defensa tan amplia y eficaz como la acción reivindicatoria, lo cual determinó que el derecho del propietario que hubiera transmitido la cosa *mancipi* por medio de la *traditio*, fuera un *nudum ius*, desposeído de todo beneficio, mientras aquel que tenía *in bonis* la cosa y gozaba de la protección pretoria era el verdadero propietario, aunque no tuviese tal calificación. Es ésta la razón por la cual los textos clásicos nos hablan de un *duplex dominium*: por un lado el *dominium* pleno y, por otro, el *dominium* dividido en *nudum ius quiritium* e *in bonis habere*. Pero, habiendo caído en desuso la distinción entre *res mancipi* y *nec mancipi* y perdido actualidad los modos solemnes de transmitir la propiedad, desaparecieron también aquellas distinciones, porque el *in bonis habere* fue concebido como *dominium*, hasta el punto de que Justiniano abolió la expresión *nudum ius quiritium*, por reputarla superflua.

Habiendo llegado a tener capacidad todos los súbditos romanos, sin distinción de ciudadanía, para ser titulares de las cosas en legítima propiedad; desaparecida, asimismo, la distinción entre fundos en suelo itálico y en suelo provincial y la de propiedad civil y pretoria, con el derecho justinianeo se llega a un criterio unitario de propiedad, elevando a la categoría de propiedad civil todos los casos que se habían reconocido como propiedad *in bonis*. A partir de entonces la propiedad se denominó indistintamente *dominium* o *proprietas*.

§ 104. LIMITACIONES LEGALES AL DERECHO DE PROPIEDAD. – Hemos hablado del carácter absoluto de la propiedad romana y de su originaria rigidez, que se revelaba a través del fundo romano de la época quiritaria (*ager limitatus*), el cual constituía un territorio cerrado e independiente, con confines sagrados, en torno a los cuales existía un espacio libre de por lo menos quince pies en campaña (*iter limitare*) y de dos pies y medio en la ciudad (*ambitus*), para que fuese posible el tránsito y evitar así la necesidad de establecer servidumbres de paso. En el interior de aquella unidad territorial el señorío del propietario era tan extremadamente pleno, que no conocía otras limitaciones que las que voluntariamente él se fijaba.

Paulatinamente, sin embargo, las exigencias de la convivencia social fueron imponiendo diversas restricciones al derecho de propiedad, que es difícil reducir a un concepto unitario, pero que en su conjunto constituyeron el paso de un régimen absolutista a un sistema de solidaridad territorial. Aquellas limitaciones pueden agruparse en dos categorías: las impuestas por el derecho público y las que derivaban del derecho privado.

a) ***Limitaciones de derecho público.*** Eran las sancionadas por el derecho público en atención a intereses generales y, por ende, tenían carácter inderogable. Entre las mismas hemos de recordar las siguientes:

1) La prohibición de cremar y enterrar los cadáveres dentro de la ciudad así como fuera de ella hasta una distancia de sesenta pies de los edificios.

2) El impedimento de retirar las vigas intercaladas en el edificio ajeno (*tignum iunctum*) mientras no se terminaran las obras, impedimento que se extendió a todos los materiales de construcción.

3) La prohibición de demoler un edificio para especular con la venta de los materiales.

4) La obligación de conceder el paso a través del fundo en caso de estar intransitable la vía pública, hasta que ésta fuera reconstruida.

5) El deber de los propietarios de fundos ribereños de permitir su uso al servicio de la navegación.

6) La facultad conferida, en el período postclásico, de buscar y excavar minerales en fundo ajeno, pagando un décimo del producto al propietario del fundo y otro décimo al fisco.

Es materia discutida si el derecho clásico había admitido como restricción general, la expropiación por causa de utilidad pública, previo pago de una indemnización. Las fuentes citan ejemplos a propósito de la construcción de acueductos públicos. De cualquier forma, puede sostenerse que el instituto expropiación fue reconocido por el derecho justinianeo, el cual afirma que la *communis commodilas* y la *utilitas reipublicae* debían prevalecer sobre los intereses de los individuos.

b) ***Limitaciones de derecho privado.*** Estas restricciones fueron impuestas en atención a un interés particular, razón por la cual pudieron ser derogadas por la voluntad de los interesados. La mayor parte de ellas derivan de las relaciones de vecindad y se remontan a épocas muy antiguas. En el período postclásico se las llama "servidumbres legales" porque, creadas anteriormente por voluntad de los particulares, deben en esta época su existencia a un imperativo de la ley.

Entre los principales casos de restricciones de derecho privado a la propiedad, merecen citarse los siguientes:

1) Cuando las ramas de un árbol se extendían sobre el fundo del vecino, el propietario de éste, perjudicado por la sombra que aquellas proyectaban, podía, según la Ley de las XII Tablas, exigir del dueño del árbol que lo aclarara podándolo hasta una altura de quince pies. Si el dueño del árbol desatendía el requerimiento, el propietario del fundo procedía por sí mismo a la poda, facultad que resultó confirmada posteriormente con la creación del *interdictum de arboribus caedendis*.

2) Las XII Tablas establecieron en favor del dueño de un fundo el derecho a penetrar en el de su vecino para recoger la bellota del propio árbol caída en él. Tal facultad fue reconocida también por el pretor en el *interdictum de glande legenda*, disponiendo que la entrada podía hacerse en días alternos. Lo que antes se refería exclusivamente a la recolección de bellota, se extendió después a toda clase de frutos.

3) El dueño de un inmueble, que no podía tener acceso a camino público sin pasar por un fundo ajeno, o si le era extremada-

mente difícil hacerlo, tenía derecho de paso forzoso por aquel predio.

4) En la época postclásica se prohibía que las propias construcciones oscurecieran excesivamente la casa del vecino, disponiéndose que nadie levantara edificios a menos de cien pies de distancia de los ya existentes. La legislación justinianea estableció que el propietario debía tolerar el saliente del muro de propiedad del vecino siempre que no excediera de medio pie.

5) Todo edificio nuevo debía ser construido a doce pies de distancia, por lo menos, del ya existente, o a quince, si era público. La altura de los edificios no podía ser superior a cien pies.

6) La inmisión de humos, aguas, etc., provenientes de un predio vecino, cuando no excediera la cantidad normal y ordinaria, debía ser admitida por el propietario del predio que la sufría. En caso de superar la cantidad tolerable, podía el propietario afectado hacerla cesar, utilizando el *interdictum uti possidetis*.

7) Quien por efecto de instalaciones o transformaciones realizadas en su propio predio perjudicara al vecino, provocando una mayor afluencia de aguas pluviales al fundo de éste, podía ser demandado por la *actio aquae pluviae arcendae*, ejercitada por el vecino afectado para exigir la supresión de aquellas modificaciones e instalaciones de quien las hubiera hecho, además de la correspondiente indemnización.

8) En caso de que el propietario de un predio resultara expuesto al peligro de que el edificio del vecino se derrumbara causándole daños, concedía el pretor, a petición del propietario amenazado, la seguridad de obtener, mediante la *cautio damni infecti*, del propietario del edificio ruinoso, la reparación completa del perjuicio que la ruina le provocara. Si el dueño del edificio que amenazaba ruina no prestaba tal caución, el pretor otorgaba la posesión del inmueble peligroso al propietario amenazado (*missio in possessionem ex primo decreto*) y si aquél persistía en su negativa le era atribuida a éste la propiedad bonitaria del inmueble (*missio ex secundo decreto*). Si había oposición del dueño del edificio ruinoso a la *missio in possessionem*, el vecino tenía contra él una acción para reclamar la indemnización de los perjuicios.

§ 105. Modos de adquisición de la propiedad. – Los hechos jurídicos de los cuales el derecho hace depender el nacimiento del

pleno señorío que ejerce una persona sobre una cosa, constituyen los modos de adquisición de la propiedad.

El derecho clásico distinguía los modos de adquisición del derecho civil, solemnes, formales y sólo asequibles a los ciudadanos romanos, de los modos de adquisición del derecho natural o de gentes, comunes a todos los pueblos. Esta diferenciación, aunque carente de interés práctico después de la concesión de la ciudadanía a todos los súbditos del Imperio, perdura en la compilación justinianea (Inst. 2, 1, 11).

Los intérpretes han sustituido tal distinción por otra de sello bizantino, que clasifica los modos de adquirir la propiedad en *originarios* y *derivativos*. Es originaria la adquisición en la que no media relación con un antecesor jurídico, autor o transmitente, es decir, que se produce por una relación directa con la cosa, como ocurre con la ocupación de una cosa sin dueño (*res nullius*). Es derivativa, en cambio, la adquisición que se logra por traslación de los derechos del anterior propietario, como acaece en la tradición (*traditio*).

§ 106. Modos originarios de adquisición. – Estudiaremos los modos de adquisición del dominio siguiendo esta última clasificación, sin perjuicio de señalar en cada caso cuáles provenían del derecho civil y cuáles del derecho natural o de gentes. Entre los modos originarios de adquisición de la propiedad se cuentan: la ocupación, la accesión, la especificación, la confusión, la conmixtión, la adjudicación y la usucapión.

a) ***Ocupación.*** La persona que tomaba posesión de una cosa que no pertenecía a nadie, *res nullius*, se hacía propietaria de ella por ocupación (*occupatio*). Era un medio de adquisición del derecho natural que se daba respecto de las cosas del enemigo, de los animales salvajes, de las perlas, piedras preciosas y demás objetos semejantes que se hallaban en las costas o en el fondo del mar, como las islas que nacieran en él (*insula in mari nata*). Todas estas cosas se adquirían desde la efectiva toma de posesión y sólo en el supuesto de la caza, se discutía si el animal herido pasaba a ser propiedad del cazador que no hubiese cesado de perseguirlo, resolviendo Justiniano que era necesaria la captura.

En las cosas que habían pertenecido a un propietario, pero que éste intencionalmente había abandonado, las llamadas *res de-*

relictae, no se adquiría la propiedad, de conformidad con principios del derecho clásico, por la mera ocupación, sino que era necesaria la usucapión. Este requisito fue eliminado por Justiniano y las cosas abandonadas fueron susceptibles de adquisición por la *occupatio*.

En lugar análogo a la ocupación se halla la adquisición del tesoro (*thesaurus*), objetos de valor largo tiempo ocultos y cuyo antiguo propietario no era posible identificar. En una primera época el tesoro correspondía íntegramente al propietario del fundo en donde hubiese sido hallado. Más tarde, con el emperador Adriano, se modificó el principio y se reconoció la mitad para el que lo hubiera encontrado por casualidad en terreno ajeno y la otra mitad para el propietario del fundo o para el fisco, según que el inmueble fuera privado o público.

b) ***Accesión.*** Cuando una cosa se adhiere a otra, por obra natural o artificial, para integrarse ambas en uno solo cuerpo, hay accesión (*accesio*). En virtud del principio según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal (*accesio cedit principali*), el propietario de la cosa principal extendía sus derechos a cualquier otra cosa que hubiera venido a agregársele, llegando a ser parte o elemento constitutivo de ella, hasta el punto de perder su propia individualidad. Los intérpretes agrupan los casos de accesión, entendida como conjunción definitiva, en tres clases: accesión de cosa mueble a otra mueble, de mueble a un inmueble y de cosa inmueble a otra inmueble. No se daba el caso de accesión de un inmueble a un mueble porque aquél era tenido siempre como cosa principal.

Entraban en la primera clase, accesión de bien mueble a bien mueble, los casos siguientes:

1) La *ferruminatio*, que se configuraba por la unión o soldadura inmediata de dos objetos del mismo metal, caso en que el propietario de la cosa principal adquiría definitivamente la accesoria.

2) La *textura*, que era el tejido o bordado que se realizaba en una tela o vestido con hilos ajenos y cuya propiedad se atribuía al dueño de la tela.

3) La *tinctura*, que se daba con la coloración de telas o paños y que pertenecía al propietario del paño.

4) La *scriptura*, que importaba la accesión de la tinta al papel o pergamino ajeno y cuya propiedad se confería al dueño del papel o pergamino.

5) La *pictura*, que era la pintura realizada sobre lienzo o madera y que, controvertida la solución en el derecho clásico, Justiniano resolvió que, siendo la obra del artista superior al material, la tabla o lienzo debía ceder a la pintura.

Se consideraban dentro de la segunda especie de accesión, la de cosa mueble a inmueble: la siembra (*satio*), la plantación (*inplantatio*) y la edificación (*inaedificatio*).

En estos tres casos, en los que se introducían en un fundo objetos muebles que se incorporaban al suelo, regía el principio de que siendo el inmueble la cosa principal, todo lo que a él se tenía pertenecía al propietario del suelo (*superficies solo cedit*). Así, pues, en la siembra accedía a la tierra la semilla ajena que en ella se había sembrado y en la plantación el propietario del suelo adquiría lo que en él se había plantado, siempre que echara raíces, y la adquisición fuera definitiva, aunque la planta se arrancara después. En caso de edificación, los materiales empleados podían, por el contrario, ser reivindicados por el antiguo propietario, si la conjunción perdía efecto.

A quien de buena fe hubiese sembrado, plantado o edificado en terreno ajeno, le competía un derecho de retención por los gastos que hubiere realizado. De esta manera, se confirió al propietario de los materiales de construcción utilizados por el dueño del suelo el derecho a resarcirse mediante una acción por el doble de su valor (*actio de tigno iuncto*). La jurisprudencia clásica suavizó esta disposición de origen decenviral, permitiendo que el dueño de los materiales, por medio de un *ius tollendi*, obtuviera la recuperación de ellos, siempre que la separación no provocara daño o menoscabo del edificio.

Se agrupaban en la tercera categoría de accesión –la de cosas inmuebles a inmuebles–, los llamados incrementos fluviales, entre los cuales se contaban los siguientes:

1) El aluvión (*alluvio*), que se daba con la tierra que va sedimentando un río en los predios ribereños y la que en éstos va quedando al descubierto al modificarse paulatinamente la línea de la orilla, y que era adquirida por el propietario del fundo.

2) La avulsión (*avulsio*), que se producía cuando la porción de terreno arrancada a un fundo lo fuera en forma repentina por el ímpetu de las aguas, siendo menester, para que existiera accesión, que la porción quedase unida íntimamente al fundo al que accedía de forma permanente, de suerte que formara con él un todo continuo.

3) *Alveus derelictus*, que se presentaba cuando un río público variaba de cauce, en cuyo caso el lecho era adquirido por los dueños de los predios situados en lo que habían sido sus orillas. La distribución se hacía trazando una línea por el centro del cauce y las perpendiculares a ella desde los límites entre fundo y fundo de cada lado.

4) La *insula in flumine nata*, que era la isla que emergía de un río público y que se dividía entre los propietarios de los fundos de las dos riberas, o de una sola, según la posición.

c) *Especificación.* Otro modo originario de adquirir la propiedad era la especificación, la cual consistía en la transformación de una materia prima en una especie nueva (*species nova*), que adquiría su propia individualidad, como si se hiciera vino de la uva o una estatua del mármol.

El problema que planteaba la especificación consistía en determinar a quién correspondía la nueva especie cuando había sido elaborada con materiales ajenos. Según los sabinianos, la cosa nueva pertenecía al dueño de la materia de que provenía, mientras que los proculeyanos, atribuyendo mayor importancia al trabajo del especificador, reconocían a éste la propiedad de la *nova species*. Una posición intermedia fue adoptada por Justiniano al disponer que si la cosa podía ser reducida a su estado primitivo pertenecía al propietario, en tanto que era propiedad del artífice si no se daba tal supuesto y siempre que no hubiera habido mala fe.

d) *Confusión y conmixtión.* Estos modos de adquisición del dominio tienen lugar, respectivamente, cuando se mezclan líquidos (*confusio*) o sólidos (*conmixtio*) del mismo o de distinto género, sin que haya incorporación de una cosa a otra –accesión– ni elaboración de una especie nueva: especificación.

En tales casos, cualquiera que fuera la naturaleza de la mezcla, el derecho romano no reconocía cambio de propietario, sino

la existencia de un condominio que se podía hacer cesar por medio de la *actio communi dividundo* o por una *reivindicatio pro parte*. De esta manera, la confusión y la conmixtión sólo provocaban una transformación de la propiedad separada o autónoma en copropiedad o en propiedad *pro parte indivisa*, menos en el caso de mezcla o conmixtión de monedas, la cual importaba adquisición del dominio, ya que no había posibilidad de identificar las recibidas. En tal supuesto ellas eran atribuidas al poseedor quien, sin embargo, era llamado a responder con la *actio furti* si las monedas que le hubieran sido entregadas provinieran de un robo.

e) ***Adjudicación.*** Consistía la adjudicación (*adiudicatio*) en el otorgamiento de la propiedad por pronunciamiento judicial emitido en los juicios que tenían por objeto la división de la cosa común y en los cuales el *iudex* atribuía a los copropietarios o condóminos la parte que les correspondiera, haciendo que la propiedad *pro indivisa* se tornara en independiente e individual y que las cuotas ideales o intelectuales de los condóminos se transformaran en partes materiales de la cosa.

Se llegaba a la *adiudicatio* –modo de adquisición *iuris civilis*– mediante el ejercicio de dos acciones llamadas divisorias: la *actio familiae erciscundae*, que era la acción de partición de la herencia entre coherederos, y la *actio communi dividundo*, que se ejercitaba para lograr la división de la cosa común entre copropietarios que hubieran llegado a la indivisión por otra causa distinta de la sucesión.

f) ***Usucapión y "praescriptio longi temporis".*** Se designaba con el nombre de usucapión el modo originario de adquisición de la propiedad regulado por el derecho civil, que se operaba a través de la posesión continuada de una cosa durante un tiempo determinado por la ley. Se trata de una institución conocida por los romanos desde las XII Tablas con la denominación de *usucapio*, y más tarde, de *praescriptio longi temporis*, cuando se refería a una especie de prescripción aplicada a los fundos provinciales. Aquellas dos formas de prescripción adquisitiva se fusionaron en el derecho justinianeo, configurándose como institución unitaria.

Las fuentes nos definen la usucapión diciendo que "es la agregación del dominio mediante la continuación de la posesión por el tiempo determinado en la ley" (*Usucapio est adiectio domi-*

nii per continuationem possessionis temporis lege definiti) (Dig. 41, 3, 3). *Usucapio* proviene del vocablo latino *usus*, que significa usar una cosa, y de la voz *capere*, que equivale a tomar o a apoderarse de algo. Ya la Ley de las XII Tablas prescribía que el estado posesorio (*usus*) continuado durante dos años cuando la cosa era inmueble, o de un año si se trataba de cualquier otra cosa, otorgaba al poseedor los derechos de propiedad. Transcurridos aquellos plazos el poseedor, ya propietario, no necesitaba de la garantía de su antecesor jurídico en el caso de que un tercero pretendiera que la cosa le pertenecía.

La usucapión, modo de adquisición de la propiedad *iuris civilis*, en principio estaba ligada a la garantía (*auctoritas*) que el enajenante de una *res mancipi* se veía obligado a prestar al adquirente de buena fe y que persistía hasta que, por el transcurso del tiempo establecido, la propiedad de este último llegara a ser inatacable. Tenía la función, pues, de no dejar por largo tiempo incierto el dominio, en el caso de que la cosa hubiera sido vendida a *non domino* o sin las formalidades prescriptas por la ley.

Por la usucapión se adquiría la propiedad civil de las cosas o *dominium ex iure quiritium*. Por lo que respecta a las personas, estaba limitada a los ciudadanos romanos, quienes podían adquirir la propiedad quiritaria de las cosas poseídas en nombre propio y de buena fe y la de aquellas sobre las cuales ejercían una propiedad pretoria o bonitaria. El reconocimiento del derecho de usucapión en el segundo de estos casos tenía la finalidad de corregir la situación jurídica existente, transformando la propiedad bonitaria en propiedad civil o quiritaria.

Admitida más adelante la *usucapio* también para las *res nec mancipi* y para cualquier estado posesorio necesitado de protección jurídica, quedaron excluidos, sin embargo, los fundos provinciales, no susceptibles de propiedad quiritaria. Para éstos se introdujo, en la época de los Severos (siglo II d. de C.), una nueva forma de prescripción adquisitiva, probablemente de origen griego, llamada *praescriptio longi temporis*. Con esta prescripción el poseedor de los fundos provinciales no llegaba a ser propietario, pero podía rechazar con una excepción de prescripción la *reivindicatio* intentada por el dueño de la cosa, siempre que hubiera poseído por diez o veinte años el fundo, según que el reivindicante habitara en el mismo o en otro municipio.

Ambas formas de prescripción –*usucapio* y *praescriptio longi temporis*– coexistieron en el período clásico hasta que, desaparecida la distinción entre fundos itálicos y fundos provinciales, constituyeron un solo instituto. En el derecho justinianeo la adquisición de los bienes muebles se producía a los tres años y se llamaba *usucapio*, en tanto que para toda clase de inmuebles se operaba a los diez años o a los veinte, según las partes se domiciliaran en la misma provincia (*inter presentes*) o en provincias distintas (*inter absentes*). Para la prescripción de los inmuebles se reservó el nombre de *praescriptio longi temporis*. La estructura de la *usucapio* clásica fue extendida a la *praescriptio* y ambos institutos llegan a tener un régimen similar.

Los requisitos necesarios para la usucapión y la prescripción en el derecho justinianeo fueron resumidos por los intérpretes medievales en el famoso hexámetro: *res habilis, titulus, fides, possessio, tempus*.

1) *"Res habilis"*. Lo eran todas las cosas; salvo las *res extra commercium*; las cosas hurtadas (*res furtivae*) y las sustraídas por violencia (*vi possessae*); las cosas donadas a los magistrados en las provincias; los bienes del fisco, del príncipe y de las iglesias; los bienes dotales; las *res mancipi* enajenadas por la mujer sin la *auctoritas tutoris*, y todas aquellas cuya enajenación estuviera prohibida.

2) *"Titulus"*. El requisito objetivo de la usucapión fue el *título*, llamado más propiamente *iusta causa usucapionis*. Por justa causa o justo título se entiende todo acto jurídico válido en derecho que hubiera sido por sí mismo idóneo para hacer adquirir inmediatamente la propiedad pero que, por un defecto de forma, como la falta de la *mancipatio* para transmitir una *res mancipi* o de fondo, como la adquisición a *non domino*, que resulta cuando el transmitente no es propietario de la cosa que transmite, tan sólo legitima el comienzo de la posesión.

Entre las principales causas justificativas de la posesión, que se indicaban con la partícula *pro*, se cuentan la *iusta causa pro emptore*, que se manifiesta cuando se ha comprado una cosa a quién no es propietario; la *pro soluto*, supuesto en que se ha dado en pago una cosa que no pertenece al deudor; la *pro donato*, en caso de haberse donado una cosa por quien no reviste el carácter de propietario; la *pro dote*, cuando se han entregado en calidad de

dote bienes pertenecientes a otro; la *pro legato*, en el supuesto de haberse entregado la cosa de la que el testador era sólo poseedor en ejecución de un legado de propiedad (*legatum per vindicationem*); la *pro derelicto*, en el caso de haberse ocupado una cosa abandonada (*res derelictae*) por quien no era propietario, si bien se comportaba como tal. Por fin, se denominaba *iusta causa pro suo* la que, además de comprender todas las nombradas, servía para indicar las no designadas con nombre alguno propio.

3) *"Fides"*. El requisito subjetivo de la usucapión fue la *fides*, definida como la creencia leal, la honesta convicción, de que no se lesionan intereses jurídicos ajenos al entrar en posesión de una cosa. De este concepto surge que la *fides* o *bona fides* reposa en un error, cual sería el creer que la cosa que se transmite a una persona proviene del verdadero propietario o de quien estaba autorizado para hacerlo por él. No es, sin embargo, que el error importe un desconocimiento total de la verdadera situación jurídica, porque aun conociéndola es suficiente que se tenga el convencimiento de que su actitud no perjudica al verdadero propietario. La buena fe bastaba que existiese en el momento de la posesión, aunque no se diera en todo el tiempo de la adquisición, principio que se traduce en el aforismo "la mala fe sobreviniente no es obstáculo para la prescripción" (*mala fides superveniens non nocet*).

4) *"Possessio"*. Se exigía también para la procedencia de la usucapión la posesión continuada de la cosa durante el término fijado por la ley. La interrupción de la posesión (*usurpatio*), aunque fuese momentánea, obligaba a comenzar el lapso de usucapión con los requisitos de justo título y buena fe. El heredero, sin embargo, aunque comenzaba una nueva posesión, podía agregar a los fines de completar el término de duración de ella, el tiempo ya iniciado por el causante (*successio possessionis*). Se admitió también que los adquirentes a título particular pudieran computar la posesión que había comenzado el titular (*accessio possessionis*), siempre que existiera buena fe en el momento de la adquisición. En el derecho justinianeo la usucapión era interrumpida desde el comienzo de la *litis* promovida por el propietario.

5) *"Tempus"*. Otro requisito para que tuviera lugar la usucapión era el transcurso del tiempo establecido por la ley, y del

cual ya hemos señalado los términos. Sobre la base de la prescripción a los treinta años de todas las acciones, creada por Teodosio II, admitió Justiniano una *praescriptio longissimi temporis*, que prescindía de la justa causa, exigiendo tan sólo la buena fe inicial. Se cumplía por lo común a los treinta años y con ella se podía adquirir la propiedad de algunas cosas no susceptibles de usucapión (*res furtivae*, cosas litigiosas, etcétera). Si la cosa pertenecía al fisco, a la iglesia, a una obra pía o al emperador, el *tempus* tenía que extenderse a cuarenta años.

§ 107. **Modos derivativos de adquisición.** – Hemos manifestado al comenzar el estudio de los modos de adquirir la propiedad que se llaman derivativos todos aquellos en los que la adquisición del dominio se produce por traslación de los derechos de un anterior propietario. Importan, pues, auténticas sucesiones, ya que llevan implícito el cambio de titular en la relación jurídica. Sucesiones que pueden ser a título universal si tienen por objeto la totalidad de un patrimonio, o a título singular cuando se transmiten determinados bienes corpóreos o incorpóreos.

En esta parte estudiaremos los modos derivativos de adquisición de la propiedad, esto es, sucesiones particulares *inter vivos*, en las que el sujeto que adquiere la propiedad tiene que respetar los derechos reales establecidos sobre el objeto por su predecesor por aplicación de la regla de que "nadie puede transmitir más derechos que los que él mismo tiene" (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*) (Dig. 50, 17, 54). Entre los modos derivados de adquirir la propiedad encontramos los que han sido reconocidos por el derecho civil, como son la *mancipatio* y la *in iure cessio*; y uno ya consagrado por el derecho de gentes, la tradición (*traditio*).

a) ***"Mancipatio"***. Entre los más típicos negocios formales del derecho romano se cuenta la *mancipatio*, que llegó a tener innumerables aplicaciones, además de constituir el modo solemne por excelencia de transmitir el *dominium ex iure quiritium*. Conocida desde antes de la Ley de las XII Tablas, consistía en el cambio de una cosa por una suma de dinero, acto que debía cumplirse en presencia del pueblo y en el que el enajenante daba la cosa y el adquirente el precio en dinero que era valorado por su peso, para lo cual se empleaba una balanza.

La *mancipatio* se aplicaba para la adquisición del dominio de las *res mancipi* y estaba reservada a los ciudadanos romanos, únicos titulares de la propiedad quiritaria. En la época clásica la *mancipatio* se transformó en una ceremonia simbólica (*imaginaria venditio*), que se realizaba con el empleo del cobre y la balanza (*per aes et libram*), con la presencia de cinco testigos, que probablemente representaban a las cinco clases del pueblo, participando del solemne acto una sexta persona, el *libripens*, que tenía la misión de sostener la balanza. Tratándose de la adquisición de una cosa a título oneroso por mancipación, el precio solía estar representado por un lingote de cobre (*aes*) o una pequeña moneda que el adquirente (*mancipio accipiens*) ponía en la balanza (*libram*) y, pronunciando palabras solemnes, declaraba que la cosa era suya según el derecho de los quirites y que la había adquirido con aquel cobre y con aquella balanza. Si la cosa que se transmitía era mueble tenía que estar presente y si era inmueble, se utilizaba algo que la simbolizase: un terrón, una teja.

El efecto fundamental que producía la mancipación era otorgar la propiedad quiritaria al adquirente sobre la *res mancipi* que se le transmitía. Como consecuencia se atribuía pleno valor a las cláusulas adicionales incorporadas a la parte oral de la solemnidad (*nuncupatio*), como podía ser la reserva de usufructo o de otra servidumbre en favor del enajenante (*mancipio dans*). También el mancipante estaba obligado a garantizar la propiedad de la cosa transmitida y respondía con el duplo de su valor si hubiera enajenado un bien que no le pertenecía. Esta garantía se llamaba *auctoritas* y la acción con que podía hacerse efectiva, *actio auctoritatis*. Asimismo, cuando se transmitía un fundo, si resultaba que tuviera medidas inferiores a las fijadas, por la *actio de modo agri* el enajenante respondía al adquirente con una multa por el doble del valor de la extensión que faltara.

En el derecho postclásico, con la desaparición de la distinción entre *res mancipi* y *nec mancipi*, la *mancipatio* perdió su importancia, quedando reemplazada en la compilación justinianea por la *traditio*, único modo idóneo de transmitir el dominio.

b) ***"In iure cessio".*** Otro modo solemne de adquisición de la propiedad reconocido por el derecho civil fue la *in iure cessio*. Consistía en un simulado proceso de reivindicación, realiza-

do sobre el esquema de la *legis actio per sacramentum in rem*, en el cual tanto el adquirente como el enajenante se presentaban ante el magistrado (*in iure*). El primero, que asumía el rol de actor, reivindicaba la cosa como si fuere suya y el segundo no se oponía (*cedere*). Ante la falta de contradicción el magistrado pronunciaba la *adictio*, adjudicando la cosa a quien la había reclamado como propia. Así, el enajenante perdía la propiedad del bien al operarse su transmisión al adquirente, que quedaba públicamente reconocido como propietario *ex iure quiritium*.

La cesión ante el magistrado, por ser negocio jurídico *iure civile*, sólo era accesible a los ciudadanos romanos que tuvieran el *ius commercii*. En la práctica la *in iure cessio* se utilizó para la adquisición de las *res incorporales*, como las servidumbres prediales, el usufructo, etcétera. Como *actus legitimus*, al igual que la mancipación, no se la podía someter a término o condición. Llegó a tener mayor aplicación que la *mancipatio*; pero también desapareció como modo de transmitir el dominio, al reemplazarse el sistema procesal de las acciones de la ley por el procedimiento formulario y, especialmente, debido al auge que alcanzó la tradición como medio de transferencia de la propiedad. En los textos justinianeos los compiladores sólo dejaron de ella la palabra *cessio* o *cedere*, que vino a significar transmisión de la propiedad o de los derechos.

c) **Tradición.** El negocio transmisivo usual y ordinario del derecho romano lo constituyó la tradición. Era un acto no formal de derecho natural, o de gentes que en la época clásica sólo se utilizaba para la transmisión de las *res nec mancipi*, pero que con el derecho justinianeo se aplicó a toda clase de cosas. La *traditio* consistía en la entrega de una cosa por el propietario (*tradens*) a otra persona (*accipiens*) con la intención de que ésta la adquiriera ocupando su lugar. Este modo derivativo de adquirir la propiedad pronto se impuso en la legislación romana y fue desplazando a los demás, situación explicable si se tiene en cuenta que nada viene a ser más ajustado a la equidad que tener por válida la voluntad del dueño de transferir a otro una cosa que le pertenece.

Una de las condiciones necesarias para que la tradición surtiera sus efectos normales se refería a las partes intervinientes en el negocio. Ellas debían ser capaces de enajenar y de adquirir, requiriéndose además en el *tradens* la calidad de propietario; por

aplicación de la regla *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*.

Se exigía también la preexistencia de una causa que justificara la tradición, llamada *iusta causa traditionis*. Se entendía por tal, el fin práctico –económico-social– que, de modo inmediato, motiva la entrega de la cosa y sirve de fundamento, según determinación de la ley, para la adquisición de la propiedad. Como se ha sostenido comúnmente, la *iusta causa* se subsume o absorbe en la causa de un negocio jurídico concreto y si éste es de los que se cumplen en el acto, la causa se sustancia en el acuerdo de las partes sobre el fin de la entrega, existente en el momento de realizarla. A este respecto actuaban como *iustae causae* la venta, la donación, la dote, el pago, etcétera. Si faltaba la causa o era *iniusta*, es decir, no reconocida por el ordenamiento jurídico, como las donaciones entre cónyuges, la propiedad no se transfería.

Otro presupuesto de la tradición fue el traslado o remisión de la posesión del *tradens* al *accipiens*, que debía hacerse de modo efectivo, esto es, de mano a mano si se trataba de cosas muebles, y mediante la entrada personal en el fundo o en la casa si la transferencia era de un bien inmueble. La materialidad de la exigencia fue desapareciendo paulatinamente y ya el derecho clásico admitió algunas atenuaciones que vinieron a espiritualizar el requisito de la remisión de la posesión de la cosa, con lo cual la voluntad de adquirir y transferir llegó a tener mayor relevancia que el hecho material de la toma de posesión.

Aparecieron así los casos de tradición *simbolica*, *longa manu*, *brevi manu* y del *constitutum possessorium*, todos ellos resumidos por los intérpretes bajo la denominación de *traditio ficta*, designación que significa que el acto material de la tradición no se ha llevado a cabo efectivamente, sino en forma ficticia. Había *traditio simbolica* cuando se entregaban las llaves de un almacén para exteriorizar con tal acto la transferencia de las mercaderías que él contuviera. La *traditio longa manu* era el caso en que no se entregaba propiamente el objeto, sino que se lo indicaba y ponía a disposición del adquirente, aplicándose en el derecho justinianeo a los inmuebles mostrados a distancia. Había *traditio brevi manu* en el supuesto de una persona, que siendo poseedor o detentador de la cosa por locación o usufructo, pasaba a poseerla como propietario por haberla adquirido de su anterior dueño. El *constitu-*

tum possessorium, situación simétricamente inversa, tenía lugar cuando el propietario, previo acuerdo con el adquirente, se constituía en poseedor de la cosa que había transmitido, como si continuara en ella como locatario.

Difundido el uso de la redacción de documentos para consignar las transferencias, se admitió que la propia escritura del instrumento sustituyera a la entrega de la cosa, especialmente cuando se trataba de donaciones. Para los bienes inmuebles, desaparecidas las antiguas formalidades, se afirmó la necesidad del acto escrito y de su inscripción en los archivos públicos (*insinuatio apud acta*), como medio de tutelar los intereses de las partes y de los terceros. De esta formalidad, que pertenecía a la publicidad del acto, el derecho justinianeo hizo depender la adquisición de la propiedad inmobiliaria.

§ 108. Pérdida de la propiedad. – La propiedad podía extinguirse por voluntad del propio dueño o por causa de la cosa misma. Se perdía por un acto voluntario de su titular si éste la abandonaba o si la transmitía a otro sujeto, bien por un negocio a título gratuito, bien por un negocio a título oneroso. Se extinguía la propiedad por razón de la cosa misma si perecía o dejaba de estar en el comercio; cuando otra persona la adquiría por especificación, accesión, adjudicación o usucapión; si el animal feroz recuperaba su libertad o el domesticado perdía la costumbre de ir y volver, y cuando el enemigo reconquistaba el botín que se le hubiere tomado.

También podía cesar el derecho de propiedad por disposición de la ley cuando dejara ésta de reconocer y proteger dicho señorío a su titular, como ocurría en los casos en que un ciudadano experimentara una *capitis deminutio maxima* y en los supuestos contemplados en la ley *Iulia et Papia Poppaea* en que las partes caducas eran adjudicadas, a manera de sanción, a otras personas distintas de su titular.

Digamos, por fin, que la propiedad no se extinguía por la muerte del titular, sino que, en este caso, se transmitía a sus sucesores testamentarios o *ab intestato* y, a falta de éstos, al fisco.

§ 109. Copropiedad o condominio. – La particular situación jurídica en que dos o más personas tienen en común la propiedad

de una cosa, configura lo que los modernos llaman copropiedad o condominio (*communio*). Esta comunidad podía ser *voluntaria*, si era la resultante del acuerdo de los copropietarios individuales, como ocurría con las cosas aportadas a una sociedad o adquiridas en común; o *incidental*, cuando se constituía con independencia de la voluntad de los condóminos, tal el caso de herencia o legado correspondiente a varios coherederos o legatarios.

La concepción romana del condominio varió con el tiempo. En el arcaico *consortium*, que a la muerte del *paterfamilias* se formaba sobre los bienes heredados que permanecían indivisos entre los hijos, cada uno de ellos podía disponer válidamente de la cosa común, como si fuera un único propietario. Más adelante se afirmó el principio de que el derecho de cada condómino quedara limitado por el concurrente derecho de los otros. Entonces la propiedad se tenía no ya sobre la totalidad, sino sobre una cuota intelectual o ideal del todo, porque como declara un fragmento de Ulpiano, "no puede ser de dos íntegro el dominio o la posesión, ni cualquiera ser señor de parte de la cosa, sino que tiene en parte el dominio de la cosa sin dividir" (*totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere*) (Dig. 18, 6, 5, 15). Los romanos expresaban esta relación diciendo que los titulares tenían la cosa *pro indiviso*, es decir, no cómo si el todo fuese de cada uno, sino sólo por partes indivisas, de suerte que cada condómino tuviera derecho a una cuota parte ideal o abstracta –no corporal– del bien en condominio.

Huellas de la antigua concepción romana del condominio quedaron, sin embargo, en dos instituciones: el derecho de acrecer (*ius adcrescendi*), que significaba la extensión *ipso iure* del derecho de cada copropietario sobre las cuotas abandonadas por los otros condóminos, y el *ius prohibendi*, que importaba la facultad de cada uno de oponer su veto, absoluto y arbitrario, a cualquier iniciativa de los otros copropietarios sobre el bien común.

En el derecho clásico cada comunero ejercitaba *pro parte* sus facultades y tenía absoluta libertad para disponer de su cuota ideal. Sin embargo, para los actos que pudieran repercutir directamente sobre la cosa común, era menester lograr el consentimiento de todos, como si se tratara de enajenar el bien, gravarlo con usufructo, establecer una servidumbre, etcétera. Lo mismo acaecía para la manumisión del esclavo tenido en condominio, la

que si era hecha por uno solo de los copropietarios era nula e implicaba la renuncia a la cuota parte. En el derecho justinianeo se mitiga en sus efectos el *ius prohibendi*, que sólo puede ser ejercitado si beneficia a la copropiedad. Para los actos de disposición de la cosa, se tiende a hacer prevalecer la voluntad de la mayoría de los condóminos, según sus respectivas cuotas.

Extinción del condominio. Considerada la copropiedad por su naturaleza una institución de carácter transitorio, podía hacérsela cesar en cualquier momento, ya por voluntad de las partes, ya por decisión judicial, si no existía acuerdo. Cesaba voluntariamente el condominio cuando los comuneros así lo decidían, practicándose la división del bien común de conformidad con lo estipulado. La falta de consentimiento o la oposición a la división por alguno de los condóminos, autorizaba la partición del estado comunitario por vía de acción, mediante el ejercicio de la *actio familiae erciscundae*, si la comunidad existía entre coherederos, o de la *actio communi dividundo*, cuando el condominio no provenía de una herencia. De estas acciones, que se llamaron acciones mixtas (*tam in rem quam in personam*), sólo estudiaremos la última, porque de la *actio familiae erciscundae* hablaremos al tratar de la partición de los bienes hereditarios.

La *actio communi dividundo* se ejercitaba para lograr la división de la cosa común mediante resolución judicial. Esta acción, que era doble, porque en el *iudicium* cada parte asumía el papel de actor y demandado a la vez, estaba dirigida, no sólo a resolver una cuestión de carácter real, como era atribuir la propiedad a cada copropietario, sino también a decidir sobre las relaciones creditorias u obligacionales que hubieran nacido entre los condueños (*praestationes*). De ahí el carácter mixto de las acciones divisorias.

En el juicio de división el *iudex* adjudicaba las respectivas porciones a los copropietarios que hasta entonces habían sido sólo titulares de una parte ideal. El libre arbitrio judicial permitía al juez establecer servidumbres, atribuir a uno solo de los condóminos la propiedad, indemnizando a los otros, dar la propiedad a uno y el usufructo a los demás, en fin, ordenar la venta del bien en subasta para dividir el precio entre los comuneros. También el juez tenía que pronunciarse sobre las *praestationes* que debían satisfacerse los condóminos, como la rendición de cuentas por las

ventajas y los frutos que la cosa hubiere producido, la indemnización por los daños causados por quien administraba el condominio, así como sobre la restitución de los gastos realizados y los perjuicios que el bien común hubiere irrogado al administrador.

§ 110. **Protección de la propiedad.** – La amplitud que el derecho romano reconoció a la propiedad exigía una adecuada tutela, esto es el otorgamiento de defensas legales para evitar a sus titulares cualquier perturbación. La protección de la propiedad varió en los medios para hacerla efectiva según la naturaleza del ataque al que se opone la defensa acordada por la ley.

Cuando se trataba de privar al propietario de la posesión de la cosa sobre la que ejercía el dominio, el derecho romano le confirió la típica *actio in rem*, la *reivindicatio*, si era un propietario *ex iure quiritium*, y la *actio Publiciana*, para el propietario bonitario. En caso de que se pretendiera disminuir el derecho de goce de la cosa, como si alguien se atribuyera un derecho de servidumbre o usufructo sobre ella, la legislación romana confirió al *dominus* el ejercicio de la *actio negatoria* o *negativa*. Contra pequeñas perturbaciones de la propiedad, especialmente derivadas de las relaciones de vecindad, correspondían al propietario otros medios de defensa, como la *actio aquae pluviae arcendae*, la *cautio damni infecti*, la *operis novi nuntiatio* y el *interdictum quod vi aut clam*, el de *arboribus caedendis* y el *de glande legenda*.

Como la mayoría de estos medios de defensa de la propiedad han sido estudiados en los lugares correspondientes, ya al tratar la propiedad bonitaria o pretoria, ya al determinar las restricciones y límites al dominio, sólo consideraremos en esta parte la acción reivindicatoria y la negatoria, que fueron los recursos específicos que el derecho romano creó para proteger el dominio. Haremos también referencia a la *operis novi nuntiatio* y al interdicto *quod vi aut clam*, que no fueron materia de tratamiento al estudiar las limitaciones al derecho de propiedad.

a) ***Acción reivindicatoria.*** La acción que ampara al propietario civil –*ex iure quiritium*– contra el tercero que posee ilícitamente y que tiende a que se reconozca su propiedad y, en consecuencia, que se le restituya la cosa o se le pague el precio de ella, ha sido denominada por las fuentes romanas *reivindicatio*.

Para el derecho clásico la posesión, tutelada por los interdictos, es un estado de hecho, no un derecho. Aunque el propietario haga uso de los interdictos para defender su posesión, esto no afecta a su derecho, sino al hecho posesorio solamente. La discusión sobre el derecho como propietario debía ventilarse en un procedimiento, no posesorio, sino petitorio.

La acción petitoria del propietario civil fue la *reivindicatio*, el prototipo de las acciones *in rem*. Como todas las primitivas *vindicationes*, también la *reivindicatio* debía tramitarse por el *sacramentum*, antiguo juramento convertido después en apuesta pecuniaria para corroborar la propia afirmación de que la cosa era del que la vindicaba *ex iure quiritium*. Como ambos litigantes hacían afirmaciones simétricas –al decir de Álvaro D'Ors– en presencia de la cosa, corrían el riesgo de perder su *sacramentum* como *iniustum*, pues podía ocurrir que ninguno de los dos pudiera probar su propiedad. Esto quiere significar que ya para este proceso primitivo tenía importancia decisiva la atribución interina de la cosa, pues el que la recibía la retendría, siempre que el adversario no llegara a probar su derecho, aunque tampoco él pudiera demostrarlo. Naturalmente, podía el magistrado depositar la cosa, si era mueble, en poder de un tercero (*sequester*), pero era lo más común que la atribuyera interinamente al litigante que estimara más idóneo, siempre que pudiera dar garantes de la eventual restitución y de los frutos provisionalmente producidos (*praedes litis et vindiciarum*). Se comprende que el trámite interdictal sirviera para racionalizar este otorgamiento interino de la posesión. Así, desde los primeros momentos tuvo una importancia decisiva el entrar en el proceso petitorio como poseedor, pero mucho más en las formas posteriores que asumió aquel procedimiento.

La estructura simétrica de la *legis actio per sacramentum in rem* fue transformada por un recurso arbitrado por la práctica procesal, que consistía en involucrar la cuestión de propiedad en un litigio en el que se ejercitaba una acción *in personam* para determinar cuál de los litigantes tenía que pagar al otro una suma de dinero. Bastaba para ello que se prometieran recíprocamente, por medio de una *sponsio*, el pago de una cantidad si no resultaban ser propietarios. No se exigía la presencia de la cosa, se litigaba sobre la apuesta en forma de *sponsio*, pero en la práctica

se venía a decidir sobre la cuestión de la propiedad a que aquella apuesta se supeditaba. Éste es el llamado procedimiento *per sponsionem*. También en este sistema había que adjudicar previamente la posesión interina y exigir al poseedor, no ya garantes, sino una estipulación garantizada en la forma ordinaria (*satisdatio pro praedes litis et vindiciarum*).

En el procedimiento formulario, la *reivindicatio* se tramitaba mediante una fórmula petitoria en la que se ordenaba al juez que condenara al pago del valor de la cosa al poseedor, si resultaba que el demandante era propietario *ex iure quiritium*. Se tenía así un proceso, sin presencia de la cosa, entre un actor que sostenía ser propietario y un poseedor que defendía la cosa sin tener que probar nada, lo cual suponía una evidente ventaja. En este procedimiento se siguió exigiendo garantía al poseedor, en la forma de la *cautio iudicatum solvi*. La condena se supeditaba a la no restitución de la cosa, entre la *pronuntiatio* y la sentencia, para coaccionar a la cual, la estimación se fijaba por juramento del mismo demandante vencedor (*iusiurandum in litem*). Mas el pago de la *aestimatio* convertía al poseedor condenado en propietario.

La restitución debía abarcar también todos los accesorios de la cosa y los frutos. En cuanto a los frutos había que distinguir entre el poseedor de buena fe, que debía entregar tan sólo los frutos percibidos después de la *litis contestatio*, y el de mala fe, que tenía que abonar no sólo los frutos percibidos de aquella cosa ajena, sino indemnizar además por todo deterioro. El poseedor de buena fe, por su parte, tenía derecho a una indemnización por los gastos que hubiera realizado en la cosa que restituía antes de la *litis contestatio*, ya fueran gastos imprescindibles para la conservación de la cosa (impensas necesarias), o gastos que hubieran aumentado el valor de la cosa (impensas útiles). No le cabía indemnización por los gastos de mero lujo (impensas voluptuarias), los que debía perder si no eran separables de la cosa. Para aquella indemnización, el poseedor de buena fe podría hacer valer un derecho de retención, ejercitable también por medio de una excepción.

Como nadie estaba obligado a defender una cosa cuando le era reclamada por quien decía ser su propietario, el poseedor podía desentenderse del proceso y de la cosa. En este caso de vin-

dicante sin contradictor, el magistrado concedía la posesión al que afirmaba ser su propietario. Cuando se trataba de un inmueble, para entrar en posesión de él le concedía, para caso de resistencia, un interdicto llamado *quem fundum*. Si se trataba de un mueble, el magistrado decretaba que se lo llevara el demandante, pero esto suponía la presencia de la cosa *in iure*, lo cual podía impedir el poseedor mediante la retención, la ocultación o incluso la destrucción de la cosa. Esta actitud ilícita del poseedor, que no permitía que se hiciera efectiva la decisión del magistrado y que tampoco aceptaba discutir procesalmente su derecho, era sancionada con una acción *in factum*, de carácter delictual, a la cantidad jurada por el demandante (*iusiurandum in litem*), a no ser que prefiriera exhibir la cosa ante el juez. Esta es la *actio ad exhibendum*. Como acción personal el demandado por ella estaba obligado a defenderse, bajo amenaza de embargo de todos los bienes (*missio in bona*) por *indefensio*. Resultaba así que el que ocultaba una cosa mueble se encontraba amenazado por una medida procesal de embargo.

Con el procedimiento cognitorio, la *reivindicatio* favorecía a todo propietario y podía ser ejercitada, no sólo contra el poseedor, sino también contra quien había dejado de poseer por dolo –perseguible en la época clásica por la *actio ad exhibendum*– y contra el que, sin ser poseedor, se había ofrecido dolosamente a defender la cosa (*qui liti se optulit*) a fin de que un tercero cómplice pudiera cumplir el tiempo necesario para adquirir la propiedad por usucapión. De ese modo, la acción reivindicatoria se convirtió, contra esos *ficti possessores*, en una acción que podía funcionar como delictual, y respecto de la cual servía como simple trámite preparatorio, tratándose de muebles, la antigua acción exhibitoria.

Por lo demás, en este procedimiento la condena podía consistir en una restitución coactiva de la cosa demandada. Justiniano, por su parte, agravó la restitución de los frutos. El poseedor de buena fe debía restituir incluso los producidos antes de la demanda y que no hubiera consumido (*fructi exstantes*) y debía indemnizar por los que había dejado de percibir (*percipiendi*) por negligencia después de la demanda. El poseedor de mala fe estaba obligado a la restitución de todos los frutos, incluso los que hubiera debido percibir antes de la demanda. Respecto de las impensas, Justiniano estableció, en todo caso, el derecho de separarlas

cuando ello fuera posible (*ius tollendi*), y extendió el derecho de retención, sólo por las impensas necesarias, incluso a favor del poseedor de mala fe.

b) ***Acción negatoria.*** Así como la *reivindicatio* defendía la propiedad misma, la *actio negatoria* tenía por objeto la declaración de inexistencia de gravámenes sobre la cosa sujeta al dominio. Se dirigía esta acción civil contra toda persona que se arrogara una servidumbre o un derecho de usufructo sobre la cosa perteneciente al propietario, perjudicándole en su goce o disfrute.

En el proceso a que la acción negatoria daba lugar, el propietario ocupaba situación privilegiada en cuanto a la prueba, porque le bastaba con demostrar la existencia de su propiedad, dejando a cargo de su adversario el probar su pretendido derecho. El objeto que se perseguía con el ejercicio de esta acción era la reposición de las cosas al estado jurídico anterior (*restitutio*) a la perturbación, el que se manifestaba de manera diversa, ya por la destrucción de las instalaciones que dificultaran el ejercicio del derecho del propietario, ya por el resarcimiento de los daños y perjuicios resultantes de la falta de disfrute de la cosa (*commoda*), ya, en fin, por la prestación de cauciones contra posibles perturbaciones futuras. Si el demandado se resistía a la restitución, era condenado, como en la acción reivindicatoria, al pago del valor de la cosa, según estimación realizada por el demandante (*litis aestimatio*).

c) ***"Operis novi nuntiatio". "Interdictum quod vi aut clam".*** Hemos señalado que contra pequeñas perturbaciones al derecho de propiedad, especialmente determinadas por las relaciones de vecindad, se crearon diversos remedios, muchos de los cuales hemos considerado al tratar de las restricciones y límites al dominio. Nos quedan por estudiar dos defensas de creación pretoria; la *operis novi nuntiatio* y el *interdictum quod vi aut clam*.

La *operis novi nuntiatio* o denuncia de obra nueva, era la medida de protección que podía intentar un propietario que se viera perjudicado por la obra que realizara el vecino (*opus novum*). Fue otorgada por el pretor bajo la forma de una protesta o denuncia y estaba dirigida a prohibir que se continuara el trabajo iniciado. El denunciado (*nuntiatus*) tenía que interrumpir la construcción al ser intimado formalmente en el lugar de la obra (*in re*

praesenti), siempre que el denunciante (*nuntians*) probara el derecho invocado para impetrar del magistrado la prohibición. Si el constructor, no obstante la orden de interrumpir la obra, la continuaba, el denunciante podía interponer un *interdictum ex operis novi nuntiatione*, también llamado *demolitorium*, para hacerla demoler.

El *interdictum quod vi aut clam* fue igualmente un remedio pretorio de régimen muy similar a la denuncia de obra nueva, que tendía a obtener en el plazo de un año la remoción o suspensión de las construcciones que se hubieran realizado ilícitamente contra la prohibición del interesado (*vi*) o a ocultas de él (*clam*). Esta defensa podía ejercerla el propietario del fundo perjudicado por sí o por mandatario y se daba contra el autor de las obras o contra el poseedor actual del inmueble, aunque ignorara la realización de las construcciones o éstas se hubieran efectuado contra su voluntad.

Título IV

DERECHOS REALES SOBRE LA COSA AJENA

§ 111. Conceptos generales. – Al estudiar el patrim su modo de composición, dijimos que se integraba por de de obligaciones y por derechos reales, y que estos últimos ser de dos clases: derechos reales sobre la cosa propia (*iura* y derechos reales sobre la cosa ajena (*iura in re aliena*). estudiado ya la propiedad, esto es, el derecho real por exce que se ejerce sobre la cosa propia. Analizaremos ahora, lo chos que se ejercitan sobre cosas pertenecientes a personas tas del titular, razón por la cual se denominan derechos re bre cosa ajena.

Entre estos *iura in re aliena* se cuentan las servidumbr creadas por el *ius civile*, como una necesidad impuesta por vidad agrícola y ganadera de los primeros tiempos de Ro canzaron plena regulación en el derecho clásico; y la enfi la superficie, que provienen del *ius honorarium* y son una cuencia del auge que alcanzó en el mundo romano la pro fundiaria. Hay que incluir también entre los derechos re bre cosa ajena a la hipoteca, aunque por su finalidad –dar dad al cumplimiento de una obligación–, más propiamente ta de un derecho real de garantía.

§ 112. Las servidumbres. – El vocablo servidumbr proviene de *servus* y que tiene su equivalente en la voz lat *vitus*, indica una relación de sumisión, una restricción a l tad. Aplicado el término a los derechos reales, se entie servidumbre el derecho sobre la cosa ajena constituido s fundo y en ventaja de otro fundo (servidumbres prediale les: *servitutes praediorum o rerum*) o sobre cualquier cosa ral y en ventaja de una persona (servidumbres personales: *les personarum*).

El amplio y difundido concepto de servidumbre y su distinción en las dos especies señaladas, ha sido impuesto por la compilación justinianea, ya que hasta entonces el derecho romano habría reducido la idea de servidumbre a las *servitutes praediorum*. Las servidumbres personales –usufructo, uso, habitación, *operae servorum*– constituyeron para el derecho clásico figuras especiales y autónomas de derechos reales sobre cosa ajena.

Siguiendo la tradicional distinción justinianea, estudiaremos separadamente las servidumbres reales y las servidumbres personales. De estas segundas, en especial el usufructo, no sólo porque alcanzó gran importancia entre los *iura in re aliena*, sino también porque su desarrollo normativo, en lo concerniente a los modos de constitución y extinción y a la tutela judicial, estaba elaborado a imagen del de las servidumbres prediales. No obstante, es de hacer notar, con Arangio-Ruiz, que servidumbres reales y usufructo sólo tienen en común la circunstancia de ser derechos reales sobre cosa ajena.

§ 113. SERVIDUMBRES PREDIALES O REALES. – Cuando el derecho de servidumbre se establecía sobre un fundo en provecho de otro fundo, se estaba en presencia de las llamadas servidumbres prediales o reales. Había, pues, una sujeción permanente de un fundo, denominado sirviente (*praedium servum*), en beneficio de otro, llamado dominante (*praedium dominans*), en el sentido de que el segundo se aprovechaba de una actividad que podía desplegar sobre el primero, o de una restricción que se imponía al goce de él.

Las servidumbres prediales se consideraban inherentes a los predios y de ellos inseparables, de modo que una vez constituidas, si no había una causa legal de extinción, subsistían independientemente de la sucesión de diversas personas en la propiedad de los fundos. Quienquiera que fuese propietario del predio dominante o del sirviente era, por tal carácter, titular o gravado respecto de la servidumbre, la cual se transmitía activa o pasivamente con el fundo. Caracteriza, por tanto, a las servidumbres reales su perpetuidad y por ello la relación jurídica no queda reducida a las personas de sus titulares en el tiempo en que se las constituye, sino que se conservan inalterables a través de cuantas transferencias se operen de un propietario a otro. Se constituyen las servi-

dumbres reales en atención a la utilidad objetiva del fundo, por lo cual no podía escindírsela de éste, ni ejercitársela como derecho independiente.

Es característico también de las *servitutes rerum* el hecho de que las obligaciones que la servidumbre imponía al propietario del inmueble gravado o fundo sirviente, tenían necesariamente carácter negativo, como lo expresa la regla creada por los comentaristas: *servitus in faciendo consistere nequit*. Así, pues, el derecho de servidumbre no llevaba implícito un hacer a cargo del titular del predio sirviente, sino un abstenerse de hacer o un tolerar que el propietario del fundo dominante hiciera (*in non faciendo vel in patiendo*).

El propietario de una cosa no podía ser titular de una servidumbre constituida sobre la misma cosa (*nulli res sua servit*), ni tampoco la servidumbre se presumía, dado su carácter de *iura in re aliena*. Asimismo, no estaba admitido que este gravamen real pudiera establecerse sobre otra servidumbre, porque, además de carecer de sentido lógico, sólo era posible la constitución de servidumbre sobre una cosa ajena, imponiéndose a favor de una persona o de un fundo individualmente determinado (*servitus servitutis esse non potest*).

Uno de los caracteres más salientes de las servidumbres fue su indivisibilidad, ya que era indivisible la situación jurídica que ella implicaba. Esto debido a que un estado de sumisión no puede ser constituido fraccionadamente. Por aplicación de tal principio, si el fundo dominante o el sirviente llegaban a dividirse, el derecho o la obligación que imponía la servidumbre no corría la misma suerte, porque tenía que corresponder por entero a cada una de las partes resultantes de la división.

Era fundamental en las servidumbres reales que los predios fueran vecinos (*praedia vicina esse debent*). Esta vecindad no debe entenderse en el sentido de que los fundos estuvieran contiguos, sino que debía mediar entre ellos una cercanía que permitiera el real ejercicio de la servidumbre de que se tratara.

Dos clases de servidumbres prediales se conocieron en el derecho romano: las servidumbres rurales o rústicas (*servitutes praediorum rusticorum*) y las urbanas (*servitutes praediorum urbanorum*). Estas especies se distinguieron en atención al fundo dominante, es decir, en favor del cual se había establecido el grava-

men. Si el predio era un terreno libre, sin edificios, destinado las más de las veces a la actividad agrícola, se estaba en presencia de una servidumbre rústica; en cambio, si el fundo dominante era un edificio, la servidumbre era necesariamente urbana, ya estuviera situado en la ciudad o en el campo.

Las más antiguas formas de servidumbre entraron en la categoría de las rústicas y eran consideradas jurídicamente *res mancipi*. Entre ellas figuraron las servidumbres de paso (*ius itinerum*), que comprendía la de *iter*, que permitía el tránsito por el fundo sirviente a pie, a caballo o en litera; la de *actus*, que autorizaba a pasar las bestias de carga y los carruajes, y la de *via*, que abarcaba el más pleno derecho de pasaje. Otra antigua servidumbre rústica fue la de acueducto (*servitus aquae ductus*), que facultaba a transportar agua a través del fundo sirviente hacia el fundo dominante por medio de acequias, tuberías, etcétera.

Además de estas cuatro formas clásicas de servidumbres rústicas se crearon otras que eran tenidas por *res nec mancipi*. Así, la de sacar agua para las necesidades del predio dominante (*servitus aquae hauriendae*); la de abrevar el ganado (*servitus pecoris ad aquam adpulsus*); la de apacentar el ganado (*servitus pecoris pascendi*) y las de quemar cal, extraer greda o arena del fundo sirviente, sin un fin industrial (*servitus calcis coquendae, cretae exhiriendae, arenae fodiendae*).

Las servidumbres urbanas fueron también numerosas y, si bien no alcanzaron la importancia económica de las servidumbres rurales, su creación obedeció fundamentalmente a la necesidad de regular lo concerniente al aprovechamiento o comodidad de los edificios vecinos. Entre las principales servidumbres urbanas se pueden mencionar la de vertiente de aguas de lluvia desde el propio tejado, de modo natural (*servitus stillicidii*) o por conductos o canales (*servitus fluminis*); la de desagüe por tuberías (*servitus cloacae*); la de apoyo de viga (*servitus tigni immittendi*); la de apoyo de muro (*servitus oneris ferendi*); la de avanzar sobre el fundo vecino los balcones, galerías y tejados (*servitus proiiciendi*); la que prohibía al vecino elevar el edificio por encima de cierta altura (*servitus altius non tollendi*), o privarlo de luz (*servitus ne luminibus officiatur*) o de vistas (*servitus ne prospectui officiatur*) y la que autorizaba a abrir ventanas sobre el terreno vecino para recibir luz (*servitus luminum*).

a) ***Constitución de las servidumbres prediales.*** En lo que concierne a la constitución de las servidumbres prediales los medios variaron en las distintas épocas de la legislación romana; advirtiéndose una tendencia a facilitar sus procedimientos a medida que se avanzaba en el tiempo de evolución. En las distintas etapas sus formas de constitución fueron la voluntad de los propietarios de los fundos, disposiciones *mortis causa*; adjudicaciones en juicios divisorios y prescripciones adquisitivas.

Desde los más remotos tiempos, tratándose de predios situados en suelo itálico, la constitución se hacía por los modos civiles de la *mancipatio* y la *in iure cessio*. La primera se aplicaba a las cuatro antiguas servidumbres rústicas que pertenecían a las *res mancipi*; la segunda a toda clase de servidumbre. También la constitución podía tener lugar por el acto civil de la enajenación de un predio, mediante la *deductio*, esto es, la reserva de la servidumbre en favor del enajenante. Para los fundos provinciales, que no exigían modos reconocidos por el derecho civil, se admitió la constitución por pactos seguidos de estipulaciones (*pactionibus et stipulationibus*), medio que después, en el derecho clásico, desaparecidas las formas solemnes y la distinción entre fundos itálicos y provinciales, se generalizó como modo idóneo de establecer las servidumbres prediales. En el derecho justinianeo se acabó por reconocer que el consentimiento tácito (*patientia*) al disfrute de la servidumbre, era suficiente para dejarla constituida.

Por disposición de última voluntad el testador podía imponer válidamente servidumbres entre los predios dejados a los herederos o legatarios. El medio más común que se usó en el derecho clásico fue el *legatum per vindicationem*, que atribuía la servidumbre al legatario desde el momento mismo en que la herencia era adida. En el derecho justinianeo se reconoció como modo de constitución lo que modernamente se llama "destino del padre de familia", es decir, que mediante enajenación, se transformarán en servidumbre los servicios que de hecho, pero en forma permanente, prestaba un fundo a otro cuando su propietario era único.

Por adjudicación en los juicios divisorios en los cuales se ejerciera la *actio communi dividundo* o la *actio familiae erciscundae* podía el juez, cuando fuera necesario, constituir una servidumbre entre los fundos resultantes de la partición de la cosa común.

En el derecho antiguo era dable constituir las servidumbres por usucapión. Tal posibilidad, derogada por una *lex Scribonia* de fines de la República, debió de estar referida a las cuatro primitivas servidumbres rústicas agrupadas entre las *res mancipi*. A partir de entonces y hasta que se extendió el concepto de *possessio* a las cosas incorporales, las servidumbres no se constituyeron por el ejercicio del poder de uso. En el derecho justinianeo, reconocida plenamente la posesión de los derechos, se admitió que las servidumbres pudieran adquirirse igualmente por *praescriptio longi temporis*, mediante el uso continuado durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

b) ***Extinción de las servidumbres prediales.*** Diversas causas naturales o legales podían provocar la extinción de las servidumbres prediales. Entre ellas se contaban:

1) La renuncia del titular.

2) La pérdida del fundo dominante, del sirviente o de ambos.

3) La transformación del fundo sirviente en *res extra commercium*.

4) La confusión, que acaecía cuando la propiedad sobre los fundos dominante y sirviente venía a coincidir en un mismo titular.

5) La prescripción extintiva (*non usus*). En la época clásica las servidumbres rústicas se extinguían cuando no se las ejercía durante dos años. Tratándose de urbanas era necesario, además del *non usus*, una *usucapio libertatis* de parte del propietario del fundo sirviente. Se exigía, en efecto, que éste realizara un acto contrario a la existencia de la servidumbre, como podía ser levantar una casa más alta que lo permitido por una *servitus altius non tollendi* y que el titular no se opusiera a tal construcción durante todo un bienio. En el derecho justinianeo el tiempo de la prescripción extintiva de las servidumbres prediales se extendió a diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

c) ***Protección de las servidumbres prediales.*** Así como el propietario podía defenderse por medio de la *actio negatoria* contra la persona que se atribuyera una servidumbre o un usufructo sobre su cosa, inversamente, quien se creyera con un derecho de esta clase podía repeler cualquier ataque o lesión que impidiera el ejercicio del derecho de servidumbre, por una acción, la *vindica-*

nio servitutis, llamada en el derecho postclásico y justinianeo, *actio confessoria*.

Fue la acción confesoria la típica defensa de las servidumbres. Modelada a imagen de la *reivindicatio*, competía al propietario del fundo dominante contra el propietario o poseedor del fundo sirviente que perturbara el libre ejercicio de la servidumbre. Tenía por objeto el restablecimiento de la condición legítima de la servidumbre y el resarcimiento de los daños y perjuicios que la acción del propietario del fundo sirviente hubiera irrogado al del fundo dominante. Con el carácter de *utilis*, la *actio confessoria* fue extendida al enfiteuta, al superficiario y al acreedor pignoraticio.

También las servidumbres prediales fueron protegidas mediante múltiples interdictos que el pretor concedió para regular la relación entre distintos predios. Entre los principales se cuentan el *interdictum de itinere actuque reficiendo*, otorgado al titular de una servidumbre de paso contra el propietario del fundo sirviente que le prohibiera reparar el terreno por donde debía transitar; el *interdictum de rivis reficiendis*, concedido al titular de una servidumbre de acueducto, perturbado en su derecho de limpiar las acequias que conducían el agua; el *interdictum de aqua quotidiana et aestiva*, conferido a quien estaba autorizado a sacar agua a diario o en verano del fundo ajeno, en caso de que el propietario se lo prohibiera y el *interdictum de cloacis*, que se daba contra quien ejerciera violencia sobre el titular de una cloaca a fin de impedirle que la limpiara.

§ 114. Usufructo. – Hemos adelantado que entre las servidumbres personales, aquellas en las que se ha concedido a una persona determinada y distinta del propietario el uso y aprovechamiento de una cosa con carácter de derecho real, se encuentra el usufructo (*usus fructus*). Lo han definido las fuentes como la servidumbre personal en cuya virtud una persona puede usar una cosa de otra y percibir sus frutos sin alterar su sustancia (*ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*) (Dig. 7, 1, 1).

El usufructo abarcaba dos de los elementos de la propiedad, el *usus* o derecho de usar la cosa gravada, y el *fructus* o facultad de percibir los frutos que ella produjera. En consecuencia, el

propietario del bien (*dominus proprietatis*) sólo conservaba el *ius abutendi*, que no podía ser ejercido en perjuicio de los derechos del usufructuario (*ususfructuarius*). En el caso, el propietario de la cosa sólo era titular de una *nuda proprietas*, que podía ser por él mismo enajenada, sin que tal acto de disposición alterase el derecho del usufructuario. Éste, no obstante, aún teniendo la plena disponibilidad material de la cosa (*ius in corpore*), era jurídicamente un mero detentador y, como tal, no podía adquirir la propiedad del bien por usucapión.

La titularidad del derecho de usufructo podía corresponder, no sólo a una persona física, sino también, en el derecho justinianeo, a una persona jurídica. Se daba siempre a favor de una persona determinada y por el tiempo convenido, no habiendo usufructo sin un sujeto a quien correspondiera el uso y goce de la cosa dada en usufructo (*fructus sine persona esse non potest*). Tratándose de personas jurídicas, como los municipios, el derecho justinianeo limitó a cien años el tiempo máximo de duración del usufructo. Podía constituírselo indiferentemente sobre cosas muebles e inmuebles, animadas o inanimadas, con excepción de las cosas consumibles, porque el uso y goce de ellas entrañaba su extinción y, por ende, el cese del usufructo.

El derecho del usufructuario se extendía a todo posible goce que fuese compatible con el derecho del propietario a que la cosa no experimentara transformación o destrucción. El usufructuario no podía enajenar su derecho, pero nada le impedía ceder su ejercicio. El principio de que el usufructuario no podía alterar la esencia y destino de la cosa, se amplía en el derecho justinianeo al concedérsele la facultad de mejorar la *substantia*, como podía ser realizar innovaciones en la cosa que aumentaran sus rentas.

Correspondía al usufructuario hacer suyos los frutos naturales y civiles que la cosa produjera, los primeros por percepción y los segundos día a día. Entre los frutos se contaban las crías de los animales, mas no cuanto excediera el concepto de *fructus* que pertenecía al propietario, como los hijos de la esclava, las accesiones, etcétera. El usufructo de una casa facultaba al usufructuario para habitarla, así como para darla en arrendamiento y cobrar el alquiler correspondiente.

De lo dicho surgen tres principios fundamentales que caracterizan al usufructo. En primer lugar, el usufructuario quedaba

excluido de la posibilidad de modificar la estructura y destino de la cosa, aunque de ello se siguiera una mejora. Menos aun podía realizar actos de disposición, como constituir servidumbres, fueran sobre el fundo o a favor de él. Caracteriza también al usufructo la conexión de dicha servidumbre con la persona y la situación jurídica actual del usufructuario. Ello significa fundamentalmente que el derecho de usufructo era intransmisible, esto es, que su titular no podía investir a otra persona del derecho real que a él le correspondía. Por fin, es otro rasgo típico de la servidumbre personal de usufructo, su temporaneidad, ya que cuando no hay plazo establecido, cesa con la vida del usufructuario, llegando a cien años en el caso del usufructo constituido a favor de personas jurídicas.

En cuanto a la constitución del usufructo, el medio más generalizado fue el legado. Más tarde le fueron aplicables las formas de constitución de las servidumbres prediales, esto es, en el derecho clásico la *in iure cessio*, la *adiudicatio* y la *deductio*. Para los predios en suelo provincial se recurría a *pactiones et stipulationes*. En el derecho justinianeo los pactos y estipulaciones sustituyeron a la *in iure cessio*, y la *deductio* pudo lograrse en la *traditio*, admitiéndose también cualquier acuerdo tácito (*patientia*). En algunos casos el usufructo se adquiría por imperio de la ley; así, el constituido en favor del *paterfamilias* sobre el peculio adventicio del *filius*.

La extinción del usufructo podía operarse por renuncia, mediante la *in iure cessio* en la época clásica y por cualquier acto no formal en el derecho justinianeo; por confusión, cuando el usufructuario adquiría la propiedad de la cosa; por destrucción o alteración del destino económico de ella; por el no uso durante un año para las cosas muebles y durante un bienio para las inmuebles; por muerte del usufructuario, al tratarse de un derecho constituido a favor de una persona; por *capitis deminutio* del usufructuario, no la *ininima*, en el derecho justinianeo, y por vencimiento del plazo establecido por propietario y usufructuario, término que no podía ser superior a cien años, si el usufructo se hubiera constituido a favor de una persona jurídica.

En cuanto a la protección del usufructo, el titular contaba con una *vindicatio ususfructus* o *actio confessoria*, en la designación del derecho postclásico. Su régimen era análogo a la *vin-*

dicatio servitutis, acción que tutelaba las servidumbres prediales y que Justiniano llamó *actio confessoria ususfructus*. También contó el usufructo con tutela interdictal y así el usufructuario pudo valerse de los interdictos *uti possidetis* y *unde vi*.

Cuasi usufructo. Hemos dicho que el usufructo no podía recaer sobre cosas consumibles. Sin embargo, a comienzo de la época imperial, contrariando la naturaleza del instituto, llegó a admitirse el usufructo de tales cosas, configurándose lo que se llamó cuasi usufructo (*quasi ususfructus*).

El cuasi usufructuario, que generalmente obtenía el derecho de usufructo por legado, adquiría la propiedad de las cosas, pero se comprometía, mediante caución, a restituir cuando concluyera la relación una cantidad igual y del mismo género de las cosas recibidas. Vemos así que el cuasi usufructo se diferenciaba del usufructo en que no proporcionaba la simple detentación de la cosa, sino que traía aparejada la adquisición de ella en propiedad.

§ 115. – Otras servidumbres personales. – Habíamos anticipado que el derecho romano creó otras servidumbres personales además del usufructo, las que se identificaron con esta institución, no obstante las diferencias que presentaban. Entre éstas se contaban el uso (*usus*), la habitación (*habitatio*) y las *operae servorum*.

a) *Uso*. El derecho de obtener de una cosa todo el uso de que sea susceptible, pero sin percibir fruto alguno, constituye la servidumbre personal de uso (*uti potest, frui non potest*). Comprendía, pues, el *ius utendi* exclusivamente, de manera que el usuario no estaba autorizado a arrendar o ceder el ejercicio de su derecho por el pago de un precio porque, al carecer del *ius fruendi*, no podía adquirir los frutos civiles que la cosa produjera.

Como el derecho así concebido no producía ventajas mayores a su titular, llegó a admitirse que éste pudiera beneficiarse con ciertos frutos que le fuesen necesarios para él y su familia. Así, el usuario de un fundo podía recoger frutas, hortalizas, maderas y el de una casa dar en alquiler alguna parte de ella, siempre que no dejara de ocuparla.

El uso, que se consideraba derecho indivisible, se constituía y se extinguía por las mismas causas del usufructo, estando el usuario sometido al cumplimiento de obligaciones similares a las del

usufructuario, dado que el uso es un derecho derivado del *usus-fructus*.

b) ***Habitación.*** Fue en el derecho justinianeo donde se configuró la *habitatio* como una servidumbre personal, institución que hasta entonces se confundía con el uso o el usufructo. Consistía en el derecho real de habitar una casa con posibilidad de darla en arrendamiento, como si fuera un usufructuario. No se extinguía por el no uso, ni por la *capitis deminutio* de su titular.

c) ***"Operae servorum".*** Las *operae*, que podían ser obras o trabajos de los esclavos o de los animales, consistían en el derecho de aprovechar sus servicios y también de alquilarlos, como pudiera hacerlo un usufructuario. Justiniano, al consagrar a las *operae servorum* un título especial del Digesto, entre el usufructo y el uso, les dio el carácter de servidumbre personal, como hizo con la habitación.

§ 116. SUPERFICIE. — El derecho real sobre cosa ajena transmisible por *acto inter vivos* o *mortis causa*, y por el cual el titular estaba facultado para el pleno disfrute del edificio levantado en suelo ajeno, recibe el nombre de superficie.

Este derecho nació de la práctica del Estado y de las ciudades de utilizar ciertos terrenos que formaban parte de sus amplios dominios, dándolos en arriendo a perpetuidad o a largos plazos a los particulares, que tenían derecho a levantar allí edificios para su disfrute, mediante el pago de un canon o arriendo (*pensio* o *solarium*). Estas concesiones, más tarde, pudieron hacerlas también los propietarios particulares y es con respecto a las edificaciones así realizadas que consagró el pretor, en beneficio del superficiario, un verdadero derecho real sobre cosa ajena: el derecho de superficie.

Según el *ius civile*, todo lo que se erigía sobre suelo ajeno pertenecía por accesión al propietario del suelo (*superficies solo cedit*). Sin embargo, cuando los particulares, siguiendo el ejemplo del Estado, concedieron a otros particulares el derecho de edificar y gozar del edificio construido plenamente, se acostumbró a celebrar contratos en los que el propietario del suelo recibía como contraprestación el pago de un canon o alquiler. El no cumplimiento de las obligaciones emergentes de aquel especial

arrendamiento sólo podía ser perseguido por una acción personal o creditoria, porque personal o creditoria era la relación que unía a las partes.

Como tales arrendamientos se hicieron frecuentes y se los contrataba a perpetuidad o a plazos larguísimos, el pretor estimó conveniente proteger al superficiario con un interdicto posesorio *de superficiebus*, ejercitable contra cualquiera que moleste su derecho de disfrute del edificio. Y de ese modo, por acción del pretor, comienza a apuntar el carácter real de estas concesiones, carácter que quedó definido en el derecho justinianeo, que otorgó el ejercicio de una *actio in rem*, oponible *erga omnes* y transmisible a los herederos del superficiario.

El derecho de superficie, que nacía por convención, por disposición de última voluntad, por *adiudicatio* o por usucapión, obligaba al concesionario a pagar un canon anual que entregaba al propietario del suelo al constituirse la superficie, así como los tributos que tuviera que soportar el inmueble. Como contrapartida, gozaba de derechos tan amplios sobre el edificio, que no distaban en nada de los de un verdadero propietario. Podía usar personalmente del edificio o darlo bajo cualquier título en disfrute a otro, sin consultar la voluntad del concedente y sin necesidad de notificárselo. Estaba autorizado para imponerle servidumbres y para gravarlo con prenda e hipoteca.

La superficie se extinguía por destrucción del fundo, no del edificio, ya que era susceptible que el titular se reservara el derecho de reconstruirlo; por su transformación en *res extra commercium*; por consolidación, que podía producirse si el superficiario adquiría la propiedad del suelo o el propietario los derechos de éste, y por cumplimiento del término o de la condición resolutoria, que eran modalidades susceptibles de imponer al derecho de superficie.

§ 117. Enfiteusis. – Sobre los terrenos del Estado y las comunidades a él sometidas (*coloniae, municipia*) se acostumbraron a hacer en Roma arrendamientos de muy largo plazo o a perpetuidad en favor de particulares. La tierra así arrendada era retribuida mediante el pago de un canon anual llamado *vectigal*, por lo que la tierra recibía el nombre de *ager vectigalis*. En calidad de *possessores*, y por tanto con derecho a defender su posesión con

los interdictos *unde vi* y *uti possidetis*, los arrendatarios de aquellos predios estatales eran de hecho propietarios, pues podían disfrutar plenamente del inmueble y disponer de él. La acción que el pretor concedió al vectigalista –locatario *agri vectigalis*– habría sido una *actio in rem*, análoga a la *reivindicatio*. Esto daba carácter real al derecho del vectigalista (*ius in agro vectigali*) y no creditual, a pesar de tener por fuente una relación de esta última naturaleza.

Desde la época del emperador Constantino se comenzó la práctica de conceder en arriendo los inmuebles de propiedad dinástica a largos plazos, confiriendo al arrendatario un derecho especial, llamado *ius emphyteuticum*. También solían ceder en arriendo las fincas fiscales a perpetuidad, concediendo sobre ellas un *ius perpetuum* que tenía carácter ilimitado, irrevocable y no susceptible de modificación en sus condiciones. Ambas concesiones se funden más tarde en una sola institución, la *emphyteusis*, vocablo que proviene del griego y que significa "plantación". A la manera del locatario *agri vectigalis* del derecho clásico, el enfiteuta tenía un derecho real de pleno disfrute, transmisible y gravable, a cambio del pago de una merced anual, llamada *pensio* o *canon*. En poco tiempo la enfiteusis, del arriendo de predios imperiales se extendió a los fundos de los particulares y entró en el área de las instituciones de derecho privado, como un *ius in re aliena*, a pesar que el enfiteuta era prácticamente un propietario que ni siquiera tenía la obligación de cultivar el suelo, como ocurría en el antiguo *ius in agro vectigali*.

Siendo siempre fuente de la enfiteusis un contrato de arriendo que, sin embargo, producía efectos similares a la venta, se discutió sobre la naturaleza jurídica de la institución, en cuanto a si debía considerarse arrendamiento o venta. La aproximación a una u otra figura contractual tenía importancia práctica en orden al riesgo (*periculum*), esto es, las consecuencias que producía la fuerza mayor en caso de que por aquella causa se destruyera o aminorara la productividad del predio. Si se decidía que la enfiteusis significaba una venta, el *periculum* corría a cargo del concesionario; si se la tenía por arrendamiento, los riesgos pesaban sobre el concedente. El emperador Zenón, a fines del siglo V, resolvió la duda, caracterizando a la enfiteusis como un contrato distinto de los otros dos y así la destrucción total del fundo redundaba en

perjuicio del dueño o concedente, en tanto que si se trataba de una parte, afectaba al enfiteuta o concesionario, que no quedaba eximido del pago total del canon.

En el derecho justinianeo la enfiteusis queda configurada como un derecho real sobre cosa ajena otorgado a perpetuidad o a muy largo plazo, que puede ser gravado y enajenado por el titular. Es, en suma, una *possessio* que equivale a propiedad. En caso de que el enfiteuta tuviera propósito de enajenar el *ius emphyteuticum*, estaba obligado a notificar al propietario para que hiciera uso de un derecho de preferencia (*ius praelationis*) que le permitía optar entre redimir el derecho que gravaba su inmueble pagando el mismo precio ofrecido o consentir la venta percibiendo un 2 % del precio pagado (*laudemium*). La falta de esta notificación, así como el incumplimiento del pago del canon o de los impuestos fiscales durante tres años, producía la caducidad de la enfiteusis.

Título V

DERECHOS REALES DE GARANTÍA

§ 118. Conceptos generales. – Dijimos al comenzar el estudio de los derechos reales sobre cosa ajena, que incluíamos entre ellos a la hipoteca, aunque más propiamente esta institución debemos caracterizarla como derecho real de garantía, porque tal era la finalidad que cumplía en las relaciones jurídicas entre particulares.

En efecto, adentrada en Roma la idea de que el patrimonio del deudor es la prenda común de los acreedores, la insolvencia de aquél podía tornar ilusorios los derechos de éstos. Para evitar esta situación se admitió que una deuda pudiera garantizarse ya por medio de un tercero que en carácter de fiador asumía el compromiso de cumplir la obligación en caso de que el deudor principal no pagara (garantía personal), ya por afectación de una cosa del deudor al cumplimiento de la deuda (garantía real). Designábase esta segunda forma de garantía con la expresión figurada de *obligatio rei* o *res obligata*.

Como accesorio de una obligación y como garantía real nació en Roma la hipoteca (*hypotheca*), que se desarrolló fundamentalmente al amparo del derecho pretorio, habiendo conocido la legislación romana en la evolución de las garantías reales dos formas anteriores a esta institución: la *fiducia* y el *pignus*.

§ 119. Fases evolutivas de las garantías reales: "fiducia", "pignus" e "hypotheca". – *Fiducia*, *pignus* e *hypotheca* son, ya lo dijimos, tres modalidades de garantías reales a la par que distintas fases evolutivas de los derechos reales de garantía. Solamente las dos últimas instituciones llegaron a configurarse como tipos particulares de derechos reales, pues la *fiducia*, negocio de vasta aplicación, permaneció en el ámbito de los derechos obligacionales.

La forma más antigua de garantía real *iure civili* fue la *fiducia cum creditore*, que consistía en la entrega en propiedad al acreedor de una cosa que pertenecía al deudor, mediante el empleo de la *mancipatio* o la *in iure cessio*, concertándose al mismo tiempo un pacto (*pactum fiduciae*) por el cual el acreedor o fiduciario se obligaba bajo su palabra (*fides*) a devolver la cosa al deudor o fiduciante cuando fuera satisfecha la deuda. Disponía el obligado de una acción personal, la *actio fiduciae*, para reclamar del acreedor la restitución del bien dado en garantía.

La enajenación *cum fiducia*, que desapareció sin duda con la mancipación, constituyó una sólida y eficaz garantía para el acreedor, ya que tenía la titularidad del derecho de propiedad sobre la cosa y, consecuentemente, el ejercicio de la *reivindicatio*. Pero para el deudor no dejaba de presentar evidentes desventajas. Así, cuando el acreedor hubiera enajenado la cosa, el deudor que satisfacía la deuda no estaba seguro de recuperarla, por carecer de una *actio in rem* para perseguir a terceros adquirentes, pues sólo contaba con una acción personal, la *actio fiduciae*, contra el acreedor. Se veía privado, además, de la propiedad del bien y de la posibilidad de obtener sus frutos, salvo que el acreedor accediera a dejársela en su poder en carácter de precarista o de arrendatario. Por último, al perder la propiedad de la cosa, carecía de la posibilidad de servirse de ella para asegurar otras obligaciones que pudiera contraer.

Los inconvenientes señalados fueron haciendo perder aplicación a la *fiducia* hasta que el propio *ius civile* admitió un procedimiento más simple y menos desventajoso para el obligado, el contrato de prenda o *pignus*, por el cual el deudor entregaba al acreedor, a título de prenda, la posesión de la cosa, obligándose éste a restituirla una vez cobrado su crédito. De esta manera la prenda consistió en la transferencia material (*datio pignoris*) de una cosa mueble o inmueble del deudor al acreedor, con el derecho de éste a mantener su posesión hasta que su crédito fuera satisfecho.

Hacia fines del período republicano aquella relación de hecho fue tutelada por el pretor, protegiendo, no sólo la posesión del acreedor sobre la cosa, sino también la situación del deudor, a quien le otorgaba una acción para lograr la restitución del bien después de extinguida la obligación.

El *pignus*, que preferentemente se aplicaba á cosas muebles aunque mejoró la situación del deudor, no dejó de presentar ciertos inconvenientes para éste, ya que al tener que ceder la posesión del bien sobre el cual se constituía la prenda, se encontraba privado de la opción de usar la cosa y de valerse de ella para constituir otras garantías. Por esa razón se admitió más tarde la constitución de la prenda por simple convención sin transmisión de la cosa, con lo cual se configuró el *pignus conventum* o *conventio pignoris*, más adelante llamado *hypotheca*.

Esta forma de constitución se impuso desde sus orígenes en el arrendamiento de los predios rústicos. Era usual convenir que los elementos introducidos por el arrendatario para el cultivo, como los animales, esclavos y útiles de labranza, designados con la expresión común de *invecta et illata*, constituyeran la garantía del pago del alquiler. Para afirmar esta garantía el pretor creó un interdicto *Salviano*, a fin de que el arrendador no pagado pudiera tomar posesión de las cosas del deudor, y una *actio in rem*, la *actio Serviana*, por medio de la cual podía perseguir los objetos prendados de cualquiera que se hubiera apoderado de ellos. Esta acción real fue más adelante extendida a cualquier constitución en garantía, bajo la denominación de *actio quasi Serviana*, llamada también *actio hypothecaria* o *pignoraticia in rem*, y la garantía que dicha acción tutelaba se designó con la voz *hypotheca*, proveniente del griego.

Así, pues, prenda e hipoteca se configuraron en el derecho romano como verdaderos derechos reales de garantía que el acreedor podía hacer valer *erga omnes*. Constituyeron un mismo instituto jurídico, al punto que, al decir del jurisconsulto Marciano, "hay tan sólo entre ambos la diferencia del sonido de la palabra" (*Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt*) (Dig. 20, 1, 5, 1). De tal identidad derivó que los efectos jurídicos de prenda e hipoteca y las acciones que los protegían fueran los mismos. Sin embargo, dichas instituciones presentaron rasgos propios que les dieron algunos matices diferenciales; no en relación al bien que constituía la garantía, sino en orden a la posesión de la cosa objeto de ella. En efecto, en el *pignus* la posesión del bien pignorado era transmitida al acreedor pignoraticio en el acto mismo de celebrarse la convención; en tanto que en la *hypotheca* la cosa quedaba en poder del deudor, y no pasaba

la posesión al acreedor hipotecario. Ulpiano resume esta característica diferencial diciendo "propiamente llamamos prenda lo que pasa al acreedor, e hipoteca, cuando no pasa, ni aun la posesión, a éste" (*Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, quum non transit, nec possessio ad creditorem*) (Dig. 13, 7, 9, 2).

§ 120. La hipoteca. – Al cabo de esta evolución de las garantías reales que hemos reseñado, el derecho real de hipoteca alcanza el más alto nivel entre las garantías reales de que podía valerse el acreedor para asegurar el cumplimiento de la obligación por parte del deudor. Los sujetos de la relación obligacional encuentran en la hipoteca sus intereses perfectamente conciliados. El acreedor hipotecario, si bien no adquiere la propiedad, ni la posesión de la cosa, goza de un derecho que le permitirá, oportunamente cuando su crédito no sea satisfecho, entrar en posesión del bien, cualquiera que sea la persona que lo detente, para lograr con él la cancelación de la deuda, mientras que el deudor conservará dicha posesión sobre la cosa hasta que la deuda quede extinguida, pudiendo afectarla para garantizar a otros acreedores.

La hipoteca presentaba ciertas características que le daban una especial fisonomía. Se trataba de un derecho real accesorio, que suponía una deuda que necesariamente aseguraba; deuda de cualquier naturaleza, civil o natural, pura o simple, a término o condicional y hasta futura. Era un derecho indivisible, pero esta indivisibilidad no tenía el mismo carácter que el de las servidumbres prediales, que resultaba de su naturaleza. En la hipoteca nada obstaba a que un propietario pudiera hipotecar su parte indivisa porque la indivisibilidad se fundaba en la voluntad presunta de acreedor y deudor, lo cual significaba que la institución subsistía toda entera sobre la cosa gravada, aunque una parte de la deuda hubiera sido satisfecha por el obligado. Otro rasgo típico de la hipoteca era su transmisibilidad, dado que el acreedor hipotecario podía transferirla tanto por actos *inter vivos*, como por disposición de última voluntad.

a) ***Objeto y constitución de la hipoteca.*** Objeto de la hipoteca podía ser toda *res in commercio*, es decir, toda cosa susceptible de enajenación, por cuanto la falta de cumplimiento de la obliga-

ción conducía a la venta del bien hipotecado para posibilitar al acreedor el cobro de su crédito.

En sus orígenes sólo pudo constituirse hipoteca sobre bienes corporales, muebles o inmuebles, pero se llegó a admitir que pudiera tener por objeto cosas incorporales, como el usufructo, las servidumbres y la superficie, entendiéndose que lo que se gravaba era el derecho real, no el objeto sobre el cual él recaía. Incluso estuvo permitido prendar un crédito (*pignus nominis*) y el mismo derecho de hipoteca (*pignus pignori datum*). Asimismo, el derecho real de hipoteca podía recaer sobre una universalidad de cosas, como, por ejemplo, un rebaño, y sobre la totalidad de un patrimonio, en cuyo supuesto la garantía se hacía extensiva a todos los bienes que de cualquier manera se incorporaran al mismo.

Por lo que respecta a la constitución de la hipoteca, ésta podía nacer por voluntad privada, por resolución de autoridad judicial y por imperio de la ley. La voluntad de los particulares podía materializarse en un simple pacto, sin formalidad alguna y sin siquiera la exigencia de la tradición. También en un legado, por medio del cual se dejaba constituida la hipoteca desde el momento en que la manda se hacía exigible. Por disposición del magistrado, la hipoteca se constituía en el caso de que se fuese a pronunciar una sentencia (*pignus in causa iudicati captum*). En el derecho justinianeo también la *missio in possessionem* fue considerada como hipoteca judicial, según los principios de la ejecución forzosa. Gran importancia alcanzó en el derecho postclásico, en cuanto se extendía a un patrimonio entero, la constitución de la hipoteca por virtud de la ley. Antes de tal época la hipoteca legal o tácita (*hypotheca tacita* o *pignus tacitum*), como denominan las fuentes a las hipotecas nacidas de la ley, se constituía sobre objetos concretos, como la prenda del arrendador de una casa o predio urbano sobre los *invecta et illata* del inquilino; la del arrendador de un predio rústico sobre los frutos que él produjera; la del pupilo sobre la cosa comprada con su dinero por el tutor o un tercero, etcétera. Entre las hipotecas legales constituidas sobre el patrimonio entero del deudor, encontramos las siguientes: la del fisco por los créditos derivados de impuestos; la de los pupilos sobre los bienes de sus tutores o curadores; la de la mujer sobre los bienes del marido en garantía por la restitución de la dote, etcétera.

b) ***Efectos de la hipoteca.*** La relación jurídica que nacía a consecuencia del derecho de prenda o hipoteca entre el deudor y el acreedor hipotecario, fue regulada de manera especial en el derecho romano, atribuyéndole importantes efectos para cada una de las partes.

En lo referente al deudor, conservaba los más amplios poderes sobre la cosa afectada a la garantía, pues en su carácter de propietario y a la vez de poseedor del bien hipotecado, estaba autorizado para percibir los frutos naturales o civiles que la cosa produjera, reivindicarla contra terceros, gravarla con servidumbres y otras hipotecas y hasta enajenarla, a condición de no violar los derechos del acreedor. Satisfecha la obligación, el deudor podía interponer una *actio pignoraticia in personam*, cuando estando la cosa en poder del acreedor, se negara a restituirla. No jugaba la acción si el acreedor ejercitaba un derecho de retención (*ius retentionis*) hasta tanto se le cancelaran otros créditos no garantizados con hipoteca. Este derecho a retener el bien del deudor se denominó *pignus Gordianum*, por haberlo creado el emperador Gordiano.

En cuanto al acreedor hipotecario, el derecho de hipoteca producía tres importantes consecuencias jurídicas, a saber: el derecho a ejercitar contra cualquiera detentador de la cosa hipotecada la *actio hypothecaria* o *quasi Serviana* para hacerse poner en posesión de ella (*ius possidendi*); el derecho a vender la cosa hipotecada ante la falta de cumplimiento de la obligación a su debido tiempo (*ius distrahendi pignus*), y el derecho a pagarse con el precio de la venta con preferencia a otros acreedores comunes, desprovistos de garantía hipotecaria (*ius praeferendi*).

El ejercicio del *ius possidendi*, que se hacía efectivo en distintos momentos, según se tratara del *pignus* propiamente dicho o de la hipoteca, facultaba al acreedor no pagado a interponer la acción hipotecaria, para lograr la posesión del bien, no sólo contra el deudor, sino también contra cualquier detentador de la cosa hipotecada. Este derecho de persecución (*ius persequendi*) daba a la hipoteca uno de los caracteres típicos de los derechos reales.

La hipoteca no autorizaba al acreedor hipotecario a usar de la cosa, bajo pena de cometer hurto (*furtum*). Sin embargo, si el objeto hipotecado producía frutos, cabía convenir en que el acreedor los percibiera, aplicándolos al pago de los intereses del

crédito garantizado. Tal convenio recibía el nombre de *anticresis*. Si el acreedor hipotecario percibía los frutos, sin que mediara tal acuerdo, el valor de ellos se aplicaba, primeramente, al pago de los intereses, y después, al de la deuda principal, correspondiendo al deudor el excedente, si lo hubiere.

El ejercicio del *ius distrahendi pignus*, esto es, la facultad del acreedor de vender la cosa pignorada si no hubiera sido pagado a su debido tiempo, no surgió al principio como elemento natural de la relación, sino por virtud del *pactum de distrahendo pignore*, que en el derecho justinianeo se torna innecesario, pues el derecho de enajenar la cosa atañe a los efectos normales del derecho de hipoteca. Para que procediera la venta de la cosa, que no requería ninguna formalidad especial, era menester que la deuda garantizada hubiera vencido y no se la hubiera pagado; y que el acreedor efectuara tres notificaciones al deudor (*denuntiationes*) antes de realizar la venta. Vendido el bien, ya directamente, ya con intervención de autoridad, en pública subasta, si el precio alcanzaba para pagar el crédito, éste se extinguía; caso contrario, subsistía en cuanto a la diferencia que quedaba sin cubrir. Si el precio superaba al crédito, el excedente (*hyperocha*) debía ser entregado al deudor. Cuando el acreedor hipotecario no encontraba comprador, podía solicitar al emperador que le fuese adjudicada la cosa a su justo precio (*impetratio dominii*), pero ésta no pasaba a su propiedad sino después de transcurrido un bienio, lapso durante el cual el deudor tenía derecho a rescatarla pagando lo adeudado.

El derecho de preferencia fue otro de los efectos naturales que producía la hipoteca en Roma. Después de la venta del bien hipotecado, el acreedor tenía derecho a cobrarse sobre el precio con preferencia a otros acreedores comunes o quirografarios, aunque los créditos de éstos hubieran sido de fecha anterior a la constitución de la hipoteca. Era la consecuencia normal de la hipoteca, en virtud de la cual la cosa quedaba afectada en garantía del crédito del acreedor.

c) ***Pluralidad de hipotecas.*** En el derecho romano se admitió que sobre una misma cosa pudieran constituirse varias hipotecas porque, a diferencia de la prenda propiamente dicha, el deudor hipotecario mantenía la posesión del bien hipotecado. Para el caso de pluralidad de hipotecas, se estableció un orden entre

los acreedores con arreglo al principio de que las hipotecas más antiguas en su constitución prevalecían sobre las de fecha posterior (*prior in tempore potior in iure*). La facultad de vender correspondía, pues, al primer acreedor hipotecario; los posteriores sólo podían reclamar lo que quedaba después de que aquél cobrase su crédito entero.

Sin que constituyeran excepciones al principio general, el derecho romano admitió el ejercicio del *ius offerendi* y una sucesión hipotecaria, llamada *successio in locum*, pero la regla quedaba derogada por la existencia de una prioridad por privilegio en el caso de las hipotecas privilegiadas.

El *ius offerendi* era el derecho del titular de una posterior hipoteca de ofrecer al acreedor o acreedores de rango preferente el pago de los respectivos créditos, con lo cual pasaba a colocarse en el lugar que ocupaba el acreedor pagado. En definitiva, lo que lograba el acreedor que hacía uso del *ius offerendi* no era la hipoteca del acreedor que le precedía en el tiempo, porque éste se extinguía por el pago, sino que la suya pasara a ocupar el primer lugar.

La *successio in locum* se presentaba cuando el crédito garantizado por una hipoteca de fecha precedente a otro u otros, se extinguía, ya porque un tercero daba el dinero en préstamo al deudor para pagar la deuda, constituyéndose en su favor una nueva hipoteca, ya porque acreedor y deudor sustituían el crédito hipotecario original por otro nuevo mediante novación, acordando el traspaso del derecho hipotecario por lo que sumaba la deuda antigua. En ambos casos el nuevo acreedor hipotecario no se colocaba en último término por ser su derecho de prenda posterior, sino que ocupaba el lugar correspondiente a la hipoteca que había garantizado el antiguo crédito extinguido.

La verdadera derogación del principio de la prioridad témporal en materia hipotecaria la constituyeron las llamadas *hipotecas privilegiadas*. Entre las principales se cuentan: la hipoteca general de que gozaba el fisco sobre el patrimonio de los contribuyentes; la nacida por imperio de la ley y a favor de la mujer sobre los bienes del marido, en garantía de la restitución de los bienes dotales; la hipoteca que gravaba una cosa en favor de quien había dado dinero para su conservación o mejora. También constituían hipotecas privilegiadas aquellas que constaban en documen-

to público (*pignus publicum*) o en documento privado firmado al menos por tres testigos idóneos (*pignus quasi publicum*).

d) ***Extinción de la hipoteca.*** El carácter accesorio de la hipoteca respecto de la deuda que garantizaba, hacía que cesara con la total extinción de la obligación. Igual que los demás derechos sobre la cosa ajena, la hipoteca también se extinguía por destrucción de la cosa, por su exclusión del *commercium* y por confusión, cuando en una misma persona se daba la condición de acreedor hipotecario y de propietario de la cosa empeñada. Teniendo por finalidad garantizar un crédito, la renuncia tanto expresa como tácita del titular –acreedor hipotecario– hacía asimismo cesar el derecho de hipoteca.

También la hipoteca se extinguía por la *praescriptio longi temporis*. Cuando la cosa hipotecada había pasado a manos de un tercero que poseía con justo título y buena fe durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, tal prescripción, de efectos adquisitivos, podía oponerla respecto del acreedor hipotecario y del antiguo propietario. Incluso el poseedor de buena fe, aun sin justo título, adquiría la propiedad de la cosa hipotecada, libre de gravamen, por el transcurso de treinta o cuarenta años.

Libro Quinto

DERECHO DE OBLIGACIONES

Título I

LA OBLIGACIÓN

§ 121. Concepto y definición. – Hemos visto que los derechos que componen el patrimonio se clasifican en derechos reales y derechos de obligaciones. Terminado el estudio de los primeros, nos toca ocuparnos de los segundos, o sea, aquellos resultantes de una relación entre dos sujetos, uno de los cuales puede exigir del otro una determinada conducta. Esa relación, por tanto, importa para el sujeto activo o acreedor, un *derecho de crédito* que entra en su patrimonio, y para el sujeto pasivo o deudor una *obligación*, una *deuda*, que debe satisfacer a favor del primero. Los jurisconsultos romanos se valieron de la palabra *obligatio* para designar tanto el crédito como la deuda. Cuando se opone la obligación al derecho real, debe ser considerada como elemento del activo, por lo tanto es, en este sentido, sinónimo de crédito. A la inversa, en el lenguaje corriente obligación equivale a "ligado"; y aquí aparece su acepción restringida, ya que desde este punto de vista importa una deuda. De esto se sigue que para el acreedor es un elemento del activo de su patrimonio, en tanto que para el deudor es integrante del pasivo.

El estudio del derecho de obligaciones reviste particular importancia, pues los ordenamientos jurídicos de los países occidentales se han inspirado en las sabias construcciones de la jurisprudencia romana clásica, recogida en el *Corpus Iuris Civilis*. Con razón se ha sostenido que los jurisconsultos romanos llegaron a ser maestros en esta esfera de los derechos patrimoniales, porque

supieron crear, al hacer abstracción tanto del objeto particular de cada obligación como de la personalidad de los obligados, una verdadera aritmética del derecho de las obligaciones.

La palabra latina *obligatio* proviene de la preposición acusativa *ob* y del verbo transitivo *ligare, ligo, ligatum*, que significa atar, amarrar, sujetar. La etimología de la palabra coincide ampliamente con el concepto antiguo de la obligación romana que entrañaba una atadura de la persona del deudor, un sometimiento personal al poder *–manus–* del acreedor. Ahora bien, obligación, en sentido amplio, es una relación jurídica en virtud de la cual una persona, el acreedor (*creditor*), tiene derecho a exigir de otra, el deudor (*debitor*), un determinado comportamiento positivo o negativo, la responsabilidad de cuyo cumplimiento afectará, en definitiva, a su patrimonio.

En un sentido restringido se emplea también la palabra obligación para designar, no la relación jurídica, sino el deber del deudor respecto del acreedor.

En las Institutas de Justiniano (Inst. 3, 13, pr.) encontramos la clásica definición de las obligaciones, que dice así: "Obligación es el vínculo jurídico que nos constriñe con la necesidad de pagar alguna cosa según el derecho de nuestra ciudad" (*Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstrigimur alicuius solvendae rei secundum nostra civitatis iura*). Este fragmento de las fuentes, atribuido al jurisconsulto Florentino, no obstante su difusión y aceptación general ha sido objeto de algunas críticas. Se ha dicho que los términos *solvendae rei*, que literalmente traducidos quieren significar pagar alguna cosa, excluyen todas aquellas relaciones obligacionales consistentes en un *hacer* o en un *no hacer*. Sin embargo, hay que admitir que se trata de una fórmula genérica que se refiere, en amplio sentido, a cualquier prestación. En cuanto a las expresiones *nostra civitatis iura*, aludirían al *ius civile*, por oposición al *ius gentium*, lo que vendría a significar que dentro del concepto de obligación dado por las Institutas, no cabían las relaciones obligatorias del derecho honorario. Se ha hecho notar también que la definición que comentamos sólo se refiere al sujeto pasivo de la obligación, que es el que queda constreñido a cumplirla desde el nacimiento de ella, olvidando al sujeto activo, que representa un papel fundamental dentro de la relación obligacional.

Otro concepto de las obligaciones que encontramos en un fragmento de Paulo en el Digesto (Dig. 44, 7, 3, pr.) expresa: "La sustancia de la obligación consiste, no en que haga nuestra alguna cosa o alguna servidumbre, sino en que constriña a otro a darnos, hacernos o prestarnos alguna cosa" (*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum*). Esta definición, que no ha tenido la aceptación de la anterior de las Institutas, ha sido considerada defectuosa tanto en lo formal como en lo sustancial y se habría tratado, según criterio que cuenta con muchos adeptos, de una desafortunada transformación justinianea de la definición de *actio in personam* dada por los jurisconsultos clásicos.

Para concluir con estas explicaciones sobre lo que se entiende por obligación a la luz de los principios romanos, podemos ensayar una definición de ella diciendo que es el vínculo jurídico en virtud del cual una persona, el sujeto activo o acreedor, tiene derecho a constreñir a otra, el sujeto pasivo o deudor, al cumplimiento de una determinada prestación, la que puede consistir en un *dare*, un *facere* (o *non facere*) o en un *praestare*.

§ 122. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA OBLIGACIÓN. – El concepto clásico de la obligación, la técnica del derecho de las obligaciones, es producto de una larga evolución histórica. Discurrir sobre el origen de la *obligatio*, señalar su trayectoria, establecer los momentos culminantes de su recorrida temporal, ha sido tarea ardua para los más reputados estudiosos del derecho romano.

Suele admitirse generalmente que la noción de obligación, más propiamente del estado de *obligatus* habría surgido en materia delictual, a propósito de la expiación debida por la comisión de un delito (*delictum*), esto es, de un acto antijurídico con el que se irroga un daño a una persona. La víctima del agravio tenía derecho a ejercer su venganza sobre el responsable, sin restricción alguna al principio y con la limitación, más tarde, del "ojo por ojo, diente por diente". Se permitió después al autor del daño delictual liberarse de la venganza privada proponiendo una "composición" en concepto de pena (*poena*). A tal efecto se celebraba entre victimario y víctima un acuerdo sobre el monto de

la pena que el primero debía al segundo, lo que hacía que el delincuente se convirtiera en deudor de quien había sufrido el daño. Más adelante, el lesionado tenía que aceptar la cuantía de la composición establecida por la ley, consagrándose, entonces, el sistema de la "composición legal", que vino a reemplazar al de la "composición convencional o voluntaria".

La idea de obligación surgió en materia contractual mucho tiempo después. Los pueblos de la antigüedad vivieron dentro de una economía cerrada en la que sus transacciones se realizaban en forma de trueque, valiéndose de medios que operaban la transmisión inmediata de la propiedad, sin generar obligación alguna. Los primeros obligados a consecuencia de actos lícitos contractuales fueron en Roma los *nexi*, plebeyos empobrecidos compelidos a solicitar dinero en préstamo a los patricios, comprometiendo su persona en garantía del pago de la deuda, garantía que se hacía efectiva por el *nexum*, que se realizaba con los procedimientos de la *mancipatio* e importaba la autopignoración del deudor. De allí provenía el estado de prisión a que éste se sometía hasta que cumpliera la obligación.

En aquel tiempo la *obligatio* era la atadura de la propia persona, un sometimiento personal al poder del acreedor. El *obligatus* no era un deudor en el sentido actual del vocablo, sino una persona ligada con su cuerpo al acreedor, que al igual que el autor de un delito, podía ser encadenado (*ob ligatus*), matado o vendido como esclavo. De acuerdo con ese particular régimen jurídico, la idea de obligación apenas sí se había formado, por hallarse el derecho del acreedor sobre el deudor en situación muy semejante al derecho de propiedad de que era titular el amo respecto del esclavo. Deudor y esclavo fueron, más que sujetos, objetos de derecho. El *obligatus* estaba sometido al dominio físico del acreedor (*corpus obnoxium*), como el esclavo estaba bajo la potestad o dominio del amo (*dominica potestas*).

La noción de obligación como derecho personal opuesto al derecho real, sólo habría surgido en Roma al hacerse más humana la coacción contra los *nexi*. Este hecho trascendente tuvo lugar por la sanción de la *lex Poetelia Papiria* (326 a. de C.), que indirectamente abolió el *nexum* al disponer que quedaba prohibido el encadenamiento, la venta y el derecho de dar muerte a los *nexi*. A partir de dicha ley el derecho del acreedor se separa del

derecho de propiedad, y el cumplimiento de la obligación no recae sobre la persona del deudor, sino sobre su patrimonio, que es considerado la prenda común de los acreedores.

Por largo tiempo el concepto de *obligatio* permaneció circunscripto a las singulares figuras reconocidas por el antiguo *ius civile* y sólo para estas típicas relaciones el derecho clásico, con rigorismo extremo, admitió la calificación de *obligatio*. *Obligatio id est, cum intendimus dare, facere, praestare oportere* (hay obligación cuando entendemos que se debe dar, hacer o prestar algo) (Gayo, 4, 2). Sin embargo, así como junto a la propiedad quiritaria el pretor creó un nuevo tipo de propiedad, como fue la propiedad *in bonis habere* o pretoria y al lado de la herencia civil (*hereditas*) dio vida a la herencia pretoria (*bonorum possessio*); a la par de las *obligationes iure civili* fue reconociendo una serie de relaciones en las cuales, aunque propiamente no había una verdadera *obligatio*, les concedió una *actio*, no civil, pero sí honoraria. Así, pues, aquellas relaciones en las que no había un *oportere*, al decir de Gayo, esto es, un *debitum* civil, sino tan sólo una *actione teneri*, que significaba "estar sujeto por una acción", fueron por fin reconocidas como *obligationes*.

§ 123. ELEMENTOS DE LAS OBLIGACIONES. — Habíamos definido la obligación como el vínculo jurídico en virtud del cual el acreedor puede constreñir al deudor al cumplimiento de una determinada prestación, que puede consistir en un *dare*, un *facere* (*non facere*) o un *praestare*. Surgen de ella sus elementos integrantes: el vínculo jurídico, los sujetos y el objeto o prestación.

El vínculo jurídico consiste en el deber del deudor de cumplir la prestación (*debitum*), es decir, observar un determinado comportamiento positivo o negativo desde que la obligación nace hasta que queda totalmente extinguida. Este vínculo de derecho que puede generarse por diversas causas: el contrato, el delito, el cuasicontrato y el cuasidelito, crea a favor del acreedor medios coercitivos (*actiones*) para compeler al obligado al cumplimiento de la prestación o, en su defecto, a obtener, también coactivamente, su equivalente pecuniario.

En cuanto a los sujetos de la relación, que pueden o no estar individualmente determinados desde el momento en que nace la obligación, son un sujeto activo o acreedor (*creditor*) y un sujeto

pasivo o deudor (*debitor*), que tanto puede ser una persona física como una persona jurídica. El primero está facultado para constreñir al segundo al cumplimiento de la obligación; éste tiene responsabilidad en caso de incumplimiento, que se traducirá en el pago de daños y perjuicios.

Objeto de la obligación es el acto que el deudor debe realizar a favor del acreedor y cuyo cumplimiento puede exigirse por medio de la correspondiente acción. Constituye la prestación que puede traducirse en un *dare*, un *facere* o un *praestare*. Según el esquema de la fórmula, el *dare oportere* consistía en la transferencia al acreedor de la propiedad u otro derecho real sobre la cosa. *Facere* o *non facere oportere* implicaba un acto o hecho del deudor y también una abstención, que no fuera propiamente un *dare*. *Praestare oportere* eran términos que aludían al contenido de la obligación en general, ya consistiera en un *dare* o en un *facere*, pero más propiamente llegaron a comprender aquellas prestaciones que tenían por objeto la entrega de la cosa con otra finalidad que la de transferir la propiedad u otro derecho real.

Para que la prestación fuera eficaz, tenía que reunir ciertos requisitos. Exigíase que fuera física y jurídicamente posible, caso contrario, la obligación era nula (*impossibilium nulla obligatio est*). Había imposibilidad física o material si se comprometía la transmisión de una cosa que ya no existía en el momento de la convención, imposibilidad jurídica si se vendía una *res extra commercium*. La imposibilidad debía ser objetiva y absoluta; si se debiera al deudor, la obligación era válida. La prestación debía ser también lícita, no contraria a la ley ni a la moral (*non contra bonos mores*). Requeríase, además, que fuera determinada o determinable. La determinación podía quedar librada al arbitrio de un tercero. No podía depender de la voluntad del deudor o del acreedor, salvo en algunos negocios para los cuales se admitía que una de las partes pudiera determinar según la equidad (*arbitrium boni viri*). Por fin, siendo la obligación un derecho de naturaleza pecuniaria, la prestación debía tener contenido patrimonial, esto es, ser valorable en dinero.

§ 124. Fuentes de las obligaciones. – Se llaman *causae obligationum* –en la terminología moderna, fuentes de las obligaciones–, los hechos y actos jurídicos a los que el derecho atribuye el

efecto de hacer nacer relaciones obligacionales. Las fuentes podían ser innúmeras y variadas, pero dada la tipicidad de las obligaciones, no infinitas. Su determinación muestra disparidad en los textos romanos y por ello haremos el estudio de las fuentes de las obligaciones a través de las opiniones emitidas por jurisconsultos clásicos y de los principios contenidos en las Institutas de Justiniano.

Las figuras singulares que podían dar nacimiento a las obligaciones fueron reconocidas en una primera clasificación que formuló Gayo en sus Institutas. En ella se decía que "las obligaciones nacían de un contrato o de un delito" (*omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*) (Gayo, 3, 88). Así, esta *summa divisio*, como la llama el jurisconsulto, reconoce solamente dos términos en materia de fuentes de las obligaciones, porque ellas nacen *ex contractu*, es decir, del acuerdo de voluntades reconocido por el derecho civil, cuya fuerza obligatoria se hacía depender de la entrega de la cosa, de un acto formal, verbal o escrito o del mero consentimiento de las partes; o *ex delicto*; esto es, de un hecho ilícito que colocaba al culpable en la obligación de pagar una pena pecuniaria a quien hubiera lesionado.

Esta clasificación bimembre resulta insuficiente porque deja al margen de ella una gran gama de figuras generadoras de obligaciones que no eran ni contratos, ni delitos. El mismo Gayo, en una obra que se le atribuye, aunque hoy se discute su paternidad, intitulada *Res cottidianae* o *Libri rerum cottidianarum sive aureorum*, con el fin de completarla agrega un término más a su anterior clasificación, bajo el rótulo de "varias especies de causas" (*variae causarum figurae*). Esta tripartición si bien tiene la ventaja de agrupar dentro de la nueva expresión –*variae causarum figurae*– a numerosas causas antes excluidas por no ser ni contratos, ni delitos, presenta el inconveniente de que incluye figuras heterogéneas que en manera alguna pueden constituir una categoría con características propias y definidas, como son los contratos y los delitos.

En el Digesto encontramos un fragmento del jurisconsulto Modestino (Dig. 44, 7, 52, pr.) que hace una enumeración de las fuentes de las obligaciones al expresar que "se contraen por una cosa, con palabras, o al mismo tiempo por ambas, o por el consentimiento o por la ley o por el derecho honorario o por ne-

cesidad o por delito". Este pasaje, que carece de una adecuada sistematización de las fuentes, contiene una mera enunciación de las *causae obligationum* y sólo tiene el mérito de haber mencionado por vez primera la ley como fuente generadora de las obligaciones.

Los compiladores justinianeos, con la idea de aclarar el término *variae causarum figurae* de la tripartición gayana, señalaron como principio general que los casos agrupados bajo tal denominación se desenvolvían a la manera de un contrato o de un delito. Por ello insertaron en las Institutas una clasificación de las fuentes de las obligaciones que comprende cuatro especies, pues "las obligaciones o nacen de un contrato o de un cuasicontrato o de un delito o de un cuasidelito" (*Sequens divisio in quattuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio*) (Inst. 3, 13, 2)..

Bajo los términos *quasi ex contractu* y *quasi ex maleficio* se abarcaban respectivamente algunas obligaciones derivadas de una relación lícita que podía asemejarse a un contrato, sin que hubiera existido el acuerdo; y otras provenientes de un hecho ilícito, pero que no entraban en la categoría de los delitos, y que obligaban al autor a pagar una pena pecuniaria.

Esta cuatripartición tradicional de las fuentes de las obligaciones, que habría tenido origen bizantino, también ha merecido reparos, porque es indudable que ni el cuasicontrato ni el cuasidelito presentan caracteres definidos. Decir que las obligaciones nacen *quasi ex contractu* y *quasi ex delicto*, es poner de manifiesto únicamente el aspecto negativo de tales obligaciones, esto es, que ellas no provienen ni de un contrato, ni de un delito.

TÍTULO II

CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

§ 125. CONCEPTOS GENERALES. – La variedad de relaciones obligacionales que pueden existir en el mundo jurídico, especialmente aquellas que tienen por causa generadora el contrato, hace necesario su agrupamiento en distintas categorías. El derecho romano no nos presenta una clasificación de las obligaciones, ya que se limitó a reconocer diversas categorías a las que dotaba de una *actio* para que fuera exigible su cumplimiento.

Creyendo necesario ofrecer un cuadro de los distintos tipos de obligaciones que tuvieron cabida en el derecho de Roma, ensayaremos una clasificación tomando en cuenta los elementos que las integran. De esta forma estudiaremos sus diversas especies de acuerdo con el vínculo jurídico, según los sujetos que las componen y conforme a su objeto o prestación.

§ 126. CLASIFICACIÓN SEGÚN EL VÍNCULO. – Decíamos que el vínculo jurídico entrañaba un poder de coerción que permitía al acreedor compeler al deudor a cumplir la obligación o, lo que es lo mismo, a satisfacer el deber (*debitum*) que la *obligatio* creaba desde su nacimiento. Pues bien, según cuál fuere la eficacia del *vinculum iuris*, las obligaciones se clasificaban en civiles y naturales, y atendiendo al derecho que les había dado origen, en civiles y honorarias.

a) ***Obligaciones civiles y naturales.*** Toda obligación a la que el ordenamiento jurídico dotaba de una *actio* como medio para que el acreedor pudiera exigir del deudor el cumplimiento de la prestación debida, se llamaba obligación civil. Ésta era la *obligatio* en el sentido estricto de la palabra, porque la relación que ella creaba entre los sujetos que la integraban debía contar con la

debida protección procesal, máxime a la luz de los principios romanos, que consideraban que un derecho subjetivo sólo podía ser tenido por tal si estaba provisto de una *actio* que lo tutelara.

Junto a las obligaciones civiles el derecho romano admitió la existencia de obligaciones naturales (*naturalis obligatio*) que, como antítesis de aquéllas, estaban desprovistas de acción y por ende carecían del medio jurídico por el cual el acreedor exigiría judicialmente el pago de la deuda. La falta de tutela procesal no significaba que las obligaciones naturales no produjeran efectos jurídicos de importancia, destacándose el derecho del acreedor de retener lo que el deudor le hubiera pagado (*solutio retentio*) y el de hacer valer una excepción cuando el deudor de la obligación natural hubiera cumplido la prestación debida y pretendiera repetir lo pagado por medio de la *condictio indebiti*, alegando que no estaba civilmente obligado.

Las características peculiares de las obligaciones naturales han planteado no pocos problemas a los autores, que alcanzan, inclusive, a la esencia misma de esta clase de obligaciones. Así se ha llegado a cuestionar su contenido jurídico al carecer de la debida protección procesal. Sin embargo, es criterio unánime que la obligación natural, si bien presenta un vínculo jurídico debilitado, se tipifica como una *obligatio* por las diversas consecuencias jurídicas que de ella se derivaban, especialmente en su regulación justinianea. Además de aquellos efectos principales que hemos señalado, las obligaciones naturales producían otros que podemos llamar secundarios. Se cuentan entre ellos los siguientes: el crédito natural podía oponerse en compensación a la deuda civil; la obligación natural era susceptible de convertirse en civil por novación; podía ser garantizada por fianza, prenda o hipoteca; por fin, era tomada en cuenta en el cómputo del pasivo de la herencia o del peculio.

Las fuentes romanas ofrecen numerosos casos de obligaciones naturales, mereciendo citarse como los más típicos los siguientes: las obligaciones contraídas por el esclavo que, como vimos, dado su carácter de cosa no se obligaba civilmente, sino naturalmente; las creadas por personas sometidas a la misma potestad, esto es, entre los *filiifamilias* y entre éstos y el *pater*, salvo cuando se tratara de los peculios sustraídos a su dominio, como el castrense, el cuasi castrense y el adventicio; las obligaciones ex-

tinguidas civilmente por el efecto novatorio de la *litis contestatio*; también las extinguidas por *capitis deminutio*; las obligaciones asumidas por los pupilos sin la *auctoritas tutoris*; las nacidas de simples pactos (*nuda pacta*); y las contraídas por un hijo de familia contrariando la disposición del senadoconsulto Macedoniano, que prohibía conceder préstamos a los *filiifamilias*.

El derecho romano de la época justinianea reconoció, junto a las obligaciones naturales, otras relaciones fundadas en razones religiosas, de moral, de piedad o de buenas costumbres, y que los compiladores llamaron *deudas naturales* u *obligaciones naturales impropias*. Este grupo especial de obligaciones daba lugar, como las obligaciones naturales, a la *solutio retentio*, porque si eran cumplidas espontáneamente por el deudor éste no podía perseguir la repetición de lo pagado. Entre los supuestos más importantes se cuentan los siguientes: la prestación de alimentos a ciertos parientes, cuando no se estaba obligado a ello civilmente; la prestación de las *operae* al patrono, sin que hubiera mediado promesa (*promissio iurata*); el pago de los gastos hechos para el funeral de un pariente y el realizado por la madre para rescatar a un hijo de la esclavitud.

b) ***Obligaciones civiles y honorarias.*** Ateniéndose al derecho del cual provienen, pueden clasificarse las obligaciones en civiles y en honorarias o pretorianas. Las primeras eran las obligaciones sancionadas por una acción nacida del *ius civile*; en cambio, las segundas contaban con una *actio* creada por el pretor. Como vimos, las obligaciones del derecho honorario ni siquiera se llamaron *obligationes*, al menos en el derecho clásico.

Superada la distinción entre *ius civile* e *ius honorarium* en época de Justiniano, carece de sentido práctico hablar de estos dos tipos de obligaciones. Sin embargo, los compiladores justinianeos mantienen para las relaciones obligatorias de creación pretoria la denominación de *obligationes* ya que de hecho no se diferenciaban de las designadas con ese nombre por el *ius civile*.

§ 127. CLASIFICACIÓN SEGÚN LOS SUJETOS. – En atención a los sujetos de la relación las obligaciones pueden agruparse en tres distintas especies; obligaciones de sujetos fijos y determinados; de sujetos variables o indeterminados y de sujetos múltiples.

debida protección procesal, máxime a la luz de los principios romanos, que consideraban que un derecho subjetivo sólo podía ser tenido por tal si estaba provisto de una *actio* que lo tutelara.

Junto a las obligaciones civiles el derecho romano admitió la existencia de obligaciones naturales (*naturalis obligatio*) que, como antítesis de aquéllas, estaban desprovistas de acción y por ende carecían del medio jurídico por el cual el acreedor exigiría judicialmente el pago de la deuda. La falta de tutela procesal no significaba que las obligaciones naturales no produjeran efectos jurídicos de importancia, destacándose el derecho del acreedor de retener lo que el deudor le hubiera pagado (*solutio retentio*) y el de hacer valer una excepción cuando el deudor de la obligación natural hubiera cumplido la prestación debida y pretendiera repetir lo pagado por medio de la *condictio indebiti*, alegando que no estaba civilmente obligado.

Las características peculiares de las obligaciones naturales han planteado no pocos problemas a los autores que alcanzan, inclusive, a la esencia misma de esta clase de obligaciones. Así se ha llegado a cuestionar su contenido jurídico al carecer de la debida protección procesal. Sin embargo, es criterio unánime que la obligación natural, si bien presenta un vínculo jurídico debilitado, se tipifica como una *obligatio* por las diversas consecuencias jurídicas que de ella se derivaban, especialmente en su regulación justinianea. Además de aquellos efectos principales que hemos señalado, las obligaciones naturales producían otros que podemos llamar secundarios. Se cuentan entre ellos los siguientes: el crédito natural podía oponerse en compensación a la deuda civil; la obligación natural era susceptible de convertirse en civil por novación; podía ser garantizada por fianza, prenda o hipoteca; por fin, era tomada en cuenta en el cómputo del pasivo de la herencia o del peculio.

Las fuentes romanas ofrecen numerosos casos de obligaciones naturales, mereciendo citarse como los más típicos los siguientes: las obligaciones contraídas por el esclavo que, como vimos, dado su carácter de cosa no se obligaba civilmente, sino naturalmente; las creadas por personas sometidas a la misma potestad, esto es, entre los *filiifamilias* y entre éstos y el *pater*, salvo cuando se tratara de los peculios sustraídos a su dominio, como el castrense, el cuasi castrense y el adventicio; las obligaciones ex-

tinguidas civilmente por el efecto novatorio de la *litis contestatio*; también las extinguidas por *capitis deminutio*; las obligaciones asumidas por los pupilos sin la *auctoritas tutoris*; las nacidas de simples pactos (*nuda pacta*); y las contraídas por un hijo de familia contrariando la disposición del senadoconsulto Macedoniano, que prohibía conceder préstamos a los *filiifamilias*.

El derecho romano de la época justinianea reconoció, junto a las obligaciones naturales, otras relaciones fundadas en razones religiosas, de moral, de piedad o de buenas costumbres, y que los compiladores llamaron *deudas naturales* u *obligaciones naturales impropias*. Este grupo especial de obligaciones daba lugar, como las obligaciones naturales, a la *solutio retentio*, porque si eran cumplidas espontáneamente por el deudor éste no podía perseguir la repetición de lo pagado. Entre los supuestos más importantes se cuentan los siguientes: la prestación de alimentos a ciertos parientes; cuando no se estaba obligado a ello civilmente; la prestación de las *operae* al patrono, sin que hubiera mediado promesa (*promissio iurata*); el pago de los gastos hechos para el funeral de un pariente y el realizado por la madre para rescatar a un hijo de la esclavitud.

b) ***Obligaciones civiles y honorarias.*** Ateniéndose al derecho del cual provienen, pueden clasificarse las obligaciones en civiles y en honorarias o pretorianas. Las primeras eran las obligaciones sancionadas por una acción nacida del *ius civile*; en cambio, las segundas contaban con una *actio* creada por el pretor. Como vimos, las obligaciones del derecho honorario ni siquiera se llamaron *obligationes*, al menos en el derecho clásico.

Superada la distinción entre *ius civile* e *ius honorarium* en época de Justiniano, carece de sentido práctico hablar de estos dos tipos de obligaciones. Sin embargo, los compiladores justinianeos mantienen para las relaciones obligatorias de creación pretoria la denominación de *obligationes* ya que de hecho no se diferenciaban de las designadas con ese nombre por el *ius civile*.

§ 127. CLASIFICACIÓN SEGÚN LOS SUJETOS. – En atención a los sujetos de la relación las obligaciones pueden agruparse en tres distintas especies; obligaciones de sujetos fijos y determinados; de sujetos variables o indeterminados y de sujetos múltiples.

a) ***Obligaciones de sujetos fijos.*** Es el caso normal que se presenta en las relaciones obligacionales en que los sujetos están determinados desde que la obligación se genera hasta que cesa, de manera que el vínculo jurídico unirá a un acreedor y a un deudor fijo e individualmente determinado, que no variará mientras la relación no se extinga.

b) ***Obligaciones de sujetos variables.*** Si de ordinario en el tráfico jurídico los negocios obligacionales se dan entre sujetos fijos y determinados, hay supuestos, si bien excepcionales, en los que el acreedor o el deudor, o ambos a la vez, ni son conocidos individualmente en el momento de constituirse la obligación, ni son invariablemente los mismos desde que la obligación nace hasta que se extingue. En esos casos se habla de obligaciones de sujetos variables o "ambulatorias", habiendo sido designadas también por los intérpretes con el nombre de obligaciones *propter rem*, por estar amparadas por una *actio in rem scripta*.

El derecho romano nos ofrece variados casos de obligaciones ambulatorias. Entre los más típicos se encuentra la obligación de resarcir el daño causado por un animal o un esclavo que, por aplicación del principio *noxa caput sequitur*, correspondía a quien tuviese el dominio sobre el animal o el esclavo en el momento de la *litis contestatio*.

Otro supuesto de obligación *propter rem* es la que pesaba sobre el enfiteuta, el superficiario o el propietario, de pagar los impuestos vencidos aun cuando la deuda proviniera de personas que anteriormente ostentaban dicha calidad. También pertenecía a esta clase de relaciones la obligación de restituir lo adquirido por violencia, que incumbía a cualquiera que hubiera obtenido provecho o tuviera la cosa en su poder al tiempo de ejercer la acción.

c) ***Obligaciones de sujetos múltiples; parciarias, cumulativas y solidarias.*** Por lo común las obligaciones se constituyen entre un solo acreedor y un solo deudor. Sin embargo, hay casos de obligaciones múltiples o de pluralidad de sujetos, en las que la relación se forma entre varios sujetos, sean los acreedores, sean los deudores, o unos y otros a la vez. En esta clase de obligaciones pueden presentarse tres modalidades: las obligaciones parciarias, las cumulativas y las solidarias.

Son obligaciones "parciarias" las que, existiendo varios deudores o varios acreedores, aquéllos están obligados solamente a una parte del total de la prestación y éstos sólo tienen derecho al cobro de parte de su crédito. En estas obligaciones, también llamadas a "prorrata" o "simplemente mancomunadas", había tantas obligaciones autónomas fraccionadas cuantos eran los acreedores o los deudores, situación que traía aparejada la divisibilidad de la prestación.

Eran obligaciones "cumulativas" aquellas en las cuales cada uno de los acreedores podía pretender por entero la prestación, sin que el pago realizado a uno liberase al deudor respecto de los otros acreedores, por lo cual cada uno de los deudores estaba obligado a cumplir en la totalidad sin que ello liberase a los otros codeudores. Existía en realidad una pluralidad de obligaciones, las cuales, antes que fraccionarse como en las parciarias, se acumulaban. Ejemplos de obligaciones cumulativas tenemos en el caso de una persona que vende separadamente la misma cosa a varios individuos, supuesto en el cual resulta obligada por la entera prestación hacia cada uno de los compradores; o cuando el testador lega el mismo bien a dos legatarios distintos, lo que origina dos obligaciones que debe satisfacer a cada beneficiario.

Son, por fin, obligaciones "solidarias", también llamadas "correales", las que tienen pluralidad de sujetos –acreedores o deudores– y objeto verdaderamente idéntico y único, en las que cada uno de los varios deudores está obligado a cumplir –o cada uno de los varios acreedores tiene derecho a exigir– la total prestación, la que satisfecha por uno de aquéllos o pagada a uno de éstos, disuelve la obligación respecto de todos los demás. En estas obligaciones, que se dan por el total (*in solidum*) en cada uno de los acreedores y de los deudores, puede plantearse la solidaridad activa, cuando la pluralidad se presenta en los acreedores; la solidaridad pasiva si los varios son los deudores, y la solidaridad mixta cuando la pluralidad se presenta en ambos sujetos.

Tratándose de obligaciones de sujetos múltiples, como la que venimos considerando, la regla es el reparto de la obligación, de forma que cada acreedor puede exigir y cada deudor tiene que pagar la parte correspondiente (*pro parte, pro rata*), que es el supuesto de las obligaciones parciarias. Excepción al principio lo constituye la solidaridad y tal razón hace que no pueda presumir-

sela sino que, contrariamente, deba surgir de manera expresa. El derecho romano admitió como fuente de la solidaridad el acuerdo de voluntades de las partes, el testamento y la ley.

La solidaridad nacida por acuerdo de voluntades, es decir, por contrato (*ex contractu*), tuvo su más frecuente forma de hacerse efectiva en la *stipulatio*, contrato verbal y solemne, de derecho estricto, por medio del cual varios deudores prometían realizar una misma prestación a favor de un acreedor o varios acreedores se hacían prometer por un deudor el cumplimiento de una misma prestación. Surgía la obligación solidaria activa cuando después de la pregunta de todos los estipulantes (acreedores), respondía el promitente (deudor) con una única respuesta: *spondeo* (lo prometo), mientras que la obligación solidaria pasiva nacía si el estipulante se dirigía a cada uno de los promitentes, los cuales respondían separadamente *spondeo* o a la vez, *spondemus*. En el derecho clásico la *stipulatio* fue el medio común de generar la solidaridad, pero llegó a admitirse más adelante que pudiera provenir también de contratos consensuales y de contratos reales, a excepción del mutuo.

El testamento fue otra fuente de las obligaciones solidarias, dando lugar a la solidaridad activa cuando contenía un legado *per damnationem*, que sólo creaba la obligación de cumplir la manda a cargo del heredero y a favor de varios legatarios, y la solidaridad pasiva cuando imponía la misma prestación a dos o más herederos indicados alternativamente.

Con la evolución del derecho romano se dejaron de lado las fórmulas rígidas, para crear tanto la solidaridad convencional como la testamentaria, admitiéndose que la intención de los contratantes y la voluntad del testador, reflejada en términos que no dejaran lugar a dudas, eran idóneas para hacer surgir obligaciones solidarias.

También las obligaciones solidarias, tanto activa como pasivamente, podían nacer por imperio de la ley (*ex lege*). Según las fuentes romanas había solidaridad legal en la obligación de reparar el daño resultante de un hecho ilícito cometido por varios autores o en perjuicio de varios sujetos; en la responsabilidad que asumen los cotutores o cocuradores frente al pupilo por su gestión; en las obligaciones de los fiadores por la garantía contraída

en común y en los banqueros (*argentarii*) por los depósitos efectuados por sus clientes.

Las obligaciones solidarias o correales creaban relaciones jurídicas entre los acreedores y los deudores, pudiendo presentarse tres hipótesis distintas: varios acreedores correales frente a un deudor común; varios deudores correales con respecto a un acreedor común y varios acreedores frente a varios deudores.

En el primer supuesto –varios acreedores solidarios de un deudor común– cada uno de aquéllos podía exigir del deudor el total cumplimiento de la obligación y a su vez éste podía pagar a cualquiera de los acreedores. El pago hecho por el deudor al acreedor que hubiere elegido extinguía la obligación respecto de todos los demás. En el segundo caso –varios deudores correales de un solo acreedor–, éste podía exigir el pago total de la deuda a cualquiera de los codeudores. Satisfecha la deuda por uno de los deudores, la obligación se extinguía respecto de todos los demás, puesto que siendo único el objeto de la obligación correal, una vez que se la hubiera satisfecho por uno de los deudores, cesaban las relaciones jurídicas que la obligación engendraba. En el tercer supuesto –varios acreedores solidarios respecto de varios deudores–, cada uno de aquéllos podía exigir a cualquiera de los codeudores el total cumplimiento de la obligación y, a su vez, cualquiera de los codeudores podía pagar al acreedor que eligiera.

Hemos visto que si uno de los acreedores correales recibía la totalidad del objeto de su crédito, éste se extinguía para todos los demás acreedores. Como consecuencia, nacían relaciones jurídicas de los acreedores correales entre sí. Para fijar esos efectos el derecho romano presuponía la existencia de determinadas relaciones jurídicas entre los acreedores correales, que podían provenir de un contrato de sociedad, de una comunidad o de un mandato. Si existía una sociedad entre los acreedores, aquel a quien se pagaba el crédito quedaba obligado respecto de sus coacreedores en los términos del contrato de sociedad, debiendo hacerlos partícipes de lo que les correspondiera en el objeto del crédito. Los demás podían hacer efectiva aquella obligación en caso de incumplimiento, ejercitando la *actio pro socio*, acción que regía las relaciones nacidas de la sociedad. Si se trataba de una comunidad entre los acreedores solidarios, el que había percibido el crédito quedaba obligado respecto de los otros en calidad de comunero,

debiendo participarles lo que a cada uno le correspondiera de conformidad a sus respectivas cuotas. La *actio communi dividundo* regulaba, en el supuesto, las relaciones entre los coacreedores. Por último, si el acreedor que recibía el pago era tan sólo un mandatario de los coacreedores, quedaba obligado como tal, éstos podían demandar el pago de sus partes, ejercitando la *actio mandati directa*, que nacía del contrato de mandato.

Al igual que lo que ocurría entre los acreedores, las relaciones jurídicas de los codeudores entre sí debían fijarse en caso de que uno de ellos hubiera cumplido íntegramente la prestación, a fin de determinar cuáles eran los efectos que el pago producía respecto de los otros codeudores. También en el supuesto consideraba el derecho romano que entre los deudores preexistían relaciones de sociedad, de comunidad o de mandato. Si los codeudores correales eran socios y uno de ellos satisfacía la totalidad de la deuda, los demás quedaban obligados en los términos del contrato de sociedad, y el codeudor que había pagado podía exigir el cumplimiento por medio de la *actio pro socio*. Algo semejante acaecía si entre los deudores existía una comunidad, en cuyo caso si uno de ellos cumplía la prestación, los otros quedaban obligados hasta la concurrencia de su parte, pudiendo hacerse efectiva tal obligación por la *actio communi dividundo*. Finalmente, si el que satisfacía la deuda no era más que un mandatario para dicho acto, podía ejercer contra los codeudores la *actio mandati contraria* para el reembolso de lo pagado.

Si el deudor solidario que había pagado íntegramente quería demandar en juicio a sus codeudores para lograr la restitución de la parte de la deuda que a ellos les correspondiera, debía probar la existencia de una de las relaciones que lo vinculaba jurídicamente a los demás, esto es, sociedad, comunidad o mandato. Si el deudor demandante no pudiera probar la relación con los otros codeudores, o hubiera satisfecho la prestación sin que mediara una relación interna vinculatoria con ellos, carecía de los medios jurídicos idóneos para lograr la restitución de lo pagado. Para obviar este inconveniente el derecho romano creó el beneficio de cesión de acciones (*cedendarum actionum*), que actuaba a la manera de lo que la doctrina moderna llama hoy "derecho o acción de regreso". Por ese beneficio el deudor solidario que había satisfecho plenamente la prestación, tenía derecho a que los acreedo-

que le cedieran sus acciones contra los demás deudores, y en virtud de esa cesión podía demandarlos judicialmente, sin necesidad de probar otra relación jurídica preexistente entre ellos.

Los efectos de la solidaridad eran distintos según que algunos de los deudores hubieran incurrido en mora u obrado con culpa. La mora de uno de los codeudores no acarreaba responsabilidad alguna para los demás por aplicación del principio de que a cada cual le perjudica su mora (*uniquique sua mora nocet*). La culpa de uno de los codeudores, en cambio, afectaba a todos los demás porque en el supuesto no se trataba del mero retardo en el cumplimiento de la obligación, sino en una conducta negligente que provocaba su incumplimiento.

En lo referente a la extinción de las obligaciones solidarias cabe distinguir las causas que afectaban al objeto de la relación de aquellas que se referían exclusivamente a algunos de los sujetos. En el primer supuesto, que se presentaba en caso de pago, de novación, de *pactum de non petendo in rem*, la obligación se extinguía para todos los deudores solidarios, porque el cumplimiento de la prestación por uno de ellos hacía cesar la obligación respecto de los demás. En el segundo caso, que se daba cuando había confusión, *capitis deminutio*, *pactum de non petendo in personam*, etc., la obligación se extinguía parcialmente, porque sólo beneficiaba a la persona de uno de los sujetos obligados.

§ 128. CLASIFICACIÓN SEGÚN EL OBJETO. – En atención al objeto de la obligación, es decir, a la prestación, que podía consistir en un *dare*, un *facere* o un *praestare*, cabía clasificar las relaciones obligacionales de distinta manera. Partiendo de la posibilidad de que la prestación pudiera o no ser material o intelectualmente dividida, las obligaciones se distinguían en divisibles e indivisibles, y atendiendo a que el objeto estuviera perfectamente determinado o que existiera una cierta indeterminación, se las clasificaba en determinadas o indeterminadas. Dentro del grupo de las determinadas se incluían las llamadas obligaciones de especie o específicas, en tanto que pertenecían a la clase de las indeterminadas las obligaciones genéricas, las alternativas y las facultativas.

a) *Obligaciones divisibles e indivisibles.* Son obligaciones divisibles aquellas cuya prestación es de tal naturaleza, que se la pueda cumplir o ejecutar por fracciones o por partes sin que por

ello se altere su esencia o su valor. Caso contrario, es indivisible. Si la obligación tiene por objeto la entrega de una suma de dinero, por ejemplo mil sestercios, es divisible, ya que la prestación puede dividirse en fracciones materiales y habiendo varios deudores se puede exigir a cada uno de ellos una parte de la cantidad debida. Pero si el objeto o prestación consiste en la ejecución o no ejecución de un hecho, por ejemplo la obligación del arrendador de procurar al arrendatario el uso y goce de la cosa dada en arriendo, la obligación es indivisible, porque ese hecho no puede fraccionarse en partes materiales y, por consiguiente, si hay varios arrendadores todos y cada uno de ellos tiene que responder de la totalidad del hecho debido.

En derecho romano tenían carácter divisible las obligaciones cuya prestación consistía en un *dare*, ya que la propiedad y los demás derechos reales podían constituirse *pro parte*. Por tanto, era dable constituir *pro parte* un derecho de propiedad, de enfiteusis, de prenda o hipoteca. Sin embargo, las servidumbres, por importar un uso restringido de la cosa, sin facultad de gozar de los frutos o del valor de cambio, eran indivisibles, a excepción del usufructo. Contrariamente, las obligaciones en que la prestación consistía en un *facere*, por principio, se caracterizaban por su indivisibilidad porque no se puede considerar susceptible de división la actividad del hombre dirigida a la realización de una obra (*opus*), ya que una parte no es la obra misma, ni tiene el valor del todo. No obstante, eran divisibles las obligaciones *in faciendo* cuando tenían por objeto obras fungibles, como los servicios que había que prestar a jornal, porque se las consideraba como un conjunto de obras y no como una obra única.

La clasificación de obligaciones divisibles e indivisibles tuvo particular importancia en caso de pluralidad de acreedores o deudores de una misma obligación, supuesto en el cual se dividían *ipso iure* los créditos y los débitos entre los varios sujetos de la relación. Así, de existir varios deudores cada uno de ellos se liberaba cumpliendo *pro parte* la prestación; de ser varios los acreedores, ninguno de ellos podía exigir más allá de la parte que le correspondía.

En la hipótesis de obligaciones indivisibles, en cambio, cada uno de los acreedores podía exigir a cada uno de los deudores el total cumplimiento de la prestación.

b) ***Obligaciones específicas y genéricas.*** Las obligaciones que tenían por objeto la prestación de una cosa individualmente determinada (*species*), como tal esclavo o tal fundo, eran llamadas en las fuentes obligaciones de especie o específicas (*obligatio speciei*). Esta clase de relaciones obligacionales tenía la característica de que si la cosa que constituía la prestación llegaba a perecer por caso fortuito, la obligación se extinguía, por aplicación del principio de que la especie perece para el acreedor (*species perit ei cui debetur*) (Inst. 3, 23, 3).

En oposición a las obligaciones de *species*, los romanos conocieron las llamadas obligaciones genéricas (*obligationes generis*), que eran aquellas en que el objeto de la prestación era determinado únicamente en su género (*genus*), prescindiendo de su individualidad, como, por ejemplo, un esclavo cualquiera o una cosa fungible. La elección del objeto que debía entregarse, por principio, correspondía al deudor. En el derecho justinianeo no le fue permitido elegir el objeto de peor calidad, como tampoco, si la elección correspondía al acreedor, podía exigir la entrega del mejor. Por ello se estableció la regla de que el objeto exigido debía ser de calidad media (*mediae aestimationis*).

Digamos, por fin, que las obligaciones genéricas no se extinguían por perecimiento fortuito del objeto. Operaba al respecto el principio de que el género nunca perece (*genus perire non censetur*) y por ello quedaba siempre la posibilidad de elección entre los objetos que integraban el *genus*, a no ser que éste fuera muy limitado o se destruyeran las cosas que lo formaban.

c) ***Obligaciones alternativas y facultativas.*** Se califican de alternativas las obligaciones en que el deudor tiene que cumplir una sola prestación entre dos o más disyuntivamente indicadas. Los términos indicativos de los objetos se hallaban gramaticalmente unidos por la conjunción disyuntiva *aut*, o cualquier otra equivalente, con lo cual se expresaba el carácter alternativo de la obligación. Así, por ejemplo, si la relación nacía del contrato de estipulación se decía: *¿Stichum aut decem dare spondes?*

La elección del objeto de la obligación correspondía al deudor, pero podía convenirse en que la hiciera el acreedor. Antes de efectuarse la elección por cualquiera de los sujetos, todos los objetos eran materia de la obligación. Síguese de esto que si la

elección pertenecía al deudor y alguno de los objetos alternativamente debidos llegaba a perecer, fuera por culpa o aun sin culpa del deudor, la obligación se extinguía respecto del objeto perdido, pero subsistía con relación a los otros, puesto que el deudor podía en este caso circunscribir su elección a los objetos restantes y elegir uno de ellos, del mismo modo que lo hubiera hecho si el objeto no hubiera perecido. Si la elección competía al acreedor, había que distinguir: si uno de los objetos perecía sin culpa del deudor, caso en el cual la obligación subsistía únicamente respecto de los objetos restantes, o si el perecimiento se producía por culpa del deudor, y en este supuesto el acreedor podía hacer su elección entre la indemnización de daños y perjuicios causados por la pérdida del objeto, o uno de los objetos restantes.

Cuando la elección entre los varios objetos correspondía al deudor, éste tenía la facultad de cambiar de opinión, es decir, de rectificar la elección del objeto (*ius variandi*) hasta el momento del pago efectivo. Si la elección competía al acreedor, éste podía ejercitar el *ius variandi* hasta la *litis contestatio*, en el derecho clásico, o hasta que hubiera reclamado judicialmente uno de los objetos alternativamente debidos, en el derecho justinianeo.

Distintas de las obligaciones alternativas eran las llamadas obligaciones facultativas, en las que recayendo la prestación sobre un objeto determinado, cabía al deudor la facultad de liberarse entregando otro objeto que no fuera el debido. Así, el amo cuyo esclavo hubiera cometido un delito estaba obligado a entregarlo a la víctima (*noxae deditio*), pero tenía la facultad de no efectuar el "abandono noxal" pagando la pena pecuniaria establecida como indemnización.

Había diferencias sustanciales entre las obligaciones alternativas y facultativas. En las primeras todos y cada uno de sus objetos estaban afectados a ella mientras no se hiciera la elección por el sujeto a quien competía, mientras que en las obligaciones facultativas el objeto propio de ellas era el principalmente debido, no aquel con que el deudor se hubiera reservado la facultad de pagar. Se decía que en las obligaciones alternativas todos los objetos se hallaban *in obligatione*, en tanto que en las facultativas sólo estaba *in obligatione* el objeto principalmente debido, porque aquel con que el deudor se reservaba la facultad de pagar se encontraba *in facultate solutionis*. El acreedor, tratándose de

obligaciones facultativas no podía, pues, en ningún caso, pedir una cualquiera de las dos prestaciones, sino únicamente la que era objeto directo y propio de la obligación.

De las diferencias apuntadas surgen otras consecuencias no menos importantes. Así cuando en las obligaciones alternativas perecía antes de la elección uno de los objetos debidos, la obligación subsistía sobre los restantes, en tanto que en las obligaciones facultativas si el perecimiento se producía respecto de la cosa *in obligatione*, la obligación no mantenía su eficacia en cuanto a la que estaba *in facultate solutionis*, ya que había quedado extinguida en su objeto propio. De la misma manera, si la obligación alternativa era nula por imposibilidad u otro defecto inherente a uno de sus objetos, no por ello era nula en lo referente a los demás, puesto que todos ellos se encontraban *in obligatione*. Pero si la obligación facultativa era nula por defecto o vicio de la prestación debida, no podía subsistir como válida respecto de la que se hallaba *in facultate solutionis*.

Título III

CONTRATOS Y CUASICONTRATOS

§ 129. El contrato. – Hemos estudiado hasta aquí la concepción romana de la obligación a lo largo de su progresiva evolución histórica, los elementos que la integran y su clasificación, atendiendo a dichos elementos, esto es, el vínculo jurídico, los sujetos de la relación y el objeto. Analizamos también las fuentes de las obligaciones (*causae obligationum*), o sea, los hechos jurídicos que pueden engendrar relaciones obligatorias. Nos toca ahora entrar al estudio particular de las diversas fuentes, es decir, los contratos, los delitos, los cuasicontratos y los cuasidelitos, según la clásica cuatripartición justinianea.

La fuente más importante y más fecunda de obligaciones es el contrato (*contractus*), figura sobre la cual los romanos no nos dejaron una definición. Con Bonfante podemos decir que es "el acuerdo de dos o más personas con el fin de constituir una relación obligatoria reconocida por la ley".

En el derecho moderno todo acuerdo de voluntades dirigido a crear obligaciones encuentra protección legal y, por consiguiente, convención y contrato son términos con igual significado. Esto no ocurría en el derecho romano, desde que no todo acuerdo de voluntades extrañaba un contrato, sino sólo aquellos convenios a los que la ley les atribuía el efecto de hacer nacer obligaciones civilmente exigibles, es decir, protegidas por una *actio*. Por ello podemos afirmar, con el profesor español Arias Ramos, que mientras el derecho moderno nos da un concepto del contrato, el derecho de Roma sólo nos ofrece una lista de contratos. La noción de contrato es, pues, más restringida en la concepción romana, ya que solamente de un determinado número de convenciones nacerán obligaciones civilmente exigibles por una *actio*, que será típica de cada relación contractual y tendrá su propia apelación o propio nombre (*propria apellatio*, *proprium nomen*).

Para calificar el acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos, los textos romanos usan expresiones que parecen tener significado semejante, como convención (*conventio*), pacto (*pactum*) y contrato (*contractus*). La convención y el pacto eran términos equivalentes y genéricos, empleados para designar el acuerdo de voluntades de dos o más personas sobre una cuestión cualquiera. La convención producía consecuencias en el área del derecho cuando recaía sobre un interés jurídico y como tal daba nacimiento, modificaba o extinguía un derecho. Constituía el género respecto del contrato el que, cualquiera que fuera su forma de celebración, era un negocio jurídico destinado a crear relaciones obligacionales. Por su parte, el vocablo pacto, que aparece como sinónimo de convención, pasó a usarse para designar aquellas relaciones que se diferenciaban del contrato por carecer de acción (*ex nudo pacto actionem non nasci*) (Dig. 2, 14, 7, 4). Con el transcurso del tiempo el pacto fue asimilándose al contrato, al otorgársele acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones que de tal acto voluntario derivaran. Sin embargo, siempre se reservó la expresión contrato para denominar al acuerdo de voluntades dirigido a crear obligaciones civilmente exigibles por medio de una *actio*.

Todo contrato lleva dentro de sí una convención, puesto que sin el concurso de voluntades de los sujetos no hay relación contractual. Más en el derecho romano la *conventio* no era por sí sola idónea para generar una *obligatio* tutelada por una acción. Era menester la presencia de otro requisito, que los intérpretes han denominado *causa civilis* y que se configuraba mediante una forma especial de celebración que daba prioridad, en un principio, a las solemnidades prescriptas por la ley, antes que a la manifestación de voluntad de los contrayentes. La *causa civilis* se traducía en la solemnidad verbal en los contratos verbales (*verbis*), en la escritura, en los contratos literales (*litteris*) y en la entrega o dación de la cosa (*datio rei*), en los contratos reales (*re*). Aparecieron así las figuras típicas de contratos del derecho clásico, hasta que una progresiva evolución que dio primacía al elemento voluntad respecto de la forma del negocio (*negotium contractum*), incorporó a los anteriores la categoría de los contratos consensuales (*consensu*), que eran aquellos que se perfeccionaban por virtud del solo consentimiento de las partes, sin ningún otro elemento o requisito.

Las Institutas de Gayo, recogiendo este proceso de evolución del contrato, los clasifica en reales, verbales, literales y consensuales (*Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu*) (Gayo, 3, 19). Fuente de obligaciones es el contrato y éste es un negocio jurídico que puede generarlos de los siguientes modos: *re*, *verbis*, *litteris*, *consensu*. Tal la clasificación de los contratos propios del *ius civile* vigente en la época clásica.

El pretor y más adelante el derecho imperial, como excepción al principio *nuda pactio obligationem non parit*, reconocieron un cierto número de pactos provistos de acciones que tornaban exigibles las obligaciones que de ellos nacieran. Fueron los acuerdos de voluntades que los intérpretes han llamado pactos vestidos (*pacta vestita*). Por otra parte, en el derecho clásico, y más intensamente en el derecho justinianeo, se admitieron nuevas figuras atípicas, denominadas "contratos innominados", hasta que llegó a aceptarse en la práctica que pudiera surgir una obligación de cualquier acuerdo de voluntades por una causa no reprobada por el derecho.

a) ***Sistema contractual romano.*** Si bien los contratos del derecho civil y del derecho de gentes se reducían a las categorías señaladas por las Institutas de Gayo, esto es, a los contratos *verbis*, *litteris*, *re* y *consensu*, la evolución del derecho romano permitió ampliar su sistema contractual al admitir otras figuras que no entraban en el catálogo recogido por el derecho clásico.

De esta manera el contrato romano, convención generadora de obligaciones, dotada de una *causa civilis* y de una *actio* que le daba eficacia jurídica, se diversificó en distintos tipos, a saber: los contratos formales, los contratos reales, los contratos consensuales y los contratos innominados.

Entre los contratos formales, que se caracterizaban porque la *causa civilis* consistía en una solemnidad formal, se contaban dos antiguos medios de contratar: el *nexum* y la *sponsio*; los contratos que se perfeccionaban por el uso de formas orales (*verbis*), como la *stipulatio*, la *dotis dictio* y el *iusiurandum liberti*, y los contratos de carácter escrito como los *nomina transcripticia*, los *chirographia*, y los *syngrapha*.

Entre los contratos reales (*re*), en los que la *causa civilis* se traducía en la entrega de una cosa (*datio rei*), se agrupaban el mutuo o préstamo de consumo, el comodato o préstamo de uso, el depósito y la prenda.

Integraban la nómina de los contratos consensuales (*solo consensu*), es decir, aquellos que se perfeccionaban por el mero consentimiento de las partes sin necesidad de ningún otro elemento o requisito, la compraventa, la locación o arrendamiento, la sociedad y el mandato.

Los contratos innominados, en los que una de las partes realizaba una prestación para obtener a cambio otra, podían tener diversas formas, que el jurisconsulto Paulo redujo a cuatro relaciones: doy para que des (*do ut des*), doy para que hagas (*do ut facias*), hago para que des (*facio ut des*) y hago para que hagas (*facio ut facias*).

Llegaron también a formar parte del sistema contractual romano los pactos, que fueron convenciones desprovistas de otro requisito que el concurso de voluntades de los sujetos. Se distinguieron entre ellos, los pactos vestidos (*pacta vestita*), que estaban dotados de una *actio*, ya por ir agregados a ciertos contratos (*pacta adiecta*), en especial a la compraventa, ya por disposición del pretor (*pacta praetoria*), ya por decisión de los emperadores (*pacta legitima*), y los pactos desnudos (*nuda pacta*), los cuales carecían de acción para exigir su cumplimiento.

b) ***Clasificación de los contratos.*** La primera clasificación de los contratos atiende a la *causa civilis* determinante de su perfeccionamiento y, como hemos señalado, abarca los contratos verbales, literales, reales y consensuales. Dentro de estos tipos caben distinguir los contratos formales de los no formales. En los verbales y los literales el consentimiento se prestaba dentro de una determinada forma prescripta por la ley, oral en los primeros, escrita en los segundos. Eran no formales los contratos reales y los consensuales.

Según que la relación contractual creara un vínculo obligatorio para una sola de las partes, como en el mutuo y en los contratos verbales y literales, o para ambas, caso de la compraventa o en la locación, los contratos eran unilaterales o bilaterales. Éstos –llamados también sinalagmáticos– podían ser perfectos,

cuando necesariamente nacían obligaciones para ambos contrayentes –como sucedía en la compraventa–, o imperfectos, cuando habiendo generado obligaciones para uno solo de los contratantes eventualmente surgían también para el otro, caso del comodato, en que el comodante podía quedar obligado por los gastos de conservación de la cosa hechos por el comodatario.

Atendiendo a las acciones que los protegían, los contratos podían ser de derecho estricto (*stricti iuris*) o de buena fe (*bonae fidei*), según que la facultad de apreciación del juez para interpretarlos estuviera limitada a lo expresamente convenido por las partes o gozara de un margen de discrecionalidad que le permitiera valorar las particulares circunstancias del caso, según la buena fe e intención de los contratantes. Eran contratos de derecho estricto los verbales, los literales y el mutuo, entre los reales; de buena fe todos los consensuales y el comodato, el depósito y la prenda, en la categoría de los reales.

Habían contratos a título oneroso cuando las ventajas que acordaban a una u otra de las partes no les eran concedidas sino por una prestación que ellas hubieran hecho o se obligaran a hacer, al paso que eran contratos a título gratuito o lucrativo los que aseguraban a uno u otro de los contratantes algún beneficio independientemente de toda prestación a su cargo. En el contrato oneroso había reciprocidad de prestaciones, como ocurre en la compraventa, en el que las partes han contratado en vista de una utilidad recíproca. En el contrato gratuito la posición ventajosa se daba sin retribución alguna, como ocurre en el comodato o el mutuo. Por lo común, los contratos sinalagmáticos eran onerosos; en cambio, en los unilaterales podía existir la onerosidad o la gratuidad.

Había, por fin, contratos *iuris civilis* e *iuris gentium*. Los primeros sólo podían ser celebrados por ciudadanos romanos, como el *nexum*, la *sponsio* y los *nomina transcripticia a persona in personam*, en tanto que los segundos podían ser formalizados entre romanos y extranjeros o solamente entre extranjeros, como los contratos reales, los consensuales, la *stipulatio* y los *nomina transcripticia a re in personam*.

§ 130. OBLIGACIONES DE NATURALEZA CONTRACTUAL DEL DERECHO QUIRITARIO: "NEXUM" Y "SPONSIO". – Antes de entrar al estudio par-

ticular de las distintas categorías de contratos del derecho romano y de las figuras que cada una de ellas encierra, creemos necesario referirnos a dos antiguas formas de contratar nacidas al amparo de las disposiciones del derecho quiritario: el *nexum* y la *sponsio*. Muy poco conocemos acerca de tales instituciones, ya que los jurisconsultos clásicos nos hablan de las mismas como antigüedades caídas en desuso y los autores modernos discuten su origen, su naturaleza y sus modalidades.

Según la opinión más general, las obligaciones contractuales nacían antiguamente del *nexum*, voz que derivaba del término *nectere*, que significaba ligar, con lo cual se indicaba el lazo o atadura que sometía al deudor con respecto al acreedor. Era un negocio solemne, que se perfeccionaba con las mismas formalidades de la *mancipatio*, modo típico usado por los romanos para transmitir la propiedad de las *res mancipi*. Debían observarse los procedimientos del *per aes et libram*, la presencia del *libripens* y los cinco testigos y la ceremonia de la pesada del cobre. Parece ser que el *nexum* se aplicó para operar por la *mancipatio*, la autopignoración de la persona del deudor o de alguna otra sometida a su potestad a fin de garantizar mutuos o préstamos de dinero. Así se explica que en el antiguo léxico romano *nexum* significara *mancipium*, potestad que entrañaba el sometimiento de un hombre libre a otro, y que la condición de los *nexi* obligados por relaciones contractuales hubiera sido muy semejante a la de las personas colocadas *in mancipio* por razón de sus delitos.

El *nexum*, pues, más que un contrato en el sentido estricto del vocablo, fue un eficaz procedimiento para asegurar o garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el deudor. En efecto, si no pagaba u otro no lo hacía por él, al acreedor le asistía el derecho, como si hubiera obtenido una sentencia condenatoria del obligado, de someter al deudor a las consecuencias de la *manus iniectio*, que lo colocaba en un estado de sumisión a semejanza del señorío inherente a todo derecho de propiedad, hasta que saldara la deuda.

La injusta situación de sujeto obligado por el *nexum* fue uno de los motivos de las largas luchas que enfrentaron los patricios acreedores y los plebeyos deudores, hasta que una *lex Poetelia Papiria* del año 326 a. de C. concedió la libertad a todos los *nexi*, considerando la obligación como una relación de carácter patri-

monial, en la que la prestación era el objeto, y la garantía, no la persona física, el *corpus* del deudor, sino su patrimonio. Así desaparecieron los efectos rigurosos del *nexum* y aquel solemne negocio del derecho quiritario, del que nacían obligaciones de carácter contractual, cayó en desuso y fue sustituido por el mutuo.

Al lado del *nexum* los romanos conocieron desde antiguo otra forma de crear obligaciones contractuales ampaparadas por el derecho quiritario: la *sponsio*, que acaso en un principio sólo cumplió funciones de garantía. Como negocio jurídico *iure civili*, la *sponsio* estuvo reservada a los ciudadanos romanos y se la celebraba oralmente, mediante una interrogación formulada por el acreedor con el uso de la típica fórmula *¿spondes?*, a lo que el deudor respondía: *spondeo*.

Una vez pronunciadas las palabras solemnes prescriptas por la ley, el vínculo obligatario quedaba formalizado y el rigor formalista era tan absoluto, que no estaba permitido el uso de ningún otro verbo para constituir la relación obligacional. De aplicación variada en la primera época, ya que la *sponsio* se utilizaba en relaciones jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado, fue cayendo en desuso, especialmente cuando el *ius gentium* introdujo la *stipulatio* como la forma oral más común de engendrar obligaciones, sin apego a un rigorismo tan severo y con posibilidad de aplicación para los peregrinos o extranjeros.

§ 131. Los contratos verbales. – Elemento esencial y constitutivo de los contratos verbales (*verbis contrahitur obligatio*), era el pronunciamiento de los *verba*, palabras solemnes que debían ajustarse a esquemas legales, alterados los cuales no nacía la obligación. Se formalizaban mediante una pregunta y una respuesta (*ex interrogatione et responsione*) o por una declaración unilateral (*uno loquente*).

Los contratos *verbis* se caracterizaban por ser esencialmente formales, a la par que de derecho estricto y unilaterales, pues las obligaciones que creaban sólo estaban a cargo del sujeto pasivo de la relación. Pertenecían a la clase de los contratos verbales la estipulación (*stipulatio*), que constituyó la obligación verbal por excelencia, la promesa de dote (*dotis dictio*), y el juramento promisorio del liberto (*promissio iurata liberti*).

a) *La "stipulatio".* El contrato verbal que se perfeccionaba mediante una pregunta que formulaba una persona que debía constituirse en acreedor (*stipulator, reus stipulandi*), a la que se seguía la congruente respuesta de otra que llegaba a convertirse en deudor (*promissor, reus promittendi*), se llamó estipulación (*stipulatio*).

Este modo simple de expresar un acuerdo de voluntades vino a ser la forma más generalizada de crear obligaciones unilaterales, lo cual hizo de la *stipulatio* el contrato de mayor difusión en el mundo romano, especialmente cuando pasó a ser también aplicable a los peregrinos. En un principio se perfeccionó por el uso de la típica fórmula de la *sponsio*, esto es: *¿spondes?*, *spondeo*. Más adelante se admitió el empleo de otros verbos, como: *¿dabis?*, *dabo*; *¿promittis?*, *promitto*; *¿facies?*, *faciam*, etc., llegándose a reconocer validez al uso de la lengua griega, siempre que los contratantes entendieran dicho idioma.

El carácter formal de la *stipulatio* exigió para su eficacia el cumplimiento de ciertos requisitos. Era indispensable la presencia de las partes; entre ausentes no podía celebrarse la estipulación. Dada su forma oral, estaban incapacitados para realizarla quienes no podían hablar u oír, como los mudos y los sordos, y tampoco los que no estuvieran en condiciones de entender, como los dementes o los infantes. Se exigía, además, que la pregunta y la respuesta se pronunciaran sin interrupción de tiempo, en un solo acto (*unitas actus*), y que fueran perfectamente congruentes, sin divergencias de forma, ni de sustancia.

Estos requisitos formales de la *stipulatio* fueron perdiendo su primitivo rigor a la par que se reconocía mayor importancia al consentimiento de los contratantes. De tal manera el principio de la oralidad fue atenuándose cuando se difundió, desde fines de la época republicana, la costumbre de acompañar la estipulación con un documento escrito (*instrumentum* o *cautio*) que servía de medio de prueba. Más adelante, por una constitución del emperador León del año 472, se tuvieron por válidas las estipulaciones aunque no se hubieran empleado palabras solemnes, llegándose a admitir que el contrato estipulatorio era plenamente eficaz cualquiera que fuera la forma de su realización, oral o escrita, siempre que los contratantes expresaran claramente su consentimiento.

La exigencia de la presencia de las partes y de la unidad del acto, también se desdibujó en el derecho justinianeo al establecerse que se debía tener por indubitable la constancia inserta en un documento que expresara que la estipulación se había celebrado con la concurrencia de los contratantes. Tal circunstancia se presumía cuando las partes hubieran estado presentes en la ciudad, y sólo se admitía como prueba en contrario documentos o testigos idóneos. Igual criterio se impuso con respecto a la congruencia entre la proposición y la aceptación, reconociéndose válida la *stipulatio* por la cantidad menor cuando difiriesen las expresiones del *stipulator* y del *promissor*.

Dado el carácter formalista de la *stipulatio*, en el primitivo *jus civile* el vínculo obligatorio nacía por virtud de la sola pronunciación de las palabras solemnes, independientemente de la causa. Era, pues, un negocio de carácter abstracto. También en este aspecto el contrato experimentó una evolución y en el derecho clásico fue posible que el *promissor* paralizara la acción del *stipulator* si éste pretendiera hacer valer una estipulación carente de causa o fundada en una causa inmoral. En el derecho imperial se otorgó al deudor la *exceptio non numeratae pecuniae* cuando por medio de la *stipulatio* se hubiera obligado por un préstamo que no se había hecho efectivo, para enervar por tal defensa la acción intentada por el acreedor.

La *stipulatio* fue un contrato que alcanzó gran auge en Roma y fue utilizado, no sólo para hacer obligatoria la promesa de dar sumas de dinero, sino también otras prestaciones de cosas ciertas que no fueran dinero y hasta de cosas inciertas. Tuvo especial aplicación como contrato de carácter accesorio en aquellas relaciones en que los terceros prometían, no en interés personal, sino en el de los sujetos de la relación principal. Así, se constituyeron por la estipulación la *adpromissio* y la *adstipulatio*. La primera, era una promesa por la cual el *adpromissor* se obligaba accesoriamente al deudor principal en caso de que éste no cumpliera la prestación debida, y comprendía la *sponsio*, la *fidepromissio* y la *fideiussio*, instituciones que estudiaremos como formas de garantías personales de las obligaciones. La segunda, era aquella figura en la que el deudor prometía a otra persona (*adstipulator*) la misma prestación debida al acreedor, quedando éste autorizado a recibir el pago y aun a reclamarlo con igual eficacia que el acree-

dor principal, pudiendo llegar hasta a condonar la deuda. Otra aplicación frecuente de la estipulación fue la cláusula penal (*stipulatio poenae*), que fue un modo de reforzar la obligación por el mismo deudor, que se obligaba al pago de una pena si no satisfacía la deuda.

Las fuentes distinguieron las estipulaciones convencionales, libremente concertadas por las partes, de las necesarias –judiciales o pretorianas–, que eran impuestas por el juez o por el pretor como garantía contra los daños o perturbaciones. Entre estas últimas, llamadas también *stipulationes cautionales* o *cautiones* se cuentan, entre otras, la caución de dolo (*cautio dolii*), que debía dar la parte condenada a la entrega de una cosa para asegurar que ésta no fuera voluntaria o maliciosamente deteriorada; la caución del daño inminente (*cautio damni infecti*), que se exigía al propietario de un edificio que amenazaba ruina, para garantizar al vecino el pago de los daños que pudieran surgir de su caída; etcétera.

Para hacer exigibles las obligaciones nacidas de la *stipulatio*, el derecho romano dotó al contrato de tres acciones que se diferenciaban según el objeto de la obligación. Cuando la estipulación consistía en el pago de una suma de dinero, el acreedor contaba con la *condictio certae pecuniae*, llamada después *condictio certi*; si se trataba de un cuerpo cierto o una cantidad determinada de cosas, la *condictio triticaria* o *condictio certae rei* y en caso de recaer la obligación sobre un hecho o una abstención, o algo de valor indeterminado (*incertum*), la *actio ex stipulatu*.

b) ***La "dotis dictio"***. La promesa verbal y solemne de dote realizada unilateralmente (*uno loquente*) a favor del marido por la mujer *sui iuris*, por su deudor, por el padre o por un ascendiente paterno, fue el contrato verbal denominado *dotis dictio*.

Exigíase para su perfeccionamiento el empleo de palabras determinadas, usándoselas para comprometer la entrega de cosas muebles o inmuebles, sin que, por otra parte, se conozca exactamente cuáles fueron sus efectos. También es incierto su origen y no se explica la causa por la que no se utilizó la estipulación para la constitución de la dote. Este contrato perdió vigencia en el derecho postclásico cuando una constitución de Teodosio II del año 428 reconoció valor a la promesa de dote hecha por simple pacto, sin solemnidad alguna (*pacium dotis*).

c) ***La "promissio iurata liberti".*** La declaración unilateral dada bajo la fe del juramento por medio de [illegible] liberto se obligaba respecto del patrón a realizar obras o a prestarle determinados servicios, fue el contrato *verbis*, llamado *promissio iurata liberti* o *iusiurandum liberti*.

Era el único caso por el cual, como sanción [illegible] derecho sagrado, surgía por el juramento una obligación civil. Consistía en una promesa, confirmada por el juramento, por la que el esclavo manumitido se obligaba (*uno loquente*) hacia el *dominus* a ejecutar obras y servicios en retribución por la manumisión otorgada.

§ 132. **Los contratos literales.** – Las convenciones que en Roma tenían como elemento esencial y constitutivo la escritura, esto es, que se perfeccionaban por escrito, integraban la categoría de los contratos literales (*litteris contrahitur obligatio*). Los contratos *litteris* se caracterizaron por ser formales, unilaterales y de derecho estricto. Entre ellos se cuentan los *nomina transcripticia*, los *chirographa* y los *syngrapha*.

a) ***Los "nomina transcripticia".*** Este original contrato literal nació en Roma de la costumbre de los jefes de familias de registrar en un libro de contabilidad o de cuenta corriente, llamado *codex* o *tabulae accepti et expensi*, las entradas (*acceptum*) y las salidas (*expensum*), con lo cual reflejaban con fidelidad el estado de su caja (*arca*). Según refiere Gayo aquellas anotaciones, que por mucho tiempo no constituyeron contrato sino medios de prueba, sirvieron para transformar una obligación preexistente en otra obligación. Fue así un instrumento de novación que ofrecía, sobre la *stipulatio*, la ventaja de no exigir la presencia de las partes. Asumieron una doble forma, ya que el contrato podía presentarse como *nomina transcripticia a re in personam* y como *nomina transcripticia a persona in personam* (Gayo, 3, 128 a 133).

Había *a re scriptio a re in personam* cuando las partes utilizaban el contrato *nudis* para transformar en obligación literal una obligación de otra naturaleza mediante el procedimiento de la doble anotación en el *codex*. Así, si Mevio tenía anotada en su *codex* una suma que Ticio le debía por cualquier causa, bastaba con anotar en el *acceptum* que tal cantidad le había sido pagada (*acceptilatio ficticia*), con lo que la antigua obligación quedaba extinguida.

pero como al mismo tiempo anotaba en el *expensum* que entregaba a Ticio una suma igual que en realidad no hacía efectiva (*expensilatio ficticia*), se operaba la transformación de una obligación en otra. Por este medio pudieron las partes novar una obligación de buena fe por una de derecho estricto o una natural por una civil.

Había *nomina transcripticia a persona in personam* cuando se sustituía un deudor por otro, como ocurría en el caso de que el acreedor anotara como crédito contra Ticio lo que le debía Mevio. Esta operación hacía que se extinguiera la obligación de éste, aunque no hubiera pagado suma alguna, surgiendo en cambio una *obligatio litteris* a cargo de Ticio. La utilidad que el contrato literal presentaba en el caso de la *transcriptio a persona in personam* era evitar por una simple escritura el transporte e inversión de numerario.

De los *nomina transcripticia* tenemos una escasa información que proviene de escritos de Cicerón y de las Institutas de Gayo, por lo que hay cuestiones que no han sido perfectamente dilucidadas. Fue al parecer una institución *iure civile* y, por tanto, no accesible a los peregrinos, que tenía por objeto una cantidad cierta de dinero (*certa pecunia*) y engendraba siempre deudas abstractas que podían exigirse por la *condictio certae creditae pecuniae*. El contrato *litteris* pudo ser realizado entre ausentes, pero no era dable someterlo a condición.

Vigentes todavía los *nomina transcripticia* en tiempo de Gayo, fueron cayendo en desuso a medida que los *patresfamilias* perdían la costumbre de llevar sus libros de contabilidad. Fue así que sólo lo aplicaron los banqueros, que estaban obligados a efectuar asientos contables. En el derecho justinianeo, la *obligatio litteris* es meramente un residuo histórico.

b) ***Los "chirographa" y los "syngrapha"***. Gayo dice en sus Institutas que así como el *nomen transcripticium* era el contrato literal de los ciudadanos, los peregrinos podían obligarse *litteris* por los *chirographa* y los *syngrapha*, sin suministrarnos mayores detalles sobre tales documentos (Gayo, 3, 131 a 133).

Entre estas escrituras de deudas, de origen helénico, mediaban diferencias que les imprimían distintas características y funciones. El *chirographum* era un documento único, que quedaba

en poder del acreedor y probaba el negocio efectivamente realizado por las partes. El *syngraphum*, en cambio, se redactaba en doble ejemplar que suscribían los interesados, cada uno de los cuales conservaba uno de ellos. El *chirographum* era un instrumento estrictamente probatorio, mientras el *syngraphum* tenía carácter constitutivo, ya que el propio documento se erigía en causa de la obligación, existiera o no la deuda.

En tiempo del Imperio desaparecieron los síngrafos, manteniéndose vigentes los quirógrafos, que desde hacía ya tiempo eran utilizados para describir con ellos una *stipulatio*. La subsistencia de los quirógrafos determinó la aparición de una defensa, la *querela non numeratae pecuniae*, que amparaba al deudor en caso de que el documento –empleado inclusive fuera de toda estipulación– probara una entrega de dinero, que no se la hubiera hecho efectiva. Pero hay que advertir que si, transcurrido un bienio, no se intentaba la *querela* para impugnar el documento escrito, éste era considerado inatacable y plenamente eficaz.

En el derecho justinianeo, en lugar de las antiguas *obligationes litteris*, se reconoció una obligación genérica proveniente de la *scriptura*, que nacía siempre que alguno se hubiera declarado por escrito deudor de una suma no recibida y, dentro de los dos años, no hubiera atacado la validez de la obligación mediante la *querela non numeratae pecuniae*.

§ 133. Los contratos reales. – Elemento esencial de los contratos reales fue la realización de un hecho positivo que consistía en la entrega de una cosa (*re contrahitur obligatio*) a uno de los contrayentes, con la obligación de éste de restituirla en el tiempo convenido. Eran, pues, convenciones que se perfeccionaban por la entrega o tradición de la cosa en propiedad, en simple posesión o en tenencia.

Respecto de las obligaciones que nacían *re*, Gayo sólo menciona el mutuo, no incluyendo entre los contratos reales a la *fiducia*, que habría sido la primera figura contractual de este tipo. Mediante este contrato una persona, el fiduciante, transmitía –por *mancipatio* o *in iure cessio*– a otra, el fiduciario, la propiedad de una cosa con la obligación de éste de restituirla en un determinado plazo o circunstancia. De acuerdo con la función que podía cumplir, se conoció en Roma la *fiducia cum creditore*, estudiada

en la evolución de los derechos reales de garantía y en la que se operaba la transmisión de la propiedad de la cosa al acreedor fiduciario para garantizar el pago de una deuda y la *fiducia cum amico*, que era utilizable para distintos fines, a los que más tarde se atendió con contratos reales como el comodato, el depósito y la prenda. La *fiducia*, que en sus dos especies daba lugar a la *actio fiduciae* y, probablemente, a una *actio fiduciae contraria*, a favor del fiduciario para lograr el reembolso de los gastos realizados en la cosa, desapareció en la época postclásica, cuando cayeron en desuso la *mancipatio* y la *in iure cessio*.

En el Digesto (44, 7, 1) y en las Institutas de Justiniano (3, 14), además del mutuo, se citan como contratos reales el comodato, el depósito y la prenda. En estas tres últimas figuras la dación de la cosa no implicaba la transmisión de la propiedad, como ocurría en el mutuo, y así el comodatario y el depositario eran simples detentadores, mientras el acreedor pignoraticio tenía la posesión del bien prendado.

a) ***El mutuo.*** Se conoció en Roma con el nombre de mutuo (*mutuum*) o préstamo de consumo, el contrato real por el cual una persona, el mutuante o prestamista (*mutuo dans*), entregaba en propiedad a otra, el mutuario o prestatario (*mutuo accipiens*), una determinada cantidad de cosas consumibles con la obligación por parte de ésta de restituir otras tantas cosas del mismo género y calidad (*tantumdem*).

El mutuo fue un contrato unilateral, ya que sólo engendraba obligaciones para el mutuario; de derecho estricto, porque las facultades del juez para interpretarlo estaban restringidas a lo expresamente convenido por las partes; real, pues se perfeccionaba por la entrega de la cosa; no formal, al no requerir solemnidad alguna, y gratuito, ya que el mutuario no estaba obligado a devolver una cantidad superior a la entregada por el mutuante o prestamista.

El contrato de mutuo requería, para su conclusión, la efectiva transferencia de la propiedad de la cosa (*datio rei*) y así se exigía que el mutuante fuera propietario de los bienes dados en mutuo, no siendo necesaria la entrega directa, ya que era suficiente que la cosa fuese puesta a disposición del mutuario. Aunque la obligación nacía de la *datio*, era menester, además, la voluntad

concorde de constituir el mutuo por parte de los contratantes para que se considerara existente. El mutuo sólo podía recaer sobre cosas consumibles o fungibles, es decir, aquellas que carecían de valor individual y que eran susceptibles de ser reemplazadas por otras de la misma especie y calidad, como el dinero, que frecuentemente era objeto del mutuo, los cereales, el vino, el aceite, etcétera. Por tratarse del préstamo de cosas fungibles, el mutuario tenía que restituir otras tantas cosas del mismo género y calidad. Si restituía la misma cosa entregada (*eadem species*), no había mutuo, sino depósito o comodato, y si la restitución era de cosas distintas (*aliud genus*) se constituía una permuta, no un contrato de préstamo.

Del mutuo –dado su carácter de contrato unilateral– sólo nacía una acción a favor del mutuante para exigir del mutuario la restitución de la cosa, la *actio* o *condictio certae creditae pecuniae*, si el préstamo hubiera sido de dinero; y la *condictio certae rei*, cuando se trataba de otras cosas fungibles. Esta última acción fue llamada por el derecho justinianeo *condictio triticaria*, para aludir al mutuo de granos (*triticum*).

El carácter gratuito del mutuo hacía que el prestamista se privara de toda utilidad que pudiera producirle la cosa dada en préstamo. Para obviar este inconveniente se introdujo en Roma la modalidad, especialmente tratándose de préstamo en dinero, de convenir intereses (*usurae*) los que sólo podían ser reclamados, cuando se los hubiera establecido por una estipulación especial (*stipulatio usurarum*), que otorgaba una acción independiente –*actio ex stipulatu*– emanada del contrato estipulatorio. Cabía aun concluir una estipulación única para el capital (*sors*) y las *usurae* (*stipulatio sortis et usurarum*) y en ese caso capital e intereses se demandaban mediante la acción de la estipulación.

Durante mucho tiempo los intereses únicamente pudieron convenirse mediante la *stipulatio*. Si se los imponía por simple pacto, no nacía una obligación civil, sino meramente natural que hacía, como consecuencia, que si el prestatario pagaba los intereses no podía repetirlos mediante la *condictio indebiti*. Para facilitar la fijación de intereses, en una evolución de la legislación romana, se admitió la eficacia del simple pacto cuando se tratara de préstamos en especie, como granos, vino, etc.; si hubieran sido hechos por el fisco y las ciudades o por los banqueros (*argentarii*),

y en caso de que se los destinara al comercio marítimo (*pecunia traiecticia*).

Una clase especial de mutuo fue el *foenus nauticum* o *pecunia traiecticia*, institución proveniente del derecho marítimo griego, que entró en el sistema contractual romano. Se trataba del préstamo de sumas destinadas a ser transportadas por mar, ya en dinero efectivo, ya transformadas en mercancías. Ofrecía la particularidad de que los riesgos corrían a cargo del mutuante desde el día de la salida hasta que la nave llegaba felizmente a destino. En compensación, el préstamo marítimo admitió que se establecieran intereses por simple pacto y que ellos pudieran superar la tasa legal, que llegó en el derecho justinianeo al 12 % anual.

La jurisprudencia aplicó las reglas de la *pecunia traiecticia* o *nautica* a casos en que la devolución de la suma dada en préstamo se hacía depender de circunstancias o acontecimientos que constituían riesgos para el mutuante o prestamista. Tal, el ejemplo que encontramos en el Digesto (22, 2, 5, pr.), de quien prestara dinero a un atleta para mantenerse y ejercitarse, con la obligación de éste de devolverlo si salía vencedor.

Otra situación especial originada por el contrato de mutuo fue la referente a los *filiifamilias*, que el derecho romano reguló por el senadoconsulto Macedoniano del tiempo del emperador Vespasiano. Tal senadoconsulto, sancionado probablemente a raíz de que un tal Macedo o Macedonio mató a su padre para pagar con los bienes hereditarios las deudas contraídas por préstamos, prohibía dar dinero en mutuo a los hijos de familia, cualquiera que fuera su edad o estado. Si el préstamo se hubiera efectuado contrariando la norma legal y el prestamista exigiera judicialmente el cobro de la deuda, una excepción, la *exceptio senatusconsulti Macedoniani*, tenía el efecto de paralizar la acción del acreedor demandante. La excepción, sin embargo, no extinguía del todo la obligación, pues dejaba subsistente una *naturalis obligatio*.

El senadoconsulto Macedoniano reconoció ciertos supuestos en los que no era oponible la *exceptio*. Así, cuando el *filius* se hubiera hecho pasar fraudulentamente por *sui iuris* o poseyera un peculio castrense o cuasicastrense; si el *pater* hubiera consentido expresa o tácitamente el préstamo, lo hubiere ratificado u obtenido beneficio de él; cuando el prestamista, por un error excusable,

creyera contratar con un *paterfamilias* y si el *filiusfamilias*, convertido en *sui iuris*, reconocía la deuda, aunque fuera tácitamente.

b) ***El comodato.*** El contrato real por el cual una persona –el comodante–, entregaba a otra –el comodatario–, una cosa no consumible, mueble o inmueble, para que la usara gratuitamente y después la restituyera en el tiempo y modo convenidos, se llamó en Roma comodato o préstamo de uso (*commodatum* o *utundum dare*).

Aparte de real, fue el comodato un contrato sinalagmático imperfecto, al no engendrar sino eventualmente obligaciones para el comodante; esencialmente gratuito, porque el uso de la cosa no daba derecho a compensación alguna y la fijación de un precio habría configurado un contrato de arrendamiento; y de buena fe por la amplitud de las facultades del juez para la apreciación de lo convenido por los contratantes.

Para que se perfeccionara el comodato era menester tratándose de un contrato real, la entrega o *datio* de la cosa, pero, a diferencia del mutuo, ella no implicaba la transferencia de la propiedad, sino la simple detentación. Esto hacía que pudiera dar en comodato quien no fuera propietário, como el arrendatario, el usufructuario y hasta el que hubiera hurtado la cosa. Objeto del comodato sólo podían ser cosas corporales, muebles o inmuebles, inconsumibles y no fungibles, pues el comodatario tenía que devolver el mismo e idéntico bien. Por excepción se admitió el préstamo de cosas consumibles, como cuando se entregaban monedas al solo objeto de su exhibición (*ad pompam vel ostentationem*).

El comodato creaba desde su nacimiento obligaciones y responsabilidades para el comodatario, quien debía usar la cosa de acuerdo con su naturaleza o destino y de conformidad con lo expresamente convenido. De no obrar así, cometía hurto de uso (*furtum usus*). Estaba obligado a devolver la misma cosa dada en préstamo en el plazo fijado, con todas las accesiones y frutos, si los hubiere. Su responsabilidad por la conservación del bien se extendía, en el derecho clásico, hasta la custodia, que lo hacía responsable de su hurto por un tercero. Por caso fortuito quedaba exento de responsabilidad, a menos que hubiera dado a la cosa un uso no convenido. Empero, si el bien había sido entregado en interés del comodante, la responsabilidad del comodatario quedaba restringida al dolo.

El comodante contaba para lograr la restitución de la cosa, con la *actio commodati directa*, al principio *in factum* y después *in ius*, que daba lugar a un juicio de buena fe. El comodatario, por su parte, podía ejercitar la *actio commodati contraria* por las eventuales obligaciones que el contrato pudiera crear a cargo del comodante como, por ejemplo, el resarcimiento de los gastos extraordinarios que hubiera realizado para conservar la cosa, circunstancia ésta que lo autorizaba incluso a retener el bien dado en préstamo (*ius retentionis*).

c) ***El depósito.*** La convención por la cual una persona, el depositante (*deponens*), entregaba una cosa mueble a otra, el depositario (*depositarias*), para que la custodiase gratuitamente y se la devolviese al primer requerimiento, constituía el contrato de depósito (*depositum*).

Se trataba de un contrato real, que requería la *datio* de la cosa sin que implicara transmisión de la propiedad, sino la simple detentación. Se caracterizaba por su gratuidad, ya que de mediar una compensación surgía la figura del arrendamiento, lo que no fue óbice para que en el derecho justinianeo admitiera que se conviniese una módica retribución por la guarda de la cosa. Era un contrato sinalagmático imperfecto, pues las obligaciones corrían a cargo del depositario y sólo en el curso de su cumplimiento podían surgir para el depositante. Además, de buena fe, dada la amplitud del arbitrio judicial para apreciar lo convenido por las partes.

Obligación principal del depositario era conservar la cosa entregada en guarda o custodia, siempre de conformidad con su particular naturaleza. Respondía por su dolo y culpa lata y hasta por culpa leve, si así se hubiera convenido. También cuando se hubiera ofrecido espontáneamente como depositario e, igualmente, si el contrato le reportare alguna ventaja. El depositario tenía que abstenerse de usar la cosa, so pena de incurrir en *furtum usus*. Estaba obligado, por fin, a restituir el bien ante el reclamo del depositante, aunque hubiera un plazo convenido, restitución que debía hacerse efectiva con los frutos y accesiones que la cosa hubiera producido durante el tiempo de su guarda.

Para exigir el cumplimiento de tales obligaciones, especialmente la concerniente a la restitución de la cosa, contaba el depo-

sitante con la *actio depositi directa*, creada *in factum* por el pretor, y posteriormente convertida en *in ius ex fide bona*, en el derecho imperial. El depositario, a su vez, podía ejercer la *actio depositi contraria* por las eventuales obligaciones que el contrato pudiera generar para el depositante. Por su intermedio le era permitido resarcirse de los gastos que hubiere realizado y de los daños provocados por la cosa entregada en depósito.

El derecho romano conoció figuras especiales de depósito: el *depósito necesario*, el *depósito irregular* y el *secuestro*.

Había *depósito necesario*, llamado también *miserable*, cuando se constituía en caso de necesidad nacida de una calamidad pública o privada, como un incendio, un tumulto o un naufragio. En la hipótesis, no siendo libre la elección del depositario, si éste no restituía las cosas entregadas a su custodia, era condenado al doble de su valor. Era *depósito irregular* el que tenía por objeto dinero u otras cosas fungibles que podía consumir el depositario, quien quedaba obligado a restituir otras tantas cosas del mismo género y calidad. Esta modalidad especial de depósito, que aplicaron generalmente los banqueros, no se diferenciaba esencialmente del mutuo. Se presentaba la figura del *secuestro* (*in sequestre est depositum*) cuando el depósito lo hacían conjuntamente varias personas que convenían en que la restitución de la cosa se hiciera efectiva a una de ellas una vez que se verificaran ciertas condiciones, por ejemplo, la finalización de un litigio. En este depósito especial, el secuestratario no era un mero detentador de la cosa, pues tenía la *possessio ad interdicta* y su obligación de restituirla podía hacerse efectiva por una acción particular, la *actio sequestraria*.

d) ***La prenda.*** La convención en virtud de la cual una persona, el pignorante, entregaba a otra, el pignoratario, la posesión de una cosa corporal para garantizar una deuda propia o ajena, con la obligación de quien la recibía de conservarla y restituirla cuando el crédito hubiera sido satisfecho, constituyó el contrato de prenda (*pignus*).

Hemos hablado ya de la prenda como derecho real de garantía. Aquí traemos en consideración el vínculo contractual por el cual el pignoratario, llamado acreedor pignoraticio, en cuanto titular del crédito garantizado, se obligaba a restituir la cosa y por

ello llegaba a ser al mismo tiempo deudor de la cosa en relación al pignorante.

Elemento constitutivo de la obligación que generaba la prenda era la *datio*, que transfería la posesión, la que podía ser defendida por interdictos por el pignoratario que, sin embargo, estaba impedido de hacer uso de la cosa, pues incurría en *furtum usus*. El pignoratario respondía por la conservación del bien prendado hasta la culpa leve, y producida la extinción del crédito garantizado tenía que restituirla con todas las accesiones y los frutos producidos, a no ser que éstos hubieran sido computados a cuenta de los intereses y del capital del crédito garantizado (*anticresis*). Ya hemos visto, al hablar de la prenda como derecho real de garantía, cómo se regulaba la relación entre deudor y acreedor en caso de incumplimiento de la obligación.

La prenda, que pertenecía a la categoría de los contratos reales, porque se perfeccionaba por la entrega de la cosa del pignorante al pignoratario y de buena fe, dada la amplitud del arbitrio judicial para apreciar lo convenido por las partes, era sinalagmático imperfecto, por cuanto la única obligación que engendraba correría a cargo del pignoratario y consistía en devolver la cosa una vez que se hubiera satisfecho su crédito, pero a la vez podía exigir del pignorante el pago de los gastos necesarios que hubiera realizado en la conservación del bien prendado. Para lograr el cumplimiento de tales obligaciones el pignorante contaba con la *actio pignoraticia directa* y el pignoratario con la *actio pignoraticia contraria*.

§ 134. Los contratos consensuales. – Las convenciones que se perfeccionaban por el mero consentimiento de las partes, aquellas para cuya validez era suficiente la sola voluntad de los contrayentes con independencia de la forma en que esa voluntad se manifestara, integraban en Roma la categoría de los contratos consensuales (*solo consensu contrahitur obligatio*).

El valor del mero consentimiento como elemento constitutivo de un contrato o como *causa civilis* suficiente para que nacieran obligaciones protegidas por *actiones civiles*, fue reconocido durante toda la época clásica únicamente para cuatro figuras típicas nacidas al amparo del *ius gentium*, a saber: la compraventa (*emptio venditio*), la locación o arrendamiento (*locatio conductio*), la sociedad (*societas*) y el mandato (*mandatum*).

a) ***La compraventa.*** La convención por la que una de las partes, el vendedor (*venditor*), se obligaba a transmitir al comprador la posesión de una cosa y asegurar su pacífico goce, en tanto éste asumía la obligación de entregar en propiedad un precio en dinero, constituyó el contrato consensual de compraventa (*emptio venditio*).

Para entender la compraventa tal como se configuró en el derecho romano, hay que tener presente que el contrato no implicaba la transferencia de la propiedad de la cosa vendida, sino que generaba tan sólo dos obligaciones recíprocas: en el vendedor, transmitir la posesión de la cosa, asegurando su pacífico uso y goce (*habere licere*); en el comprador, transferir la propiedad del dinero que pagaba como precio (*pretium*). No nacía, pues, a favor del adquirente un derecho real, ya que la obligación de transmitir y la efectiva transmisión se producían independientemente, una vez celebrado el contrato, mediante la forma de la *mancipatio*, *in iure cessio* o *traditio*.

Los antecedentes históricos de la compraventa son poco conocidos. Antes de ser reconocida como contrato consensual, los contratantes se habrían valido, para lograr consecuencias jurídicas, del rito de la primitiva *mancipatio*, que tenía el inconveniente de no permitir las ventas a crédito. Su designación con dos palabras –*emptio venditio*– permite suponer que el antecedente de la compraventa debió encontrarse en la realización de dos *stipulationes*, una para fijar las obligaciones del comprador, otra para las del vendedor. Esta práctica habría correspondido al típico espíritu del derecho primitivo, que construía una relación bilateral con dos relaciones unilaterales.

La compraventa fue un contrato consensual, pues bastaba para su conclusión el solo acuerdo de voluntades de las partes. Era bilateral o sinalagmático perfecto, porque engendraba obligaciones recíprocas para ambos contrayentes. Tenía carácter oneroso, ya que cada prestación encontraba su equivalente en la otra, y conmutativo, pues en principio las ventajas que acarreaba eran ciertas para las partes desde el nacimiento de la convención. Se caracterizaba también por ser un contrato de buena fe, dada la amplitud de los poderes de apreciación del juez para interpretar las obligaciones que correspondían a comprador y vendedor.

Para que el contrato de compraventa tuviera eficacia se requería la concurrencia de elementos generales necesarios a toda relación contractual –capacidad de las partes y mutuo consentimiento–, y otros específicos de esta convención: los concernientes a la cosa vendida y al precio.

En lo referente a la capacidad, obviamente, se exigía capacidad de obrar, esto es, aptitud legal en las partes para enajenar. No podían, por tanto, celebrar válidamente una compraventa los incapaces de obrar, ya fuera la incapacidad absoluta o relativa. Por razones especiales la legislación romana creó incapacidades de derecho para comprar o vender de las que estaban afectadas ciertas personas que se encontraban en circunstancias particulares. Así, los tutores y curadores respecto de los de sus pupilos y los padres en lo concerniente a los bienes de sus hijos, a menos que se tratara de aquellos bienes que integraban el peculio castrense o cuasicastrense, sobre los cuales el *filius* tenía la libre administración. Incapacidad de derecho fue también la del gobernador de provincia, al que no le estaba permitido adquirir inmuebles, sitos en el territorio en que cumplía sus funciones.

Por lo que respecta el consentimiento, podía manifestarse de cualquier modo, sin solemnidad alguna, expresa o tácitamente, entre ausentes, por carta, por mandato y hasta por un *nuntius*. Sin embargo, se hizo práctica corriente que la compraventa se confirmara con documentos escritos que al principio tuvieron mera función probatoria. En la época postclásica, si se había convenido realizar el acto escrito, la venta sólo se perfeccionaba cuando se cumplía tal exigencia.

En cuanto al objeto de la compraventa, o mercancía (*merx*), podía ser cualquier cosa mueble o inmueble, corpórea o incorpórea, presente o futura que estuviera *in commercio* En relación con las cosas incorpóreas se reconoció como válida la compraventa de una servidumbre predial, del usufructo, de una herencia ya adquirida por el heredero y de un crédito, mediante la correspondiente cesión.

También se admitió la eficacia de la venta de cosa futura, ya fuera bajo la condición de que la cosa llegara a existir (*emptio rei speratae*), en cuyo caso solamente se pagaba el precio, como ocurría si se compraba la cosecha próxima de un fundo, o incondicionalmente (*emptio spei*), de suerte que había que pagar el precio

aunque no sobreviniera la existencia de la cosa, como acaecía con la pesca que se recogería echando la red.

Por lo que concierne al precio, debía consistir en una suma de dinero, contrariamente a la idea de los sabinianos, que estimaban que cualquier cosa podía ser dada como *pretium*. Tenía que ser cierto (*certum*), es decir, determinado o determinable. La determinación no podía quedar librada a la voluntad exclusiva del comprador o del vendedor, porque entonces la venta era nula. En el derecho justinianeo se admitió que se la remitiera al arbitrio de un tercero, en cuyo caso el contrato se consideraba condicionado, de suerte que si el tercero no fijaba el precio, el negocio no se perfeccionaba, por no cumplirse la condición. En el derecho clásico se exigió, además, que el precio fuera verdadero (*verum*), esto es, no simulado. Así, no había venta, sino donación, cuando el vendedor convenía con el comprador en que no le exigiría el precio.

Durante mucho tiempo, incluso en el derecho clásico, no se exigió que el precio fuera justo (*iustum*), esto es, proporcionado al valor de la cosa, siempre que no existiera ánimo doloso y la venta no se la hubiera realizado por un precio irrisorio que encubriera una donación prohibida, como solía ocurrir entre los cónyuges. Por una constitución de Diocleciano, sin embargo, se dispuso que cuando se vendiera un inmueble por una cantidad inferior a la mitad de su justo valor (*laesio ultra dimidium*), el vendedor podía obtener la rescisión de la venta, a menos que el comprador pagara el complemento hasta el justo precio. Vemos así que fue el derecho romano el que introdujo el instituto de la "lesión" como causa de rescisión del contrato de compraventa de bienes inmuebles, para el caso de que hubiera ruptura del equilibrio económico entre los contratantes, presumiéndose que tal situación obedecía a un estado de necesidad.

Perfeccionado el contrato de compraventa con el consentimiento de las partes, los riesgos por la pérdida o deterioro que la cosa experimentara por su propia naturaleza o por caso fortuito pesaban sobre el comprador (*periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet*), que quedaba obligado a pagar el precio aun cuando el bien se hubiera perdido antes de la entrega y aunque el vendedor no fuera su propietario. Por tanto, la clásica regla de que las cosas se pierden para su dueño (*res perit domino*) se alte-

raba en materia de compraventa por el principio *res perit emptori*. Como compensación por el hecho de que el *periculum* corría a cargo del comprador, el *commodum*, es decir, los incrementos que el objeto hubiera experimentado antes de su entrega, lo beneficiaban. Sin embargo, cuando fueran cosas fungibles, todavía no separadas de las del vendedor, el riesgo recaía sobre éste hasta el momento de la separación.

De la compraventa –o en virtud de las obligaciones que este contrato bilateral perfecto creaba para ambos contratantes– nacían dos acciones de buena fe: la *actio empti* o *ex empto* a favor del comprador y la *actio venditi* o *ex vendito*, que se otorgaba al vendedor.

La principal obligación del vendedor consistía en entregar la cosa, entendiendo por tal la de proporcionar al comprador su pacífica posesión (*vacuam possessionem tradere*). El vendedor no se comprometía a hacer dueño del bien al que compraba, ya que la compraventa romana no fue un negocio traslativo de dominio, sino a otorgar sobre la cosa aquel poder de hecho que las fuentes designaban con la expresión *habere licere*. A la transmisión pacífica de la posesión había que agregar, por un acto posterior, la transferencia del dominio. Ésta se operaba por *mancipatio* para las *res mancipi*, utilizándose la *traditio* para las *res nec mancipi*, ya que la compraventa implicaba una *iusta causa traditionis*. En el derecho justinianeo, desaparecida la distinción entre *res mancipi* y *res nec mancipi* así como las formas solemnes de transmitir la propiedad, la *traditio* constituyó el medio idóneo de transferencia del dominio al comprador.

Al principio, entregada la cosa por el vendedor, éste no tenía ninguna otra obligación a pesar de que hubiera enajenado una cosa que no fuera propia y aunque ella hubiera sido reivindicada por el propietario (*evictio*). Sin embargo, si había realizado la *mancipatio*, su responsabilidad se hacía efectiva por la *actio auctoritatis* que aquel negocio engendraba. Para crear un vínculo de garantía que asegurara al comprador la no desposesión de la cosa, cuando no se hubiera recurrido a la *mancipatio* o se tratara de ventas de cosas *nec mancipi*, se introdujo en Roma la costumbre de añadir a la compraventa algunas *stipulationes* accesorias para el supuesto de evicción. La más común de ellas llegó a ser la *stipulatio duplae*, por medio de la cual el vendedor se obligaba a de-

volver el doble del precio en caso de que el comprador fuera privado del dominio del bien. Una evolución posterior, tendiente siempre a proteger la situación jurídica del comprador, llegó a admitir que se pudiera exigir al vendedor, mediante la *actio empti*, la garantía estipulatoria y en el derecho clásico se le otorgó la facultad de reclamar, por esta acción propia del contrato y con independencia de cualquier estipulación, el resarcimiento del daño provocado por evicción. En el derecho justinianeo subsistieron la *actio empti* y la *stipulatio duplae*, no pudiendo exceder el resarcimiento del doble del precio o del valor de la cosa.

De esta suerte quedó incorporada la garantía de evicción al contrato de compraventa, como un elemento natural del negocio que posibilitaba al comprador exigir al vendedor que interviniera en su defensa cuando un tercero pretendiera hacer valer sus derechos en juicio por vicios jurídicos de la cosa transmitida, como si ella no hubiera pertenecido al vendedor o estuviera afectada por gravámenes y tales vicios fueran anteriores a la venta. La negativa a comparecer o el éxito de la acción intentada por el tercero hacía surgir la responsabilidad por la evicción, que daba derecho al comprador a reclamar los daños y perjuicios que la privación de la cosa le hubiere irrogado.

Además de la evicción, el vendedor respondía al comprador por los vicios o defectos ocultos que la cosa pudiera presentar. También en el supuesto de vicios materiales se acostumbró, en un principio, a garantizar al comprador con *stipulationes*, frecuentemente añadidas a las de la evicción. La responsabilidad por los vicios ocultos o redhibitorios fue regulada sobre nuevos principios por los ediles curules, que tenían a su cargo la policía de los mercados. Según el edicto de los ediles, el vendedor de esclavos o de ciertos animales estaba obligado a declarar expresamente los vicios o defectos de lo que vendía y a ofrecer garantías de su inexistencia. Si así no procedía, el comprador estaba autorizado a ejercitar la *actio redhibitoria*, en el término de dos meses o la *actio quanti minoris*, en el de seis.

Por tales acciones el vendedor respondía de los vicios ocultos, tanto si los conocía y no los declaraba, como si los ignoraba. La *actio redhibitoria* tenía por efecto resolver el contrato volviendo las cosas a su estado anterior, lo cual significaba que el vendedor tenía que restituir el precio con sus intereses y el comprador

la cosa con todos sus accesorios o acrecentamientos. La *actio quanti minoris* o *aestimatoria* perseguía la reducción proporcional del precio de la cosa, acorde con la extensión o importancia de los vicios materiales que la afectaran. En el derecho clásico se admitió que el comprador pudiera valerse de la acción propia del contrato –*actio empti*– para exigir la responsabilidad por los vicios de las cosas. Por fin, el derecho justinianeo extendió las *actiones redhibitoriae* y la *quanti minoris* a la compraventa de toda clase de cosas, aun de bienes inmuebles.

Analizada la obligación del vendedor y la responsabilidad que le incumbía respecto de la cosa objeto del contrato, debemos señalar que la obligación del comprador se reducía a pagar el precio (*pretium dare*), transfiriendo la propiedad del dinero. Si el precio no se pagaba en el tiempo convenido, el comprador debía los intereses desde que la cosa le hubiera sido entregada por el vendedor, independientemente de la mora.

Es importante tener presente que a la compraventa podían agregársele algunos pactos (*pacta adiecta*), que tenían el efecto de modificar las consecuencias jurídicas ordinarias del contrato. Tales cláusulas adicionales se hacían exigibles por la *actio empti* si se hubieran concertado en favor del comprador y por la *actio venditi* si favorecieran al vendedor. Entre tales pactos se contaron los siguientes:

1) El pacto comisorio (*lex commisoria*), por el cual el vendedor tenía derecho a declarar resuelto el contrato y exigir la restitución de la cosa con sus frutos y acrecentamientos, si el comprador dejaba de pagar el precio dentro de los términos o plazos convenidos.

2) El pacto de adjudicación a término (*pactum in diem addictio*), que autorizaba al vendedor a reservarse el derecho de rescindir el contrato si dentro de un cierto término hubiera recibido una oferta mejor, como podía ser un precio más alto, un plazo más breve o mayores garantías.

3) El pacto de retroventa (*pactum de retrovendendo*), que permitía al vendedor reservarse la facultad de readquirir la cosa vendida dentro de cierto plazo por el mismo precio o por otro diferente, ya determinado, ya determinable. Cuando este pacto se establecía a favor del comprador se llamaba *pactum de retroemendo*.

4) El pacto de preferencia (*pactum protimeseos*), por el cual se otorgaba al vendedor prioridad sobre toda otra persona para el supuesto que el comprador decidiera vender la cosa.

5) El pacto a prueba (*pactum displicentiae*), mediante el cual el comprador tenía la facultad de restituir la cosa, si dentro de cierto término no resultaba de su agrado o no le interesaba ya.

6) El pacto de no enajenar (*pactum de non alienando*), por el que el comprador quedaba obligado a no enajenar a persona alguna la cosa adquirida o, en particular, a persona determinada.

7) El pacto de reserva de hipoteca (*pactum reservatae hypothecae*) que otorgaba al vendedor el derecho de gravar con hipoteca la cosa enajenada como garantía por el pago del precio o del saldo que adeudara el comprador.

b) ***La locación o arrendamiento.*** El contrato consensual de locación o arrendamiento (*locatio conductio*), cuyos orígenes es problema todavía no resuelto, no presentó en Roma figuras perfectamente individualizadas, pero merced a construcciones modernas se ha señalado que de las fuentes romanas surgen tres distintas modalidades, a saber: la locación o arrendamiento de cosas (*locatio conductio rei*), la locación o arrendamiento de servicios (*locatio conductio operarum*), y la locación o arrendamiento de obra (*locatio conductio operis*).

Abarcando las tres figuras, puede definirse la locación o arrendamiento diciendo que es el contrato consensual, sinalagmático perfecto, por el cual una de las partes se obliga a pagar a la otra un precio y ella, en cambio, a suministrar a aquélla el uso y disfrute temporal de una cosa, o a prestarle determinados servicios, o a llevar a cabo una obra. En los dos primeros casos el contratante que se obliga a pagar el precio se denomina locatario o *conductor* y el que entrega la cosa o presta los servicios se llama locador, en tanto que en la locación de obra, inversamente, locador es el contratante que paga el precio y locatario o *conductor* el que realiza la obra.

Siendo el arrendamiento un contrato bilateral que engendraba obligaciones para ambos contratantes, daba lugar a dos acciones distintas para hacer exigible las respectivas prestaciones: la *actio locati* o *ex locato*, que competía al locador, y la *actio cond-*

ducti o *ex conducto*, que se concedía al locatario. La locación era también un contrato oneroso, dado que la prestación que satisfacía una de las partes se hacía teniendo en vista la correlativa prestación de la otra; conmutativo, por cuanto las ventajas que acarreaba eran ciertas y de apreciación inmediata y de buena fe, por la amplitud de los poderes del juez para interpretar los términos del contrato.

Una aplicación particular de estas acciones puso en vigencia la jurisprudencia romana a través de la *lex Rhodia de iactu*, reguladora del contrato de transporte marítimo. Partiendo de las normas de esta ley, que acogió el complejo de principios consuetudinarios del derecho marítimo de los pueblos de la cuenca del Mediterráneo, los propietarios de las mercancías que el capitán hacía arrojar al mar (*iactus*) para aligerar la carga y salvar la nave ante el peligro de naufragio, debían ser indemnizados por el armador de ella y por los propietarios de las mercaderías salvadas. Los dueños de los productos arrojados al mar tenían a su favor la *actio locati* contra el armador, y éste disponía, a su vez, de la *actio conducti* contra los propietarios de las mercaderías salvadas del siniestro. El reparto de las pérdidas producidas por la echazón se hacía en proporción al valor del navío y del cargamento salvado.

l) ***Locación de cosas.*** El contrato de locación de cosas podía tener por objeto cualquier cosa mueble o inmueble; con tal de que no fuera consumible y, también, el ejercicio de un derecho real sobre cosa ajena, como el usufructo o la superficie. Si se daba en locación una casa, el locatario se denominaba *inquilinus*; si se trataba de un fundo, *colonus*.

La principal obligación del locador consistía en entregar la cosa al locatario o ponerla a su disposición para que la usara de conformidad con lo convenido, asegurándole su disfrute (*uti frui*) durante el tiempo establecido en el contrato, que podía ser determinado o determinable. Tal entrega no confería al locatario sino la simple detentación o *possessio naturalis* de la cosa. Empero, podía excepcionalmente ejercitar el *interdictum de vi armata*, en caso de haber sido despojado por la fuerza de las armas de la cosa arrendada.

El arrendador estaba obligado también a indemnizar al arrendatario los daños y perjuicios que hubiere experimentado si la

cosa no era apta para el uso convenido, como si presentara defectos que no fueron advertidos con anterioridad al contrato el que, en la hipótesis, podía quedar rescindido a petición del arrendatario. Igualmente, debía sufragar todos los gastos necesarios de conservación de la cosa y abstenerse de realizar en ella obras o modificaciones que impidieran o perturbaran su utilización.

Correspondía al locador, por un principio opuesto al que regía en la compraventa, pero acorde a la regla *res perit domino*, soportar el *periculum*, es decir, que si la cosa perecía por caso fortuito, no tenía derecho a exigir el precio del arriendo (*periculum est locatoris*), cargando con la merma patrimonial.

Por su parte, el locatario tenía como principal obligación la de pagar el precio (*merces*) convenido por el arriendo que, tratándose del arrendamiento de un fundo, podía consistir, no en dinero, sino en una parte de los frutos (*pars quota*). En tal supuesto se configuraba una especial locación de cosas, al menos en la idea de los clásicos, llamada *colonia partiaria*. También incumbía al locatario la obligación de usar de la cosa con la debida diligencia, pues debía restituirla al finalizar el contrato sin deterioros, salvo los provenientes del uso normal. Su responsabilidad alcanzaba a toda culpa. En el derecho clásico, si abandonaba el fundo antes del plazo convenido sin que mediara justa causa, estaba obligado al pago total de la merced. En el derecho justinianeo, la responsabilidad del locatario a este respecto se limitaba a abonar el daño efectivamente provocado al locador.

El locatario tenía derecho a la percepción de los frutos, si el locador era propietario, y podía subarrendar la cosa si no se hubiera pactado lo contrario. En el derecho clásico estaba autorizado a exigir el reembolso de los gastos necesarios realizados en la cosa, y en el derecho justinianeo, no sólo los necesarios, sino hasta los considerados útiles.

En lo concerniente a la vigencia del contrato de locación, las soluciones eran diferentes si se había convenido o no un término de duración. En el primer caso la convención se extinguía al vencimiento del plazo, salvo la llamada *relocatio tacita*, que permitía al locatario continuar en la locación más allá del término pactado, siempre que no se opusiera a ello el locador. Tratándose de fincas rústicas, la renovación tácita o tácita reconducción, como se la llama en el léxico jurídico actual, se consideraba pro-

longada por un año; en las urbanas, la prórroga no tenía una duración determinada. Cuando en el contrato no se había establecido término de vencimiento, la locación podía concluir por decisión del locador o del locatario, sin previo aviso.

No se disolvía el contrato cuando la cosa arrendada era objeto de venta y el adquirente de ella privaba de su uso al locatario. El derecho personal de éste conservaba vigencia, de manera que podía exigirle el consiguiente resarcimiento por los daños provenientes del no uso y disfrute de la cosa. Desde el punto de vista técnico-jurídico no era exacta, por tanto, la máxima "la venta rompe el arrendamiento" (*emptio tollit locatum*), como se sostenía en derecho común.

2) ***Locación de servicios.*** En la *locatio conductio operarum* la prestación consistía en poner a disposición de otro los propios servicios durante un cierto tiempo, a cambio de una remuneración en dinero (*merces*). Tenía por objeto servicios de carácter manual análogos a los que prestaban los esclavos (*operae illiberales*). Quedaban excluidos, por ende, de esta relación contractual las profesiones o artes liberales, como la del abogado, el médico, el maestro, que en Roma se ejercieron durante mucho tiempo en forma gratuita. La reclamación de una recompensa que se llamó *honorarium* o *munera*, sólo fue posible en el derecho imperial por la *cognitio extra ordinem*.

En la locación de servicios el locador tenía que realizar personalmente las *operae* convenidas, y de ahí que su obligación no se transmitiera a sus herederos. La obligación del locatario consistía en el pago del precio pactado y pasaba a sus herederos, por lo cual la muerte no extinguía la relación establecida contractualmente.

3) ***Locación de obra.*** La *locatio conductio operis* era la especie de locación por la que una persona se comprometía a realizar una obra o un trabajo determinado mediante el pago de un precio en dinero. Objeto del contrato no era el trabajo en sí, sino su resultado, o sea, su producto ya acabado. Esta convención presentaba la modalidad antes señalada de que la persona que contrataba la obra era el locador, en tanto que quien la ejecutaba era el locatario.

El concepto de obra (*opus*) era muy amplio y podía consistir en la transformación, manipulación, reconstrucción, limpieza,

transporte de la cosa y hasta en la instrucción de un esclavo. Presupuesto del contrato era que la obra se realizara con materiales suministrados por el locador, es decir, por el que la encargaba; pues si ellos pertenecieran al locatario se configura una compraventa, según la opinión prevaleciente en las fuentes romanas.

La obra había que realizarla en el término convenido, sin importar si era fruto del trabajo personal del operario, ya que si su naturaleza lo permitía podía hacerla ejecutar por otro o subarrendarla. Cabía, no obstante, que el contrato se hubiera celebrado en atención a las cualidades técnicas del locatario, en cuyo caso tenía que realizar personalmente la obra. En esta hipótesis, la muerte del obrero determinaba la extinción del contrato.

El pago del precio había de hacerse, de no mediar convención en contrario, a la conclusión de la obra. Pesaba también sobre el locador la obligación de resarcir al locatario por los daños que le hubieren irrogado las cosas que le entregaba para la ejecución del *opus*. Salvo los casos de culpa propia, o de haber probado ya la obra, el que había encargado hacerla no soportaba los riesgos de la cosa. El *periculum* corría a cargo del contratista o locatario hasta el momento de la entrega. Empero, quedaba exento de responsabilidad cuando la cosa perecía por fuerza mayor.

c) ***La sociedad.*** La convención en virtud de la cual dos o más personas –los socios (*socii*)–, se obligaban recíprocamente a poner en común ciertas cosas, bienes o actividades de trabajo, para alcanzar un fin lícito de utilidad igualmente común, llamábase en Roma sociedad (*societas*).

La sociedad, tal como llegó a configurarse en el derecho justinianeo, habría sido el resultado de la fusión de varias instituciones distintas, tanto en sus orígenes como en sus fases históricas. Tales fueron la *societas omnium bonorum*, que derivaba del antiguo consorcio agnaticio de los *filiifamilias* que se mantenían unidos al morir el *pater*; la *politio*, contrato con el *politor* o agrónomo, encargado de dirigir los cultivos de un fundo con derecho a participar en una cuota de las ganancias, y la *societas quaestuariae* o mercantil, que tenía fines de lucro y que habría sido introducida por el derecho de gentes bajo la influencia griega.

Como las anteriores figuras consensuales, la sociedad era un contrato sinalagmático perfecto, de buena fe, oneroso y conmuta-

tivo, que requería para su formación la presencia de ciertos elementos especiales. Entre ellos se contaban la reunión de dos o más personas con intención de constituir una sociedad, sus recíprocas aportaciones y un objeto común y lícito.

Elemento primordial, que hacía a la esencia de la sociedad, era la voluntad o intención común de los socios de darle nacimiento y mantenerla como tal. Este requisito, que servía para distinguir la sociedad de la indivisión de bienes, llamábase *affectio societatis* o *animus coeundae societatis*.

Se exigía también que cada contratante cumpliera la obligación de efectuar las aportaciones prometidas. Éstas podían ser de diferente naturaleza, pues uno podía aportar bienes y otro prestaciones de trabajo, y de desigual significación entre socio y socio, no pudiendo faltar respecto de ninguno de ellos, porque entonces la relación pasaba a ser una donación. Los bienes aportados podían consistir en cosas, créditos o uso de cosas. Si el aporte era de cosas, tenía que transmitirse su dominio por *mancipatio*, *in iure cessio* o *traditio*.

Era menester además la licitud e interés común del fin perseguido por la sociedad, lo cual significa que no debía ser contrario a las leyes, la moral o las buenas costumbres, bajo pena de nulidad. El interés común de los contratantes se exteriorizaba por la participación que debía corresponderles en las ganancias y las pérdidas, lo cual no era óbice para que se distribuyeran en diversas medidas, según los términos del contrato. A falta de acuerdo sobre el particular, la distribución era igualitaria, cualquiera que fuera la proporción de los aportes. Fue cuestión controvertida la relativa a si un socio podía obtener más ganancias y sufrir menos pérdidas que los demás. Quinto Mucio lo consideró contrario a la naturaleza del contrato, en tanto Servio Sulpicio se pronunció a favor de tal posibilidad y su opinión llegó a prevalecer (Gayo, 3, 149). No se admitía, porque contrariaba la necesaria comunidad del fin, que un socio compartiera únicamente las pérdidas y no también las ganancias (*societas leonina*).

El derecho romano reconoció la existencia de diversas clases de sociedad. Así, atendiendo a la índole de las aportaciones, podían ser: *societas rerum*, si se aportaban bienes; *operarum*, cuando se ponían en común actividades, y *mixtae*, si ambas cosas. Teniendo en cuenta la extensión de los aportes, se dividían en *so-*

cietas omnium bonorum, cuando los socios cedían su patrimonio con todos los bienes presentes y futuros, y *societas unius rei*, si las contribuciones eran de cosas determinadas y efectuadas en vista a una sola actividad. De acuerdo con el fin que persiguieran los contratantes, se clasificaban en *societates quaestuariae* y *non quaestuariae*, según tuvieran o no por objeto obtener lucro de los negocios sociales.

La administración de la sociedad correspondía, en principio, a todos los socios. Sin embargo, cabía que uno de ellos actuara como mandatario o gestor, en cuyo caso los negocios realizados en tal carácter sólo producían efectos para el socio gerente, por virtud del sistema de representación indirecta que adoptó la legislación romana. En el supuesto era necesaria una cesión para que los efectos del negocio realizado alcanzaran a los demás consocios. Cada socio estaba obligado a incorporar al patrimonio social todo lo adquirido, debiendo indemnizársele por los gastos o pérdidas sufridas en interés del negocio común. Los terceros que hubieran contratado con un socio no podían dirigirse contra los demás, a no ser que el contratante hubiera vertido los ingresos en la sociedad.

La responsabilidad de cada uno de los socios hacia sus respectivos consocios, que en el derecho clásico se restringía únicamente al dolo, se extendió hasta la culpa *in concreto* en el derecho justinianeo. Mediante una acción de buena fe, la *actio pro socio*, se hacían valer las obligaciones recíprocas de los miembros de una sociedad. Se trataba de una acción general de rendición de cuentas que llevaba aparejada la tacha de infamia para el socio que hubiera sido condenado, debiéndose advertir que el demandado podía oponer al ejercicio de la acción el llamado *beneficium competentiae*. Para la división del patrimonio común no era idónea la *actio pro socio*, por lo cual había que ejercitar a tal efecto la *actio communi dividundo*.

Causas de extinción de la sociedad fueron las siguientes: *ex personis*, por muerte o *capitis deminutio maxima* o *media* de uno de los socios; *ex rebus*, por la pérdida o declaración de incomercialidad de la cosa objeto de la sociedad y por haberse agotado su fin o tornado ilícito; *ex voluntate*, por acuerdo común de los socios o por renuncia no intempestiva ni dolosa de uno de ellos y por haber expirado el plazo; *ex actione*, por transformación de

cipadas debiendo, asimismo, asumir las obligaciones pasivas que hubiera contraído para el cumplimiento del mandato.

Del contrato de mandato nacían dos acciones, la *actio mandati directa*, a favor del mandante contra el mandatario, y la *actio mandati contraria*, para que el mandatario demandara al mandante. La condena en la primera de estas acciones tenía carácter infamante.

Por lo que respecta a la extinción del mandato, podía tener lugar por causas nacidas voluntariamente, ya por acuerdo de partes, ya por decisión unilateral; o por causas necesarias, ajenas a la voluntad de los contratantes. Entre las causas voluntarias se contaba el mutuo acuerdo de los contrayentes, forma común de extinguir los contratos que se perfeccionaban *solo consensu*. Igual efecto producía la renuncia del mandatario, pero ésta no debía ser intempestiva ni perjudicial para el mandante, porque en tal caso el renunciante respondía por los daños y perjuicios. También el mandato se extinguía por revocación expresa efectuada por el mandante, teniendo ella efecto respecto del mandatario y de los terceros desde que fuera conocida por ellos. La revocación podía ser igualmente tácita y se exteriorizaba por la intervención directa del mandante en el negocio encargado al mandatario o por la designación de otra persona para realizarlo en adelante. Entre las causas necesarias de cesación del mandato deben citarse el vencimiento del plazo convenido por las partes y el cumplimiento de la condición a que estaba sujeto el contrato. Se extinguía, además, necesariamente, por muerte del mandante o del mandatario. Sólo en el derecho justinianeo se reconoció validez al mandato consistente en una gestión que había de cumplirse después de la muerte del mandante (*mandatum post mortem*).

§ 135. Los contratos innominados. – Hemos adelantado que integraban el sistema contractual romano, además de las cuatro categorías típicas estudiadas, otras convenciones que los intérpretes han denominado contratos innominados, que podemos definir diciendo que son relaciones, no sancionadas por el derecho civil, en las que una de las partes ha entregado a la otra una cosa o ha realizado a su favor una prestación de distinta índole, y ésta a su vez, se ha obligado a realizar, en cambio, otra prestación convenida.

Categoría del más variado contenido estos atípicos contratos innominados eran convenciones que producían obligaciones y se transformaban en contrato cuando una de las partes había cumplido la prestación a la cual se había obligado, momento en que el otro contratante tenía que cumplir su respectiva contraprestación. Esto aproximaba los contratos innominados a los que se perfeccionaban *re*, en los cuales la obligación nacía de la prestación ejecutada por un sujeto; pero se diferenciaban de ellos, no sólo por su origen histórico, sino especialmente porque tenían por fin obtener una cosa distinta de la entregada y hasta otra prestación de cualquier naturaleza.

La calificación de contratos innominados no quiere decir que algunos de ellos, al menos, no tuvieran una denominación particular, como sucedía con la permuta y el precario. Ocurrió que no fueron reconocidos como figuras típicas, es decir, como institución contrapuesta a los clásicos contratos nominados del derecho romano que estuvieron provistos de una acción especial para cada relación, la que, a diferencia de la acción general que engendraban los contratos innominados, tenía su propio nombre (*proprium nomen* o *propria apellatio*). La designación de "innominado" deriva, pues, de la falta de nombre particular de la acción que tutelaba a cada contrato innominado.

Las innumerables hipótesis de estos contratos fueron reunidas en un fragmento del Digesto atribuido al jurisconsulto Paulo (Dig. 19, 5, 5) en cuatro grupos, atendiendo al diferente contenido de las recíprocas prestaciones a que podían obligarse las partes: "doy para que des" (*do ut des*), que se presentaba cuando se transmitía una cosa para recibir otra; "doy para que hagas" (*do ut facias*), si se transmitía una cosa a cambio de una actividad; "hago para que des" (*facio ut des*), en la que inversamente a la anterior se realizaba una actividad para obtener la transmisión de una cosa y "hago para que hagas" (*facio ut facias*), cuando ambas prestaciones consistían en un hacer.

Por mucho tiempo los acuerdos de voluntades que no ensamblaban como figuras típicas reconocidas por el derecho romano no tenían el carácter de *contractus*. De ahí que no naciera una *actio* mediante la cual la parte que hubiera satisfecho la prestación convenida pudiera exigir a la otra el cumplimiento de su correspondiente contraprestación, en espera y como compensación

de la cual había realizado la primera. Como tal situación llevaba a un enriquecimiento injusto del contratante incumpliente, violando así la más estricta equidad, la legislación romana arbitró remedios que fueron modificando tales principios.

Cuando el negocio tenía por objeto una *dare*, esto es, la entrega de una cosa, fue posible constreñir a la parte que había dejado de cumplir la prestación debida, a restituir la cosa mediante la *condictio ob causam datorum*, que el *Corpus Iuris* llamó después, *condictio causa data causa non secuta*. Si la prestación consistía en un *facere*, no habiendo modo de restituir un hecho ya realizado, se pudo obtener el resarcimiento del perjuicio causado por el incumplimiento mediante el ejercicio de la *actio doli*. Se dio todavía otra defensa a la parte cumplidora, la *condictio ex poenitentia*, que la autorizaba a desistir unilateralmente de la convención y a reclamar su prestación, cuando la otra parte no hubiera cumplido la suya, aunque no mediara culpa.

Estos medios jurídicos, si bien evitaban que la parte incumpliente obtuviera una injusta ventaja patrimonial, tenían el inconveniente de que no daban eficacia a la convención realizada, pues retrotraían las cosas al estado que tenían al tiempo de su celebración. Con ello no se satisfacía el interés del contratante que había cumplido su prestación y que, seguramente, celebraba el contrato movido por los beneficios que había de reportarle la contraprestación prometida. Por esta razón, en la época postclásica o, más probablemente, en la compilación justinianea, se dotó a los contratos innominados de una acción general encaminada a obtener la contraprestación debida o a procurar la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios, cuando el cumplimiento de la obligación fuera imposible.

Esta acción genérica nacida para tutela de los contratos innominados recibió el nombre de *actio praescriptis verbis*, pero en las fuentes justinianeas se la denomina también *actio civilis*, *actio in factum*, *actio civilis in factum*, *actio incerti*, *actio civilis incerti*. La variedad de designaciones viene a confirmar la idea de que un crecido manipuleo de manos de origen postclásico y bizantino habría intervenido en la creación de la acción tuteladora de las relaciones nacidas de los contratos innominados, cuya denominación *praescriptis verbis* obedecía al hecho de que en la fórmula, dada la configuración anómala del negocio que se trataba de proteger, se

suplía la falta de un nombre específico, por una breve descripción inicial (*praescriptio*).

A partir del otorgamiento de esta acción, que hizo que los contratos innominados integraran el sistema contractual romano, la parte que había cumplido la prestación tenía la posibilidad de elegir entre la ejecución y la resolución del vínculo obligacional, alternativa que no se ofrecía en los contratos nominados. Podía además, exigir la repetición de la prestación cumplida valiéndose de la *condictio causa data causa non secuta*, o, por fin, desistir unilateralmente de la convención por el ejercicio de la *condictio ob poenitentiam*.

§ 136. PRINCIPALES CONTRATOS INNOMINADOS. – La variedad de figuras que cabían dentro de los contratos innominados, ya que eran tales todas las convenciones de prestación mutua en las que una de las partes había ejecutado la que a ella le competía –siempre que no se tratara de alguno de los contratos nominados–, torna difícil efectuar una enumeración completa y sistemática de tales convenciones.

Ello nos lleva a considerar algunos de los casos más típicos de contratos innominados, como el cambio o permuta (*permutatio*), el contrato estimatorio (*aestimatum*) y el precario (*precarium*), dejando de lado otras convenciones como la donación *sub modo*, la transacción, algunas formas de constitución de dote, etc., que se estudiarán juntamente con instituciones con las cuales tienen un mayor punto de contacto.

a) *La permuta.* El negocio por el cual una parte transfería la propiedad de una cosa a la otra para que ella, a su vez, le transfiriera la propiedad de otra cosa, constituyó el contrato innominado de cambio o permuta.

Por lo que hace a la naturaleza jurídica del contrato, los sabinianos consideraban que la permuta era una especie de compraventa; sin embargo, prevaleció la tesis negativa de los proculeyanos. Profunda era, en efecto, la diferencia entre las dos instituciones, principalmente porque en la compraventa el comprador tenía que pagar al vendedor un precio cierto en dinero. Además, por tratarse de un contrato consensual, la venta se perfeccionaba por el solo consentimiento de las partes, en tanto la permuta exigió, para alcanzar el rango de *contractus*, la transmisión del dominio de una cosa

por uno de los permutantes y la transferencia de otra cosa en propiedad, como contraprestación, por el otro contratante. A pesar de estas desemejanzas se aplicaron a la permuta los principios de la compraventa sobre evicción, vicios ocultos y riesgos. En el derecho justinianeo la permuta adquiere el rango de contrato innominado *do ut des* y está provista, por ende, de la *actio praescriptis verbis*.

b) ***El "aestimatum".*** El negocio mediante el cual el propietario de una cosa, después de evaluarla o estimarla, la consignaba a otra persona a fin de que la vendiese y pagara el precio o la restituyera en caso de que la venta no se efectuara, ha sido llamado por los comentaristas contrato estimatorio o *aestimatum*.

Se discutió en la jurisprudencia clásica si el *aestimatum* configuraba una venta, un mandato o un arrendamiento de cosas o de obras, con todos los cuales presentaba ciertas semejanzas. Fue en el derecho justinianeo donde alcanzó la categoría de contrato innominado a través de la concesión de la *actio praescriptis verbis*, calificada para el caso de *aestimatoria*, acción por la cual se podían hacer exigibles las obligaciones provenientes del negocio.

c) ***El precario.*** La convención por la que una persona concedía gratuitamente a otra el uso de una cosa corporal o incorporal, propia o ajena, que se obligaba a restituir o a cesar en el uso de ella a petición del concedente, configuró el contrato innominado de precario.

La posesión del precarista que se negaba a devolver la cosa a requerimiento de la otra parte, se consideraba una posesión viciosa. Esto determinó que se concediera un interdicto especial, el *interdictum de precario*, por cuyo medio el concedente podía recuperar la posesión de la cosa, sin perjuicio de la acción reivindicatoria que le competía en cuanto era propietario. De esta suerte, de la relación que el precario creaba entre las partes no nacían efectos obligatorios. Éstos fueron reconocidos sólo en el derecho justinianeo cuando la institución entró en la categoría de los contratos innominados, pudiendo entonces el concedente exigir el cumplimiento de la obligación del precarista de restituir la cosa dada en uso, mediante la *actio praescriptis verbis*.

Al acordarse al precarista el uso y goce gratuito de una cosa, como ocurría con el comodatario, el contrato innominado de precario y el real de comodato se presentaban como figuras semejan-

tes. Empero, había entre ellos diferencias notorias que distinguían a ambos contratos. Así, podían darse en precario cosas corporales e incorporales, mientras estas últimas no eran objeto del comodato. El precarista tenía una *possessio civilis* sobre la cosa, con todos los efectos jurídicos que tal posesión acarreaba, en tanto el comodatario sólo gozaba de una *possessio naturalis*, que le daba la detentación de la cosa hasta el vencimiento del contrato. Además, el precarista carecía de una acción "contraria", como la que podía ejercitar el comodatario, a fin de resarcirse de los gastos que hubiera realizado para conservar la cosa.

§ 137. Los PACTOS. – El acuerdo de voluntades entre dos o más personas realizado sin formalidad alguna (*duorum pluriumve in idem placitum et consensus*), llámase en las fuentes romanas pacto (*pactio*, *pactum* o *pactum conventum*) (Dig. 2, 14, 1, 1). Según el antiguo derecho, tales acuerdos sólo podían generar *obligatio* si se los realizaba en las formas prescriptas por el *ius civile* o por las causas reconocidas por el *ius gentium*. De lo contrario, los simples pactos, llamados pactos desnudos (*nuda pacta*), carecían de efectos jurídicos, es decir, no engendraban obligaciones civilmente exigibles al no estar provistos de acción (*nuda pacta obligationem non pariunt*).

Afirmado como preponderante en las relaciones obligacionales el elemento subjetivo, esto es, la *voluntas*, el *consensus*, se fue reconociendo cierta protección a los pactos que no fuesen contra las leyes o en fraude a una de las partes, concediendo una excepción, la *exceptio pacti conventi*, en favor del contratante cuando la otra parte hubiera demandado judicialmente en contradicción con el acuerdo celebrado. Así, el pacto llega a caracterizarse esencialmente por su eficacia procesal negativa y bajo este aspecto los jurisconsultos afirman *nuda pacta obligationem non pariunt, sed pariunt exceptionem*. Tal defensa procesal podía hacerse valer cuando el pacto se adhería a un contrato de buena fe, pudiendo concluírselo en el momento del contrato (*in continenti*) o posteriormente (*ex intervallo*). Nacieron así los llamados pactos agregados o adjuntos (*pacta adiecta*), que tuvieron igual eficacia jurídica que los contratos a los cuales estaban adheridos y que contaban para su tutela, no sólo con la *exceptio pacti conventi*, sino también con la acción emergente del contrato principal.

Más adelante el pretor, mediante su potestad jurisdiccional, concedió una acción, por lo común *in factum*, con objeto de garantizar la protección de las relaciones que tenían su fundamento sólo en el acuerdo de las partes, independientemente de la existencia de un contrato al cual se los hubiera agregado. Se crearon por este conducto los llamados pactos pretorios (*pacta praetoria*).

Esta evolución se continúa en el derecho imperial, que reconoció fuerza obligatoria, por medio de constituciones imperiales, a ciertos acuerdos de voluntades que se concertaban por pacto y que hasta entonces habían estado desprovistos de tutela legal. Se otorgó a tales convenios una acción especial para exigir su cumplimiento, la *condictio ex lege*, lo cual hizo que tales pactos se denominaran legítimos (*pacta legitima*).

La atribución de eficacia jurídica a los pactos por los medios señalados hace nacer la categoría que los comentaristas denominaron pactos vestidos (*pacta vestita*), por oposición a los que carecían de tutela procesal. En el derecho justinianeo, cima de esta evolución, la figura del *nudum pactum* se conserva por respeto a un principio tradicional, llegándose a admitir que la parte que había satisfecho la prestación nacida de un pacto podía, si faltaba una acción particular que protegiera la relación, exigir la contraprestación debida por medio de la *actio praescriptis verbis*, ya que el pacto valía también como contrato innominado.

a) ***"Pacta adiecta"***. Se trataba de acuerdos complementarios añadidos a un contrato, normalmente de buena fe, ya para agravar las obligaciones de una de las partes (*ad augendam obligationem*), ya para disminuirlas (*ad minuendam obligationem*). Por vía de *exceptio*, los deudores demandados podían hacer valer aquellos pactos que modificaban favorablemente sus obligaciones, ya hubieran sido agregados *in continenti*, ya *ex intervallo*.

Además de la eficacia que otorgaba la *exceptio pacti conventi*, los pactos adicionados *in continenti* a un contrato de buena fe –no *ex intervallo*–, se hacían exigibles por la acción propia del contrato. En los *iudicia bonae fidei* el juez estaba obligado a apreciar *ex fide bona* las obligaciones recíprocas de las partes y, por tanto, la acción misma del contrato aseguraba la ejecución del pacto, siempre que no tuviera por objeto eliminar o restringir el derecho, sino aumentar las consecuencias de la relación jurídica, ampliando o modificando

el contenido de la acción. En el derecho justinianeo se aplicó también el mencionado principio a los pactos *in continenti* que fueran insertos en los contratos de derecho estricto.

Los pactos *ex intervallo* continuaron teniendo como única vía idónea para su eficacia la *exceptio pacti conventi*, que lógicamente no era utilizable cuando se trataba de pactos que agravaban la obligación contractual, caso en el cual el deudor carecía de interés en hacerlos valer. Su exigibilidad hubiera sido posible por medio de una *actio*, pero a diferencia de los pactos agregados *in continenti*, no se les otorgó la respectiva acción contractual.

Variadísimas relaciones jurídicas cabían dentro de los *pacta adiecta*, pero las principales fueron las que se adherían a la compraventa, que ya citamos al estudiar el mencionado contrato.

b) ***"Pacta praetoria".*** Nacidos del poder jurisdiccional del pretor que concedió *actiones in factum concepiae* para exigir su cumplimiento, los pactos pretorios tuvieron fuerza obligatoria, no sólo para engendrar derechos de créditos, sino también para constituir derechos reales, como ocurrió con el *pactum hypothecae*. No obstante algunas discrepancias doctrinarias respecto de las figuras que entraban dentro de la categoría de los pactos pretorianos, entendemos que pueden considerarse tales el *constitutum*, los *recepta* y el juramento voluntario, ya que dichos acuerdos de voluntades generaban obligaciones tuteladas por el pretor.

1) ***El "constitutum".*** Era la promesa de pagar, dentro de cierto tiempo, una suma de dinero o una cantidad de otras cosas fungibles, que ya adeudaba el promitente (*constitutum debiti proprii*) o que debía un tercero (*constitutum debiti alieni*). Los efectos de la promesa se supeditaban a la existencia de la obligación en cuya virtud se formulaba, sin importar que estuviera ella amparada por una acción civil o pretoria. El *constitutum* acumulaba una *actio iure praetorio*, la *actio de pecunia constituta*, a la acción protectora de la precedente obligación, de forma que ésta no era sustituida por la que nacía de aquél. Empero, satisfecha una de las deudas, se extinguía también la otra.

2) ***El "receptum".*** Este negocio se presentaba cuando una de las partes asumía una responsabilidad por medio de un pacto. Así, el *receptum arbitri*, en el que una persona se comprometía a decidir como árbitro una controversia; el *receptum argentarii*, por

el cual un banquero se obligaba a pagar una suma de dinero por un cliente y el *receptum nautarum, cauponum et stabularium*, en el que el armador de un navío (*nauta*), posadero (*caupo*) o el encargado de cuadras o caballerizas (*stabularius*) asumían una responsabilidad particular por la sustracción o el daño de las cosas a ellos confiadas. Estas modalidades de *receptum* fueron tuteladas por el pretor, a través del edicto, al conceder una acción para exigir las obligaciones a las que se había comprometido el contratante. Es probable que el *receptum arbitri* no hiciere nacer una acción y que la obligación de pronunciar el fallo diera lugar a una multa o embargo de los bienes del árbitro.

3) ***El juramento voluntario.*** La figura del juramento voluntario (*iusiurandum voluntarium*) se presentaba cuando las partes en litigio decidían dirimirlo haciéndolo depender de la fe del juramento de una de ellas. Este pacto podía exigirse mediante una *actio in factum* y daba lugar también a una *exceptio* para enervar la acción que intentaba hacer valer quien había prestado el juramento y no lo cumplía, faltando al compromiso.

c) ***"Pacta legitima".*** Bajo la denominación de pactos legítimos los comentaristas han agrupado, como lo señalamos, las convenciones, desprovistas de formalidades cuya fuerza obligatoria provenía de constituciones imperiales y cuya ejecución podía hacerse efectiva por una *condictio ex lege*. Los pactos legítimos no fueron tantos como los anteriormente estudiados, mereciendo ser citados entre ellos el pacto de intereses, la promesa de dote, el pacto de compromiso y la donación.

En lo que al pacto de intereses concierne, dijimos al tratar el contrato real de mutuo que era admisible cuando los préstamos no fueran de sumas de dinero, a no ser que los efectuaran el fisco, las ciudades o los banqueros. El *pactum dotis*, por el que una persona prometía constituir dote, y que alcanzó eficacia obligatoria con los emperadores Teodosio II y Justiniano, será analizado al estudiar la dote, institución fundamental del matrimonio romano. En cuanto al pacto de compromiso (*pactum ex compromisso*), convención mediante la cual las partes se obligaban a someter la decisión de un litigio al juicio de un tercero que actuaba como árbitro, llegó a ser obligatorio en el derecho justinianeo al otorgársele una *actio in factum* cuando el laudo arbitral hubiese sido suscripto por las partes y no lo impugnaren dentro de los diez días.

Estudio especial merece, entre los pactos legítimos, el *pactum donationis*, ya que la donación adquirió particular relevancia, especialmente en el derecho justinianeo que vino a imprimirle el carácter de una institución especial, tal como se configura en las legislaciones actuales.

§ 138. **La donación.** – En derecho romano la donación (*donatio*) fue por mucho tiempo una causa general de adquisición, eficaz respecto de cualquier derecho de contenido patrimonial. Se la puede definir diciendo que es "aquella causa gratuita por la que una persona, el donante, realiza a favor de otra, el donatario, la transmisión definitiva de derechos patrimoniales por la pura y simple intención de beneficiar". Implicaba la donación, pues, una enajenación de derechos que exigía al mismo tiempo la ausencia de causa justificativa de pago. Por ello la donación no constituía una figura autónoma de negocio jurídico que obedeciera a un régimen propio o típico, al menos hasta el derecho justinianeo.

Más preciso que hablar de donaciones es referirse a negocios *donationis causa*. Dentro de ellos cabía un crecido número de relaciones de diversa índole, siempre que presentaran los siguientes requisitos: una disminución en el patrimonio del donante, un aumento en el del donatario; existencia de una intención de donar (*animus donandi*) y ausencia de obligación jurídica de efectuar la liberalidad. Cualquier acto que contuviera dichos elementos era considerado *donationis causa*; importaba, en otros términos, una donación.

Bajo el título de donación podían transferirse la propiedad u otros derechos reales, era dable establecer un derecho de crédito a favor del donatario, o se podía renunciar a una obligación que éste tuviera con el donante. Se distinguieron, así, las donaciones reales, las donaciones obligatorias y las donaciones liberatorias, requiriendo cada una de estas especies las formas establecidas por la naturaleza del derecho que el donante transmitía al donatario. En las donaciones reales, la transferencia de la propiedad debía operarse por *mancipatio* o *in iure cessio*, siendo suficiente en el derecho nuevo la simple *traditio*. Por lo que hace a las donaciones obligatorias, para obligarse a dar alguna cosa a título de donación se usó primeramente la *stipulatio* y más tarde fue bastante el simple pacto. En cuanto concierne a las donaciones liberato-

rias, se requería la *acceptilatio* y meramente un *pactum de non petendo*, cuando aquella forma cayó en desuso.

Según que los efectos de la donación se produjeran en vida del donante o estuvieran condicionados a la circunstancia de que éste premuriera al donatario, se distinguía la *donatio inter vivos*, de la *donatio mortis causa*. Sólo trataremos en esta parte de la primera, por cuanto la donación por causa de muerte, al guardar íntima vinculación con el derecho sucesorio, se estudiará con esa materia.

Las donaciones "inter vivos": figuras especiales. En sentido estricto, la donación *inter vivos* comprendía los actos gratuitos de disposición, concluidos en vida del donante y del donatario, por los cuales aquél evidenciaba la intención de beneficiar a éste sin esperar compensación alguna. Tales negocios jurídicos, en los que una persona enriquecía a otra sin tener en vista una contraprestación, fueron mirados con desconfianza por la legislación romana. El peligro de que no siempre estuviera asegurada la libertad del disponente y la necesidad de proteger los eventuales derechos familiares que podían resultar perjudicados con actos de liberalidad, condujeron al derecho romano a establecer restricciones a los negocios jurídicos *donationis causa inter vivos*. Tales restricciones consistieron en tres clases de medidas: reducir la cuantía de las donaciones (*lex Cincia*), exigir formalidades especiales (*insinuatio*) y prohibirlas en determinados supuestos (donación entre cónyuges).

La delimitación conceptual de la donación se inicia por medio de la *lex Cincia de donis et muneribus*, al parecer propuesta en el año 204 a. de C. por el tribuno *M. Cincius Alimentus* y de la que tenemos algún conocimiento por los *Fragmenta Vaticana*. Señalaba la ley una tasa, no se sabe si fija o proporcional, de la fortuna del donante, más allá de la cual prohibía la donación (*dona et munera*). El impedimento no operaba respecto de ciertas personas, como los parientes del donante dentro del quinto grado, los cónyuges y novios, algunos afines, el patrono cuando el esclavo o el liberto le hacían donación y el pupilo favorecido por el tutor.

La *lex Cincia* fue, sin embargo, un típico ejemplo de ley imperfecta, es decir, de norma carente de sanción, ya que no llevaba aparejada ni la nulidad de la donación realizada en violación de

sus principios, ni pena alguna para los transgresores. La eficacia de la prohibición contenida en la ley sólo era asegurada, en alguna medida, por vías procesales, porque probablemente se denegaba al donatario la acción correspondiente para exigir el cumplimiento de la donación (*denegatio actionis*), o porque se daba al donante el medio de rechazarla (*exceptio legis Cinciae*). Esta excepción asumió carácter personal y, por ende, no pudieron oponerla los herederos del donante (*morte Cincia removetur*).

En el derecho postclásico, caída en desuso la *lex Cincia*, el emperador Constantino, a fin de restringir las donaciones, las revistió de requisitos formales, que consistieron en la redacción de un documento y en la transcripción de él ante la curia de la ciudad o ante el presidente de la provincia (*insinuatio*). Con Justiniano la formalidad de la insinuación sólo se exigía respecto de las donaciones mayores de quinientos sueldos; las superiores no insinuadas eran nulas en cuanto al exceso. Para las que no sobrepasasen aquel monto, el derecho justinianeo declaró eficaz incluso el simple pacto sin formalidad alguna. La admisión del *pactum donationis* en la compilación justinianea imprimió a la donación el carácter de acto típico, de instituto autónomo, de lo que careció por mucho tiempo en la sistemática del derecho romano.

Dijimos que otra forma de restringir las donaciones *inter vivos* fue prohibirlas en determinados casos. Así ocurrió con las donaciones entre cónyuges (*donationes inter virum et uxorem*), que fueron vedadas por la legislación augustea para evitar que el afecto conyugal impulsara al más indulgente de los esposos a empobrecerse a favor del otro. A esta especial donación nos referiremos al tratar del régimen de los bienes en el matrimonio.

Además de las donaciones entre cónyuges y de la *donatio ante nuptias* y *propter nuptias*, que también serán estudiadas en el tema del régimen patrimonial del matrimonio, el derecho romano reconoció otras figuras especiales de donaciones *inter vivos*, como fueron las remuneratorias y las modales o *sub modo*.

Cuando la donación tenía por objeto recompensar al donatario servicios que éste hubiera prestado al donante, se estaba en presencia de una donación remuneratoria. Para tales negocios le eran aplicables las normas generales de la donación y por tal virtud, a pesar de que se realizaban en cumplimiento de un deber de conciencia, podían ser revocadas, a excepción de las que se otor-

gaban a favor de la persona que hubiera salvado la vida del donante.

Las donaciones modales o *sub modo* eran aquellas en las que el donante imponía al donatario un cargo que debía soportar o ejecutar en beneficio del autor de la liberalidad o de un tercero. El cargo no podía igualar el valor de la donación, ni menos aún superarlo, porque entonces se identificaba con una contraprestación, quitándole el carácter de negocio a título gratuito o lucrativo. En el derecho justinianeo la donación *sub modo* llegó a asimilarse a un contrato innominado y ello posibilitó que en el supuesto que el donatario no cumpliera con el cargo, pudiera el donante exigirlo mediante la *actio praescriptis verbis*. Cabía también la opción de ejercer la *condictio causa data causa non secuta* para demandar la devolución de lo entregado, sin perjuicio del derecho de intentar la revocación del negocio por ingratitud del donatario, mediante la *condictio ex lege*. Cuando el cargo se hubiera impuesto a favor de un tercero, éste podía exigir su cumplimiento por una *utilis praescriptis verbis*.

La donación fue en el derecho romano un negocio jurídico que, en principio, no podía quedar sin efecto por la sola voluntad del donante. Excepcionalmente llegó a admitirse su revocabilidad por ingratitud manifiesta del donatario. El derecho clásico reconoció este derecho al patrono contra el liberto; se lo otorgó después al padre y a la madre, si ésta no hubiera pasado a segundas nupcias. En el derecho postclásico la revocación pudo tener lugar por supervivencia de hijos y con Justiniano llegó a adquirir carácter general.

La acción revocatoria de una donación fundada en ingratitud del donatario fue eminentemente personal, de forma que ni podía intentársela contra sus sucesores, ni por los herederos del donante.

§ 139. Los cuasicontratos. – Justiniano consideró en las Institutas que la categoría gayana de las fuentes de las obligaciones designada con la expresión *variae causarum figurae*, podía ser diversificada en dos especies autónomas, la de los cuasicontratos y la de los cuasidelitos. Dentro de la primera de estas formas las fuentes justinianeas comprendieron diversas figuras de obligaciones que derivaban de actos lícitos que podían asimilarse a algunos contratos. De ellas se decía que nacían *quasi ex contractu*, y los

intérpretes terminaron por designarlas con el nombre de cuasicontratos.

La denominación de cuasicontrato, como se ha manifestado, nada explica sobre la estructura de las relaciones que se comprenden en la especie, a la par que tal calificación sólo sirve para agrupar las más heterogéneas hipótesis que únicamente tienen de común el no revestir el carácter de contrato, porque carecen del acuerdo de voluntades. Por ello, llegar a un concepto definido del cuasicontrato es tarea que presenta no pocas dificultades, dada la variedad de tipos que pueden incluirse dentro de él. De ahí que, siguiendo los lineamientos de las Institutas de Justiniano, estudiaremos las obligaciones nacidas de actos lícitos no contractuales, pero que en alguna medida provienen de un negocio afín al contrato, o lo que es lo mismo, de un cuasicontrato.

Caen dentro de esta especial fuente de las obligaciones diversas especies particulares de relaciones no contractuales que tienen la virtualidad de generar una *obligatio*. Entre ellas nos referiremos al *legatum per damnationem* y al *sinendi modo*, a la *pollicitatio* y el *votum*; y estudiaremos preferentemente la gestión de negocios y casos afines (tutela, curatela, gastos funerarios), el enriquecimiento injusto y la comunidad incidental.

El *legatum per damnationem* era una disposición testamentaria que imponía al heredero la obligación de transmitir al legatario alguna cosa que podía pertenecer a la herencia, al heredero o a un tercero. El legado damnatorio creaba así una *obligatio* a cargo del *heres* que el legatario podía exigir mediante una acción personal (*condictio certae creditae pecuniae*, *condictio certae rei*). Análoga estructura presentaba el *legatum sinendi modo*, por el que el testador ordenaba al heredero que permitiera que el legatario se apropiara de un bien de la herencia o del heredero. Este legado, llamado "permisivo", obligaba al heredero a una abstención, cual era tolerar una apropiación (*non facere*), acordando al legatario una acción personal *incerti* para lograr su cumplimiento (*actio ex testamento*). De estos dos tipos de legados nos ocuparemos al tratar el tema respectivo dentro del derecho sucesorio romano.

La *pollicitatio* y el *votum* eran promesas unilaterales realizadas por una persona a la ciudad o a la divinidad y tenían por objeto la ejecución de una obra o la entrega de una cosa a favor de

ellas. El cumplimiento de las obligaciones que se creaban para la ciudad o divinidad por medio de tales declaraciones de voluntad, se podía hacer valer por vía de la *cognitio extra ordinem*.

a) ***La gestión de negocios.*** El acto voluntario de administración o de gestión de intereses ajenos, ejecutado sin encargo de su titular y aun sin su conocimiento, constituía una gestión de negocios (*negotiorum gestio*). Quien administraba se denominaba *negotiorum gestor*; aquel en cuyo interés se realizaba la administración, *dominus negotii*.

Reconocida la institución al principio para casos particulares, fue protegida por el pretor por una acción de buena fe, la *actio negotiorum gestorum*, que era *directa*, cuando iba dirigida contra el gestor y *contraria* si se interponía contra el *dominus*. La gestión de negocios fue recogida del derecho pretorio con referencia a un campo de aplicación concreto, los *negotia absentis*. La jurisprudencia postclásica y el derecho justinianeo dieron al instituto la configuración teórica del cuasicontrato, porque la gestión de negocios fue siempre equiparada en sus efectos al contrato consensual de mandato, con el que tenía muchos aspectos comunes.

La *negotiorum gestio*, que importaba una relación bilateral, creaba obligaciones recíprocas para el gestor y el *dominus*, moldeadas por analogía a las que nacían del mandato. Originaba además relaciones entre el *dominus* y los terceros que se hubieran vinculado al negocio.

El gestor debía concluir la gestión que había comenzado y, consecuentemente, realizar la rendición de cuentas, transmitiendo las cosas que hubiere obtenido, con sus accesiones y lucros. A la vez, estaba obligado a ceder al *dominus* las acciones que a su favor nacieren como consecuencia del negocio. Su responsabilidad se extendía normalmente hasta la culpa leve, respondiendo por el caso fortuito en el supuesto de haber realizado operaciones riesgosas a las que el *dominus* no solía dedicarse. Por su parte, el *dominus* estaba obligado a resarcir los gastos originados por la gestión, a indemnizar los perjuicios que hubiera experimentado el gestor y a liberarlo de las obligaciones asumidas a consecuencia de la administración.

En la relación del *dominus* con los terceros con quienes el gestor hubiera contratado, jugaban los principios de la represen-

tación indirecta aplicables al mandato y, por ende, a la *negotiorum gestio*. En consecuencia, únicamente el gestor quedaba vinculado con los terceros y sólo cuando se hubieran transmitido al *dominus* los derecho adquiridos y las obligaciones contraídas, pasaba éste a ser titular de ellos.

Para que el acto que realizaba una persona en interés de otra, ya fuera material o jurídico, o se refiriese a uno o varios asuntos, llegara a configurar una gestión de negocios, era menester que reuniera ciertos requisitos.

Se exigía primeramente que el gestor obrara por propia iniciativa, pues de hacerlo por encargo del titular o con su conocimiento se hubiera estado en presencia de un mandato expreso o tácito. La gestión producía plenos efectos aunque mediara oposición del principal, pero en tal caso el gestor no tenía derecho a reclamar el resarcimiento de los gastos que hubiera efectuado. Se requería, además, en el gestor la intención de crear una relación obligatoria a cargo del *dominus*, porque si obraba impulsado por razones de orden familiar o por el deseo de favorecer graciosamente al titular, se configuraba un acto de liberalidad y no una gestión de negocios.

También era menester que el gestor tuviera conciencia de que el negocio que realizaba era ajeno (*negotium alienum*), por lo cual si una persona administraba negocios propios creyendo que eran de otro o, inversamente, si creyendo manejar bienes propios gestionaba a favor de otro, no se tipificaba una *negotiorum gestio*. Sin embargo, razones de equidad hicieron admitir aun el último caso, que el gestor tuviera la acción propia del negocio para exigir la restitución de todo aquello que hubiera provocado enriquecimiento al *dominus*. Era preciso, igualmente, que el gestor obrara en interés objetivo del patrimonio del titular, ya fuera para beneficiarlo, ya para evitarle un perjuicio; por tanto, éste no quedaba obligado en caso de que aquél actuara en su propio interés, sino solamente por aquello en que se hubiera enriquecido.

El derecho justinianeo encuadró en la categoría general de la gestión de negocios ciertas figuras afines que entrañaban casos de administración legal de patrimonios ajenos, como la tutela y la curatela. En el derecho clásico el tutor del menor impúber respondía de su gestión ante el pupilo por la *actio tutelae*; en tanto podía hacer valer sus derechos frente a éste por la *actio negotio-*

rum gestorum. En lugar de esta acción Justiniano le otorgó la *actio tutelae contraria* y con ello equiparó la tutela a un cuasicontrato. La curatela del loco, del pródigo y del menor púber engendraba en la época clásica la *actio negotiorum gestorum*, pero el derecho justinianeo, con mira a la asimilación de la tutela y la curatela, confirió a esta última institución una acción designada con el nombre de *actio utilis* o *curationis actio*. Sobre la tutela y la curatela expondremos con mayor amplitud al estudiar el derecho de familia, dentro de cuya esfera se encuentran dichos institutos de representación de los incapaces de obrar.

Otra forma especial de gestión de negocios se daba cuando alguien proveía los gastos de funerales y entierro de una persona, sin haber recibido mandato y sin actuar *pietatis gratia*. A este gestor se le concedía la *actio funeraria*, de carácter perpetuo, para reclamar del heredero del difunto los gastos realizados, aun cuando hubiera efectuado la gestión contra su voluntad. Dicha acción se transmitía igualmente a los herederos del gestor.

b) *El enriquecimiento injusto*. Se consideraba que había enriquecimiento injusto cuando una persona lucraba a costa de otra sin estar asistido por una causa jurídica, es decir, cuando el aumento patrimonial se fundaba en una relación jurídica injustificada. Esto podía suceder porque la causa próxima de la adquisición estaba unida a otra remota inexistente o ineficaz para el derecho. En tales supuestos, aún reconociendo la adquisición del derecho real o del crédito, se concedía acción al damnificado para obtener de la otra parte la restitución del aumento patrimonial indebido.

El antiguo *ius civile* no otorgaba medio alguno para evitar el injusto enriquecimiento patrimonial, porque fiel a su carácter formalista exigió, para que el negocio jurídico quedara perfeccionado, el cumplimiento de las solemnidades prescriptas por la ley, sin atender al perjuicio que podía acarrear tal enriquecimiento indebido. Es que en esos tiempos la causa carecía de relevancia porque los negocios tenían el carácter de abstractos. En la época republicana y particularmente en el período clásico se reconoció la obligación de restituir los aumentos patrimoniales injustificados, pero el derecho romano no sentó un principio general al respecto ni creó una acción comprensiva de todos los supuestos en que se diese esta circunstancia.

En los casos concretos en que se hubiera recibido una cosa sin causa o por una causa sin justificación jurídica, la legislación romana concedió acciones que se iban designando con indicaciones diversas, expresivas de las hipótesis a las cuales se referían. Estas acciones constituían aplicaciones de aquella acción abstracta, de derecho estricto, modelo de *actio in personam*: la *condictio*. Las *condictiones*, cuyo ejercicio suponía sendos casos de enriquecimiento injusto y que, por ende, pudieron considerarse otros tantos cuasicontratos, fueron:

1) La *condictio indebiti*, que se concedía siempre que se pagaba por error –sólo error de hecho– una deuda en realidad inexistente, ya por carecer de existencia o porque habiendo existido hubiera sido cancelada por el obligado. Aunque en el caso no había acuerdo de voluntades ni, por tanto, contrato, la situación se asemejaba à la que era consecuencia del mutuo.

2) La *condictio ob causam datorum* o, en el lenguaje justinianeo, *causa data causa non secuta*, por la que se reclamaba la devolución de lo que una persona hubiese recibido en atención a una causa lícita que se esperaba y que no había tenido lugar. Esta *condictio*, a la que nos hemos referido al tratar de los contratos innominados, se aplicaba al supuesto del que había recibido una cosa como dote y el matrimonio no se celebraba y a la donación *sub modo*, cuando el donatario no cumplía con el cargo impuesto por el donante.

3) La *condictio ob turpem vel iniustam causam*, ejercitable para reclamar lo entregado a otro por una causa desaprobada por la ley, o bien para que realizara un acto contrario a la moral o el derecho, o para que se abstuviese de cumplirlo mediante una compensación. En cualquier caso se exigía que la torpeza –la actitud inmoral o antijurídica– se diera de parte de quien recibía en vista de tales fines.

4) La *condictio ex causa finita*, por la cual se repetía lo que se hubiera dado o solamente prometido, al menos en el derecho justinianeo (*condictio liberationis*), sobre la base de una relación cualquiera que no había existido o que había cesado.

5) La *condictio sine causa*, aplicable a todos los casos de enriquecimiento que carecieran de una propia acción o que no entraran en ninguna de las anteriores *condictiones*.

c) ***La comunidad incidental.*** Como hemos visto al tratar del condominio o copropiedad, la comunidad incidental era fuente de relaciones obligatorias entre aquellos que por herencia o por consenso llegaban a ser copropietarios de una misma cosa, ya que se encontraban en situación análoga a la que se presentaba en la comunidad nacida de un contrato, como el de sociedad. En el caso, la *actio communi dividundo*, o tratándose de coherederos, la *actio familiae erciscundae*, se ejercían, no sólo para lograr la partición de la cosa común, sino también para regular la división de los gastos que se hubieren realizado, de los beneficios logrados y de los daños que pudieran haber experimentado los comuneros. A tales acciones se agrega en el derecho justinianeo la *actio negotiorum*, momento en el cual las obligaciones recíprocas (*praestationes personales*) entre copropietarios en la comunidad incidental de bienes, se consideran provenientes de un cuasicontrato.

Título IV

DELITOS Y CUASIDELITOS

§ 140. El delito. – El derecho romano, que consideró delito todo acto ilícito castigado por una pena, conoció desde antiguo dos categorías de delitos. Los públicos, llamados *crimina*, que lesionaban a la comunidad como tal y que el Estado perseguía y sancionaba con una pena pública, y los delitos privados, denominados *delicta* o *maleficia*, que eran hechos antijurídicos que provocaban lesión a un particular, a su familia o su patrimonio, y que se castigaban con una pena privada de carácter pecuniario.

Las consecuencias jurídico-privadas que derivaban de un delito, rebasaban la esfera propia de los actualmente llamados actos ilícitos, pues en el correspondiente proceso civil romano no sólo se pretendía obtener un resarcimiento del daño patrimonial sufrido, sino también una pena, esto es, un castigo, que se infligía al autor para que expiara su delito y diera satisfacción a la víctima. En tiempos antiguos esta penalidad tenía carácter retributivo y podía hacérsela efectiva bajo forma de venganza privada en el cuerpo del autor, sólo restringida más tarde por la pena del talión. Posteriormente la venganza es reemplazada por una "composición", que primeramente fue voluntaria y después legal y que asumió el carácter de una pena pecuniaria fija para cada clase de delito, impuesta por el juez ante la acción del ofendido y en favor de éste. Fue entonces, cuando el pago de una suma de dinero era la penalidad de un *delictum privatum*, que éste vino a generar una *obligatio* que ligaba al ofensor y al ofendido. Tenía como efecto, pues, una sanción pecuniaria de carácter privado, que debía pagarse a la parte lesionada, la cual contaba, por otro lado, con el derecho de proceder judicialmente para obtener el resarcimiento cuando hubiera experimentado también un daño patrimonial.

Muchos delitos llegaron a considerarse, desde época remota, lesivos de un interés de la colectividad, dando lugar a una pena pública. La esfera de aquellos *crimina publica* se fue poco a poco extendiendo y llegó a absorber en paulatina evolución a varios de los antiguos delitos castigados con pena privada, subsistiendo a veces ésta junto a la sanción pública. La categoría de los delitos privados se fue reformando por consecuencia lógica y así el derecho clásico sólo conoció cuatro clases de ellos: el hurto (*furtum*), la rapiña (*vi bona rapta*), el daño injustamente causado (*damnum iniuria datum*) y la injuria (*iniuria*), en los que antes que el castigo se perseguía la indemnización de los perjuicios.

Perteneciendo los *crimina* al derecho público, nuestro estudio se referirá a los *delicta*, en tanto ellos constituyeron fuentes de obligaciones reguladas por el derecho privado. El derecho romano no concibió el *delictum* como categoría general y abstracta, sino que reguló particulares figuras de delitos que el *ius civile* redujo a las especies señaladas, de las cuales nacía una *obligatio ex delicto*. Postclásica es la categoría del cuasidelito, integrada por los actos ilícitos que el pretor perseguía por *actiones in factum* y que más adelante ingresaron al cuadro de *obligationes quasi ex delicto nascuntur*.

Las cuatro especies de delito privado que traen las Institutas de Gayo y de Justiniano (Gayo, 3, 182 - Inst. 4, 1, pr.), no obstante las diferencias formales que las separan, ofrecen cierta semejanza en cuanto a las características comunes que presentan las acciones que de ellas derivan para sancionar al ofensor y hacer efectiva la obligación de reparar el daño causado a la víctima.

La primera particularidad de las acciones emergentes de los delitos privados del derecho civil es la "intransmisibilidad", ya que ellas no pasaban a los herederos del ofendido, ni se daban contra los herederos del ofensor. Esta característica, nacida del concepto de que las relaciones que engendraban los delitos operaban exclusivamente entre el autor y la víctima, fue restringida al admitirse la transmisión de las acciones a favor de los herederos de ésta, a excepción de las llamadas *actiones vindictam spirantes*, que nacían en aquellos casos en que la ofensa aparecía como estrictamente personal.

Caracterizaba también a las acciones penales la "acumulabilidad", que hacía que el ejercicio de una acción no impidiera al

ofendido intentar cualquier otra a la vez, siempre que, naciendo del delito que se deseaba castigar, condujera al mismo fin que aquélla, ya fuera a la recuperación de la cosa o al resarcimiento del daño patrimonial.

Las acciones nacidas de los delitos privados se caracterizaban igualmente por la "noxalidad", que autorizaba a perseguir la entrega del autor del delito al ofendido (*noxae deditio*) cuando se tratara de un acto ilícito cometido por personas sometidas a potestad, ya fuera un esclavo, ya un *filiusfamilias*. La acción no era intentada contra el autor de la lesión, sino que era concedida *noxaliter* contra el *dominus* o el *pater*, quienes podían liberarse de la entrega del ofensor pagando la indemnización correspondiente.

Otra particularidad de las acciones provenientes de los *delicta* era la "perpetuidad", que permitía que el ofendido pudiera accionar en cualquier momento sin que el transcurso del tiempo afectara su derecho. Las acciones que nacían de los delitos pretorianos no presentaban tal peculiaridad, porque se extinguían en el transcurso de un año a contar desde el momento en que se había cometido el acto ilícito o desde que el ofendido había estado en condiciones de ejercitarlas. La prescripción extintiva anual, típica de las acciones nacidas del derecho honorario, no operaba cuando se trataba de las acciones criminales concedidas por el pretor *ad exemplum iuris civilis*.

a) ***El "furtum"***. Es inexacto atribuir al término romano *furtum* el significado de hurto, pues su noción era más amplia que lo que se entiende por tal delito en el léxico jurídico actual. *Furtum* era tanto la sustracción fraudulenta cometida con un fin de lucro de una cosa mueble ajena, como el uso ilícito o la indebida apropiación de ella por parte de quien ya retenía la cosa con el consentimiento del propietario. De ahí que en el derecho justinianeo los casos de *furtum* abarcaran las hipótesis siguientes: la sustracción de la cosa (*furtum rei*), el uso ilícito (*furtum usus*) y la indebida apropiación (*furtum possessionis*). Lo dicho surge de la definición romana del *furtum* que encontramos en un pasaje de Paulo en el Digesto (47, 2, 1, 3), y que dice: "hurto es el apoderamiento fraudulento de una cosa, para realizar lucro, ya sea de la misma cosa, ya también de su uso o posesión..." (*furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve...*).

El hurto requiere, de acuerdo con la definición recordada, varios elementos. Uno objetivo, la ilícita injerencia en la cosa (*contrectatio*), en cuyo concepto está comprendido tanto el *furtum rei* como el *furtum usus* y el *furtum possessionis*. En este último tipo, conforme a la teoría proculeyana, no es necesaria la apropiación de la cosa, sino que basta la intención de querer en adelante poseer para sí. La *contrectatio* se entiende que no debe ser consentida por el propietario de la cosa hurtada (*invito domino*). Exigíase igualmente un elemento subjetivo, *contrectatio fraudulosa*, *animus* o *affectio furandi*, que se traducía en la intención fraudulenta del acto dirigida a obtener un provecho o lucro (*animus lucri faciendi*). Era necesario, por fin, que el delito recayera sobre una cosa mueble. En el derecho antiguo se admitió el hurto de inmuebles, que desde la época clásica quedó desechado. Se reconoció, sin embargo, el hurto de una persona libre: un *filius*, la mujer *in manu* o el deudor bajo la *manus iniectio* del acreedor.

Desde la Ley de las XII Tablas el derecho romano distinguió el *furtum* en *manifestum* y *nec manifestum*. *Manifestum* se denominaba aquel en el cual el ladrón era sorprendido en flagrante delito, *nec manifestum* si se trataba de un hurto no flagrante. Si el autor de un *furtum manifestum* era aprehendido de noche, o siendo de día se defendía con armas, podía ser matado por la víctima, una vez que hubiera requerido a los vecinos como testigos (*endoplorare*). Los jurisconsultos republicanos distinguieron también el *furtum conceptum*, que implicaba la tenencia de la cosa furtiva prescindiendo del hecho de ser autor del delito, del *furtum oblatum*, que era el acto de poner la cosa hurtada a disposición de un tercero para que fuera en poder de él que se la encontrara.

La persona víctima de un *furtum* podía valerse de acciones "penales" para obtener el pago de una suma de dinero a su favor en concepto de pena y de "reipersecutorias" para lograr la recuperación de la cosa sustraída. Era posible interponer ambos tipos de acciones simultáneamente, por aplicación del principio de la acumulabilidad. Las acciones penales fueron distintas según las épocas. Las XII Tablas, para el *furtum manifestum*, autorizaban la entrega (*addictio*) por el magistrado del autor a la víctima, quedando el victimario en esclavitud por deudas. En

cuanto al *furtum nec manifestum* concedía una acción, la *actio furti nec manifesti*, por el doble del perjuicio provocado.

La ley decenviral equiparó al *furtum manifestum*, aquel en que su autor resultaba convicto del delito a consecuencia de un registro domiciliario (*lance licioque*), que tenía lugar cuando la persona que practicaba esta requisa se presentaba en la casa sospechada teniendo como sola vestimenta una cinta atada a la cintura (*licium*) y portando una balanza (*lanx*). El pretor, avanzando sobre las disposiciones de la Ley de las XII Tablas, introdujo una *actio furti manifesti* por el cuádruplo del valor de la cosa sustraída.

Además del *lance licioque* adquiere posterior desarrollo un registro domiciliario hecho simplemente ante testigos. Al convicto de hurto no se lo consideraba ya *fur manifestum* y respondía por el triple del valor de la cosa que se demandaba por medio de la *actio furti concepti*. Si el objeto del hurto era ocultado en la casa por el verdadero autor, el dueño o *habitator* podía dirigirse contra el delincuente por la *actio furti oblati* para exigirle el triple del valor de la cosa ocultada. Posteriormente se crearon otras dos acciones, la *actio furti prohibiti* por el cuádruple, cuando se prohibía el registro, y la *actio furti non exhibiti*, contra aquel que no presentaba ante el juez las cosas halladas en su casa como consecuencia de la requisa.

En el derecho postclásico sólo subsistieron la *actio furti concepti* por el triple y la *actio furti manifesti*, por el doble. Ambas acciones tenían carácter infamante y podían ser ejercidas, no sólo por el propietario de la cosa, sino también por quien tuviese sobre ella un derecho real, como el usufructuario, o un interés legítimo derivado de un contrato, como el arrendatario. Las acciones podían dirigirse tanto contra el autor del hurto como de sus cómplices o encubridores. En caso de ser varios los autores, el ejercicio de la *actio furti* producía el efecto de hacer a todos responsables del delito, naciendo una obligación solidaria pasiva que posibilitaba exigir de cualquiera de ellos el pago de la pena.

Sin perjuicio de la *actio furti* y en razón de que la víctima no perdía por el hurto los derechos que como propietario o contratante le correspondían, podía valerse también de acciones reipersecutorias como la *reivindicatio*, la *actio ad exhibendum*, la *actio depositi* o la *actio commodati* para lograr la restitución de la cosa o el pago de la indemnización por los daños y perjuicios sufridos

por su privación. Todavía le era concedida al propietario con fines reipersecutorios una *condictio furtiva* o *ex causa furtiva* ejercitable aun contra los herederos del autor, porque no tenía carácter penal, ni se necesitaba que el demandado estuviese poseyendo la cosa.

b) ***La rapiña.*** En Roma la rapiña o rapina (*vi bona rapta*) fue la sustracción de cosas ajenas operada con violencia, mediante actos de pillaje. Se trataba de un *furtum* calificado que tenía el agravante de la violencia ejercida por el ladrón con el auxilio de bandas armadas (*hominibus armatis coactisve*) o aun desarmadas.

Adquirió carácter de delito independiente del *furtum* a fines del período republicano cuando, probablemente en el año 66 a. de C., un pretor *T. Lucullus* creó una *actio vi bonorum raptorum* para perseguir el robo o hurto realizado con medios violentos. La acción implicaba una pena del cuádruple del valor de la cosa, si era ejercida en el plazo de un año, y del *simplum*, si se la interponía después de dicho término. Era infamante para el condenado y en el derecho clásico tenía carácter exclusivamente penal. Con el derecho justinianeo la *actio vi bonorum raptorum* asumió la calidad de acción mixta, comprendiendo el resarcimiento dentro del mismo cuádruplo, pues tres cuartas partes debían pagarse en concepto de pena y un cuarto se aplicaba para resarcir el daño.

En el derecho clásico se admitió que la víctima de un delito de hurto que había ejercitado, por consecuencia, la *actio furti*, pudiera igualmente interponer la acción de la rapiña, al menos dentro de ciertos límites, no bien conocidos. En el derecho justinianeo esta acumulación de acciones sólo procedía hasta la concurrencia del cuádruplo. Igualmente se respondía dentro de ese monto legal por las cosas de las cuales se hubiera hecho un apoderamiento violento, aprovechándose de un desastre o calamidad pública, como terremoto, incendio, naufragio, etcétera.

c) ***El "damnum iniuria datum".*** El daño injustamente causado era la figura más general de delito privado y la fuente más importante de las obligaciones nacidas *ex delicto*. Puede definirse el *damnum iniuria datum* diciendo que es el acto ilícito realizado por una persona, con o sin intención de dañar, que irroga un perjuicio a otra.

El desenvolvimiento de este delito proviene de la *lex Aquilia de damno*, probablemente del año 286 a. de Cristo. La ley completó algunas figuras particulares de daños, consagradas desde las XII Tablas, que contemplaban la reparación del perjuicio injustamente inferido a cosas ajenas en diversos supuestos, para los cuales se acordaban acciones particulares. Así, la *actio de pauperie*, por los daños producidos en los animales cuadrúpedos; la *actio de pastu pecoris*, por la devastación de los pastos ajenos; la *actio de arboribus succisis*, por la tala de los árboles y el daño a las plantaciones y la *actio de aedibus incensis*, por el incendio de una casa.

La ley Aquilia, según la mayoría de los autores, habría constado de tres capítulos. El primero, establecía las penas aplicables a las personas que hubieran dado muerte injustamente al esclavo de otro o a un animal perteneciente a un rebaño ajeno, casos en los cuales se debía al propietario el valor máximo que tuvieran en el último año. El segundo, extraño al tema del daño injustamente causado, regulaba la indemnización que debía pagar el *adstipulator* que hubiera perjudicado al acreedor al condonar, sin su consentimiento, la obligación del deudor. El tercer capítulo consagraba una sanción para la persona que hubiera ocasionado cualquier daño o deterioro sobre cosas pertenecientes a un tercero, con el valor que ellas tuvieran en el último año. Las normas del primero y del tercer capítulo permitieron a la jurisprudencia romana ampliar considerablemente el campo de aplicación del delito, ya con la creación de nuevas hipótesis de daño y la concesión de acciones en casos y a personas no previstas, ya por extensión de la valoración del daño al interés directo o indirecto que la cosa tenía para el propietario que lo hubiere experimentado.

La ley Aquilia exigía para su aplicación la presencia de determinados requisitos. Era menester una acción positiva que hubiera provocado el daño, no bastando la simple omisión. Se necesitaba además, que la acción fuera consecuencia de una *iniuria*, esto es, no debida al ejercicio de un derecho o por autorización del propietario, ni por necesidad o legítima defensa. Se requería, asimismo, que la acción fuese producida por dolo o al menos por culpa, aunque ésta fuese mínima (*in lege Aquilia et levissima culpa venit*). También se exigía un *damnum corpore corpori*, es decir, que el daño fuera consecuencia directa del esfuerzo físico

empleado por el autor sobre la cosa misma. Por último, era necesario que hubiera un nexo causal entre la acción y el daño irrogado.

La *actio legis Aquiliae* sólo correspondía al propietario del bien dañado, pero en el derecho justinianeo se concedió una *actio in factum* a otras personas que no revistieran tal carácter, como el acreedor pignoraticio, el usuario, el usufructuario, etcétera. Si el demandado confesaba la autoría del hecho, la acción implicaba la condena *in simplum*, contrariamente, cuando negaba sin fundamento (*infitiatio*), la condena era por el doble. En el derecho justinianeo se consideró auténtica negativa el no pagar espontáneamente; de ahí que cuando era necesario ejercitar la acción, la pena fuese siempre *in duplum*, comprendiendo tanto la pena como el resarcimiento. Por ello la *actio legis Aquiliae* se configuró como acción mixta, de carácter penal, al conducir al pago de una pena, y reipersecutoria, al tender a la reparación del daño causado.

Cabe hacer notar finalmente, que la acción de la ley Aquilia era también aplicable en materia contractual si existía una relación obligatoria entre la víctima y el autor del daño, en cuyo caso concurría, electivamente, con la acción del contrato. Así, cuando un depositario hubiera destruido o deteriorado injustamente la cosa entregada en custodia, podía ser perseguido por el depositante por medio de la *actio legis Aquiliae* o por la *actio depositi directa*.

d) ***La "iniuria"***. Se entendía por injuria (*iniuria*), en su más amplio sentido, todo lo contrario a derecho (*non iure factum*). En su acepción específica, era una lesión física o corporal infligida a una persona, o cualquier otro hecho que importara un ultraje u ofensa. La noción de injuria se fue ampliando en el derecho romano hasta llegar a comprender, no sólo los ataques físicos, los ultrajes al pudor, las difamaciones verbales o escritas, la violación del domicilio, sino cualquier lesión a la personalidad y el impedimento del uso de una cosa pública.

El delito de injuria fue contemplado ya por la Ley de la XII Tablas, la que sólo consideró como tal los actos que significaran una lesión a la persona física, hubiera obrado el agente con intención dolosa o con imprudencia. La ley decenviral castigaba la

separación de un miembro o la inutilización de un órgano (*membrum ruptum*) con pena del talión, esto es, una venganza igual, a no ser que mediara composición voluntaria. Por la fractura de un hueso (*os fractum*) establecía una composición fija de trescientos ases si había sido causada en hombre libre y de ciento cincuenta cuando había sido provocada en un esclavo. Para las lesiones menores la pena establecida por la ley era de veinticinco ases. También reprimía las injurias difamatorias (*carmina famosa*), imponiendo la pena capital cuando se las hubiera inferido públicamente.

En una evolución posterior el pretor modificó el sistema de la Ley de las XII Tablas, dando cabida en el concepto de injuria a las ofensas morales de cualquier índole que fueren. También en esta época aparece restringido el delito a los casos en que el autor hubiera obrado con intención dolosa (*animus iniuriandi*), quedando al margen los daños físicos o morales provocados por culpa o imprudencia. También se debe al pretor la concesión de una acción especial para castigar los casos de injuria; la *actio iniuriarum*, llamada también *actio aestimatoria*. Por medio de ella el ofendido podía perseguir el pago de la pena pecuniaria que él estimaba, en relación a la ofensa recibida, salvo eventuales reducciones efectuadas por el juez, quien juzgaba *ex bono et aequo*. En las injurias atroces, o sea, las que asumían particular gravedad por la naturaleza del hecho (*ex facto*), por el lugar (*ex loco*), o por la posición social del ofendido (*ex persona*), la *aestimatio* la hacía el pretor. La condena resultante de la *actio iniuriarum* tenía carácter infamante y la acción no se transmitía, ni activa ni pasivamente, a los herederos.

Con la *lex Cornelia de iniuriis* del tiempo de Sila y más tarde con el derecho imperial se amplía aún más al concepto de *iniuria*. Llega a comprender las más leves lesiones corporales y las lesiones menores de los derechos de la personalidad; casos que se sometieron a la jurisdicción criminal *extra ordinem*. En el derecho justinianeo se concede al damnificado la alternativa del ejercicio de la acción privada civil o efectuar la reclamación criminal.

§ 141. Los cuasidelitos. – En la categoría de los cuasidelitos, como en los cuasicontratos, la analogía con los delitos residía en el hecho objetivo. Su formación obedeció a una tendencia

que llegó a asignar mayor relieve a la culpa en el concepto y en las consecuencias del delito. Sin embargo, el derecho romano no habría percibido la diferencia estructural que media entre el delito y el cuasidelito, caracterizado aquél por la intención dolosa y éste por el hecho meramente culposo o negligente. Así, se incluyó en el catálogo de los delitos privados al *damnum iniuria datum*, en el cual se sancionaba el daño injustamente causado no sólo por dolo sino también por culpa o negligencia, al paso que se tenía por cuasidelito el supuesto del juez que pronunciaba sentencia en fraude de la ley con intención de perjudicar a una de las partes.

En los cuasidelitos comprendió Justiniano, siguiendo con ello la doctrina de las escuelas orientales, todo hecho que entrañara una actitud antijurídica. Ya el derecho pretorio los consideró actos ilícitos y mediante el otorgamiento de acciones penales *in factum conceptae* se admitió que la víctima pudiera perseguir el pago de una indemnización de carácter pecuniario. La categoría justinianea de los cuasidelitos se integra por los siguientes actos ilícitos:

a) ***"Effusum et deiectum".*** Se daba la acción de *effusis et deiectis* contra el *habitator* de un edificio desde el cual se arrojaba algo a un lugar de tránsito, ocasionando un daño. Si el daño afectaba una cosa se respondía por el duplo. En cambio, cuando una persona libre resultaba muerta, la indemnización alcanzaba la suma de cincuenta mil sestercios; si sólo era herida, se sometía al arbitrio del juez la estimación del monto indemnizatorio que había que pagar a las víctimas.

b) ***"Positum et suspensum".*** Una acción de *positis et suspensis* se concedía por el pretor contra el *habitator* de una casa que colocaba o suspendía algún objeto de manera que con su caída causara daño a cualquier transeúnte. La acción, que era popular y prescindía de que mediara o no culpa, traía aparejada una condena de diez mil sestercios.

c) ***"Si iudex litem suam fecerit".*** El pretor otorgaba una acción *in bonum et aequum conceptae*, contra el juez que por dolo, y más adelante también por negligencia, hubiera pronunciado una sentencia fraudulenta o errada. La acción se dirigía al resarcimiento del valor del litigio.

d) ***Responsabilidad de "nautae", "caupones" y "stabularii".*** Además de la responsabilidad proveniente del *receptum*, los armadores, posaderos y encargados de establos o caballerizas, se obligaban mediante *actiones in factum* por el doble del valor de los hurtos y daños cometidos por sus dependientes en la nave, el albergue o el establo.

§ 142. OTROS ACTOS ILÍCITOS GENERADORES DE OBLIGACIONES. – Además de las especies de cuasidelitos contempladas por las fuentes justinianeas, hubo otros actos ilícitos que provocaban daño o perjuicio patrimonial o moral a una persona y que, por ende, resultaban fuentes de obligaciones. Muchos de ellos tenían rasgos comunes con los cuasidelitos, en tanto otros llevaban la intención dolosa o fraudulenta de producir un daño. La presencia del elemento dolo, típico del delito, hizo que el derecho honorario los caracterizara como tales y los sancionara con acciones penales *in factum conceptae*.

Entre los actos ilícitos del derecho pretoriano se cuentan el dolo y la violencia, de los que hemos tratado en el negocio jurídico como vicios de la voluntad. También explicamos que el pretor otorgó *actiones* para atacar su validez y *exceptiones* para enervar el accionar del autor del acto ilícito en caso que demandara judicialmente su cumplimiento.

La violación de una sepultura fue en Roma otro hecho ilícito que daba lugar al nacimiento de la obligación de reparar el daño. Para tal fin el pretor creó la *actio sepulchri violati*, de carácter infamante, por la cual el titular del derecho al sepulcro podía demandar al autor del acto para obtener una indemnización de cien mil sestercios. La acción era ejercitable, además, por cualquier persona, dado que pertenecía a la categoría de las acciones populares.

También era reparable por vía de una acción pretoria, la *actio servi corrupti*, el daño provocado a un esclavo ajeno por la persona que le daba hospitalidad mientras estaba en fuga o lo instigaba a cometer actos ilícitos o a realizar empresas peligrosas que le provocaban su muerte o lesión. La indemnización que debía pagar el autor del hecho en estos supuestos, alcanzaba al doble del valor del esclavo o del daño que el amo hubiere experimentado.

Igualmente fueron actos ilícitos del derecho pretorio y por tanto, fuente de obligaciones, la usurpación de bienes realizada por los publicanos o adjudicatarios de la recaudación de los impuestos y, por fin, el daño causado por el agrimensor que, actuando como árbitro o perito, asignaba a una de las partes en el proceso zonas que no le correspondían o daba medidas falsas (*actio adversus mensorem qui falsum modum dixerit*).

"Fraus creditorum". Un caso especial de acto ilícito generador de obligaciones fue el fraude a los acreedores (*fraus creditorum*), que se configuraba cuando un deudor conscientemente realizaba actos fraudulentos de transmisión de sus bienes, sea a título oneroso, sea a título gratuito, con la intención de caer en insolvencia o agravar su situación patrimonial, llevando el deliberado propósito de perjudicar a sus acreedores.

El pretor fue el primero en dictar medidas para impedir los efectos del *fraus creditorum*. A tal fin concedió a los acreedores un *interdictum fraudatorium*, que obligaba al que hubiera adquirido los bienes enajenados por el deudor a restituirlos en su totalidad. Más adelante, por una *in integrum restitutio*, retrotraía las cosas al momento de la realización de los actos fraudulentos. En el derecho justinianeo se funden estas dos medidas de tutela en una acción revocatoria unitaria, que se designa con el nombre de *actio Pauliana*, tal vez por llamarla así el jurisconsulto Paulo (Dig. 22, 1, 38, 4).

Para que la acción pauliana pudiera ejercerse era menester que el acto realizado por el deudor provocara una disminución real de su patrimonio, ya por haber hecho transmisiones de bienes de su pertenencia a título gratuito u oneroso, ya por haber renunciado a derechos adquiridos. Se requería también que el acto del deudor implicara un perjuicio evidente para sus acreedores (*eventus damni*) y que existiera en su ánimo un propósito deliberado de perjudicar o defraudar a éstos (*consilium fraudi*). Si se trataba de un acto a título oneroso era necesario, además, que hubiera complicidad en el fraude con el tercero adquirente (*conscius fraudis*).

La *actio Pauliana* podía ser ejercida por los acreedores individualmente o en nombre de éstos por el curador de los bienes del insolvente (*curator bonorum*), cuando el deudor se hubiere con-

cursado y estuviere sometido a un proceso de ejecución forzosa. La acción se daba contra la persona que, conociendo el fraude, había celebrado el acto con el deudor y, excepcionalmente, contra el tercero de buena fe, adquirente a título gratuito, por lo que se hubiera enriquecido. Los efectos de la acción hacían retrotraer las cosas a su estado anterior y por consiguiente los créditos debían ser restablecidos y las cosas restituidas al patrimonio del deudor.

Título V

EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

§ 143. Cumplimiento de las obligaciones. – La obligación, que entraña la existencia de un comportamiento que puede consistir en un hecho positivo (*dare*, *facere*, *praestare*) o en un hecho negativo (*non facere*), tiene su efecto normal o necesario cuando el deudor cumple con el deber de prestación asumido frente al acreedor, en el lugar, en el plazo y con las modalidades que los sujetos de la relación obligatoria hubieren determinado. La falta al deber de cumplimiento hace nacer una responsabilidad patrimonial para el *obligatus*.

§ 144. Incumplimiento de las obligaciones. – Si el efecto normal y necesario de las obligaciones era su exacto cumplimiento por el deudor, podía ocurrir que éste observara una conducta que hiciera imposible el deber de prestación o que retardara su cumplimiento. En estos casos la obligación resultaba modificada en su contenido, ya que la ejecución forzosa de la prestación venía a sustituir el primitivo objeto por el pago de una indemnización pecuniaria.

En lo concerniente al incumplimiento de la obligación había que determinar si éste provenía de causas que eran imputables al deudor, como el dolo o la culpa, o si era el resultado de acontecimientos ajenos a su voluntad y que, por tanto, ninguna responsabilidad acarreaban, como sucedía con el caso fortuito y la fuerza mayor. Tales son los supuestos que estudiaremos a continuación.

a) ***Dolo.*** Se entiende por dolo toda conducta antijurídica consciente y querida. Así, el dolo se presentaba como elemento integrante del delito y, como vimos, se manifestaba también como

vicio de la voluntad cuando entrañaba un fraude, una falacia o una maquinación que tendía a engañar o a mantener en el error a una persona con quien se concertaba un negocio jurídico. Aplicado el concepto a las relaciones obligacionales, el dolo era la conducta voluntaria y maliciosa del deudor tendiente a impedir el cumplimiento de la obligación o a hacer totalmente imposible la prestación que constituía su objeto, con la intención de provocar un perjuicio al acreedor.

Del dolo respondía el deudor en todos los casos y carecía de relevancia, por tanto, la convención por la cual las partes acordaran eximirse de responsabilidad (*pactum de non petendo dolo*). Por consiguiente, la obligación en los casos de dolo subsistía aunque la actitud del deudor hubiera hecho imposible la prestación. Entonces la *obligatio* era reemplazada por la indemnización que debía resarcir el daño inferido al acreedor.

b) ***Culpa.*** Comprendía la culpa (*culpa, negligentia, desidia*) toda conducta reprensible que provocara incumplimiento sin que mediara intención del deudor. Obedecía a impericia o negligencia, siendo indiferente que ésta consistiera en una acción (*culpa in faciendo*) o en una omisión (*culpa in omittendo*). Incurría en culpa, por tanto, el deudor que dejaba de cumplir la prestación, no por malevolencia o por una conducta fraudulenta, sino por la inobservancia de una determinada diligencia o cuidado, llegando así a consecuencias que podía y debía haber previsto y que, por ende, era dable evitar para no causar daño al acreedor.

La idea de culpa habría aparecido en el derecho romano aplicada al delito de daño injustamente causado (*damnum iniuria datum*), regulado por la *lex Aquilia*. Posteriormente el concepto se trasladó a la esfera contractual para caracterizar la conducta del deudor que no cumplía la prestación debida por una actitud negligente o descuidada. La culpa se tipificó así como lo opuesto a la diligencia. Estos conceptos permitieron a los comentaristas distinguir la culpa extracontractual o aquiliana de la culpa contractual. Esta última especie, que es la que ahora consideramos, no tiene una designación feliz, porque la concepción subjetiva de la culpa, que implica una conducta contraria al deber de cumplir la obligación, puede presentarse en el deudor de una relación nacida tanto de un contrato como de cualquiera otra fuente generadora de obligaciones.

La culpa, en la compilación justinianea, ofrece un sistema de responsabilidad articulado con varias gradaciones. Distingue la culpa grave o magna (*culpa lata*) de la culpa leve (*culpa levis*). La primera suponía una negligencia extrema (*lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt*) (Dig. 50, 16, 213, 2). Importaba, pues, un máximo descuido, consistía en no prever consecuencias que cualquiera hubiera previsto. Por ello la culpa grave se equiparaba, siguiendo precedentes clásicos, al dolo (*lata culpa dolo similis est*) y, por tanto, no podía ser dispensada por acuerdo de partes. La culpa leve implicaba la inobservancia de la diligencia propia de un hombre normal. Los comentaristas derivaron de la culpa leve dos modalidades, la culpa *in abstracto*, en la que como paradigma de la diligencia en la conducta sirve la propia de un buen padre de familia (*diligens pater familias*); y la culpa *in concreto*, en la que al deudor le es impuesto el cuidado que suele emplear en sus propios negocios (*diligentia quam suis rebus adhibere solet*).

Hablan todavía los intérpretes de una culpa levísima (*culpa levissima*), a raíz de un fragmento de Ulpiano en el Digesto (9, 2, 44, pr.), que se refiere a la ley Aquilia (*in lege Aquilia et levissima culpa venit*). Habría consistido en una falta de diligencia extremadamente cuidadosa, sólo concebible en hombres demasiado inteligentes, habiendo estado referida al *damnum iniuria datum*, regulado por la *lex Aquilia*.

Para determinar la responsabilidad del deudor en lo que respecta a la culpa leve, había que tomar en cuenta los términos del contrato, porque el libre acuerdo de las partes podía aumentar o disminuir la responsabilidad de los contrayentes. A falta de convención, el principio general que resulta de las fuentes es que el deudor era responsable de toda culpa, si obtenía ventajas del contrato, mientras que no respondía más que de la culpa grave, cuando no estaba en manera alguna interesado. La responsabilidad por culpa, a partir del derecho clásico, se regulaba por el principio de la utilidad que el negocio hubiera producido a las partes (*utilitas contrahentium*).

Este principio, aplicado a casos particulares, condujo a consecuencias distintas según interpretación de la jurisprudencia romana. Así, si el contrato se había hecho en el solo interés de una parte, ésta respondía de toda culpa y la otra, de la culpa gra-

ve solamente. Tal ocurría en el contrato de depósito, en el que el depositante cargaba con toda culpa, mientras que el depositario sólo lo hacía por la culpa grave, ya que no recibía retribución por la guarda de la cosa depositada.

Esta regla no fue aplicada rigurosamente y la jurisprudencia introdujo varias excepciones. En el caso de la gestión de negocios, el gestor respondía de toda culpa aunque su gestión no era remunerada, en razón de que nadie debía realizar negocios por otro si no ponía en ellos los cuidados de un buen padre de familia. En el mandato, el mandatario respondía también de la culpa leve, no obstante la gratuidad del contrato. Es que el mandato suponía una gran confianza de parte del mandante y el mandatario debía rechazarlo si no ponía en el cumplimiento de la convención la diligencia de un *bonus paterfamilias*. Sin embargo, los tutores y curadores no estaban obligados más que por la culpa leve *in concreto*, a causa de que sus funciones constituían una carga pública a la que, en general, nadie podía rehusarse. El que había obtenido el uso precario de una cosa sólo era responsable de la culpa grave, a pesar de que la convención se hacía en su interés exclusivo. Esta decisión se explica, no sólo porque el acreedor podía exigir la restitución de la cosa en cualquier momento, sino también porque el *precarium* no era originariamente una convención civilmente obligatoria, por lo cual el acreedor no contaba más que con el *interdictum de precario* y la reivindicación, para hacerse restituir la cosa.

Cuando el contrato ofrecía interés para ambas partes, como ocurría en lo contratos bilaterales de compraventa y locación, cada uno de los contratantes respondía de toda culpa. También esta regla admitió varias modificaciones, como el caso de los socios, al que se equiparó el de los condóminos en la gestión de los negocios comunes, que no respondían más que de la culpa *in concreto*. Motivaba esta excepción la falta de interés práctico en imponerles mayores cuidados que los que acostumbraban poner en sus propios negocios, ya que una mala administración les era tan perjudicial como a sus cointeresados.

Dentro del tema que venimos estudiando, cabe referirnos al deber de *custodia*, que consistía en la diligencia que debía emplear una persona en el cuidado de las cosas que le habían sido entregadas para su conservación. La omisión de los deberes de

custodia hacía nacer responsabilidad, como ocurría con la culpa, y en tal sentido los romanos empleaban como equivalentes los términos *praestare diligentiam*, *praestare culpam* y *praestare custodiam*. Esta responsabilidad por custodia se regulaba atendiendo al grado de culpa en que incurriera el obligado, refiriéndose por lo común a los cuidados que debía observar un buen padre de familia (*culpa in abstracto*). De ahí que respondiera por custodia el comodatario, desde que se beneficiaba con el uso de la cosa dada en préstamo; y el tintorero y el sastre (*fullo et sarcinator*), por tratarse de servicios remunerados. Empero, en algunos supuestos había responsabilidad por la custodia aunque no mediara culpa, como ocurría con los navieros, posaderos y dueños de establos, que debían indemnizar el robo o daño de las cosas confiadas a su guarda o a la de sus dependientes.

c) ***Caso fortuito y fuerza mayor.*** La prestación que constituía el objeto de la obligación podía tornarse imposible de cumplir por algún suceso no imputable al deudor. Hechos naturales, como un terremoto, un naufragio o un incendio; hechos jurídicos que sustrajeran la cosa del tráfico jurídico, o actos humanos realizados por terceros con empleo de una fuerza irresistible –como una guerra–, liberaban al deudor de toda responsabilidad en el cumplimiento de la prestación.

Estos acontecimientos, en los que en nada intervenía la conducta del deudor, recibieron la calificación de caso fortuito (*casus*), y Ulpiano los definió diciendo "que ninguna humana inteligencia los puede prever" (*quia fortuitos casus nullum humanum consilium praevidere potest*) (Dig. 50, 8, 2, 7). Distinguíase del *casus*, la fuerza mayor (*vis* o *vis maior*), que era aquel hecho que ninguna medida de previsión normal hubiera podido evitar. Es de hacer notar que la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor tiene un mero valor teórico, porque tanto los acontecimientos que no se pueden prever, como aquellos que previstos no se pueden evitar, liberan al deudor del vínculo obligacional, salvo convención en contrario.

Quedando exento de responsabilidad el deudor por el *casus*, el riesgo por la pérdida de la cosa (*periculum*) correspondía a la otra parte. De allí nació la regla de que las cosas se pierden o deterioran para el acreedor (*res perit creditori*). Es comprensible que este principio fuera rico en aplicaciones, tratándose de deu-

dores de cosas específicas muebles, ya que las cosas fungibles, por ser esencialmente sustituibles, no perecen y los inmuebles están sometidos a menos riesgos de pérdidas que los muebles. Así como el acreedor soportaba el *periculum*, era natural que le aprovechara el aumento de valor u otros acrecentamientos (*commodum*) que la cosa experimentara durante el tiempo que transcurría desde el nacimiento de la obligación hasta su cumplimiento por el deudor (*commodum eius debet esse cuius et periculum*). El *commodum* no sólo abarcaba los frutos que la cosa produjera, sino también todas las accesiones que no provinieran de algún hecho del deudor.

§ 145. CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES. — En todos los casos en que la prestación no se hubiera cumplido por causas imputables al deudor, provinieran de una conducta dolosa o meramente culposa, la obligación subsistía (*perpetuatio obligationis*) y ello autorizaba al acreedor a exigir judicialmente su cumplimiento. Pero si la prestación se hubiera hecho imposible, la condena se transformaba en una indemnización pecuniaria que debía representar el interés patrimonial que el acreedor tenía en la obligación, esto es, en el pago de daños y perjuicios.

Para determinar la cuantía de esta indemnización el derecho romano no adoptó un criterio uniforme. Algunas veces el monto indemnizatorio quedaba librado a la apreciación del acreedor demandante, que debía afirmar bajo juramento la exactitud de su estimación (*in litem iurare*). Otras veces se dejaba al arbitrio del juez, cuya discrecionalidad variaba según que la fórmula contuviera una *intentio certa* o una *intentio incerta*. En el primer supuesto se tomaba en cuenta el valor común de la cosa (*verum rei pretium*); en el segundo, la estimación era más amplia y contemplaba el interés del acreedor (*id quod interest*) en la efectividad de la prestación.

Cuando la indemnización judicial comprendía el *id quod interest*, los daños y perjuicios debían abarcar un doble aspecto: la pérdida realmente sufrida, es decir, la disminución que experimentara el acreedor en su patrimonio o *damnum emergens*, y la utilidad o ganancia que hubiera dejado de percibir por el incumplimiento de la obligación o *lucrum cessans*. Si la indemnización tendía a restablecer el estado de cosas que había tenido en mira el

acreedor, era natural que abarcara el daño emergente y el lucro cesante, porque tanto debía compensarse el perjuicio efectivamente sufrido, como la utilidad que se esperaba realizar con el cumplimiento. El derecho romano no pudo menos que proteger dos situaciones que en el fondo eran una sola.

En el derecho justinianeo, con el fin de resolver las dudas existentes acerca de la medida de la indemnización y de reducir el importe del resarcimiento a una cantidad prudencial, se fijó aquélla en el doble del valor real de la prestación.

§ 146. MORA. – Se entiende por mora el no cumplimiento culpable de la obligación a su debido tiempo por el deudor o la no aceptación de la prestación por el acreedor. Se distingue, pues, el retardo o mora del deudor (*mora debitoris*) del retardo o mora del acreedor (*mora creditoris*).

La mora del deudor, que era la más común, se configuraba con la presencia de ciertos requisitos. Primeramente, era menester que la obligación fuera válida y estuviera provista de acción; por lo cual no había mora si se trataba de obligaciones naturales. Se requería también un débito obligacional exigible y vencido, que el deudor demoraba en hacer efectivo por causas que le fueran imputables. Finalmente, en el derecho justinianeo se exigió una intimación o interpelación (*interpellatio*) que debía formular el acreedor para que el deudor satisficiera la deuda (*mora ex persona*).

Había casos en que este último requisito –la interpelación al deudor– no era necesario para que el obligado estuviera constituido en mora. Se habla en estos supuestos de *mora ex re*. Ella habría tenido lugar cuando la obligación era a término, porque el vencimiento del plazo producía la mora del deudor sin necesidad de interpelación, siguiendo el principio que los juristas medievales expresan con la máxima "el plazo interpela por la persona" (*dies interpellat pro homine*). Tampoco se requería interpelación en las obligaciones nacidas de delito; cuando se hubiera hecho imposible por ausencia injustificada del deudor; en los legados a favor de iglesias o fundaciones pías y en el supuesto que el retardo en el cumplimiento de la prestación equivaliera o significara un total incumplimiento.

La mora del deudor tenía el efecto de agravar su responsabilidad, por cuanto en virtud del principio de la *perpetuatio obli-*

gationis el vínculo obligacional subsistía y, en consecuencia, no se liberaba si la cosa perecía después del retardo, a menos que se probara que el perecimiento igualmente se hubiera producido estando en poder del acreedor. De cualquier forma, el deudor se obligaba por los daños y perjuicios que la mora provocare al acreedor, a quien debía colocar en igual situación a la que hubiera tenido de no mediar el retardo. Respondía, además, por los frutos naturales o civiles que la cosa pudiere haber producido, y tratándose de obligaciones de dar sumas de dinero, de los intereses del capital debido computados desde el día de la mora (*usurae ex mora*).

Opuesta a la mora del deudor era la llamada mora del acreedor, que tenía lugar cuando éste rechazaba, sin causa justificada, la oferta de pago íntegro y efectivo de la prestación debida por el deudor. Rehusado el ofrecimiento, siempre que se tratara de cosa específica, el deudor sólo respondía de su pérdida cuando mediara dolo. Si se debía una cosa genéricamente determinada o una suma de dinero y la pérdida se producía por causa no dolosa y después de haberse efectuado la oferta real de entrega, el acreedor no podía exigir la dación de ella. Si llegaba a accionar a tal efecto, el deudor podía oponer a su pretensión la *exceptio dóli*. Cuando se trataba de deudas de dinero y el obligado depositaba en público (*obsignatio*) la cantidad debida, quedaba exento de todo riesgo, así como de la obligación de pagar intereses. En el derecho justinianeo el depósito en público –pago por consignación– fue un modo de extinguir *ipso iure* las obligaciones.

Por lo que atañe a la cesación de la mora (*enmendatio* o *purgatio moraе*), la del deudor se producía por el cumplimiento de la prestación o por ofertas válidamente realizadas de pago íntegro de la deuda y la del acreedor por la aceptación del pago realizado o por manifestación inequívoca de que estaba dispuesto a recibir la prestación debida. Se extinguía también la mora por acuerdo expreso o tácito de las partes y se purgaba en caso de retardo recíproco de acreedor y deudor, porque se operaba una suerte de compensación que se rompía en caso de que la mora de uno de ellos hubiera cesado.

§ 147. Cesión de las obligaciones. – La posibilidad de transmitir o ceder las obligaciones, en su aspecto tanto pasivo como ac-

tivo, no fue reconocida en la primitiva legislación romana, que veía en la *obligatio* un vínculo netamente personal que implicaba la atadura de la propia persona del deudor al acreedor.

La obligación constituía una relación inalterable que no podía transmitirse a otros sujetos distintos de los que habían dado nacimiento al vínculo originario sin que se formara una nueva obligación que extinguiera a la primera. Sólo se admitía el traspaso de los derechos de obligaciones tratándose de la sucesión universal por causa de muerte, que tenía el efecto de hacer del heredero el continuador de la personalidad jurídica del causante y, por ende, sucesor *in universum ius* de todas las relaciones jurídicas, tanto activas como pasivas, de que había sido titular el autor de la sucesión. Por aplicación de estas ideas el derecho romano sentó como principio general que la transmisión de las obligaciones activa y pasivamente sólo podía tener lugar a consecuencia de una sucesión universal *mortis causa*, pero rechazó la validez de su cesibilidad, si se operaba por negocios jurídicos *inter vivos*.

Este riguroso principio, con el desenvolvimiento histórico del derecho romano, tuvo que ir atenuándose ante las exigencias de un tráfico comercial en creciente desarrollo, que fue imponiendo la idea de que la obligación, especialmente el crédito obligacional, era un bien incorporal que pertenecía al patrimonio de su titular y que, por tanto, podía ser objeto comerciable. Así, la jurisprudencia romana, con su característico espíritu práctico, llegó a despersonalizar la obligación, reconociendo la posibilidad de transmitir los créditos y hasta las deudas por actos *inter vivos*, aunque sobre estas últimas el principio tuvo un carácter más excepcional.

a) ***Cesión de créditos.*** Para llegar a esta clase de cesión, que importaba la sustitución del acreedor por otra persona a quien se transmitían los derechos derivados de la relación obligatoria, el derecho romano tuvo que arbitrar vías indirectas, porque un sujeto no podía hacer acreedor a otro, de lo que a él le era debido, por ninguno de los modos por los cuales se transmitían las cosas corporales, como la *mancipatio*, la *in iure cessio* o la *traditio*.

El primer recurso fue la *delegatio nominis*, institución que no era otra cosa que una novación por cambio de acreedor. En virtud de una convención tripartita, acreedor cedente, deudor y ce-

sionario estipulaban la extinción de la obligación existente entre los dos primeros y la creación, en sustitución de ella, de otra obligación en la que quedaba como acreedor el cesionario. Este medio de cesión tenía la única ventaja de conceder al nuevo acreedor un derecho definitivo contra el deudor, pero tenía no pocos inconvenientes, ya que no importaba una verdadera cesión de crédito, sino la creación de otro distinto del primero. Por consecuencia, el primitivo crédito quedaba extinguido con todos sus accesorios y garantías que no pasaban al segundo, si no se los constituía expresamente. Además, la *delegatio nominis* requería el consentimiento del deudor, que en caso de negativa, hacía imposible la cesión. Por otra parte, el deudor no podía oponer al nuevo acreedor las excepciones que tenía contra el primitivo, puesto que se trataba de un crédito jurídicamente distinto.

Para remediar tales inconvenientes, en la época del procedimiento formulario, que admitía la representación en juicio, se ideó una nueva forma de cesión de crédito que se realizaba mediante la siguiente operación: el acreedor que quería ceder su crédito otorgaba mandato a otra persona, que adquiría el rol de cesionario, para que demandara al deudor, autorizándolo a obrar en su nombre, pero en beneficio propio (*procurator in rem suam*), con lo cual hacía suya la prestación una vez satisfecha la deuda.

Esta forma particular de operar una cesión de crédito presentaba también algunas desventajas. Así, el mandato al *procurator* era esencialmente revocable como todo mandato y, por consiguiente, hasta que no se llegase en el proceso a la *litis contestatio*, que fijaba definitivamente todos los elementos del juicio, el acreedor cedente podía eliminar del pleito al procurador cesionario. Además, siendo el mandato un contrato que se extinguía por la muerte de cualquiera de los contrayentes, el fallecimiento del cedente o del cesionario antes de la *litis contestatio*, hacía que este último viera frustrado su derecho de proseguir el pleito y, por ende, de cobrar el crédito transmitido. Por otra parte, conservando el cedente su carácter de mandante y de titular del crédito, nada le impedía recibir el pago de la deuda o hacer remisión de ella con prescindencia del mandatario, burlando así sus legítimos derechos.

Tutelando la posición del cesionario, los emperadores de la época clásica posibilitaron que la cesión pudiera realizarse sin re-

currir a la figura del mandato. A partir de entonces la transmisión de créditos alcanzó en cierta medida el carácter de instituto autónomo. En aquellos momentos una constitución de Antonino Pío confirió al comprador de una herencia una acción útil *suo nomine* contra los deudores hereditarios. En el derecho justinianeo las *utiles actiones* se extendieron a los adquirentes de créditos a título singular, por razón de venta, de constitución de dote, de legado, etcétera. El régimen de las acciones útiles tenía la desventaja de que el crédito cedido no se desligaba del acreedor anterior, de suerte que la acción del cesionario se sumaba a la acción directa del cedente. Para obviar tal inconveniente se estableció que la notificación (*denuntiatio*) al deudor por parte del cesionario de la transferencia del crédito, le privaba de su derecho de pagar con efecto liberatorio al cedente.

La cesión podía hacerse por las más variadas causas: venta, dote, donación, etcétera. Si se la hacía a título oneroso, el cedente respondía de su existencia (*verum nomen*), pero no de la solvencia del deudor (*bonum nomen*). No todos los créditos eran susceptibles de cesión; algunos derechos personalísimos, como el usufructo, los alimentos y las acciones *vindictam spirantes*, no podían ser cedidos. En el derecho postclásico y justinianeo se prohibió la transmisión de créditos litigiosos, la cesión al tutor de créditos contra el pupilo y la llamada *cessio in potiorem*, que era la que se efectuaba a favor de personas de rango más elevado que el del acreedor originario.

En el derecho bizantino, procurando siempre impedir las especulaciones en materia de cesión de créditos, el emperador Anastasio sancionó una constitución que disponía que el comprador de un crédito no podía obtener del deudor más que aquello que hubiese pagado como precio por la adquisición de él, otorgándose al deudor que fuera demandado por la totalidad del crédito, el derecho de oponer a la pretensión la *exceptio legis Anastasianae*, para lograr la aludida reducción.

b) ***Cesión de deudas.*** La idea de la cesibilidad de las deudas fue más difícil de admitir por la legislación romana, puesto que la persona del deudor era fundamental en la relación obligatoria. Para el acreedor no podía ser indiferente su sustitución, toda vez que el vínculo seguramente se había creado en consideración a la capacidad patrimonial del sujeto pasivo de la obligación, que de-

bía responder al pago de sus deudas con todos los bienes corpóreos o incorpóreos que integraran su patrimonio.

Por ello, la transmisión de las deudas sólo tuvo cabida en el derecho romano si se la hacía con la conformidad del acreedor mediante una novación por cambio de deudor (*expromissio*). El efecto transmisorio también pudo lograrse constituyendo al nuevo deudor en mandatario *in rem suam*, es decir, en perjuicio propio; pero legitimado pasivamente era sólo el antiguo deudor, por lo cual el acreedor no estaba obligado a aceptar el juicio contra el cesionario de la deuda, ni podía obligársele a asumir un papel activo en el proceso.

Título VI

GARANTÍA DE LAS OBLIGACIONES

§ 148. **Conceptos generales.** – El cumplimiento de la obligación podía asegurarse en el derecho romano afectando la cosa de propiedad del deudor a la acción del acreedor (*obligatio rei*) o haciendo que el mismo deudor u otra persona por él respondiera con su propio crédito (*obligatio personae*). Había, pues, dos clases de garantías: las garantías reales y las garantías personales.

De las primeras, que se daban a través de tres instituciones que se presentaron en el curso del desarrollo histórico del derecho de Roma, la *fiducia*, el *pignus* y la *hypotheca*, hemos tratado al estudiar los derechos reales de garantía. Nos quedan por considerar ahora las garantías personales, dentro de las cuales distinguiremos las que derivaban del propio deudor, de las que asumía otra persona por él, y que se denominaban "intercesiones".

§ 149. **Garantías personales derivadas del propio deudor.** – Le fue permitido al deudor mismo garantizar o más propiamente reforzar la obligación que tenía que cumplir. En el caso no había en la relación otro sujeto distinto de los que habían constituido el vínculo obligacional. Las garantías de esta especie fueron: las arras (*arrha*), la cláusula penal (*stipulatio poenae*), el juramento promisorio (*iusiurandum promissorium*) y el constituto de deuda propia (*constitutum debiti proprii*).

a) ***Las arras.*** Consistían las arras en la entrega que el deudor hacía al acreedor de una suma de dinero u otra cosa como medio de probar la existencia de un contrato consensual, por lo común, la compraventa. Tenían, entonces, el carácter de una señal confirmatoria del perfeccionamiento del contrato (*arrha confirmatoria*), que no daba derecho a los contrayentes a rescindirlo,

debiendo restituirse las arras, con independencia de que se cumpliera o no la convención.

Por influencia del derecho oriental, en la legislación justinianea llegó a admitirse que las arras actuaran como un medio de reforzar las obligaciones cuando se presentaban como *arrha poenitentialis*. Desempeñaban, por tanto, una función penal al llevar aparejada una sanción para la parte que dejara de cumplir la prestación. Así, en el contrato de compraventa, que era en el que más frecuentemente se daban arras, el comprador o el vendedor podían dejar de cumplirlo unilateralmente. Si lo hacía el primero, que normalmente entregaba una suma de dinero en concepto de señal o arras, perdía de pleno derecho la cantidad entregada. Si el incumplimiento provenía del segundo, que comúnmente recibía las arras, quedaba obligado a restituir la cantidad que le había sido entregada, más otro tanto (*in duplum*).

b) ***La cláusula penal.*** Se utilizó la cláusula penal en el derecho romano como pena convencional por la que se fijaba anticipadamente la indemnización que por daños y perjuicios habría de pagar el deudor, si dejaba de cumplir la prestación debida. También se aplicó como medio de reforzar las obligaciones por el propio deudor y en tal sentido era la promesa de una prestación, por lo común una suma de dinero, para el caso de incumplimiento de la obligación asumida. No constituyó una figura contractual autónoma y por ello, requirió la forma de la estipulación, de donde surgió su nombre de *stipulatio poenae*. La cláusula penal pudo establecerse por simple pacto, cuando se la agregaba a un contrato de buena fe.

c) ***El juramento promisorio.*** La especial institución del juramento promisorio (*iusiurandum promissorium*) sirvió para garantizar la obligación contraída por un menor de veinticinco años sin la *auctoritas* de su curador. Contra la eficacia de tal obligación cabía utilizar por el menor la *in integrum restitutio*, pero un rescripto de Alejandro Severo atribuyó al juramento el efecto de eliminar tal posibilidad.

d) ***El "constitutum debiti proprii".*** El pacto dotado de acción por el pretor (*actio de pecunia constituta*) por el cual el propio deudor se obligaba a pagar lo que debía á causa de una preexistente relación obligatoria, según nuevas modalidades de tiempo,

de lugar, etc., se denominó constituto de deuda propia (*constitutum debiti proprii*). En el derecho clásico sólo se reconoció el *constitutum* de dinero u otras cosas fungibles, pero Justiniano lo extendió a toda clase de cosas. El constituto de deuda propia servía para garantizar la obligación, dado que el cumplimiento del pacto por el deudor al tener el mismo objeto que la obligación principal, producía efectos extintivos respecto de ésta.

§ 150. GARANTÍAS PERSONALES OTORGADAS POR UN TERCERO: LA INTERCESIÓN. – Un tercero podía garantizar una deuda de otra persona con su propio crédito. En el caso había intercesión (*intercessio*), que significa cualquier clase de asunción de una obligación ajena. La intercesión podía presentar dos formas: "intercesión privativa", cuando el tercero asumía la obligación liberando al deudor, e "intercesión cumulativa", cuando el tercero se obligaba junto con el deudor principal.

La intercesión privativa tenía lugar si mediaba un acuerdo de voluntades entre el tercero y el acreedor, ya que éste no podía ser obligado a aceptar otro deudor en reemplazo del primitivo sin prestar su consentimiento. Por esta intercesión se constituía una nueva obligación en lugar de la antigua, que quedaba extinguida. Se trataba de una novación por cambio de deudor que, como vimos, se llamaba *expromissio*.

La intercesión cumulativa podía, a su vez, presentarse de dos formas: una, en la que el tercero se obligaba en igual rango que el deudor principal, en cuyo caso se trataba de una obligación solidaria constituida con un fin de intercesión o garantía; otra, cuando el tercero quedaba obligado subsidiariamente. Esta segunda forma constituyó propiamente una verdadera intercesión y tuvo su manifestación en el derecho justinianeo a través de tres figuras que vinieron a constituir otras tantas garantías personales otorgadas por un tercero. Ellas fueron: la fianza, el constituto de deuda ajena (*constitutum debiti alieni*) y el mandato de crédito (*mandatum pecuniae credendae*), llamado por los intérpretes mandato cualificado (*mandatum qualificatum*).

La noción de la *intercessio* fue desarrollada por la jurisprudencia romana a raíz de la sanción del senadoconsulto Veleyano, del año 46 de nuestra era, que estableció la nulidad de las obligaciones provinientes de toda intercesión o fianza otorgada por la

mujer. El senadoconsulto tuvo por finalidad proteger a las mujeres que inducidas por su debilidad podían comprometer su patrimonio en negocios por los cuales garantizaran de cualquier forma una deuda ajena.

Si la mujer, contrariando la prohibición legal, hubiera intercedido a favor de un tercero, podía oponer a la demanda del acreedor la *exceptio senatusconsulti Velleiani* para enervar la acción, en cuyo caso quedaba liberada, sin que subsistiera siquiera una *naturalis obligatio*. Tratándose de intercesión privativa, el pretor restituyó al acreedor que hubiera perdido su derecho, la acción contra el deudor liberado. Sólo en casos excepcionales, como si hubiera error excusable del acreedor, dolo de la mujer o intercesión en interés propio, dejaban de aplicarse las normas del senadoconsulto y la intercesión de la mujer era plenamente válida.

En el derecho justinianeo se declararon nulas de pleno derecho las intercesiones realizadas por la mujer a favor del marido y las que no estuvieran redactadas en instrumento público firmado por tres testigos, siendo aplicables las disposiciones del senadoconsulto Veleyano, en caso de que se cumpliera con estos recaudos.

a) *La fianza.* La garantía personal por excelencia otorgada por un tercero fue la fianza. Consistía en la obligación que asumía una persona de responder por una deuda ajena con su propio crédito. La obligación que nacía para el fiador tenía carácter accesorio respecto de la obligación primitiva contraída por el deudor principal.

La existencia sucesiva de los derechos del acreedor frente a deudores de distinto rango –el deudor principal, en primera línea, y el fiador, subsidiariamente–, caracteriza típicamente a la fianza, en la que no se presenta una existencia simultánea de la obligación respecto de la cual el fiador se obliga en igual rango que el deudor principal, como ocurre en la solidaridad pasiva. Sin embargo, en la evolución de la responsabilidad del fiador no siempre el derecho romano aceptó la característica apuntada. En las primeras épocas era el único responsable, ya que ocupaba el lugar del deudor. Más adelante respondió solidariamente como un deudor más. Por último, se afirmó el carácter subsidiario de la obligación del fiador al obtener definitiva consagración el principio en la compilación justinianea.

La fianza, que se constituía por medio de una estipulación pasivamente accesoria (*adpromissio*), presentó en el derecho romano tres variedades: dos antiguas, la *sponsio* y la *fidepromissio*, y otra nueva, que resultó de la fusión de las anteriores, la *fideiussio*, única forma de fianza que consagró el derecho justinianeo.

1) ***"Sponsio" y "fidepromissio".*** Estas especies de fianza que se perfeccionaban *verbis*, como toda *stipulatio*, sólo podían garantizar obligaciones de carácter estipulatorio. Había que concertarlas usando la siguiente fórmula verbal: *idem dari ¿spondes?* (o *¿fidepromittis?*), más la respuesta del fiador: *spondeo* (o *fidepromitto*). La *sponsio* fue una institución *iuris civilis* y, por consiguiente, sólo accesible a los ciudadanos romanos, en tanto que la *fidepromissio* pudo ser usada por los peregrinos. Las obligaciones asumidas por el *sponsor* y el *fidepromissor* se extinguían con la muerte de éstos, no transmitiéndose a sus herederos.

Ambas formas de fianza tuvieron un régimen legal semejante y su regulación se debió a distintas leyes sancionadas en el período republicano. Una *lex Appuleia*, probablemente del año 101 a. de C., disponía que si uno de los fiadores pagaba más de lo que le correspondía, podía dirigirse contra los otros para exigirles el reembolso del excedente. Otra ley posterior, llamada *Furia*, estableció que la fianza se extinguía en dos años, si *sponsores* o *fidepromissores* eran de Italia, prescribiendo además que en caso de existir varios fiadores la obligación debía repartirse entre ellos en porciones iguales, respondiendo cada uno solamente por su parte. Esta última disposición llevó a una *lex Cicereia*, del año 87 a. de C., a establecer que el acreedor debía declarar el importe total de la deuda garantizada y el número de *sponsores* o *fidepromissores* que la garantizaban. Finalmente, una *lex Publilia de sponsoribus*, probablemente de fecha anterior a la últimamente citada, concedió al *sponsor* o *fidepromissor* que había satisfecho la deuda al acreedor, una acción penal por el duplo (*actio depensi*), ejercitable contra el deudor principal, siempre que no le hubiera restituido lo pagado en el término de seis meses.

2) ***"Fideiussio".*** La modalidad de fianza más reciente que la *sponsio* y la *fidepromissio* y que sobrevivió en el *Corpus Iuris*, fue la *fideiussio*. Se contraía también por una *stipulatio* pasivamente accesoria con la siguiente fórmula: *¿id fide tua esse iubes?*, a lo cual el fiador respondía: *fideiubeo*.

Esta nueva forma de garantizar obligaciones por un tercero fue accesible a ciudadanos y extranjeros y la obligación contraída por el *fideiussor* se transmitía a los herederos. La *fideiussio* era aplicable a cualquier clase de obligación, incluso a una meramente natural y hasta a una obligación futura. El *fideiussor* respondía de todo cuanto podía reclamarse en pago al deudor principal (*idem debitum*), pero en ningún caso podía obligar a más que esto (*in duriorem causam*), aunque sí a menos (*in leviorem causam*).

En la época clásica el fiador respondía a la par del deudor principal y únicamente podía, por medio de lo que los modernos han llamado *fideiussio indemnitatis*, pagar la parte de la prestación que el acreedor no lograba hacer efectiva del deudor principal. En aquel entonces el *fideiussor* no contaba con una acción de regreso para exigir del deudor la restitución de lo que hubiera pagado. Para obviar tal inconveniente la jurisprudencia llegó a admitir que el *fideiussor* pudiera demandar el reembolso valiéndose de la *actio mandati contraria*, si había obrado a requerimiento del deudor; o de la *actio negotiorum gestorum* cuando no mediando requerimiento, hubiera pagado cumpliendo una gestión útil para el obligado.

La posición en que se encontraba el fiador frente al acreedor y con respecto al deudor principal y los otros fiadores, en caso de que los hubiere, fue regulada más equitativamente por el derecho romano a partir de la época imperial.

El emperador Adriano fue el primero que concedió, para el caso de que fueran varios los *fideiussores*, el llamado beneficio de división (*beneficium divisionis*), en virtud del cual el fiador demandado por el pago podía exigir del acreedor que dividiera la deuda entre los cofiadores presentes y solventes. Más tarde, con Justiniano, se otorgó al fiador el beneficio de excusión (*beneficium excusionis*), por cuyo medio aquél podía exigir del acreedor que demandara en primer término al deudor principal y sólo si la deuda no hubiera sido satisfecha por éste, nacía su obligación de pagar la prestación que hubiera garantizado. Así, pues, la obligación del fiador no era ya simultánea con la del deudor principal, ni estaba en igual rango; era una obligación sucesiva, que se daba subsidiariamente a falta de pago del deudor principal. De esta manera, con el derecho justinianeo la fianza se afirma como nego-

cio jurídico de carácter accesorio o subsidiario, tal como se la tipifica en el derecho moderno.

Con Justiniano se creó también el beneficio de cesión de acciones (*beneficium cedendarum actionum*), que actuaba de la misma forma que la acción de regreso y por cuyo intermedio el fiador que había pagado la deuda podía solicitar del acreedor la cesión de las acciones que le correspondían contra el deudor principal. El beneficio se daba también en favor del *fideiussor* que hubiera satisfecho la deuda contra los otros cofiadores, a fin de exigirles la parte correspondiente, previa deducción de la cuota que a aquél le correspondiera.

b) ***El "constitutum debiti alieni".*** El pacto pretorio de *constitutum debiti alieni*, análogo al de débito propio, fue otra de las formas que creó el derecho romano para garantizar las obligaciones. Tenía lugar cuando un tercero, ajeno a la relación nacida entre acreedor y deudor, se obligaba a pagar la deuda de éste en un plazo determinado. El pacto de constituto de deuda ajena sólo fue aplicable a las obligaciones de dar sumas de dinero u otras cosas fungibles, hasta que Justiniano lo hizo extensivo a toda clase de deudas.

Aparte de las diferencias de orden formal con la *fideiussio*, en el *constitutum* el constituyente podía entregar una cosa distinta de la prometida por el deudor principal y también cambiar el lugar y el tiempo del cumplimiento de la obligación. El derecho justinianeo aplicó al constituto de deuda ajena el *beneficium divisionis* y con ello esta garantía personal se asimiló bastante a la *fideiussio*.

c) ***El "mandatum pecuniae credendae".*** Esta figura jurídica, llamada también mandato cualificado (*mandatum qualificatum*), era una garantía personal fundada en el contrato de mandato por medio del cual el fiador –mandante– daba encargo al acreedor –mandatario– de entregar, en calidad de préstamo a un tercero, una determinada suma de dinero o una cantidad de cosas fungibles.

En virtud de tal convención el acreedor, en caso de incumplimiento de la prestación, tenía a su elección dos medios para reclamar el pago de lo debido: uno, perseguir al fiador por la acción del mandato (*actio mandati contraria*); otro, demandar al deudor

principal ejercitando la acción del mutuo (*condictio certae creditae pecuniae*). Con Justiniano, el mandato de crédito se asimiló en mucho a la fianza, al concederse a los mandantes, al igual que a los fiadores, los beneficios de división y excusión.

Título VII

EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

§ 151. Conceptos generales. – La obligación se extingue cuando el deudor paga lo que debe, esto es, cuando el acreedor recibe aquello a que tenía derecho, o también, cuando el obligado es por otra causa liberado de su débito. En otros términos, hay extinción de la obligación cuando cesa la relación que ligaba a los sujetos con las consecuencias jurídicas que de ella se siguen. En el derecho romano las causas de extinción producían distintos efectos. Unas veces el deudor quedaba liberado de pleno derecho (*ipso iure*) por lo que se consideraba extinguida sin más la relación obligacional, desaparecido total y definitivamente el vínculo que ella entrañaba. Otras veces la obligación subsistía, pero se la privaba de eficacia, denegando el pretor la acción, o lo que era más frecuente, concediendo al deudor una *exceptio* para enervar la *actio* ejercitada por el acreedor. Esta privación de eficacia *per exceptionem*, *exceptionis ope*, era propia del derecho honorario.

La distinción entre modos de extinción *ipso iure* y *exceptionis ope*, que tomaremos cómo base para nuestro estudio, tenía como fundamento el clásico dualismo derecho civil-derecho honorario y operaba esencialmente dentro de la mecánica del procedimiento formulario. Por ello la diferencia careció de valor sustancial en el derecho justinianeo, donde los modos de extinción de las obligaciones actuaron con igual eficacia.

§ 152. Modos de extinción "ipso iure". – La *obligatio* se extinguía de pleno derecho cuando el deudor observaba el comportamiento a que estaba obligado frente al acreedor. En el derecho quiritario, sin embargo, el simple cumplimiento de la prestación no extinguía el vínculo, y si la obligación se había constituido por

un contrato solemne, como fueron los del primitivo derecho, era menester para su extinción una análoga e inversa solemnidad (*contrarius actus*). Tal fue la *solutio per aes et libram* respecto de las obligaciones nacidas con las formalidades de la *mancipatio* y la *acceptilatio* para las obligaciones contraídas *verbis*.

Comenzaremos tratando de estos modos antiguos de extinguir *ipso iure* las obligaciones, para considerar después aquellos otros que subsistieron en el derecho nuevo. Entre los últimos se cuentan el pago, la novación, la confusión, el mutuo disentimiento, el concurso de causas lucrativas, la pérdida de la cosa debida, la muerte y la *capitis deminutio*.

a) ***"Solutio per aes et libram"***. Era un modo formal *iure civile* que se realizaba con el mismo rito de la *mancipatio*, es decir, mediante el procedimiento del cobre y la balanza. El deudor pronunciaba una fórmula por la cual se proclamaba independiente y liberado del vínculo que lo sometía al acreedor, y golpeando la balanza con un trozo de cobre lo consignaba a favor del titular del crédito (*veluti solvendi causa*).

Al principio la *solutio per aes et libram* era un acto de pago efectivo por cada obligación que se debía extinguir. Después se fue transformando en un medio formal y simbólico (*imaginaria solutio*), aplicable a pocos casos. Por fin, abolidas las formas del *agere per aes et libram* en el derecho justinianeo, desapareció la *solutio* como modo de extinguir obligaciones.

b) ***Acceptilatio***. Otra causa solemne de extinción de las relaciones obligacionales fue la *acceptilatio*, consistente en una respuesta del acreedor, que a la pregunta del deudor (*¿habesne acceptum?*) respondía haber recibido el pago (*habeo*).

En un principio la *acceptilatio* sirvió para extinguir, después de efectuado el pago, las obligaciones nacidas *verbis*, esto es, las que se perfeccionaban con solemnidades orales. Más adelante se transformó también en una *imaginaria solutio*, llegando a ser un medio formal de remisión o condonación de una deuda, tanto para los contratos *verbis*, cuanto para los *litteris*, siendo necesario en este caso una anotación en los libros de contabilidad del acreedor.

A fin de que pudiera empleársela para extinguir también otras obligaciones, se acostumbraba a cambiar éstas en un contra-

to *verbis* por medio de la *stipulatio* llamada Aquiliana, por el nombre del jurisconsulto de la época republicana Aquilio Galo, quien fue el primero en sugerir tal procedimiento. En el derecho justinianeo, caída en desuso la antigua *obligatio litteris*, sólo quedó subsistente la *acceptilatio verbis*.

c) *Pago.* El modo natural de extinguir las obligaciones con todos sus accesorios lo constituye el pago (*solutio*). En su acepción más amplia significa la disolución del nexo obligatorio y, en consecuencia, comprende todos los modos de extinción de las obligaciones. El jurisconsulto Ulpiano, en un pasaje del Digesto expresa: "Está determinado que con la palabra pago se ha de entender también toda satisfacción: decimos que paga el que hizo lo que prometió hacer" (50, 16, 176). Efecto normal o necesario de las obligaciones es su cumplimiento por parte del deudor en el lugar, en el plazo y con las modalidades establecidas. El deudor paga cuando cumple la obligación contraída u observa el comportamiento a que estaba obligado respecto del acreedor.

Para que el pago produzca *ipso iure* sus efectos liberatorios, tiene que reunir ciertos requisitos en lo que atañe a los sujetos de la relación, al objeto o prestación y al lugar y tiempo en que la deuda debe ser satisfecha.

Se exigía en el deudor capacidad para obligarse, esto es, aptitud legal para pagar. El mismo deudor debía efectuar el pago o un representante legítimo. Nada obstaba a que pagara por el deudor un tercero, salvo que se tratara del cumplimiento de una prestación personalísima asumida en atención a las calidades especiales del deudor, como podía ocurrir en la locación de obra. También era requisito necesario que el acreedor fuera capaz de percibir el pago, caso contrario, debía pagarse a un representante legal, tutor o curador. Estaba admitido que el acreedor designara a un mandatario para recibir lo debido por el deudor y era dable pagar válidamente al *adstipulator* y al *adiectus solutionis causa*. El primero era un acreedor adjunto autorizado para reclamar la deuda con igual eficacia que el acreedor principal, en tanto que el segundo era un simple ejecutor dotado de aptitud para recibir el pago.

En lo que atañe a la prestación, debía satisfacérsela íntegramente y tal como la habían convenido las partes. No se admitía, en consecuencia, que se pudiera constreñir al acreedor a recibir

pagos parciales, ni cosa distinta de la debida (*aliud pro alio*). Estos principios, sin embargo, admitieron excepciones expresamente consagradas por el derecho romano.

Así, se reconoció a ciertos deudores el derecho de pagar parcialmente, reservándose lo indispensable para su subsistencia, según su posición social. Entre ellos se contaban los socios, los padres e hijos, los promitentes de dote, los militares, etcétera. Este beneficio, llamado de "competencia" (*beneficium competentiae*), fue extendido por Justiniano a todo deudor que se encontrara en situación de insolvencia, quedando obligado por el saldo de lo pagado cuando mejorase de fortuna.

Se admitió también de manera excepcional, que el deudor pudiera satisfacer una prestación distinta de la convenida por virtud del beneficio denominado de "dación de pago" (*beneficium dationis in solutum*). Los jurisconsultos proculeyanos entendieron que el beneficio importaba un modo de extinción *exceptionis ope*, mientras los sabinianos consideraban que operaba *ipso iure*, equiparándose completamente al pago. Este último criterio fue aceptado por la legislación de Justiniano, que estableció que cuando el deudor fuera solvente y no pudiera procurarse dinero, debería ofrecer en pago bienes inmuebles, valuados mediante una justa estimación (dación de pago necesaria).

En lo referente al lugar de pago (*locus solutionis*), había que atenerse a lo convenido por las partes. A falta de convención, si el objeto de la prestación era un bien inmueble, donde estuviere sito; si se trataba de cosas muebles, donde se encontraran. No pudiéndose aplicar ninguno de estos principios, el lugar de pago era el del domicilio del deudor.

En lo concerniente al tiempo del cumplimiento, la obligación debía ejecutarse dentro del plazo establecido (*quando dies venit*), si había sido impuesto por acuerdo de los sujetos. Como el plazo se otorgaba en interés del deudor (*dies adiectio pro debitore est*), éste podía liberarse pagando antes de su vencimiento. Si no se había convenido término alguno, al acreedor le era permitido solicitar el pago cuando deseare, incluso inmediatamente, pero tenía que invitar al deudor a pagar formalmente y con antelación.

Dos instituciones conexas al pago que los modernos han denominado "imputación de pago" y "pago por consignación", tuvieron nacimiento en el derecho romano.

La imputación de pago era de aplicación cuando una persona tenía varias deudas en dinero con un mismo acreedor y no se había convenido la forma en que debía satisfacer la prestación debida. En el supuesto operaban distintas reglas de preferencia que atendían al interés del deudor. Así, se entendía primeramente extinguida la deuda vencida que la no vencida, la más gravosa antes que la menos gravosa y la deuda por intereses primero que la de capital. Si no se daban tales elementos, el pago se imputaba en proporción a cada una de las deudas.

El llamado pago por consignación fue una resultante de la mora del acreedor que, como dijimos, se producía cuando éste rechazaba, sin causa justificada, la oferta de pago íntegro y efectivo realizada por el deudor. Ante tal situación el derecho romano autorizó al obligado a consignar en público (*obsignatio*) la cosa debida, usándose a tal efecto templos, iglesias o algún otro lugar designado por el magistrado. También procedía el pago por consignación cuando el acreedor fuera desconocido o se tratara de un incapaz que careciera de tutor o curador. Para que esta forma de pago extinguiera *ipso iure* las obligaciones era menester que el deudor interpelara al acreedor, haciendo ofertas reales que evidenciaran su propósito de pagar la deuda.

Digamos, por fin, que en cuanto a los medios de probar el pago, cualquiera era válido en la época clásica. En el derecho justinianeo, no fue tan amplia la libertad de prueba estableciéndose que el pago de deudas resultantes de documentos debía probarse con cinco testigos o mediante recibo (*apocha*), el que sólo tenía validez si pasados treinta días el acreedor no lo impugnaba mediante la *exceptio non numeratae pecuniae*.

d) ***Novación.*** Se denominaba novación (*novatio*) a la sustitución de una obligación por otra, o a la transposición del contenido de una primitiva por otra nueva (*novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio*) (Dig. 46, 2, 1, pr.). Fundamental en el concepto romano era que la antigua obligación se extinguía *ipso iure* y en lugar de ella surgía otra nueva.

Para la validez de la novación se exigía la presencia de diversos requisitos. Primeramente, que hubiera una precedente obligación, civil o natural, que debía quedar extinguida. Además, que la obligación nacida para sustituir a la anterior fuera civil o naturalmente válida. También, que se verificara mediante el

contrato verbal de *stipulatio*. A estos recaudos el derecho clásico agregó la exigencia de que la novación contuviera un elemento nuevo (*aliquid novi*), que diferenciara la naciente obligación de la anterior, ya porque variara la persona de los sujetos –novación subjetiva–, ya porque el cambio se produjera respecto de la naturaleza de la obligación, como ocurriría si una delictual, se transformara en otra contractual; una de buena fé, en otra de derecho estricto; una natural, en civil, o cuando a la obligación precedente se le agregara un plazo, una condición, un cargo, la constitución o supresión de una fianza o, igualmente, la sustitución de la prestación por su valor en dinero.

La llamada novación subjetiva tendía a sustituir la persona del acreedor o la del deudor. En el primer caso había delegación activa (*delegatio nominis*), medio de operar una cesión de crédito; en el segundo, delegación pasiva (*expromissio*), forma de llegar a una cesión de deuda, como vimos oportunamente al tratar de la transmisión de las obligaciones.

El derecho clásico exigió igualmente que la deuda novada tuviera idéntico objeto que la primitiva obligación (*idem debitum*). No se admitía, por consiguiente, que se cambiara el objeto de la obligación, ya que el fundamento de la virtud extintiva de la novación estaba constituido por el *idem debitum*, al no ser válida la celebración entre las mismas personas de dos contratos que tuvieran el mismo objeto.

En el derecho justinianeo el concepto clásico de la *novatio* desaparece y la identidad del objeto deja de exigirse como requisito esencial de la institución. Justiniano, inspirado en las escuelas romano-orientales, introduce como nota característica de la novación un elemento subjetivo o intencional, el *animus novandi*, que viene a reemplazar al elemento objetivo del *idem debitum*. La reforma justinianea posibilita la llamada novación objetiva, ya que cuenta fundamentalmente el ánimo de novar, o sea, sustituir la obligación anteriormente constituida, intención que se debía manifestar expresamente, porque en caso contrario se entendía nacida otra obligación, no simplemente novada la antigua.

Efecto fundamental de la novación era la extinción de pleno derecho de la obligación anterior. Se extinguían también los derechos pignoraticios y las fianzas constituidas y, si habían de subsistir para garantía de la naciente obligación, había que consti-

tuirlas nuevamente. Cesaba igualmente el devengo de intereses. Contra la nueva obligación, por su carácter independiente, no se podían oponer las excepciones que admitía la extinguida, salvo la nulidad, porque al estar viciada la obligación precedente no podía nacer como válida la nueva obligación.

c) *Confusión.* Se extinguía *ipso iure* la relación obligacional por confusión (*confusio*), cuando venían a reunirse en una sola persona las cualidades de acreedor y deudor. La confusión se operaba, por regla general, mediante sucesión a título universal, como si el deudor resultaba heredero del acreedor o viceversa, y en algunos casos por título singular, como cuando el acreedor hipotecario adquiría de su deudor el inmueble sometido a hipoteca.

Este modo de extinción no era sólo aplicable a los derechos creditorios sino que, como vimos, se presentaba también en los derechos reales sobre cosa ajena, como ocurría en las servidumbres reales, que se extinguían por confusión en caso de que el fundo dominante y el sirviente se hicieran de propiedad de la misma persona.

f) *Mutuo disentimiento.* Por aplicación del principio: *nudi consensus obligatio contrario consensu disolvitur*, las obligaciones que nacían por el mero consentimiento de las partes, podían extinguirse por mutuo disentimiento (*contrario consensu*), siempre que no hubieran comenzado a ejecutarse.

El mutuo disentimiento de las partes fue aplicado primeramente como modo de extinción de la compraventa, que podía disolverse por esta forma aunque vendedor y comprador hubieran entregado la cosa y el precio. Más adelante se la extendió a los otros contratos consensuales, aun a la sociedad y el mandato, que, por sus especiales características, admitían también la cesación por decisión unilateral.

g) *Concurso de causas lucrativas.* La obligación de dar una cosa individualmente determinada (*species*) se extinguía de pleno derecho cuando el mismo objeto se hubiera conseguido por una causa lucrativa (*concursus causarum lucrativarum*). En el primitivo derecho las obligaciones de tal naturaleza se extinguían si por cualquier causa la propiedad de la cosa hubiera sido adquirida después por el acreedor, por aplicación del principio de que no podía ser válida la obligación si su fin era dar una cosa ya propia

del acreedor. En el derecho justinianeo la extinción se limitaba a la hipótesis de que la cosa hubiera pasado sin sacrificio para el acreedor, es decir, por causa lucrativa, de lo contrario, el deudor era responsable de su valor (*aestimatio*).

h) ***Pérdida de la cosa debida.*** Si la prestación se hacía imposible por causas que no eran aquellas que conducían a una *perpetuatio obligationis*, la obligación se extinguía de pleno derecho, como si el objeto que había que entregar era destruido por caso fortuito o fuerza mayor, siempre que el deudor no hubiera estado ya constituido en mora. Es de hacer notar que este modo de extinción no era aplicable a las obligaciones de género, en las que, por aplicación de la regla "el género nunca perece" (*genus nunquam perit*), el deudor tenía que entregar otra cosa de la misma especie y calidad.

i) ***Muerte y "capitis deminutio".*** Ciertas obligaciones se extinguían *ipso iure* por la muerte de uno de los sujetos. Hemos visto los casos de las obligaciones delictuales, las derivadas de la *sponsio* y la *fidepromissio* y las llamadas *intuitu personae*, que se extinguían por la muerte del deudor. Otras obligaciones, fundadas en relaciones de confianza, como las provenientes de los contratos de sociedad o de mandato, también se extinguían por el fallecimiento de cualquiera de los sujetos de la relación contractual.

La *capitis deminutio*, en cualquiera de sus grados, fue causa extintiva de las obligaciones para el derecho civil. Esta norma se modificó por influencia del pretor que, defendiendo el interés de los acreedores, admitió que cuando se produjera una *capitis deminutio minima*, al pasar un *sui iuris* a la calidad de *alieni iuris*, por adrogación, legitimación o *conventio in manu*, una ficción la tuviera por no sucedida a fin de que los acreedores pudieran perseguir al deudor con las mismas acciones que tenían antes de la *capitis deminutio*, es decir, cuando era *sui iuris*. Si se trataba de *capitis deminutio maxima*, el pretor concedió a los acreedores del deudor una acción para dirigir contra los que hubieran adquirido sus bienes. En caso de *capitis deminutio media*, la obligación no se extinguía, ya que los acreedores entraban en posesión de los bienes del deudor, a quien podían ejecutar para el cobro de sus créditos.

§ 153. MODOS DE EXTINCIÓN "EXCEPTIONIS OPE".— Cuando se atribuía al deudor un derecho impugnativo tendiente a eliminar la relación obligatoria, derecho que por lo común era concedido o se hacía valer por vía de excepción contra el acreedor que intentaba judicialmente su acción, la obligación se extinguía *per exceptionem* o *exceptionis ope*. Hay que tener presente que la extinción no se producía mientras no se opusiera la excepción, porque el acreedor siempre contaba con la *actio* emergente de la relación. Además, aunque la excepción hubiera sido interpuesta en el *iudicium*, la obligación podía sobrevivir respecto de otros coobligados y tampoco cesaban las obligaciones accesorias y las garantías.

Entre los modos de extinción *exceptionis ope* reconocidos por la legislación romana se cuentan los siguientes: la compensación, la transacción, el *pactum de non petendo* y la *praescriptio longi temporis*.

a) ***Compensación.*** Este medio extintivo de las obligaciones, que las fuentes han definido, siguiendo a Modestino, diciendo que es "la contribución de una deuda y de un crédito entre sí" (*Compensatio est debiti et crediti inter se contributio*) (Dig. 16, 2, 1), se presentaba cuando el deudor oponía al acreedor un crédito que tenía a su vez contra éste.

En el derecho antiguo la compensación no podía ser opuesta por el deudor *per exceptionem*, porque vigente el procedimiento de las acciones de la ley no le cabía al demandado la posibilidad procesal de interponer excepciones. Si contaba con un crédito contra el demandante debía hacerlo valer en otro juicio distinto que tenía que iniciar independientemente. Con la aparición del procedimiento formulario se admitió que la *exceptio* fuera una parte de la fórmula que el demandado podía introducir como una defensa oponible a la acción del demandante. Por este medio se posibilitó que el deudor demandado hiciera valer su condición de acreedor del accionante, a fin de que el juez sólo lo condenara por la diferencia de los créditos o lo absolviera si fuera igual o superior al crédito reclamado.

El avance que produjo la implantación del procedimiento formulario sólo alcanzó, sin embargo, a los juicios de buena fe, en los que entraba en las facultades del juez evaluar las recíprocas obligaciones de las partes, estos *iudicia*, procediendo en la com-

pensación por vía de excepción, siempre que el crédito del deudor y el del acreedor fueran igualmente exigibles y estuvieran originados en idéntica causa (*ex eadem causa*). En los juicios de derecho estricto no cabía la compensación, salvo en las demandas del banquero (*argentarius*) contra sus clientes demandar exclusivamente por el saldo favorable (*agere cum compensatione*), y en las acciones del comprador de los bienes de un concurso (*bonorum emptor*), cuya fórmula debía contener en la *condemnatio* una deducción (*agere cum deductione*) de lo que el demandado podía exigir del patrimonio concursado.

En el derecho justinianeo, desaparecido el procedimiento formulario así como la distinción entre juicios de buena fe y de derecho estricto, la compensación se convirtió en una institución única y generalizada para operar la extinción de las obligaciones. Para ello se admitió procesalmente la interposición de una demanda reconvencional (*mutua petitio*), que hacía valer el deudor demandado, cuando era a su vez acreedor del demandante. Para que fuera viable la compensación debían satisfacerse determinadas exigencias. En primer lugar, era necesario que hubiera identidad de los sujetos, ya que las partes entre las que se intercedían recíprocamente las dos obligaciones debían ser las mismas. Sin embargo, no solamente el heredero podía oponer en compensación el crédito del causante, sino que el fiador podía hacer valer el crédito del deudor principal y el deudor solidario el de su codeudor. Se requería, también, que ambas deudas fueran válidas; líquidas, es decir, de cantidad cierta; exigibles civilmente; de plazo vencido y que si fuesen condicionales, se hallase cumplida la condición. Era menester, además, que el crédito fuera de igual naturaleza que el contrario, esto es, que hubiera homogeneidad en las recíprocas prestaciones, no importando que procedieran de la misma o de distintas causas (*ex eadem* o *ex dispari causa*).

b) ***Transacción.*** El pacto por el cual las partes, mediante concesiones recíprocas (*aliquo dato aliquo retento*), ponían fin a un pleito planteado entre aquéllas o evitaban un litigio por sobrevenir, ya versase sobre obligaciones o derechos de origen extracontractual, se denominaba transacción (*transactio*).

Propiamente la transacción era una causa que podía justificar la adquisición o la pérdida tanto de derechos reales como de obligaciones, pero ya que no engendraba más que excepciones, valía

para extinguir un crédito en todo o en parte. Para hacer efectiva la transacción, el derecho clásico otorgó dos defensas: la *exceptio doli*, tendiente a impedir que uno de los sujetos de la relación pretendiera hacer revivir la obligación extinguida, y la *exceptio pacti*, como medio de tutela general para garantizar el cumplimiento del acuerdo. En el derecho justinianeo, elevada la transacción a la categoría de contrato innominado, contó con la *actio praescriptis verbis*, común a todos los contratos de tal tipo.

Para que el pacto de transacción pudiera actuar como modo de extinción *ope exceptionis* de las obligaciones, era necesaria la presencia de ciertos requisitos. En primer término, que la obligación de que se tratara fuera litigiosa o, cuando menos, dudosa, es decir, discutida judicialmente o insegura para las partes, sin importar el grado de posibilidad que éstas tuvieran de hacer triunfar sus pretensiones. Era menester, además, que los sujetos se hicieran concesiones recíprocas, renunciando o sacrificando parte de sus exigencias, porque si así no procedieran se estaría en presencia de un acto de liberalidad y no ante una transacción.

Efecto de la transacción era la extinción de las obligaciones a las cuales las partes habían renunciado al celebrar el acuerdo. Tratándose, por tanto, de obligaciones litigiosas, producía consecuencias análogas a la cosa juzgada o al juramento decisorio que ponían fin al litigio. Las garantías que acompañaban a las obligaciones objeto de la transacción también se extinguían, dado su carácter accesorio.

c) ***"Pactum de non petendo".*** El acuerdo de voluntades no formal entre acreedor y deudor por medio del cual aquél prometía no exigir a éste el cumplimiento de la prestación debida, se llamaba *pactum de non petendo*. Al igual que la *acceptilatio*, dicho pacto cumplía una función liberatoria de remisión o condonación de la deuda, pero se diferenciaba de aquélla, no sólo porque carecía de formalidades, sino especialmente porque no extinguía *ipso iure* la obligación. En efecto, el *pactum de non petendo* daba lugar a una excepción, la *exceptio pacti conventi*, por cuyo intermedio el deudor, sin negar la obligación, enervaba la acción del acreedor que pretendía exigir judicialmente la prestación condonada.

El pacto podía ser eficaz respecto del deudor solamente (*pactum de non petendo in personam*) o extender su validez respecto

del heredero, del fiador o del deudor solidario (*pactum de non petendo in rem*). Esta distinción es de origen justinianeo, ya que en el derecho clásico los efectos del pacto no podían favorecer ni al heredero ni al codeudor solidario, sino únicamente al fiador, dado su carácter de deudor accesorio o subsidiario.

(d) ***"Praescriptio longi temporis".*** Así como la prescripción de treinta años tenía efectos adquisitivos, tratándose de derechos reales, era una causa de extinción *per exceptionem* de los derechos obligacionales. Si el acreedor ejercitaba su acción para cobro del crédito, vencido el término legal, que fue fijado por Teodosio II en treinta años para la extinción de toda clase de acción –a menos que tuvieran plazos especiales–, podía el deudor repeler la pretensión con una *exceptio temporis*. Evitaba así una condena, dado que el transcurso del tiempo había operado la liberación de la deuda. Este efecto de la *praescriptio longi temporis*, dentro de los derechos de obligaciones, ha llevado a que se la denomine prescripción liberatoria.

Libro Sexto

DERECHO DE FAMILIA

Título I

FAMILIA Y PARENTESCO

§ 154. La familia. – Se ha repetido tan frecuentemente que la familia es "la célula social por excelencia", que no se sabe ya a quién atribuir la paternidad de tan exacta fórmula. El papel que le cabe a la familia como elemento natural de la sociedad, ha hecho comprender a los juristas modernos que existe un derecho de familia que ocupa una posición absolutamente propia y autonómica dentro de la órbita del derecho privado aunque carezca de naturaleza patrimonial, porque sus normas son imperativas y coactivas, como la de los derechos subjetivos patrimoniales o sustrato económico.

Durante mucho tiempo no se tuvieron semejantes ideas y, desde luego, quedaron alejadas del pensamiento de los jurisconsultos romanos que no concibieron la necesidad de crear un estatuto propio que metodizara cuanto se refiere a la familia. Habría sido sólo con los glosadores cuando comenzó a delinearse el derecho de familia como un conjunto normativo autónomo que, al decir de Savigny, "regula la institución familia, cuyas partes constitutivas son el parentesco, la patria potestad y el matrimonio".

En el concepto moderno, familia –en sentido estricto–, es el conjunto de dos o más individuos ligados entre sí por un vínculo colectivo, recíproco e indivisible, de matrimonio, de parentesco o de afinidad (familia en sentido naturalístico), que constituye un todo unitario. En sentido amplio, pueden incluirse en el término familia personas difuntas o por nacer: familia como estirpe, des-

cendencia, continuidad de sangre; o bien, todavía en otro sentido, las personas que contraen entre sí un vínculo legal que imita al vínculo del parentesco de sangre (adopción): familia civil.

Los romanos tuvieron una concepción muy particular de la familia, la que debido a la falta de solidez de la organización estatal de los primeros tiempos de Roma se convirtió en un organismo vital dentro de la *civitas*, puesto que la confederación de familias constituía una casa o *gens*, que tenía por base presuntos orígenes comunes. A semejanza de la *gens* se organizó bajo la potestad de un jefe –el *paterfamilias*– con poderes absolutos de orden político, judicial y religioso. Esta importancia que alcanza la familia en la época histórica debía ceder ante el avance de los órganos genuinamente políticos, constitutivos de la *civitas*.

La familia romana fue, pues, un cuerpo social distinto que nuestra organización social doméstica, la familia natural, en el sentido moderno. El concepto, con todo, fue sufriendo variaciones en el devenir histórico de la legislación romana, que hicieron que la familia se acercara en las postreras construcciones legislativas de Justiniano a la concepción actual, sin que, empero, llegara a producirse una total asimilación.

Lo característico de la familia típicamente romana –*familia proprio iure*– fue el sometimiento de todos los miembros a una sola autoridad –*manus*, *potestas*– del *paterfamilias*, señor o soberano del grupo y no "padre de familia". *Paterfamilias* significaba cabeza libre, esto es, persona no sometida a potestad alguna o, como decían las fuentes, "el que tiene dominio en la casa" (*qui in domo dominium habet*). El vocablo *paterfamilias* no aludía a la idea de generación, ni se refería a alguien que tuviera descendencia biológica; indicaba una situación de independencia jurídica (*sui iuris*), una ausencia de sumisión a potestad. No coincidía, pues, con padre de familia, ya que podía no haber procreado y ser, inclusive, impúber, mientras no estuviera sujeto a una potestad. A los miembros de la familia colocados bajo el poder o potestad del jefe se los llamaba *filiifamilias*, sólo que *filius* no significaba procreado, ni equivalía exactamente a nuestra palabra "hijo"

La familia *proprio iure* es definida por Ulpiano cuando expresa "llamamos familia a muchas personas que, o por naturaleza, o de derecho, están sujetas a la potestad de uno solo" (*Iure proprio*

familiam dicimus plures personas, quae sunt sub uniùs potestate aut natura, aut iure subiectae) (Dig. 50, 16, 195, 2). Esta unidad sometida a la *potestas* o *manus* de un *paterfamilias* viviente y formada por personas enlazadas entre sí por un vínculo civil (*adgnatio*), constituía la familia *proprio iure*.

A la muerte del *pater*, si bien la familia se escindía en otras tantas que tenían por jefes a los hijos varones de aquél, no por ello el vínculo agnaticio se extinguía, sino que continuaba subsistiendo respecto de todas las personas que habían estado sometidas a la *potestas* del *pater* fallecido. Estos agnados componían las *familiae communi iure* de la que el fragmento antes citado de Ulpiano nos dice que "era la de todos los agnados, porque aunque muerto el padre de familia, cada uno tiene familia propia; sin embargo, todos los que estuvieron bajo la potestad de uno solo serán con razón llamados de la misma familia, los cuales fueron dados a luz de la misma casa y progenie" (*Communi iure familiam dicimus omnium agnatorum; nam et si paterfamilias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub uniùs potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui es ex eadem domo et gente proditi sunt*).

En un concepto más evolucionado llegaron también los romanos a comprender, dentro del término familia, a todas aquellas personas ligadas por un nexo natural o de sangre que descendían unas de otras o de un autor común. Se hablaba en el caso de familia natural o cognaticia, que comprendía con el mismo título a los parientes por los varones, como por las mujeres, parientes que eran llamados cognados (*cognati*).

Familia designaba, en otra acepción romana del vocablo, el patrimonio de una persona, en especial, los bienes que podía transmitir por herencia a los herederos llamados por la ley a sucederle. Tal sentido tiene la locución *familiam* en la Ley de las XII Tablas cuando expresa: "Si muere intestado el que carece de heredero suyo, tenga la herencia el agnado más próximo. Si no hay agnado tengan la herencia los gentiles" (*Si intestato moritur cui suiis heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit gentiles familiam habento*). De allí habría surgido también la denominación de *actio familiae erciscundae* para designar la acción de división de los bienes hereditarios y el nombre de *emptor familiae*, para aludir al comprador de un patrimonio en bloque.

La familia o *domus* fue originariamente el grupo de personas sobre las cuales el *paterfamilias* ejercía su potestad y se integraba por el *pater*, único *sui iuris* que no dependía más que de sí mismo y por los *filiifamilias*, esto es, los *alieni iuris*, libres o no libres, colocados bajo la potestad del *paterfamilias*. Los *alieni iuris* libres eran: la mujer *in manu mariti*, es decir, sometida al poder marital; los hijos y otros descendientes por línea de varones; y los extraños ingresados al grupo, si eran *alieni iuris*, por adopción y si eran *sui iuris*, por adrogación. Los *alieni iuris* no libres eran los esclavos colocados bajo la *dominica potestas* del jefe y, asimiladas a éstos, las personas entregadas al *pater* en *manicipium*. Se relacionaban también con la familia los emancipados –hijos salidos de la potestad paterna–, sobre los cuales el jefe de la *domus* ejercía los derechos de patronato (*iura patronatus*), sujeción muy estrecha en el antiguo derecho romano.

Como la *gens* –de donde provendría–, la *domus* fue en Roma una sociedad de carácter religioso. En efecto, tenía su culto propio (*sacra privata*), sobre el cual los pontífices de la *civitas* sólo ejercían un simple derecho de vigilancia, con sus divinidades, los dioses, *lares*, identificados con el fundador de la estirpe; y los dioses *manes*, representados por las almas de los antepasados y de otros miembros ilustres del grupo ya desaparecidos.

La familia fue también una sociedad de carácter civil. Su constitución autónoma, de cuño monárquico, investía al *pater*, magistrado doméstico por derecho propio, de suma autoridad dentro del grupo, en el que ni siquiera el poder estatal pudo penetrar durante mucho tiempo. La magistratura que ejercía le concedía poderes de supremo juez y en su ejercicio pronunciaba sentencias por las que podía condenar a los integrantes del núcleo familiar con penas como la exclusión de la *domus*, la flagelación, la prisión y hasta la muerte.

Tenía además la familia un patrimonio (*familiam*) común al *pater* y a sus descendientes en potestad. Sólo aquél gozaba de la titularidad y la administración de los bienes familiares. Sus derechos patrimoniales se manifestaban también en la amplitud de disposición por causa de muerte, tanto que ya la ley decenviral prescribía que lo que dispusiera en su testamento acerca de sus bienes y sobre la tutela de los suyos, fuera tenido por ley (*Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*). Estos derechos patri-

moniales fueron paulatinamente restringiéndose en favor del reconocimiento de capacidad patrimonial a los *filii*.

Esta organización de la *domus* perduró por mucho tiempo en el derecho romano y puede decirse que prácticamente llegó, con algunas modificaciones, a la legislación justinianea. Estas reformas aprovecharon a la familia natural o cognaticia, que tuvo su primer reconocimiento legal en materia de impedimentos matrimoniales, para más adelante insertarse en la sucesión pretoriana e imperial y especialmente en el régimen sucesorio de las Novelas 118 y 127 de Justiniano, que le dieron un lugar preponderante dentro del particular derecho familiar romano.

§ 155. El parentesco. – Uno de los términos integrantes de la institución familia, en la acertada definición de Savigny, lo constituye el parentesco, nombre que designa un género de relación permanente entre dos o más personas, que puede tener como lazo aglutinante la sangre, el origen o un acto reconocido por la ley.

De lo que llevamos expuesto acerca de la familia surge que en Roma existió un parentesco civil o agnación y uno natural o cognación. También la legislación romana reconoció un tercer vínculo parentelar, la afinidad (*adfinitas*), que se formaba entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro cónyuge.

Otra especie de parentesco de antigua data habría sido la *gentilidad*, nexo que unía a los miembros de la *gens* o conjunto de familias agnaticias que en su remoto origen habrían formado una sola agrupación política que abarcaba la nación entera. La *gens*, con sus integrantes los gentiles, constituyo probablemente un núcleo familiar superior, según el primitivo *ius civile*, y por ello llegó a gozar de no pocos privilegios que paulatinamente fueron desapareciendo con el advenimiento de órganos genuinamente políticos.

Es de advertir que el carácter de grupo familiar de la *gens* es tema por demás controvertido, porque son muchos los historiadores y juristas que ven en esta especie de clan una organización político-social que en Roma habría precedido a la *civitas*. Esta razón nos ha llevado a tratar de esta institución como uno de los núcleos políticos primitivos de la Roma monárquica, función que también desempeñó, como lo señalamos, la familia misma.

La familia o *domus* fue originariamente el grupo de personas sobre las cuales el *paterfamilias* ejercía su potestad y se integraba por el *pater*, único *sui iuris* que no dependía más que de sí mismo y por los *filiifamilias*, esto es, los *alieni iuris*, libres o no libres, colocados bajo la potestad del *paterfamilias*. Los *alieni iuris* libres eran: la mujer *in manu mariti*, es decir, sometida al poder marital; los hijos y otros descendientes por línea de varones; y los extraños ingresados al grupo, si eran *alieni iuris*, por adopción y si eran *sui iuris*, por adrogación. Los *alieni iuris* no libres eran los esclavos colocados bajo la *dominica potestas* del jefe y, asimiladas a éstos, las personas entregadas al *pater* en *mancipium*. Se relacionaban también con la familia los emancipados –hijos salidos de la potestad paterna–, sobre los cuales el jefe de la *domus* ejercía los derechos de patronato (*iura patronatus*), sujeción muy estrecha en el antiguo derecho romano.

Como la *gens* –de donde provendría–, la *domus* fue en Roma una sociedad de carácter religioso. En efecto, tenía su culto propio (*sacra privata*), sobre el cual los pontífices de la *civitas* sólo ejercían un simple derecho de vigilancia, con sus divinidades, los dioses, *lares*, identificados con el fundador de la estirpe, y los dioses *manes*, representados por las almas de los antepasados y de otros miembros ilustres del grupo ya desaparecidos.

La familia fue también una sociedad de carácter civil. Su constitución autónoma, de cuño monárquico, investía al *pater*, magistrado doméstico por derecho propio, de suma autoridad dentro del grupo, en el que ni siquiera el poder estatal pudo penetrar durante mucho tiempo. La magistratura que ejercía le concedía poderes de supremo juez y en su ejercicio pronunciaba sentencias por las que podía condenar a los integrantes del núcleo familiar con penas como la exclusión de la *domus*, la flagelación, la prisión y hasta la muerte.

Tenía además la familia un patrimonio (*familiam*) común al *pater* y a sus descendientes en potestad. Sólo aquél gozaba de la titularidad y la administración de los bienes familiares. Sus derechos patrimoniales se manifestaban también en la amplitud de disposición por causa de muerte, tanto que ya la ley decenviral prescribía que lo que dispusiera en su testamento acerca de sus bienes y sobre la tutela de los suyos, fuera tenido por ley (*Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*). Estos derechos patri-

moniales fueron paulatinamente restringiéndose en favor del reconocimiento de capacidad patrimonial a los *filii*.

Esta organización de la *domus* perduró por mucho tiempo en el derecho romano y puede decirse que practicamente llegó, con algunas modificaciones, a la legislación iustinianea. Estas reformas aprovecharon a la familia natural o cognaticia, que tuvo su primer reconocimiento legal en materia de impedimentos matrimoniales, para más adelante insertarse en la sucesión pretoriana e imperial y especialmente en el régimen sucesorio de las Novelas 118 y 127 de Justiniano, que le dieron un lugar preponderante dentro del particular derecho familiar romano.

§ 155. El parentesco. – Uno de los términos integrantes de la institución familia, en la acertada definición de Savigny, lo constituye el parentesco, nombre que designa un género de relación permanente entre dos o más personas, que puede tener como lazo aglutinante la sangre, el origen o un acto reconocido por la ley.

De lo que llevamos expuesto acerca de la familia surge que en Roma existió un parentesco civil o agnación y uno natural o cognación. También la legislación romana reconoció un tercer vínculo parentelar, la afinidad (*adfinitas*), que se formaba entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro cónyuge.

Otra especie de parentesco de antigua data habría sido la *gentilidad*, nexo que unía a los miembros de la *gens* o conjunto de familias agnaticias que en su remoto origen habrían formado una sola agrupación política que abarcaba la nación entera. La *gens*, con sus integrantes los gentiles, constituyó probablemente un núcleo familiar superior, según el primitivo *ius civile*, y por ello llegó a gozar de no pocos privilegios que paulatinamente fueron desapareciendo con el advenimiento de órganos genuinamente políticos.

Es de advertir que el carácter de grupo familiar de la *gens* es tema por demás controvertido, porque son muchos los historiadores y juristas que ven en esta especie de clan una organización político-social que en Roma habría precedido a la *civitas*. Esta razón nos ha llevado a tratar de esta institución como uno de los núcleos políticos primitivos de la Roma monárquica, función que también desempeñó, como lo señalamos, la familia misma.

a) ***Agnación.*** Se llama agnación (*adgnatio*) al parentesco civil reconocido por el derecho romano que unía a todas las personas que estaban sometidas a la patria potestad (*patria potestas*) o potestad marital (*manus*) de un jefe o *paterfamilias* común. Ello hacía que la sumisión a la potestad del jefe fuera su signo distintivo. El vínculo que mantenía esta comunidad estaba representado por los descendientes legítimos por línea de varones, porque la agnación quedaba suspendida por el lado de la mujer, que era "cabeza y fin de su propia familia" (*mulier familiae suae caput et finis est*). La mujer fue en la familia romana la genuina representante del parentesco por cognación.

De lo dicho resulta que integraban la familia en calidad de agnados todas aquellas personas sometidas a la *patria potestas* o *manus*, entre ellas y con relación al jefe, que podía ser el padre o el abuelo. Por tanto, se constituía entre el *pater* y la mujer casada *cum manu*, que ocupaba en la familia el lugar de hija (*loco filiae*) y los hijos de ellos, tanto varones como mujeres. Los descendientes varones de éstos, es decir, los nietos, eran también agnados entre sí y con el padre y el abuelo paterno, aunque hubieran fallecido éstos dos últimos, porque tal hecho no destruía el vínculo agnaticio. Eran igualmente agnadas las mujeres de estos nietos si hubieran contraído matrimonio *cum manu*.

Formaban también el cuadro de los parientes por agnación los extraños que el *pater* incorporara al grupo, ya por adopción, si se trataba de un *alieni iuris*, ya por adrogación, cuando revestía la calidad de *sui iuris*. Los hijos nacidos fuera de matrimonio quedaban excluidos originariamente de toda parentela, a no ser que se los adoptara, único recurso para incorporarlos a la familia, hasta que apareció el instituto de la legitimación, que tenía el efecto de dar carácter de legítimo al hijo natural.

Así como el hecho del nacimiento para los hijos habidos de legítimo matrimonio (*iustae nuptiae*), la *conventio in manu* para la mujer del *pater* o de sus hijos y la adopción y la adrogación para los extraños, eran fuente de la agnación, el vínculo se extinguía respecto de los hijos cuando salían de la potestad del jefe por emancipación y respecto de las hijas por un matrimonio *cum manu*. En estos supuestos conservaban con los antiguos agnados el parentesco natural o cognación.

Sabemos que, muerto el *pater*, la familia se escindía, dando lugar a la formación de otras tantas familias cuantos fueran los hi-

jos varones, pero conservaban el vínculo agnaticio todos los que habían estado sometidos a la potestad del difunto, como si aún viviese. Del mismo modo aquellos que nunca habían estado sujetos a la potestad del *pater*, pero que lo hubieran estado de no haberse producido su deceso, se hacían agnados de todos los que tenían este lazo con relación al *pater* premuerto. Tal, el caso del hijo póstumo (*postumi sui*), esto es, el nacido con posterioridad a la muerte de su padre.

La agnación resultaba así el vínculo civil que enlazaba a los integrantes de la familia *proprio iure* y *communi iure*, es decir, la familia paterna, puesto que se apoyaba en la autoridad o *potestas* del *paterfamilias*. De ahí que, desde este punto de vista, en el parentesco por agnación predominaba el principio patriarcal o del "puro semen", como lo llamaban los griegos, que consideraba la obra de la generación como propia del padre. Por ello, para los romanos, *mulier familiae suae caput et finis est*.

b) ***Cognación.*** El parentesco fundado en el vínculo de sangre que unía a las personas que descendían unas de otras o de un autor común, que tanto podía darse en la línea masculina como en la femenina, se denominaba en Roma cognación (*cognati* o *cognatio naturalis*).

Constituía la familia natural por oposición a la civil o agnaticia. Sin embargo, de ordinario, agnación y cognación se mostraban coincidentes, toda vez que los hijos nacidos de matrimonio legítimo eran agnados y también cognados con respecto al padre, siempre que el lazo civil no se hubiera extinguido por emancipación o por haber ingresado por adopción a otra familia. Otras veces esa coincidencia no se presentaba, como en el caso de la mujer *in manu*, que era agnada con relación a la familia del *pater* bajo cuya potestad se encontraba y cognada respecto de los miembros de su anterior familia.

La familia cognaticia tenía como fundamento la unión derivada de la comunidad de sangre, legitimada por el matrimonio y no por la filiación extralegítima. La cognación representaba en Roma el linaje y no la comunidad o *domus*, como la familia civil o agnaticia que se basaba en la *potestas* o poder civil, como nexo aglutinante del núcleo.

El parentesco por cognación podía presentarse en dos formas: en línea recta o perpendicular o en línea colateral o trans-

versa. El parentesco natural en línea recta es aquel en que las personas descienden unas de otras. La línea recta puede ser ascendente, si se eleva del tronco hacia las generaciones que le han precedido (abuelo, bisabuelo, etc.) y descendente si baja hacia las personas por él procreadas y la progenie de éstas (hijo, nietos, etcétera). El parentesco natural en línea colateral es el constituido por las personas que no descienden unas de otras, sino de un autor o tronco común, como ocurre con los hermanos y los primos entre sí, y los tíos y sobrinos.

En ambas líneas el grado, es decir, la unidad de medida de la relación de parentesco, se determinaba haciendo el cómputo de las generaciones, de conformidad con la regla de que cada generación representa un grado (*tot sunt gradus, quod sunt generationes*). En la línea recta ascendente el padre se halla en primer grado, el abuelo en segundo, etc., en tanto que en la descendente, el hijo en primero, el nieto en segundo y así sucesivamente. En la línea colateral se contaba sumando el número de grados desde la persona cuyo parentesco se quería medir hasta el tronco común y desde allí se descendía al otro pariente. Así, los hermanos son colaterales en segundo grado, porque ascendiendo al progenitor común –el padre– hay un grado y descendiendo al hermano otro, es decir, dos. Los primos hermanos que tienen por ascendiente común al abuelo, son colaterales en cuarto grado.

c) *Afinidad.* El vínculo que nacía entre los cónyuges por el matrimonio y el que existía entre uno de ellos y los parientes consanguíneos del otro, se llamaba afinidad. Coincidentemente las fuentes nos dicen que "afines son los cognados del marido y de la mujer, llamados así porque por las nupcias se unen dos cognaciones que son entre sí diversas" (*Affines sunt viri et uxori cognati, dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur*) (Dig. 38, 10, 4, 3).

La afinidad, que por principio no tenía grados, se medía de la misma manera que el parentesco por cognación y, como éste, admitía afines en línea recta, entre los que se encuentran el suegro y el yerno y en línea colateral, donde se sitúan los cuñados. Los efectos de este especial vínculo parentelar fueron de reducida importancia y el derecho romano apenas tuvo en cuenta la *affinitas* en materia de impedimentos matrimoniales.

Título II

PATRIA POTESTAD

§ 156. Conceptos generales. – El conjunto de poderes que el *paterfamilias* ejercía sobre las personas libres que constituían la comunidad familiar, especie de autoridad soberana del jefe, se denominaba en Roma patria potestad. Ya la palabra *manus* había expresado este poder sobre el conjunto de la familia, hasta que se la reservó para designar la potestad sobre la mujer casada, quedando los términos *patria potestas* para significar la autoridad del *pater* sobre sus descendientes y sobre los extraños que admitiera en la *domus*, por adopción, por adrogación o por legitimación.

La patria potestad, institución propia del derecho natural, fue regulada en Roma por el *ius civile*, que le imprimió caracteres peculiares que la distinguieron de la de otros pueblos del mundo antiguo. Como instituto jurídico *iure civile*, de carácter viril, la patria potestad sólo era accesible a los ciudadanos romanos de sexo masculino. Las personas sometidas a esta *potestas* debían tener asimismo la calidad de *cives romani*.

§ 157. Modos de adquisición de la patria potestad. – El derecho romano reconoció diversos modos de adquisición de la patria potestad o, lo que es igual, de entrar a formar parte de la familia agnaticia del titular de la *potestas*.

El nacimiento era la forma natural de crear la patria potestad y así quedaban en estado de sumisión respecto del *pater* sus hijos procreados *ex iustis nuptiis* y los hijos legítimos de sus descendientes varones que estuvieran bajo su poder familiar. También la legislación romana, ante los numerosos casos de matrimonios contraídos sin que alguno o ambos cónyuges tuviera la suficiente aptitud legal (*ius connubii*), admitió que el padre pudiera adquirir

la potestad sobre los hijos nacidos de tales uniones, cuando probare la existencia del matrimonio y el nacimiento del hijo (*erroris probatio* y *causae probatio*).

Llegó a reconocerse igualmente que pudiera adquirirse el poder paterno sobre hijos nacidos de concubinato por medio de una forma civil, la legitimación, que introdujeron los emperadores cristianos para favorecer las legítimas nupcias. Por fin, la patria potestad podía tener por fuente dos actos jurídicos por cuyo conducto el *pater* recibía en su familia a personas extrañas a ella: la adopción, cuando el adoptado era *alieni iuris*, y la adrogación si se trataba de la adopción de un *sui iuris*.

a) ***Nacimiento.*** El modo normal de entrar a la familia y someterse a la potestad del jefe de ella fue el nacimiento o procreación *ex iustis nuptiis*, por individuo varón, ya fuera *pater* o *filius*. Los descendientes por línea femenina no eran miembros de la familia romana *proprio iure*, ya que pertenecían a la familia de su respectivo padre.

El hijo concebido *ex iustis nuptiis* designábase con el nombre de *iustus*. Se consideraba tal, al que hubiera nacido después de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos de su disolución. Se admitía, no obstante, que el marido reconociera al hijo nacido antes del plazo legal y que desconociera la paternidad del nacido después, invocando ausencia, enfermedad u otra causa debidamente justificada. En ningún caso la legislación romana tenía por *iustus* al hijo cuyo nacimiento fuera posterior a los trescientos días de la disolución de las nupcias.

En el derecho clásico se llamaba a los hijos nacidos de matrimonio, hijos naturales (*filii naturales*), para diferenciarlos de los hijos adoptivos. Los nacidos fuera de legítimas nupcias eran designados con el nombre de espurios (*spurii* o *vulgo concepti*). Con el derecho justinianeo se usan tres denominaciones para los hijos: *legitimi*, que se aplica a los *iusti*, es decir, a los nacidos de matrimonio; *liberi naturales*, para los habidos de concubinato, y *spurii*, para los que nacían de uniones no estables. Estos dos últimos, sin padre legal, nacían *sui iuris*, no teniendo otros parientes que los cognados de su madre.

El *paterfamilias*, que estaba asistido del derecho de integrar su familia en la forma que le pluguiera, podía hacer ingresar a ella

a sus hijos nacidos fuera de matrimonio, es decir, a los *spurii* o *vulgo concepti*. El derecho romano permitió, en caso de matrimonio no válido por falta de *connubium*, obtener la patria potestad sobre los hijos ya nacidos, transformando la unión en *iustae nuptiae*.

Tal fue el caso del ciudadano romano que probaba haberse desposado por error con una latina o una peregrina (*erroris probatio*) y el del latino juniano que, habiéndose casado con una romana o una latina, ante siete testigos, tenía un hijo de un año de edad (*causae probatio*). Probada la existencia del matrimonio y del hijo nacido, se hacían ciudadanos quienes no poseían tal calidad y, por tanto, la potestad era alcanzada por el padre, sin efecto retroactivo.

b) ***Legitimación.*** Los hijos habidos de concubinato, llamados *liberi naturales*, seguían la condición de la madre, en virtud del hecho cierto de la maternidad. Para favorecer al matrimonio legítimo, por influencia de las ideas cristianas, el derecho postclásico introdujo la legitimación como el medio jurídico por el cual el hijo natural alcanzaba el carácter de legítimo, quedando sometido a la *patria potestas* en calidad de *alieni iuris*.

Para que la legitimación fuera válida, era menester la presencia de determinados requisitos. Primeramente, que el hijo fuera procreado por padres unidos en concubinato, o sea, aquella relación permanente distinta del matrimonio que se daba cuando un ciudadano se unía a mujer de condición inferior y que el derecho romano reguló, especialmente en lo concerniente a las relaciones entre los progenitores y sus hijos. No había legitimación si los hijos eran adulterinos (*adulterini*), fruto de uniones en que los padres o alguno de ellos estaba ya casado; o incestuosos (*incestuosi*), nacidos de parientes en grado prohibido, o espurios (*spurii*), que eran todos los demás ilegítimos. Se exigía también el consentimiento del hijo, dado que la legitimación iba a hacerle perder su calidad de *sui iuris*, con las consecuencias legales que tal *capitis deminutio minima* producía. Se requería, por último, una forma legal de legitimar. La legislación romana consagró como tales el subsiguiente matrimonio de los padres (*subsequens matrimonium*), la oblación a la curia (*oblationem curiae*) y el rescripto del príncipe (*rescriptum principis*).

La legitimación por subsiguiente matrimonio, como lo indica la expresión, tenía lugar cuando el padre se desposaba con la concubina, siempre que no hubiera impedimento legal, permanente o temporal, que hiciera imposibles las nupcias. Esta forma fue creada por el emperador Constantino como medio transitorio de legitimar a los hijos habidos de mujer ingenua. Más adelante, Justiniano la declara institución jurídica permanente, aplicable, no sólo a los hijos ya nacidos, sino también a los concebidos.

El efecto fundamental de la legitimación *per subsequens matrimonium* era equiparar totalmente al hijo legitimado con el nacido *ex iustis nuptiis* y, por consecuencia, el hijo natural se sometía a la potestad paterna con plenos derechos de agnación respecto del *pater* y a los agnados de éste. Perdía su calidad de *sui iuris* y se convertía en *alieni iuris*, experimentando una mínima disminución de cabeza que en orden a su patrimonio tenía el efecto de operar una sucesión universal *inter vivos*, ya que se transmitía íntegramente al jefe de familia.

La legitimación por oblación a la curia, nacida de los emperadores Teodosio II y Valentiniano III, tenía lugar cuando el padre que carecía de hijos legítimos ofrecía a la curia de su villa natal su hijo natural o casaba su hija con un decurión. Este acto, que se hacía con el sentido de repoblar las curias, a las que les incumbía la pesada carga de cobrar los tributos fiscales, no tenía el carácter de una legitimación, sino sólo atribuía un derecho de sucesión intestada a la muerte del padre. Justiniano le asignó los efectos de la legitimación al conceder al padre la potestad sobre el hijo natural. Las consecuencias jurídicas de la legitimación *per oblationem curiae* fueron menos amplias que las de la forma anterior, puesto que el hijo sólo adquiría la condición de legítimo respecto de su padre.

El rescripto imperial fue la forma de legitimar en el derecho justinianeo. Este medio legal permitió convertir en legítimos a hijos habidos de uniones que no podían adquirir el rango de matrimonio por haber impedimentos legales entre los padres, teniendo aplicación siempre que el padre natural no tuviera hijos legítimos. Producía efectos plenos y de esta suerte el hijo entraba en la familia del *pater*, sometiéndose a su potestad, con los beneficios que otorgaba la agnación.

c) ***Adopción.*** El *paterfamilias* podía recibir en su familia a personas extrañas a ella. Esta recepción, que se realizaba mediante un acto jurídico por cuya virtud un extraño ingresaba a una familia sometiéndose a la *potestas* de su jefe, llamábase en general adopción. El derecho romano distinguía la adopción propiamente dicha (*adoptio* o *datio in adoptionem*), que designaba la de una persona *alieni iuris*, de la adrogación (*adrogatio*), que era la adopción de un *sui iuris* o *paterfamilias* y que traía consigo necesariamente a la nueva familia, a sus *filius* y su patrimonio.

Estudiaremos separadamente ambas especies de adopción, usando esta denominación para aludir a la adopción propiamente dicha.

La *adoptio* exigía en el derecho antejustinianeo la realización de un procedimiento no exento de complicaciones que fue resultado de la interpretación pontifical de la norma de las XII Tablas que establecía que el padre que vendía tres veces al hijo perdía la patria potestad sobre él (*si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*). El *pater*, de acuerdo con un tercero le vendía el *filius* por tres veces consecutivas, con el rito de la *mancipatio*, obligándose éste por un acuerdo de confianza (*pactum de fiducia*) a manumitirlo. Por efecto de las dos manumisiones, realizadas mediante *vindicta*, que se sucedían a las dos primeras ventas, el *pater* recuperaba la potestad sobre el *filius*. A la tercera venta no le seguía una manumisión, porque si tal ocurría el hijo quedaba libre de potestad o emancipado. Se llevaba a cabo una *remancipatio* al *pater* contra el que el adoptante intentaba una *in iure cessio*, consistente en un proceso fingido, en el cual el *paterfamilias* adoptante, presentándose al magistrado (*in iure*), simulaba reivindicar del antiguo *pater* su derecho de patria potestad.

Para dar en adopción una hija o un nieto, supuestos no contemplados en la Ley de las XII Tablas, era bastante una sola *mancipatio* paterna, la que no iba seguida de una manumisión por parte del comprador, sino del propio acto de adopción.

El objeto primitivo de la adopción hacía que sólo un *paterfamilias* pudiera adoptar, no las mujeres, ya que éstas no tenían derecho a ejercer la patria potestad. Su forma jurídica no requería ninguna otra condición. Sólo tardíamente, y con el propósito de imitar a la naturaleza (*adoptio naturam imitatur*), se exigió del adoptante una edad superior a la del adoptado y se prohibió adop-

tar a los castrados. De esta manera, célibes e impotentes pudieron procurarse una descendencia. Las mujeres, por una constitución de Diocleciano, pudieron adoptar para consolarse de los hijos perdidos. En rigor, era sólo una imagen de verdadera adopción, porque ni la mujer podía adquirir la patria potestad, ni el hijo hacerse agnado suyo.

La adopción antigua, inspirada en los principios que caracterizaban a la familia agnaticia, hacía que el adoptado saliera de su núcleo originario y pasara a la *potestas* del adoptante, con los derechos de agnación, nombre, religión y tribu de la *domus* en la que era recibido. Tenía la calidad de heredero suyo (*heredes sui*), si era adoptado por el *paterfamilias* como hijo. Con respecto a los miembros de su familia natural mantenía los lazos del parentesco por cognación, perdiendo sus derechos sucesorios de conformidad con el derecho civil.

Las costumbres imperantes en la época clásica y la influencia siempre creciente de la familia cognaticia, fueron modificando los caracteres de la primitiva adopción. Así, la pertenencia a una tribu, el estado de ingenuo o de liberto, la modificación del nombre, se tornaron efectos independientes de la adopción, tendiendo la jurisprudencia imperial a imponer la norma de que el adoptante fuera de más edad que el adoptado. La reforma que se venía preparando en materia de adopción, acaba por plasmarse en el derecho justinianeo, que innova en lo concerniente al procedimiento para adoptar, a las condiciones requeridas para la adopción y a sus efectos jurídicos.

La *adoptio* del derecho justinianeo se verificaba por un procedimiento más sencillo que el del derecho antiguo, ya que sólo requería que el adoptante se presentara, junto con el *paterfamilias* y su *filius*, ante el magistrado de su domicilio, el que, ante la declaración concorde de los tres sujetos intervinientes, declaraba la adopción. Se podía adoptar atribuyendo al adoptado la calidad de hijo, de sobrino o de nieto, lo cual tenía importancia para el adoptado, en especial, en cuanto atañe a sus derechos sucesorios.

Por lo que hace a las condiciones requeridas para adoptar, Justiniano, otorgando a la adopción una cierta semejanza con la paternidad natural e inspirado en la máxima *adoptio naturam imitatur*, sancionó la norma de que el adoptante debía ser por lo me-

nos dieciocho años mayor que el adoptado. Estableció también que no podían adoptar los castrados, ni volverse a adoptar por segunda vez y por la misma persona a quien, adoptado primeramente, había sido luego emancipado o adoptado por otro.

En lo que respecta a los efectos de la adopción, el derecho justinianeo distinguió dos clases: la *adoptio plena* y la *adoptio minus plena*. La primera, que era la realizada por un ascendiente del adoptado, producía efectos análogos a la adopción del derecho antiguo, ya que por la *capitis deminutio minima* que traía aparejada, el *filius* se desligaba de su familia natural y se incorporaba a la del padre adoptivo, bajo cuya potestad se colocaba. La segunda, que era la adopción realizada por un extraño, no implicaba disminución de cabeza porque no sacaba al adoptado de su familia originaria, ni lo sustraía de la potestad de su *pater*, ortorgándole sólo un derecho de sucesión *ab intestato* sobre los bienes del adoptante.

d) *Adrogación.* Por la *adrogatio* un *paterfamilias* pasaba bajo la potestad de otro. Una *domus*, un culto, un patrimonio se extinguían como consecuencia de la adrogación. Esto explica que el derecho romano fuera estricto en imponer el cumplimiento de exigencias formales para reconocer validez a este modo de adquisición de la patria potestad.

Era necesario que la adrogación fuera aprobada por los pontífices, quienes realizaban una encuesta sobre la suerte de los cultos gentilicios y domésticos, la situación, la dignidad y la clase de las familias interesadas, esto es, la del adrogante y la del adrogado. Si la encuesta resultaba negativa la *adrogatio* no se efectuaba. Caso contrario, era convocado el comicio curiado cuyo presidente, el *pontifex maximus*, formulaba ante el pueblo una triple interrogación: al adrogante, si aceptaba tal *paterfamilias* por hijo legítimo; al adrogado, si consentía someterse a la potestad del adrogante y al pueblo, si así lo ordenaba (*rogatio*). Después de estas tres preguntas, sobre cuyas respuestas debían votar las curias, los pontífices procedían ante el comicio a la *detestatio sacrorum*, que era el acto solemne por el cual se extinguía todo vínculo entre el adrogado y su antigua *gens*.

Al producirse la decadencia de los comicios por curias, la *rogatio* no subsistió nada más que de forma ante los treinta lictores

que representaban a las antiguas treinta curias que integraban las primitivas tribus romanas. No se requirió ya que adrogante y adrogado pudiesen participar legalmente de los comicios y se posibilitó, además, que la adrogación se llevara a cabo fuera de Roma, sede de los comicios curiados. Más adelante, Antonino el Piadoso autorizó la adrogación de los impúberes por decreto del magistrado, previo dictamen de los pontífices y de un consejo de familia, concediéndose también en el derecho postclásico la adrogación de las mujeres, que tampoco podían participar en los comicios.

El efecto fundamental de la adrogación era colocar al *pater* adrogado en la posición de *filiusfamilias* del adrogante, con las implicancias que tal *capitis deminutio minima* acarreaba en orden a las relaciones políticas, sociales, familiares y, en especial, patrimoniales. En efecto, el patrimonio del adrogado se transmitía íntegramente al adrogante, operándose una verdadera *successio universalis inter vivos.* Esta adquisición en bloque de los bienes del adrogado hacía necesario evitar los peligros que semejante transmisión podía acarrear para los terceros, para el adrogado y hasta el propio adrogante.

La primera medida de protección a los terceros data de los comienzos del período imperial, cuando se prohíbe la adrogación hasta después del pago de las deudas del adrogado, salvo compromiso formal del adrogante. Además, el pretor, en caso de que el adrogante no respondiera a la acción por las deudas anteriores a la adrogación, permitió la venta en bloque de sus bienes (*bonorum venditio*), en la medida de las aportaciones del adrogado y de las adquisiciones posteriores realizadas por su intermedio.

Antonino el Piadoso, exigió, tratándose de la adrogación de los impúberes, que el adrogante prometiese, bajo caución, restituir el patrimonio del adrogado a sus herederos, si moría impúber. Llegado a la pubertad, podía el adrogado rescindir la adrogación y recuperar sus bienes, que también los recuperaba si era emancipado por una justa causa antes de la pubertad. En caso de que su emancipación o desheredación se produjera sin causa justificada, el adrogado tenía derecho, no sólo a la restitución de su patrimonio y de todo lo que hubiera adquirido para el adrogante, sino también a heredar la cuarta parte de los bienes del adrogante (*quarta Antonina* o *quarta divi Pii*).

Estas exigencias legales, tendientes a evitar especulaciones con la adrogación, sobre todo de orden patrimonial, fueron complementadas con otras impuestas por el derecho nuevo. Entre éstas se cuentan: la necesidad de que el adrogante tuviera cuando menos sesenta años; que el adrogado prestara su expreso consentimiento a la adrogación; que no pudiera adrogar quien tuviera hijos o posibilidad de tenerlos ni tampoco una persona de condición económica muy inferior al adrogado, a no ser de modo excepcional.

§ 158. Poderes del "paterfamilias". – El término *pater*, que como hemos dicho era extraño a la idea de generación, evocaba la idea de protección o poder. Era el ciudadano *sui iuris* que no dependía más que de sí mismo. Sin él, no había familia o *domus*, pero él solo constituía una *domus*. Sobre todo lo que integraba la familia, tanto personas, como cosas, tenía no sólo un derecho, emanado de la costumbre o de la ley, sino un poder –*potestas*–, cuya fuente originaria y definitiva era el propio *paterfamilias*.

El poder unitario del *pater* comprendía, como sabemos, cuatro potestades: la *patria potestas*, sobre los hijos; la *manus maritalis*, sobre la esposa; la *dominica potestas*, sobre los esclavos y el *mancipium* o cuasi servidumbre de personas libres vendidas al *paterfamilias*. A tales potestades había que agregar, como emanación de su poder, el *dominium* o señorío absoluto sobre las cosas.

Durante largo tiempo la potestad sobre las personas y el poder sobre las cosas fueron considerados de la misma naturaleza y el derecho romano los reconoció y rodeó de garantías. Estos poderes sobre las personas tuvieron carácter absoluto, tanto que ni la autoridad pública podía intervenir. Frente a los individuos libres y no libres sujetos a potestad, el señorío del *pater* le otorgaba el derecho de vida y muerte (*ius vitae necisque*), el derecho de exponer (*ius exponendi*) y de vender a los hijos (*ius vendendi*) y de entregarlos en noxa (*ius noxae dandi*) a la víctima del delito por ellos cometido, como resarcimiento por los daños que del hecho ilícito derivaran.

A estos poderes irrestrictos se agregaron otros que evidenciaban el absolutismo del *pater* en el ejercicio de la jefatura del grupo familiar. Las personas que constituían la familia no estaban

en ella sino por su voluntad. Responsable de la perpetuidad de la raza frente a los antepasados, ningún freno legal le ponía trabas en los medios de proveer a ella. Componía la familia según su parecer, asignando a quien recibía dentro de la *domus* el lugar que le placía. Designaba tutor mediante testamento para su hijo impúber o le instituía un heredero para el caso de que muriese sin haber alcanzado la pubertad. Tenía derecho a oponerse a que sus hijos contrajeran matrimonio, negando su consentimiento, y podía, igualmente, elegir esposo para sus hijas.

Desde la época republicana, comenzó a penetrar en el derecho romano la idea de que por amplia que fuese la potestad del *pater*, ejerciéndose en la ciudad, no podía escapar absolutamente a la intervención de ésta. Como una restricción, se sometió a la apreciación de los censores la manera como el *pater* usaba los poderes inherentes a su potestad. La sucesiva intervención estatal, en consonancia con nuevas concepciones sociales, fue destruyendo el antiguo absolutismo del *pater* y cambiando la fisonomía de la familia romana.

Esta transformación opera a favor de la atenuación de poderes tan inhumanos como el de vida y muerte que, para aplicarlo, era menester una consulta previa a un consejo de parientes. El *ius vendendi* se limita por una prescripción de las XII Tablas que sancionaba al *pater* con la pérdida de la *potestas* si el hijo había sido objeto de tres ventas sucesivas. Con los emperadores, se hace más notoria esta política restrictiva de la autoridad paterna. Así, Trajano obligó a un padre que maltrataba a su hijo, a emanciparlo. Adriano condenó al padre que mató al hijo, a la deportación, reservando sólo a los jueces la aplicación de penas capitales y Constantino declaró reo de parricidio a quien mataba a su hijo. A partir de Valentiniano III fue castigada con pena capital la muerte de los recién nacidos.

Con Justiniano, debido fundamentalmente a la influencia cristiana y en alguna medida al helenismo, la patria potestad quedó reducida a un mesurado poder de corrección y disciplina. El derecho justinianeo sólo permitió la venta del hijo en caso de extrema necesidad, facultando al padre a recuperar la libertad del vendido mediante oferta al comprador del pago de un rescate. Es abolida la *noxae deditio* y el *ius exponendi* y del *ius vitae et necis* sólo queda un mero recuerdo. Ha llegado el momento en que

el principio moral "la patria potestad debe consistir en la piedad, no en la atrocidad" (*patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*) ha alcanzado en el derecho romano rango jurídico.

§ 159. LA PATRIA POTESTAD Y LAS RELACIONES PATRIMONIALES. — Al señalar los rasgos característicos de la familia romana hemos adelantado que la patria potestad generaba, a la par que relaciones de orden personal, otras de carácter patrimonial, que interesa analizar dadas las peculiaridades que presentaban en el derecho romano.

En la familia romana, por razón del carácter absoluto de la potestad del *pater*, el hijo estuvo por mucho tiempo, en cuanto a sus bienes, en situación muy semejante a la del esclavo. Así, de conformidad con los principios del *ius civile*, sólo podía ser titular de derechos patrimoniales el *paterfamilias*, porque como expresa Gayo (Dig. 41, 1, 10, 1) "el que está bajo la potestad de otro no puede tener nada suyo" (*filius nihil suum habere potest*). Esta falta de patrimonio propio, no le impedía al *filius* realizar negocios jurídicos por medio de los cuales el *pater* adquiriera derechos reales o creditorios, de donde resultaba, al igual que el esclavo, un instrumento de adquisición del jefe de familia. Contrariamente, cuando el hijo se hacía deudor por virtud de la celebración de negocios jurídicos de carácter patrimonial, el deber de prestación no recaía sobre el *pater*, sino que incumbía exclusivamente al *filius*, que era el sujeto civilmente obligado. Claro que en este supuesto los derechos de los acreedores a cobrar sus legítimos créditos podían tornarse ilusorios ante la falta de bienes propios del hijo de familia.

Estos principios jurídicos consagrados por el *ius civile* tuvieron necesariamente que modificarse a fin de no contrariar la equidad que exigía que así como el jefe de familia se beneficiaba con las adquisiciones realizadas por las personas sometidas a su potestad, respondiese de las deudas por éstas contraídas. A tal efecto se amplió el campo de aplicación de las *actiones adiecticiae qualitatis*, permitiendo que los acreedores las ejercieran contra el *pater* cuando se tratara de obligaciones nacidas de contratos celebrados por los *filiifamilias*, en los mismos casos y en iguales condiciones que las deudas generadas por actos lícitos efectuados por los esclavos.

El régimen de los bienes en la patria potestad también experimenta una profunda transformación cuando el derecho romano va progresivamente reconociendo al hijo de familia la titularidad de derechos patrimoniales. A tal situación se llega al afirmarse en Roma la idea de que el *filius* podía ser titular de ciertos bienes que constituían el "peculio" (*peculium*), y sobre los cuales sus poderes variaron según las épocas y las especies distintas de peculio que fue admitiendo la legislación romana. Cuatro clases de peculio conoció el derecho romano: el profecticio, el castrense, el cuasicastrense y el adventicio.

a) ***Peculio profecticio.*** El primero de los peculios que admitió la legislación romana fue el llamado profecticio (*peculium profecticium*), que se concedía también a los esclavos. Estaba integrado por una pequeña suma de dinero o de otros bienes que el *pater* entregaba al *filius* en goce y administración, sin que tuviera poder de disposición. Propietario de las cosas que lo integraban era siempre el *pater*; por lo cual la concesión era esencialmente revocable (*ademptio peculii*). A la muerte del *filius* los bienes que constituían el peculio retornaban automáticamente al *pater*.

b) ***Peculio castrense.*** En época del emperador Augusto se creó el denominado peculio castrense (*peculium castrense*), que se formaba con todo lo que el hijo adquiría por su condición de militar (*in castris*), comprendiendo, no sólo sus emolumentos o sueldos, sino también el botín de guerra, las herencias y legados provenientes de sus compañeros de armas y las donaciones realizadas con ocasión de su partida a campaña.

Sobre tales bienes el hijo soldado tuvo, además del disfrute, un verdadero derecho de propiedad, tanto que podía disponer de ellos, primero por testamento y más adelante también por negocios *inter vivos*. Sin embargo, las cosas que lo constituían no perdieron el carácter de peculio, ya que si el *filius* no había dispuesto de ellos, a su muerte se transmitían al padre, no como objeto de herencia (*iure hereditatis*), sino en concepto de peculio, cual si a éste le hubiesen pertenecido en propiedad (*iure peculii*).

c) ***Peculio cuasicastrense.*** Con el emperador Constantino aparece el llamado peculio cuasicastrense (*peculium quasi castrense*), que no se diferenciaba del anterior en cuanto a su régimen jurídico, sino respecto de los bienes que lo integraban. En efecto,

estuvo constituido en un primer momento por los sueldos y retribuciones que el hijo percibía por sus funciones en el palacio imperial y, más adelante, por todo lo que proviniera de cualquier cargo público, del ejercicio de profesiones liberales, de la carrera eclesiástica y de donaciones realizadas por el emperador o su esposa.

d) ***Peculio adventicio.*** Fue también creación de Constantino el peculio adventicio (*peculium adventicium*). Con su régimen se acentuó la incipiente capacidad del *filiusfamilias* romano, en cuanto concierne a su estado patrimonial.

Por disposición de su creador se reservó exclusivamente al hijo la propiedad de los bienes heredados de la madre (*bona materna*) que no pasaban, como todas las adquisiciones de los *filii*, a integrar el patrimonio del *pater*, al que sólo se le reconocía el usufructo y la administración. Posteriormente, esta norma se extendió a todos los bienes que el hijo recibiera de los ascendientes maternos (*bona materna generis*) por actos a título gratuito, como legado o donación, comprendiéndose en ellos los lucros esponsalicios o nupciales. A este conjunto de bienes se le dio el nombre de peculio adventicio, por oposición al peculio profecticio que provenía del padre.

Con Justiniano se amplía al máximo la capacidad patrimonial del *filius*. En efecto, se declaran de propiedad de éste, con sólo facultad de administración y usufructo a favor del *pater*, todos los bienes que adquiriese de cualquier modo y procedencia, con excepción de los obtenidos con medios suministrados por el padre (*ex re patris*) o en razón de gratitud a éste (*ex contemplatione patris*). Se dispone todavía en el derecho justinianeo que en algunos casos ni siquiera se reconozca al *pater* el usufructo de los bienes adventicios, como si se le otorgaba al hijo en legado o donación con la condición de que el padre quedara excluido del goce, o cuando adquiriera una herencia contra la voluntad del *pater* o hubiere imposibilidad de éste para adquirir. En estos casos se presentaba lo que los intérpretes han denominado *peculium adventicium irregulare*.

Al cerrarse el ciclo de la evolución de la capacidad patrimonial del *filiusfamilias*, éste dispone de bienes en plena propiedad, disfrute y administración, razón por la cual los *bona adventicia* no constituían un peculio en el sentido antiguo, sino un verdadero

patrimonio que, inclusive a la muerte del hijo, no se devolvía al *pater iure peculii*, sino que eran objeto de sucesión testamentaria o *ab intestato* del hijo de familia.

§ 160. Extinción de la patria potestad. — Por principio, la patria potestad romana tenía carácter perpetuo y por ello la mayoridad del hijo no le ponía fin. Pero hubo acontecimientos fortuitos que hacían imposible su ejercicio; tal, la muerte del *pater*, causa natural de extinción; la *capitis deminutio maxima*, que lo convertía en esclavo, y la *media*, que le hacía perder la ciudadanía, porque la patria potestad sólo era ejercitable por ciudadanos romanos. Claro está que cuando el *pater* caía en esclavitud era de aplicación el *ius postliminium*, que la restablecía como si jamás hubiera cesado.

A estas causas de extinción de la potestad paterna se agregan otras de antiguo origen, como la elevación del hijo varón a sacerdote de Júpiter y la mujer a virgen vestal y en el derecho justinianeo el desempeño de funciones públicas de importancia, como si el hijo era designado miembro del consejo imperial, cónsul, prefecto del pretorio, etcétera. También la potestad del *pater* se extinguía si aceptaba hacer ingresar al hijo a otra familia por adopción y a las hijas por la *conventio in manu*.

Emancipación. Así como el *pater* podía provocar voluntariamente la salida de sus hijos de su potestad y el traslado de ellos a otra familia civil o agnaticia, pudo hacer extinguir el vínculo de potestad sin que el hijo se sometiera a una nueva *potestas*, por medio de un acto jurídico llamado emancipación (*emancipatio*).

La emancipación entrañaba un acto de liberación de la *patria potestas* realizado por la voluntad del *pater*. En la época antigua y clásica tenía lugar conforme al procedimiento nacido por interpretación pontifical de la norma de las XII Tablas, que sancionaba al padre que realizaba tres ventas sucesivas del hijo con la pérdida de la patria potestad y que, como vimos, se utilizó para hacer efectiva la adopción.

Por este procedimiento, si el *pater* quería eximir de la potestad al hijo varón, lo vendía ficticiamente tres veces, con los ritos de la *mancipatio*, a persona de su confianza (*coemptionator*) con el compromiso de manumitirlo. La tercera manumisión llevaba consigo la ruptura de la potestad, pero el tercero adquiría,

como consecuencia, el derecho de patronato, de tutela y de sucesión sobre el *filius*. Para evitar tales efectos, el *coemptionator* se obligaba por un *pactum* de fiducia a remanciparlo al *pater* para que fuera éste quien lo manumitiera. Ello le daba al padre los derechos de patronato, tutela y sucesión sobre el hijo emancipado. Para las hijas y los nietos fue suficiente una sola venta.

Junto a este complicado procedimiento, vigente todavía en la época postclásica, apareció, en tiempo del emperador Anastasio, la llamada *emancipatio Anastasiana*, que tenía lugar por rescripto del príncipe. Poco tiempo después Justiniano simplificó aún más la forma de emancipar, autorizando su realización por declaración hecha ante el magistrado.

La emancipación, siendo un acto que sólo requería la voluntad del *pater* emancipante, no le podía ser impuesta, salvo casos excepcionales contemplados por la ley. Así, cuando hubiera hecho objeto al hijo de malos tratos; si habiendo entrado el *filius* impúber bajo su potestad por adrogación, la solicitara al alcanzar la pubertad y cuando la emancipación del hijo figuraba como condición en un legado otorgado a su favor.

El efecto inmediato de la emancipación era convertir al *filius-familias* en *sui iuris*, esto es, en persona libre de potestad. Le producía, pues, una *capitis deminutio minima*, que en el supuesto tenía por consecuencia hacer perder al hijo sus antiguos lazos de agnación con su anterior familia para convertirlo en jefe de una nueva, en torno a cuya potestad se iba a constituir otra familia por agnación. En orden a las relaciones patrimoniales, el emancipado adquiría plena capacidad jurídica, por lo cual podía ser titular de un patrimonio propio. En cuanto al peculio adventicio, cuya propiedad también adquiría, se le reconocía al padre la mitad del usufructo, como premio por la emancipación (*praemium emancipationis*). Por fin, la emancipación, que tenía carácter irrevocable, sólo podía quedar sin efecto cuando el hijo fuera culpable de ofensa, injurias o malos tratos inferidos a su padre.

TÍTULO III

MATRIMONIO

§ 161. CONCEPTO Y DEFINICIÓN. – Otro de los elementos básicos del derecho de familia lo constituye el matrimonio o *iustae nuptiae*. Sobre esta institución los romanos tuvieron una concepción muy particular, elogiable para algunos autores, como Fritz Schulz, para quien el derecho clásico del matrimonio es, sin duda, el logro más impresionante del genio jurídico de Roma; y censurable para otros, que no llegan a admitir que dentro de la comunidad de vida que la unión matrimonial importa, existiera una sujeción absoluta de la mujer a su esposo, como ocurría en el matrimonio *cum manu*.

El matrimonio, en el concepto romano, puede definirse como la cohabitación de dos personas de distinto sexo, con la intención de ser marido y mujer, de procrear y educar a sus hijos y constituir entre ellos una comunidad absoluta de vida. No importaba un acto jurídico que los contrayentes hacían nacer por una declaración de voluntad, sino una situación de hecho fundada en la convivencia o cohabitación del hombre y la mujer, cuyo comienzo no estaba marcado por formalidad alguna, a lo que debía agregarse la intención permanente y recíproca de tratarse como marido y mujer, que los romanos llamaron *affectio maritalis*. Constaba, pues, el matrimonio de dos elementos: uno objetivo, representado por la cohabitación, y otro subjetivo o intencional, que era la *affectio maritalis*. Las características muy especiales que presentaba el matrimonio romano han hecho sostener, con toda razón, que se diferencia del matrimonio moderno en que aquél era una relación de hecho con consecuencias jurídicas, en tanto éste es una relación jurídica con consecuencias sociales.

La cohabitación, aunque es un elemento fáctico que inicia la vida conyugal, no debe entenderse exclusivamente en sentido ma-

terial, sino más bien ético, porque existía aun en el caso de que los esposos no compartieran el mismo hogar y podía contraerse el matrimonio hasta cuando el marido estuviere ausente, siempre que la mujer entrara en su casa (*deductio in domum mariti*). La ausencia de la mujer impedía el perfeccionamiento del matrimonio. La *affectio maritalis*, elemento moral e interno, no era meramente una manifestación de consentimiento inicial, ya que la intención de ser marido y mujer debía ser duradera y continuada, porque si cesaba, el matrimonio se extinguía. La *affectio* no importaba un simple consentimiento, puesto que el matrimonio no era un contrato consensual que generaba obligaciones, sino una relación fáctica creadora de un *status*, el de marido y mujer. Los romanos llegaron a acordar a la *affectio maritalis* una importancia vital, que la hizo prevalecer sobre el elemento cohabitación. Este sentido tiene el aforismo que encontramos en las fuentes: "no el concúbito, sino el consentimiento, constituye las nupcias" (*Nuptias non concubitus, sed consensus facit*) (Dig. 50, 17, 30), ratificado por aquel otro que expresa "*non coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio*" (Dig. 24, 1, 32, 13).

Como la celebración del matrimonio en Roma no exigía fórmula jurídica ni acto simbólico alguno, ni colaboración de un sacerdote o magistrado, ni un registro especial, la *affectio maritalis*, elemento esencial y característico del matrimonio, no podía quedar en la intimidad de la conciencia de los cónyuges. Debía salir de lo meramente subjetivo y hacerse pública, conocida de todos, máxime cuando el matrimonio tenía que distinguirse de otras uniones, como el concubinato. La intención marital se demostraba mediante declaración de los esposos y de los parientes y amigos, pero más propiamente por una manifestación exterior, llamada *honor matrimonii*, que era el modo de comportarse en sociedad los esposos y, muy especialmente, el trato que el marido dispensaba a la mujer, que debía ocupar la posición social de aquél y la dignidad de esposa.

El matrimonio, a pesar de ser una situación de hecho –*res facti*, no *res iuris*– como la posesión, tuvo siempre en Roma un carácter severamente monogámico, y como su finalidad era constituir una comunidad de vida, no cabía someterlo a plazo o condición. El *ius postliminium*, que operaba sobre las relaciones jurídicas, no tenía efecto sobre el matrimonio, de tal suerte que el

ciudadano cautivo que regresaba a Roma no se reintegraba en sus relaciones matrimoniales a menos que se restablecieran sus elementos constitutivos.

Las fuentes nos traen dos definiciones de matrimonio. En las Institutas se dice que "es la unión del varón y la mujer que comprende el comercio indivisible de la vida" (*Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam vitae consuetudinem continens*) (Inst. 1, 9, 1). Con ella se explica el carácter esencial del matrimonio, que lo constituía la intimidad y la comunidad de vivir, ideal e intencionalmente perpetua, entre los dos cónyuges. Tal el sentido que tendrían los discutidos términos "*individuam vitae consuetudinem*". Lo dicho vale también para la definición de Modestino, para quien "las nupcias son la unión del varón y de la hembra y el comercio de toda la vida, comunicación del derecho divino y del humano" (*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*) (Dig. 23, 2, 1).

§ 162. Los esponsales. – El matrimonio en Roma solía ir precedido de una promesa formal de celebrarlo, realizada por los futuros cónyuges o sus respectivos *paterfamilias*, que se llamaba esponsales (*sponsalia*), nombre que deriva de *sponsio*, contrato verbal y solemne que se usaba para perfeccionar la promesa. Un fragmento de Florentino en el Digesto define los esponsales diciendo que son "mención y promesa mutua de futuras nupcias" (*Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum*) (Dig. 23, 1, 1).

En las primeras épocas el incumplimiento de los esponsales daba lugar a una acción de daños y perjuicios que se traducía en el pago de una suma de dinero. Este criterio no fue aceptado por mucho tiempo, lo cual es explicable si se tiene en cuenta que todo constreñimiento a cumplir los esponsales venía a ser incompatible con la idea romana del matrimonio (*libera esse debent matrimonia*). De ahí que se declaró ineficaz cualquier convención en la que se prometiera una suma de dinero a título de pena (*stipulatio poenae*).

En el derecho clásico los esponsales tuvieron un carácter más ético-social que legal, especialmente por la falta de acción para exigir su cumplimiento. No quiere decir esto que la promesa ca-

reciera de efectos propiamente jurídicos, los que se manifestaron en materia de capacidad para contraer esponsales y en el reconocimiento de relaciones personales entre las partes contrayentes.

En cuanto a la capacidad de los prometidos, eran de aplicación los mismos requisitos e impedimentos que para el matrimonio. Se admitió, sin embargo, que se pudieran celebrar esponsales sin haber alcanzado la pubertad, aunque era menester haber cumplido siete años. Su autorizó también a la viuda a prometer nupcias antes de que hubiera transcurrido el año de luto.

En lo que concierne a las relaciones personales que los esponsales creaban entre los prometidos, el derecho romano les atribuyó consecuencias jurídicas que, en alguna medida, se asemejaban a las derivadas del matrimonio. Así, los esponsales engendraron un lazo de cuasi afinidad entre los parientes de los prometidos que constituyó un impedimento matrimonial; se prohibió contraer otra promesa de matrimonio, antes de disolver la anterior, bajo pena de infamia; se autorizó al prometido a perseguir por una *actio iniuriae* a quien ofendiera a su futura esposa y se consideró adúltera a la prometida que no cumplía con los deberes de fidelidad.

En la época cristiana se impuso la costumbre de garantizar el cumplimiento de los esponsales, como un medio de reaccionar contra el relajamiento de las costumbres que había tornado frecuentes los casos de ruptura injustificada de la promesa. A partir de entonces se acompañó el ofrecimiento matrimonial con arras (*arrhae sponsaliciae*), que por aplicación de los principios generales eran perdidas por la parte que las había dado y no cumplía los esponsales, en tanto que el prometido que las había recibido e incumplía el compromiso tenía que devolver, al principio el *quadruplum* y en el derecho justinianeo la cantidad percibida, más otro tanto (*duplum*).

También por influencia del cristianismo se estableció un régimen especial para los regalos u obsequios que solían hacerse los prometidos (*sponsalicia largitas*) y que a partir de Constantino se configuraron como una donación *sub modo*, sujeta a la condición de que el matrimonio se celebrara. Si las nupcias no se contraían podían ser recuperados, salvo que el prometido que había hecho los presentes hubiera roto el compromiso por su culpa. Cuando el matrimonio no se celebraba por muerte de uno de los

contrayentes, debía restituirse la donación por entero al sobreviviente o sus herederos, a menos que hubiese mediado el beso esponsalicio (*osculo interviniente*), en cuyo supuesto se recobraba la mitad.

Los esponsales se disolvían por la muerte o *capitis deminutio maxima* de uno de los prometidos; por haber sobrevenido a su celebración algún impedimento matrimonial; por mutuo disenso y hasta por el desistimiento de uno solo.

§ 163. MATRIMONIO "CUM MANU". – Sabemos que una de las potestades que podía ejercer un *paterfamilias* romano fue la *manus maritalis*. Es que desde el antiguo derecho de Roma las mujeres casadas solían entrar a formar parte de la familia del marido, colocándose bajo su potestad y rompiendo el vínculo agnaticio con la familia de que procedían. Se configuraba entonces una forma de matrimonio, el matrimonio *cum manu*, según el cual la esposa (*uxor in manu*) se hacía *filiafamilias* y quedaba sometida al nuevo *pater*. Ocupaba el lugar de hija (*loco filiae*), si su cónyuge era el *pater*, o de nieta (*loco neptis*), si el marido se encontraba bajo la potestad paterna, en cuyo caso a la muerte del padre su esposo le sucedía en la *manus maritalis*.

Aunque la condición jurídica de la mujer se definía en la fórmula *loco filiae mariti est*, el poder que el marido ejercía sobre su esposa difería radicalmente del que tenía respecto a sus hijos; de ahí tal vez que no se usara el término *potestas* para designar el poder marital. El esposo no habría poseído nunca el *ius vitae necisque* sobre la mujer, ni el derecho de venderla o darla en *noxa*. Es cierto, sin embargo, que cuando la mujer se hallaba sometida a la *patria potestas* o a la tutela legítima (*tutela mulierum*), una y otra quedaban absorbidas por la *manus*.

Con respecto a la capacidad patrimonial, la *uxor in manu* estaba en situación similar a la del hijo en potestad. En consecuencia, si era *sui iuris* todo su patrimonio se transmitía al *pater*, operándose una sucesión universal *inter vivos* con efectos análogos a los que producían la adrogación y la legitimación, según dijimos.

La *manus* no nacía automáticamente por la sola celebración del matrimonio, sino que requería un acto legal especial para que el marido adquiriera tal potestad. El derecho romano conoció

tres modos de adquisición: la *confarreatio*, la *coemptio* y el *usus*, que no deben tenerse por tres formas distintas de celebración del matrimonio.

a) ***"Confarreatio".*** Se trataba de una ceremonia religiosa de una solemnidad única, en la que los desposados se hacían recíprocamente solemnes interrogaciones y declaraciones ante diez testigos ciudadanos romanos, asistidos del gran pontífice y ante el sacerdote de Júpiter (*flamen dialis*), a quienes los interesados ofrecían un sacrificio en el que figuraba un pan de trigo (*farreus panis*). La mujer desde entonces era admitida en la comunidad familiar del *pater*, bajo la potestad del cual quedaba.

Este rito fue cada vez menos practicado al ir desapareciendo la diferencia entre patricios y plebeyos, como propio que era de los ciudadanos de la clase aristocrática de la sociedad romana. Se lo exigía todavía a fines de la República para que los hijos del matrimonio pudieran ser *flamines maiores*, hasta que el emperador Tiberio abolió los efectos civiles de la *confarreatio*.

Por este procedimiento la mujer quedaba indisolublemente unida a la familia del marido y a su culto y no podía ser separada más que por el rito contrario (*contrarius actus*) de la *diffarreatio* en condiciones que no son conocidas.

b) ***"Coemptio".*** Era una forma de adquirir la *manu* que nos traslada a las más antiguas costumbres de la humanidad cuando se usaba el matrimonio por compra. La *coemptio* fue una *mancipatio* por la que la mujer era vendida o se autovendía al marido (*nummo uno*), declarándose que tal venta era *matrimonii causa* y no como esclava, para que así quedara bajo la *potestas* del marido y no *in mancipio* de éste.

La *coemptio* va también haciéndose infrecuente en la época de Cicerón como consecuencia de la aversión que sienten las mujeres hacia el matrimonio *cum manu*. En la época clásica ha caído totalmente en desuso y sólo perdura como institución la *coemptio fiduciae causa*, aplicable para que la mujer pudiera testar válidamente o cambiar de tutor. Se extinguía el poder marital cuando se hubiera adquirido por *coemptio*, también por un acto contrario, consistente en una *remancipatio* de la mujer a un tercero, el cual la manumitía después.

c) *"Usus"*. Cuando el matrimonio había sido celebrado sin las formalidades de la *confarreatio* o de la *coemptio*, se aplicaban las normas propias de la usucapión, y el marido adquiría la *manu* por el *usus*, es decir, reteniendo a la mujer en posesión durante un año. En este lapso la esposa podía interrumpir esta especial usucapión permaneciendo fuera de la casa del marido durante tres noches (*trinoctium*). Este modo arcaico de adquirir la potestad marital no sobrevivió al fin de la época republicana y habría sido el emperador Augusto quien lo abolió totalmente.

§ 164. MATRIMONIO "SINE MANU". – La mayor parte de los pueblos de la antigüedad practicaron simultáneamente formas diferentes de matrimonio. Los romanos conocieron a la par del matrimonio *cum manu*, las *iustae nuptiae sine manu*, que fueron un medio para que el *paterfamilias* se procurase los hijos que deseara sin agregar a su familia la mujer que se prestaba a dárselos.

Se discute el origen y la antigüedad de este matrimonio. El principio según el cual el *pater* formaba su familia como deseaba, explicaría esta forma de nupcias. La decadencia de la *manu maritalis*, desaparecida absolutamente alrededor del siglo III d. de C., torna corriente la práctica del matrimonio *sine manu*, en el que, al no tener el marido poder alguno sobre la mujer, ésta quedaba en la misma situación familiar y patrimonial que tenía antes de las nupcias. En consecuencia, si era *alieni iuris* al tiempo de contraer matrimonio, continuaba sometida a la potestad de su padre, en tanto que si tenía calidad de *sui iuris*, debía nombrársele un tutor. Su marido no era su tutor legítimo, ni era usual nombrar al marido tutor de la propia mujer.

§ 165. PRESUPUESTOS DEL MATRIMONIO ROMANO. – El derecho romano exigió para la validez del matrimonio la presencia de ciertos presupuestos o requisitos. Entre ellos se cuentan los siguientes: capacidad jurídica o *ius connubii*, capacidad sexual para procrear, consentimiento de los contrayentes y consentimiento del *paterfamilias*, cuando los desposados fueran *alieni iuris*.

Para que la unión tuviera el carácter de *matrimonium legitimum* o *iustae nuptiae*, se requería que los cónyuges gozaran del *ius connubii* o aptitud legal para unirse en matrimonio. En los primeros tiempos sólo eran titulares de tal derecho los ciudadanos

romanos, por lo cual quedaban excluidos de las nupcias los peregrinos, los latinos y los esclavos. Con la concesión de la ciudadanía a todos los súbditos del Imperio, por la célebre constitución de Caracalla del año 212, el *connubium* se extendió a los extranjeros y latinos.

Otro presupuesto fundamental del matrimonio fue la pubertad, o sea, la aptitud sexual para procrear, que el derecho romano estimó que la mujer la alcanzaba a los doce años y el varón a los catorce, según decisión de Justiniano, quien se apartó de la idea de los sabinianos que entendían que respecto de los varones debía comprobársela mediante una *inspectio corporis*. Sin embargo, se llegó a admitir la unión de los impúberes en matrimonio, siempre que llegados a la pubertad subsistiera la convivencia y la *affectio maritalis*.

El consentimiento de los contrayentes fue para la legislación romana el elemento vital del matrimonio. De ahí que las fuentes declaren que las nupcias no dependen del concúbito, sino del consentimiento (*nuptias non concubitus sed consensus facit*). La consumación de la cópula carnal no fue exigencia para el matrimonio romano, según se desprende del aforismo romano *non coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio*.

Era igualmente necesario el consentimiento del *paterfamilias* cuando alguno de los futuros cónyuges fuera *alieni iuris*, y respecto del varón, de todos aquellos padre o abuelos que, no teniendo la calidad de *pater* en el momento de las nupcias, pudieran eventualmente ejercer potestad sobre él. En el caso de la mujer el consentimiento no era requerido a su padre, porque los hijos que nacieran de la unión matrimonial no iban a formar parte de su familia, sino de la del marido. El consentimiento, fuera expreso o tácito y no viciado por error, dolo o violencia, podía ser negado por el *pater*, hasta que la *lex Iulia* autorizó la venia supletoria del magistrado cuando la negativa no estuviera justificada. Para las mujeres *sui iuris*, menores de venticinco años, el derecho imperial autorizó el consentimiento de la madre a falta del paterno, y hasta admitió subsidiariamente el de los próximos parientes.

§ 166. **Impedimentos matrimoniales.** – Constituían impedimentos matrimoniales hechos o situaciones de diversa índole –éticos, sociales, políticos, religiosos– que importaban obstáculos legales para la realización de las legítimas nupcias.

La teoría de los impedimentos matrimoniales no fue genuinamente romana. Nació y se desarrolló al amparo del derecho canónico para el que había impedimentos "absolutos", que imposibilitaban el matrimonio con cualquier persona, y "relativos", que implicaban la prohibición nupcial con determinada o determinadas personas. Se distinguió, además, entre impedimentos "dirimentes", que no permitían matrimonio válido y obligaban a su anulación, y los llamados "impedientes", en los que la violación de la prohibición legal no provocaba la nulidad del acto sino otra pena.

En derecho romano tenían impedimento absoluto los castrados (*castrati*) y los esterilizados (*spadones*), aunque no los que hacían impotentes, esto es, los *spadones* por naturaleza. Con el cristianismo la legislación romana prohibió con carácter absoluto el matrimonio de las personas que hubieran hecho voto de castidad o recibido las órdenes mayores. También había inhabilitación absoluta para contraer nupcias en el caso que alguno de los desposados estuviera unido en un matrimonio anterior, impedimento que los modernos denominan de "ligamen".

Entre los impedimentos relativos tenía especial importancia el parentesco. En el antiguo derecho la prohibición en línea recta —natural o adoptiva— se extendía hasta el infinito, en tanto que en la colateral llegaba hasta el sexto grado. El emperador Claudio, para legalizar sus nupcias con su sobrina Agripina, autorizó el matrimonio de tíos y sobrinos y los emperadores Arcadio y Honorio permitieron el de primos hermanos, es decir, colaterales en cuarto grado. Respecto de la afinidad, el obstáculo era total en línea recta y en la colateral hasta el segundo grado (cuñados). Justiniano prohibió el matrimonio de padrino y ahijada, en razón del vínculo espiritual existente.

Otros impedimentos relativos derivaron de razones religiosas, como ocurrió cuando se impuso el cristianismo como culto oficial del Imperio y se prohibió el matrimonio de cristianos con herejes y judíos. Los había que tenían origen ético, como el que prohibía casarse al adúltero con su cómplice, al raptor con la mujer raptada y al hijo con la prometida o concubina de su padre.

El desempeño de ciertas funciones públicas o privadas vino a constituir para el derecho romano un impedimento relativo para el matrimonio. Así, el gobernador de provincia no podía unirse

en legítimas nupcias con mujer domiciliada dentro de los límites de la misma y los tutores o curadores y sus hijos con la pupila antes de rendir cuentas de su gestión. Se trataba, como dijimos, de casos de incapacidad de derecho.

La diferencia de clases sociales excluía también la posibilidad de matrimonio. Sabemos que por el derecho antiguo estaban prohibidas las nupcias entre patricios y plebeyos, prohibición que fue consagrada por las XII Tablas y que más adelante desapareció por la *lex Canuleia* del año 445 a. de Cristo. Estuvo vedado asimismo el matrimonio entre ingenuos y libertinos hasta la sanción de la *lex Iulia et Papia Poppaea* del tiempo de Augusto. Había impedimento para que las personas de dignidad senatorial y sus hijos contrajeran nupcias con quienes ejercían profesiones u oficios deshonrosos (*personae adiectae*), como los actores, histriones, gladiadores, dueños de casas de prostitución, etcétera. El emperador Justino abolió esta disposición para posibilitar el matrimonio de su sobrino Justiniano con Teodora, mujer que había habitado el *Embolum*, famoso pórtico de la prostitución, donde ella después hizo levantar el templo de San Pantaleón. Justiniano completó esta reforma disponiendo que cualquiera que fuese la dignidad que ostentara el marido podía casarse con mujer de cualquier clase o profesión.

§ 167. EFECTOS DEL MATRIMONIO RESPECTO DE LOS CÓNYUGES. — El matrimonio, como institución básica del derecho de familia, producía importantes consecuencias jurídicas tanto respecto de los cónyuges, como en relación a los hijos. En cuanto a los esposos, los efectos del matrimonio se traducían, no sólo en las relaciones de carácter personal, sino también en las de orden patrimonial. De estas segundas, por su importancia, trataremos por separado.

Principal consecuencia del matrimonio era el deber de fidelidad entre los cónyuges. El derecho romano trató más severamente la infidelidad de la esposa que la del marido y en este sentido la mujer adúltera cometía un delito público que se castigaba severamente; en cambio, el adulterio del marido, siempre que no tuviera lugar en la ciudad del domicilio conyugal, no era causal de divorcio. La mujer debía habitar la casa del marido, que constituía su domicilio legal. Asimismo, estaba obligada a seguirlo

siempre, a menos que él se hiciese reo de algún delito. La esposa adquiría el nombre y la dignidad de su cónyuge, los que conservaba aunque quedara viuda, mientras no pasara a segundas nupcias.

El marido tenía que dar protección a su mujer y representarla en justicia. Un cónyuge no podía ejercer contra otro acción alguna que trajera aparejada una pena infamante. En materia civil, la condena que obtuviera uno de los esposos en juicio seguido al otro, estaba limitada por el *beneficium competentiae*, que impedía que se privara al vencido de lo necesario para subsistir de acuerdo con su condición social. Los cónyuges se debían recíprocamente alimentos, por lo cual, en caso de necesidad, estaban obligados a suministrarse comida, vestido, habitación, etcétera. Los alimentos se determinaban a tenor de las posibilidades del que los debía prestar y de las necesidades del esposo que iba a recibirlos.

Al esposo se le otorgó el ejercicio del *interdictum de uxore exhibenda et ducenda* para hacerlo valer contra cualquiera que se apoderara ilegítimamente de su mujer, aunque fuera el propio *paterfamilias*.

Para dejar el matrimonio al margen de todo interés pecuniario, el derecho romano prohibió que los cónyuges pudieran hacerse mutuamente donaciones y también que la mujer fuera fiadora de su marido, prohibición esta última que consagró el senadoconsulto Veleyano, según lo explicamos oportunamente.

§ 168. Efectos del matrimonio respecto de los hijos. La filiación. – Dentro de los efectos del matrimonio en cuanto a los hijos, merece especial tratamiento la filiación, o sea, la relación paterno-filial, que podía ser legítima o ilegítima, según que los hijos nacieran o no de padre y madre unidos en *iustum matrimonium*.

La filiación legítima, qué era aquella en que el nexo entre el engendrado y sus progenitores derivaba de legítimas nupcias, daba al hijo la calidad de legítimo, que la ley presumía cuando hubiera nacido después de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos de su disolución. En estos casos se reputaba al marido padre del hijo, presunción que podía ser destruida si el padre probaba la imposibilidad mate-

rial de haber cohabitado con su mujer o su impotencia para la unión carnal.

En cualquier otro caso, contrariamente, la mujer tenía que probar la paternidad si el marido la negaba. La acción que el derecho romano otorgó a la esposa para el reconocimiento del hijo se llamó *actio de partu agnoscendo*. Sin embargo, para evitar la suposición de parto, la mujer que se creía embarazada en el momento del divorcio, estaba obligada, según un senadoconsulto *Plaucianum* –de la época de Vespasiano–, a comunicárselo al marido dentro de los treinta días. Más adelante, el edicto del pretor extendió esta disposición al caso de disolución del matrimonio por muerte del marido, supuesto en que había que comunicar el embarazo a las personas interesadas, pues de lo contrario perdía la mujer el derecho a intentar la acción *de partu agnoscendo*; pero el hijo podía en todo tiempo hacer valer sus derechos por una *actio de liberi agnoscendo*.

Los hijos legítimos tenían derecho a exigir de sus padres la prestación de alimentos, si ellos no podían subvenir a sus propias necesidades. Esta obligación se imponía en primer lugar al padre y a la madre, y en defecto de éstos a los abuelos. La prestación de alimentos era recíproca y en consecuencia los hijos estaban obligados a mantener a sus padres cuando estuvieran en la indigencia.

Otro deber fundamental que imponía el matrimonio a los hijos era el de respeto y obediencia a sus padres. Ello hacía que no pudieran iniciar acción infamante contra sus progenitores, ni exigir por sus créditos más allá de los medios que tuvieran para proveer a su subsistencia (*beneficium competentiae*).

§ 169. Disolución del matrimonio. – El matrimonio en Roma se disolvía por muerte de uno de los cónyuges, por pérdida de la capacidad matrimonial, por sobrevenir un impedimento y por una causa específica: el divorcio.

A la muerte, que era el medio natural de extinguir el matrimonio, se equiparaba la ausencia. Si uno de los esposos vivía largo tiempo sin tener noticias del otro, y en circunstancias que hicieran presumir su muerte, se consideraba disuelto el matrimonio, porque siendo una relación de mero hecho, cesaba la inten-

ción matrimonial, fundamento de la comunidad de vida que el matrimonio implicaba.

Había disolución del vínculo conyugal por pérdida de la capacidad de los esposos en los casos de *capitis deminutio maxima* de cualquiera de ellos, porque las nupcias sólo eran para personas libres. Si la pérdida de la libertad hubiera sido provocada por cautiverio, el *ius postliminium* no tenía efecto, dado que el matrimonio era una situación fáctica. Al retornar el cónyuge cautivo podía unirse en nuevo matrimonio con el que había permanecido libre, pero no continuar el anterior. El derecho justiniano prohibió al cónyuge libre contraer nuevas nupcias hasta pasados cinco años desde el tiempo de la cautividad.

También se perdía la capacidad matrimonial y, por ende, se disolvía el matrimonio por la *capitis deminutio media*. Ello, en virtud de que las *iustae nuptiae* sólo eran accesibles a quienes gozaran de la ciudadanía romana. Así, en el derecho clásico, la deportación, que acarreaba la pérdida de la ciudadanía, provocaba la disolución del matrimonio. Justiniano, por influencia del cristianismo, privó a la deportación de tales efectos jurídicos.

Se extinguían, asimismo, las nupcias por sobrevenir un impedimento, como en el caso del *incestus superveniens*, que se producía si el suegro adoptaba al yerno, de modo que éste se convertía en hermano de su esposa. Se podía evitar que sobreviniese el incesto, emancipando previamente el *pater* a su hija.

El divorcio. Causa específica de disolución del matrimonio fue el divorcio (*divortium*), que era la falta de *affectio maritalis* en uno de los cónyuges o en ambos. Como el matrimonio exigía en Roma un acuerdo continuado, cuando éste faltaba en los esposos se disolvía el vínculo y no podían ser considerados ya como marido y mujer. La disolución de las nupcias por divorcio fue un sentimiento tan adentrado en los romanos, que desde antiguo rigió el principio de que el matrimonio era una institución esencialmente disoluble (*liberum matrimonium esse antiquitus placuit*) (Cod. 8, 38, 2). Por aplicación de tal principio los cónyuges no podían obligarse contractualmente a no divorciarse, ni dificultar siquiera el divorcio con penas convencionales.

El divorcio se hacía en tiempos clásicos por la simple declaración de cualquiera de los esposos de querer extinguir el vínculo conyugal (*repudium*). Esta declaración podía ser oral o escrita.

(*per litteras*) y también comunicada por medio de un *nuntius*. Una excepción a esta regla fue la establecida por la *lex Iulia de adulteriis*, que dispuso que el repudio debía participarse por un liberto en presencia de siete testigos, pero hasta una declaración no formal era bastante para disolver el matrimonio, si bien insuficiente para eludir ciertas penas. En la época postclásica se introdujo el uso de redactar un documento escrito que formalizara el divorcio (*libellus repudii*); más tarde esta costumbre se tornó en una exigencia legal. Justiniano mantuvo este criterio, pero permitió la declaración ante siete testigos que había consagrado la ley *Iulia*. Probablemente se quiso hacer obligatoria una declaración escrita firmada por siete testigos.

La pureza de las costumbres romanas hizo que por mucho tiempo los divorcios fueran poco frecuentes y que causaran general reprobación, si no tenían una causa justificada. No le estaba permitido a la mujer, dado su estado de dependencia a la *patria potestas* o *manus*, divorciarse de su marido, obstáculo que fue eliminado al finalizar la época republicana. La expansión de Roma produjo un relajamiento de las costumbres y ello fue causa determinante del auge de los divorcios. En tiempo de los emperadores cristianos se abrió paso una legislación hostil al divorcio que no llega, empero, a negarle validez. Se comenzó por distinguir entre el divorcio por mutuo acuerdo y aquel que surgía por decisión unilateral, respetándose el primero y limitándose el segundo, que era castigado si no mediaban justas causas.

Justiniano, ordenando numerosas disposiciones limitativas del divorcio establecidas por los emperadores cristianos, distinguió cuatro clases de él: el divorcio por mutuo consentimiento (*communi consensu*), el repudio o divorcio unilateral por culpa del otro cónyuge, el divorcio unilateral *sine causa* y el *divortium bona gratia*.

El primero –el divorcio por mutuo consentimiento– era plenamente lícito. El segundo –el divorcio unilateral por culpa del otro cónyuge– era lícito si se daban las siguientes *iustae causae*: conjura contra el emperador, adulterio o malas costumbres de la mujer, alejamiento de la casa del marido, insidias al otro cónyuge, falsa acusación de adulterio por parte del marido y comercio frecuente de éste con otra mujer, dentro o fuera de la casa conyugal. El tercero –el divorcio *sine causa*– no era lícito y por tanto

traía aparejado castigo para el cónyuge que lo provocara, sin que por ello fuera inválido. La cuarta figura de divorcio –*bona gratia*– que se fundaba en una causa no imputable a ninguno de los esposos, era lícita en caso de impotencia incurable, por existir votos de castidad y si se hubiera producido cautividad de guerra.

Las penas para el divorcio realizado sin justa causa y las que se aplicaban a la parte culpable en los divorcios lícitos fueron, según la legislación justinianea, el retiro forzado en un convento y la pérdida de la dote y de la donación nupcial o de la cuarta parte de los bienes cuando éstas no se hubieran constituido. Tales sanciones trajeron una fuerte reacción contra Justiniano, por lo cual su sucesor Justino II suavizó las penas que acarreaba el divorcio.

§ 170. Legislación matrimonial de Augusto. – Por razones demográficas, y como medio de frenar el avance de costumbres licenciosas y empeñado en favorecer la procreación de prole numerosa, el emperador Augusto dictó un verdadero código matrimonial al hacer votar al comicio de los últimos años de la República, las leyes *Iulia de maritandis ordinibus* (18 a. de C.) y *Papia Poppaea* (9 a. de C.), leyes que la jurisprudencia romana fusionó bajo el nombre de *Iulia et Papia Poppaea*.

La legislación augustea obligaba a contraer matrimonio a los varones solteros (*celibes*) de veinticinco a sesenta años y a las mujeres de veinte a cincuenta. Si tales personas no respetaban este imperativo matrimonial eran sancionadas con una *incapacitas* sucesoria que también se aplicaba a los casados sin hijos (*orbi*). Los solteros tenían una incapacidad total para adquirir por testamento y los *orbi* se veían privados de la mitad de las liberalidades con que hubieran sido favorecidos por causa de muerte. En ambos casos, a las partes que dejaban de percibir se las reputaba vacantes (*caducae*) y, por consecuencia, pasaban a herederos o legatarios que tuvieran hijos o, al faltar éstos, al fisco. Tales penalidades se impusieron también a viudas y divorciados si no contraían nuevas nupcias, las primeras dentro de los dos años y los segundos en dieciocho meses.

En favor de los ciudadanos que cumplían con las normas legales creadas por Augusto, el emperador consagró algunos privilegios o ventajas. Así, se podía ocupar un cargo público antes de la edad requerida para el desempeño del mismo; se dispensaba

del pago de ciertos tributos a quien tuviera tres hijos en Roma o cuatro en Italia y, como logro más importante, se eximía de tutela perpetua a la mujer que gozara del *ius liberorum*, esto es, la ingenua con tres hijos y la manumitida con cuatro.

La rigidez de las prescripciones de las leyes augusteas, especialmente en cuanto declaraban caducas a las partes de los sancionados con una *incapacitas* sucesoria –hecho que dio lugar a que a las leyes *Iulia et Papia Poppaea* se las llamara "leyes caducarias"– creó un sentimento de resistencia hacia las mismas que se hizo más notable con los emperadores cristianos, hasta que quedaron sin efecto con el derecho justinianeo.

§ 171. Segundas nupcias. – La disolución del vínculo matrimonial por cualquier causa no impedía a los cónyuges pasar a segundas nupcias, sólo que la mujer tenía que guardar un tiempo de luto de diez meses, y de un año en el derecho postclásico, con el fin de dar certeza a la paternidad, evitando la *turbatio sanguinis*.

Sin embargo, el derecho romano se caracterizó siempre por mirar con poca estima al cónyuge bínubo, especialmente a la mujer. Pasado el tiempo de Augusto, que en toda forma favoreció los matrimonios, los emperadores volvieron a la antigua tradición romana. Así, Alejandro Severo prohibió a la viuda que contraía segundas nupcias educar a sus hijos. Por su parte, Teodosio II y Valentiniano III restringieron el derecho de los viudos en cuanto a la disposición de los bienes de sus *filii*. Establecieron, además, que el cónyuge que celebraba un segundo matrimonio sólo conservaba el usufructo de los bienes del consorte premuerto, quedando la nuda propiedad para los hijos.

§ 172. El concubinato. – El derecho romano conoció otra forma de comunidad conyugal, el concubinato (*concubinatus*), en el que existía unión estable del hombre y la mujer sin que medie intención recíproca de estar unidos en matrimomio. Se distinguía de las justas nupcias tanto por la posición social que la mujer ocupaba, como por la condición jurídica de los hijos que de la unión provenían. La mujer no disfrutaba de la consideración de mujer casada, le faltaba el *honor matrimonii*. Los hijos, como todos los habidos fuera de matrimonio, no entraban bajo la potestad ni en la familia del padre; seguían la condición personal de la madre.

El concubinato fue la única forma posible de unión con libertos y mujeres sancionados con la tacha de infamia, sin violar las disposiciones de la *lex Iulia de adulteriis* de la época de Augusto. Al prohibir las leyes matrimoniales de este emperador a las clases elevadas el matrimonio con aquellas personas, vino a permitir, al menos tácitamente, el concubinato, que se hizo habitual en el Imperio. No se lo miraba como una unión inmoral o contraria a las buenas costumbres, y emperadores como Antonino Pío y Marco Aurelio tuvieron concubinas.

Con el advenimiento del cristianismo se opera una reacción contra esta clase de unión y Constantino declaró nulas las donaciones y legados efectuados a la concubina y a sus hijos. Con el fin de estimular que las parejas de concubinos se unieran en legítimas nupcias, este emperador creó la legitimación por subsiguiente matrimonio, medio por el cual el hijo alcanzaba la calidad de legítimo y se sometía a la potestad paterna ingresando en la familia de su padre.

Justiniano siguió otro procedimiento para suprimir en el concubinato lo que de contrario a la moral encerraba. Lo asemejó al matrimonio, considerándolo una especie de él, aunque de rango inferior. Dispuso que el concubinato no fuera admitido con mujeres ingenuas y respetables, prohibiendo además que un hombre soltero tuviera varias concubinas. La mujer debía tener, al igual que para contraer matrimonio, una edad mínima de doce años y la concubina de un hombre no podía serlo de su hijo o de su nieto, reputándose su infidelidad como adulterio, igual que en la mujer casada. Una liberta que fuera concubina de su patrón no podía abandonarlo sin su consentimiento; si lo hacía, no estaba autorizada a celebrar matrimonio y, tal vez, ni siquiera volver a una nueva relación concubinaria. Por fin, Justiniano reconoció en las Novelas la sucesión *ab intestato* a favor de la concubina.

§ 173. Régimen patrimonial del matrimonio. – Las relaciones patrimoniales entre cónyuges, o lo que es lo mismo, el régimen de los bienes en el matrimonio, es uno de los aspectos de mayor interés que ofrece la institución en el derecho romano, a la vez que a través de sus normas peculiares aparecen nítidas las diferencias que separan las *iustae nuptiae cum manu* y *sine manu*.

Cuando por el matrimonio el marido adquiría la potestad marital sobre su esposa, todos los bienes que ésta poseía, si era *sui iuris*, pasaban a aquél, del mismo modo que las adquisiciones que realizara se hacían propiedad del cónyuge, porque la mujer sometida a la *manus maritalis* era patrimonialmente incapaz. A la muerte del esposo le sucedía como si fuese una hija, y los derechos sucesorios en su familia de origen se extinguían al ingresar en la de su cónyuge.

En el matrimonio libre, como la mujer seguía perteneciendo a su familia paterna, había una separación de bienes. De esta manera, si era *alieni iuris* las adquisiciones realizadas durante el matrimonio se hacían propiedad de su *paterfamilias* y si tenía la calidad de *sui iuris* era propietaria de todos sus bienes y de los que adquiriera durante las nupcias, con amplio poder de disposición. Sin embargo, según una regla atribuida al jurisconsulto de fines de la República, Q. Mucio Scaevola, toda las adquisiciones de la mujer durante el matrimonio se presumían hechas por el esposo, salvo prueba en contrario (*praesumptio Muciana*).

El marido no tenía facultad sobre los bienes propios de la esposa, y si ésta le encargaba la administración, actuaba en carácter de mandatario. Estos bienes confiados a la administración marital se llamaban extradotales (*res quae extra dotem sunt*), según la terminología clásica, o parafernales (*parapherna*). En cuanto a los bienes parafernales, el marido debía actuar en todo de acuerdo con las instrucciones dadas por la esposa, quedando responsable de la pérdida que pudiera acaecer, si hacía un uso no autorizado de ellos. Disueltas las nupcias, el marido estaba obligado a restituir los bienes extradotales, disponiendo la mujer a tal respecto de la *actio ad exhibendum*, como medida preparatoria de la *reivindicatio*, pudiendo reclamarlos, también, por una *condictio*.

En el matrimonio *sine manu*, al existir un régimen de separación de los bienes de los cónyuges, éstos no se debían alimentos. Tampoco se reconocía derecho de sucesión mutua intestada, de acuerdo con el derecho civil, y en el derecho pretorio el viudo o la viuda eran llamados en último término por una *bonorum possessio unde vir et uxor*.

Estos principios generales relativos al derecho matrimonial de bienes se modificaron profundamente con la institución de la

dote, que constituyó la columna vertebral del sistema patrimonial del matrimonio romano.

§ 174. La dote. – Se designaba con el nombre de dote (*dos* o *res uxoriae*) al conjunto de bienes o cosas particulares que la mujer, su *paterfamilias* u otra persona en su nombre aportaban a causa del matrimonio, con el fin de atender a los gastos que demandaba al marido la vida matrimonial (*qd sustinenda onera matrimonii*).

La dote fue un instituto que alcanzó gran difusión en la sociedad romana, que consideraba un deshonor para una mujer concurrir indotada al matrimonio. Habría surgido como consecuencia del carácter del matrimonio *cum manu*, que al hacer que la mujer perdiera sus derechos hereditarios en su familia de origen, justificaba la entrega a ella de bienes como un anticipo de herencia. Posteriormente, con la vigencia del matrimonio *sine manu*, la dote implicó una aportación de la mujer para contribuir al sostenimiento de los *onera matrimonii*, no quedando al margen de la finalidad del instituto la protección de la mujer una vez disueltas las nupcias.

La circunstancia de que la dote pasara en propiedad al marido hizo que se la considerara jurídicamente como un lucro, esto es, un acto a título gratuito. Sin embargo, su naturaleza jurídica no es tal, ya que la dote se configuró en el derecho romano como una dación con causa onerosa (*datio ob causam*), condición que surge, no tanto del fin que la institución perseguía, de servir al sostenimiento de las cargas matrimoniales, cuanto de la obligación del marido de restituir la dote en caso de disolución del matrimonio.

Presupuesto fundamental de la dote era un matrimonio civilmente válido. Antes del matrimonio se constituía bajo la condición de que éste se realizara, de suerte que el marido se hacía propietario cuando se celebraban las nupcias; o bien se constituía puramente y el marido adquiría de inmediato la propiedad de la dote, pero correspondiendo al constituyente una *condictio*, para el caso de que el matrimonio no llegara efectivamente a realizarse.

En la concepción romana originaria, la dote era propiedad exclusiva del marido y la mujer carecía de derecho sobre tales

bienes. No obstante, estaba afectada al destino convenido y de ahí que surgiera inevitablemente la idea de que aquella dote se debía a la mujer o que, hasta cierto punto, le correspondía. La pertenencia especial de la dote a la mujer va apareciendo en la legislación romana en algunos aspectos que restringen la propiedad del marido. Así, la *actio furti* es excluida para los objetos dotales sustraídos por la mujer, aplicándose en el caso una acción especial de "cosas movidas de sitio" (*actio rerum amotarum*). Del mismo modo, por una *lex Iulia de fundo dotali* de la época de Augusto, se prohibió al marido enajenar los fundos itálicos de la dote sin consentimiento de su esposa. Igualmente, se hacía responsable al marido por la pérdida de las cosas dotales, en la misma medida que a un poseedor de una cosa ajena. Por fin, se reconoció a la mujer el derecho de recuperar la dote al producirse la disolución del vínculo conyugal.

a) ***Clases y formas de constitución de la dote.*** Constituyente de la dote fue, por principio, el *paterfamilias* de la mujer. Cuando ésta era *sui iuris* le correspondía dotarse a sí misma. Un tercero podía también constituir dote a favor de la mujer. Era éste un importante deber moral que Justiniano elevó a obligación jurídica en el caso del *pater* del padre de la mujer y también de la madre pudiente.

Atendiendo a las personas que podían otorgar la dote, ésta fue de distintas clases. Se llamaba *dos profecticia*, si era constituida por el *paterfamilias* y más adelante también por el padre que no tenía la patria potestad sobre la mujer; *dos adventicia*, la otorgada por la mujer misma, por su madre o por persona distinta del padre, y *dos recepticia*, la dote en la que el constituyente se reservaba el derecho de recuperar los bienes en caso de disolución del matrimonio.

Objeto de la dote podía ser cualquier *res in commercio*. Así, cosas corporales, derechos reales, créditos, remisión de deuda, etcétera. Según la naturaleza del objeto de la dote cambiaban las formas de su constitución que, en el derecho clásico, podía llevarse a cabo por tres modos distintos. Mediante la *dotis datio*, que operaba la transmisión inmediata de los bienes dotales y que se realizaba por *mancipatio*, *in iure cessio* o *traditio*. Por la *dotis dictio*, contrato *verbis*, que consistía en una promesa unilateral solemne del constituyente, que podía ser el padre de la mujer,

ésta misma si era *sui iuris*; o un deudor que interviniera por mandato de ella. También por la *promissio dotis* que era una promesa de dote en la forma de la *stipulatio*, utilizable por cualquiera que deseara beneficiar a la mujer. En el derecho postclásico estas formas desaparecieron y la dote se pudo constituir por un solo pacto legítimo (*pactum dotis*), al que se acostumbraba acompañar un documento escrito (*instrumentum dotale*).

b) ***Restitución de la dote.*** Disuelto el matrimonio, el marido estaba obligado a restituir la dote, a pesar de su condición de propietario de ella. En los primeros tiempos, esta restitución se operaba tácitamente en el matrimonio *cum manu*, porque siendo el fallecimiento del esposo la forma normal de extinguir el vínculo, tal hecho hacía heredera a la mujer. Además, fue común que el marido la beneficiara con un legado especial (*legatum dotis*), que obraba a manera de restitución.

Relajadas las costumbres y producidos los divorcios con demasiada frecuencia, se hizo necesario crear medios jurídicos para hacer efectiva la restitución. A tal fin se introdujo la práctica de que el marido, mediante estipulación (*cautio* o *stipulatio rei uxoriae*), prometiera al constituyente la restitución de la dote en caso de divorcio. Si el esposo no cumplía la promesa restitutoria, ésta se hacía exigible por la acción propia del contrato, la *actio ex stipulatu*, de objeto incierto, a no ser que se hubiese prometido, no la restitución, sino el valor tasado de la dote (*dos aestimata*), en cuyo caso procedía la *condictio*. Se admitió también, en el derecho postclásico, un pacto de restitución que las partes podían celebrar al hacer la transmisión inmediata de los bienes dotales (*dotis datio*). En tal supuesto el constituyente podía exigir la restitución de la dote ejerciendo la *actio praescriptis verbis* que, como vimos, era la acción por la cual se demandaba el cumplimiento de los contratos innominados.

La falta de acuerdo sobre la restitución de la dote planteaba el problema de la imposibilidad de recuperar por parte de la esposa los bienes que se habían hecho propios del marido. Ante tal circunstancia se llegó a reconocer a la mujer, cuando el matrimonio se hubiera disuelto por divorcio, un derecho de restitución que se hacía efectivo por medio de una acción pretoria *ex fide bona*, la *actio rei uxoriae*. La acción correspondía a la mujer misma si era *sui iuris* y siempre que la dote fuera adventicia, o el

padre hubiera muerto; si no se daba esta situación, la ejercitaba el padre con consentimiento de la hija. El derecho a la restitución era personalísimo y, por tanto, no podía ser intentado por los herederos de la mujer. El ejercicio de la *actio rei uxoriae* determinó que la restitución pudiera ser impuesta en todo o en parte, teniendo en cuenta la situación patrimonial del marido, el que, no obstante, gozaba del *beneficium competentiae* para restituir sólo lo que buenamente pudiera.

El marido que tenía la obligación de restituir la dote estaba autorizado, empero, a retener cierta cuota de los bienes en caso de la existencia de hijos (*retentio propter liberos*), retención que también podía hacer como sanción por el adulterio de la mujer (*retentio propter mores graviores*), para castigar una conducta menos grave (*mores leviores*), por los gastos útiles que hubiera realizado (*retentio propter impensas*) y por las indebidas sustracciones que la mujer hubiera hecho de los bienes del esposo (*retentio propter res amotas*).

Nacida la *actio rei uxoriae* para el supuesto de disolución de las nupcias por divorcio, tuvo aplicación también para el caso de extinción del matrimonio por muerte del marido, ejercitándosela en contra de sus herederos. Si se trataba de *dos profecticia*, el *paterfamilias* podía hacer valer la *actio rei uxoriae* después de la muerte de la hija. Cabía la posibilidad, en caso de fallecimiento del esposo, de que si hubiera legado a su mujer los bienes dotales, ésta tuviera derecho a elegir entre la liberalidad o la restitución de la dote. Esta opción recibió el nombre de *edictum de alterutro*.

La restitución de la dote debía operarse inmediatamente si se la exigía por medio de la *actio ex stipulatu*, en tanto que si se ejercitaba la *actio rei uxoriae* y se trataba de dinero u otras cosas fungibles, la restitución se hacía en tres cuotas anuales (*annua, bima, trima die*).

Con Justiniano el régimen de la dote experimenta profundas transformaciones tendientes a favorecer el interés de la mujer llegando a reconocer que la dote era propiedad de la mujer y que el marido sólo tenía sobre los bienes dotales el usufructo. Simplificando el complejo régimen hasta entonces vigente, declaró restituible la dote en todos los casos de disolución del matrimonio y eliminó el derecho de las retenciones, así como el *edictum de alte-*

rutro. Los inmuebles había que restituirlos inmediatamente y las restantes cosas en el plazo de un año. Vencidos esos plazos, los frutos pertenecían a la mujer.

La *actio rei uxoriae* es sustituida en el derecho justinianeo por una *actio ex stipulatu*, que no se origina en una *stipulatio* realmente celebrada, sino más bien supuesta. Esta nueva acción no es, como la de la estipulación, de derecho estricto, sino *bonae fidei*, denominándosela en el Digesto acción de dote o *actio dotis*. Con la *actio dotis* concurría la *reivindicatio*, porque la mujer, aun durante el matrimonio, tenía una propiedad natural sobre la dote y el marido, al disolverse el vínculo, perdía su propiedad temporalmente limitada en los bienes dotales. Justiniano, por fin, para garantizar más acabadamente la restitución de la dote a la mujer, por influencia del derecho helénico, creó un hipoteca legal sobre el patrimonio del marido, general y privilegiada, respecto de los demás derechos pignoraticios constituidos con anterioridad al matrimonio.

§ 175. DONACIONES NUPCIALES: "ANTE NUPTIAS", "PROPTER NUPTIAS". – La donación hecha por el futuro marido a la mujer, cuya validez dependía jurídicamente de la celebración y subsistencia del matrimonio, se denomina donación nupcial. Desconocida en el derecho clásico, aparece sólo en el período posterior, proveniente de los derechos orientales. Con Justiniano se configura como contrapartida de la dote.

La donación nupcial, por efecto de la prohibición de las donaciones entre cónyuges, debía hacerse antes del matrimonio o, al menos, ser prometida por el futuro contrayente. Por esta razón se la denomina *donatio ante nuptias*. En el derecho postclásico el negocio constituyó un modo especial de donación que adquiría singular relieve al disolverse el matrimonio, porque, al igual que la dote, estaba destinada a constituir una reserva en favor de la mujer y de los hijos.

En caso de muerte del marido o de divorcio sin culpa, la esposa retenía la donación. Si tenía hijos solamente le correspondía un derecho de goce, designado como usufructo, ya que la propiedad pertenecía a los hijos. Si moría la mujer, la donación quedaba sometida a una regulación semejante, relativamente al marido y a los hijos.

Justiniano permitió que la donación se realizara después de celebrado el matrimonio y la configura como una ***donatio propter nuptias***, independiente de las otras donaciones, para las que continúa rigiendo la prohibición. Para asegurar una reserva en favor de la mujer, después de disueltas las nupcias, la donación *propter nuptias* presentaba el carácter de una contradote y estuvo sometida a las normas reguladoras de la dote.

Del mismo modo que el padre de la mujer estaba obligado a dotar, así también el del marido se hallaba obligado a hacer la donación nupcial. Para esta donación, como para la constitución de la dote, el derecho justinianeo no estableció forma alguna y la eximió del requisito de la *insinuatio*. En cuanto al destino de la donación una vez disuelto el matrimonio subsistieron los principios expuestos. Las garantías que aseguraban la pretensión de la mujer a la dote, se extendieron a la *donatio propter nuptias*, especialmente la prohibición de enajenar inmuebles y la hipoteca general sobre los bienes del marido, aunque sin privilegio alguno de rango.

§ 176. DONACIONES ENTRE CÓNYUGES. – Entre las reglas particulares que se refieren al derecho patrimonial del matrimonio romano, es de suma importancia la que consagra la prohibición de las donaciones entre cónyuges (*donationes inter virum et uxorem*) que, al decir de las fuentes, se establecieron para evitar que se pusiera precio al afecto conyugal y por el peligro de que el amor pudiera inducir al cónyuge más generoso a desprenderse de sus bienes en beneficio del otro.

Esta prohibición habría afectado en principio a los matrimonios *sine manu*, entroncando con la idea de que las nupcias no debían producir una transmisión patrimonial de la familia de la mujer a la de su esposo. En tiempo de las leyes matrimoniales de Augusto, se añade que los cónyuges que vivían en matrimonio prohibido o estéril no podían, mediante donaciones, eludir las restricciones que dichas leyes establecían para aquellos matrimonios en orden a las adquisiciones hereditarias.

El rigor del principio, sin embargo, fue atenuado y la jurisprudencia llegó a admitir la validez de las donaciones que no importaran un enriquecimiento para el donatario, como las que se hacían para procurar sustento a alguno de los esposos o motiva-

das en deberes sociales, como la suministrada por la mujer al marido para que actuara en juegos públicos. También se reputaron válidas las efectuadas en consideración a la disolución del matrimonio, tuviera ella lugar por muerte o por divorcio. Un senadoconsulto propuesto por Severo en el año 206 d. de C. (*oratio Severi*) consideró eficaz, después de la muerte del donante, la donación no revocada. Con el derecho justinianeo se mantiene la corriente iniciada por la jurisprudencia y tampoco se consideran nulas, aunque subsista el matrimonio, las donaciones hechas en caso de deportación o destierro.

Título IV

REPRESENTACIÓN DE LOS INCAPACES

§ 177. Tutela y curatela. – En Roma las personas que gozaban de plena capacidad jurídica o de derecho, esto es, los sujetos libres, ciudadanos y *sui iuris*, podían hallarse imposibilitadas de ejercer por sí mismas los derechos de que eran titulares. En tales casos, a fin de no hacer ilusorio el ejercicio de negocios patrimoniales, el derecho romano admitió que los incapaces de hecho o de obrar tuvieran representantes legales o necesarios que suplieran su incapacidad. Esta función protectora de los derechos de los sujetos con incapacidad de obrar, fuera absoluta o relativa, fundada en razones de edad, sexo, enfermedad mental o tendencia a la dilapidación de bienes, se cumplió en Roma por medio de dos especiales instituciones: la tutela y la curatela.

Los hijos sometidos a la potestad del *pater* se hacían *sui iuris* a la muerte de éste. Adquirían entonces plena capacidad de derecho y aptitud para poseer un patrimonio propio, pero no todos ellos eran capaces para ejercer por sí mismos sus derechos. En esta situación se encontraban los *sui iuris* impúberes, que eran los que no habían cumplido los catorce años, y las mujeres *sui iuris* de cualquier edad. Tanto unos como otras, en razón de su incapacidad de obrar, estaban sometidos al poder de un tutor, pero la tutela por razón del sexo perdió ya en el período clásico su antiguo rigor.

El tutor, palabra que proviene de la voz latina *tueri*, que significa proteger, tenía sobre los impúberes y las mujeres un poder de protección similar, en cierto modo, al reconocido al *paterfamilias*, atenuado por su finalidad tuitiva y de salvaguarda de los intereses patrimoniales respecto del incapaz o pupilo (*pupillus*).

Un pasaje de Paulo (Dig. 26, 1, 1, pr.) expresa que Servio, uno de los más destacados jurisconsultos de fines de la República,

definió la tutela como "la fuerza y potestad sobre una cabeza libre dada y permitida por el derecho civil para proteger al que por su edad no puede defenderse por sí mismo" (*Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, iure civile data ac permissa*).

La definición de Servio Sulpicio es errónea, pues de los términos *vis ac potestas* surge la idea de que la tutela entrañaría una potestad. Ello es inadmisible si se tiene en cuenta que el derecho romano sólo conoció cuatro potestades clásicas: *patria potestas*, *dominica potestas*, *manus* y *mancipium*. Por otra parte, si la tutela se daba a personas *sui iuris*, resulta contradictorio decir que se trata de una potestad, porque las personas sometidas al poder del tutor son precisamente los sujetos libres de potestad (*in capite libero*). Además, la fórmula de Servio es incompleta, pues sólo alude a la tutela por razón de edad (*qui propter aetatem suam*), es decir, a la tutela de los impúberes.

La institución, en el derecho antiguo, apareció para favorecer los intereses del tutor, por cuanto venía a ser el más próximo heredero del pupilo, si moría éste durante la tutela. El tutor conservaba y cuidaba el patrimonio pupilar, primero para el pupilo, pero eventualmente, también para sí mismo. Esta razón indujo a la ley a llamar como tutores a las personas que a la muerte del pupilo vendrían a ser sus herederos legítimos. A fines del período republicano, la tutela va perdiendo su primitivo carácter y se la concibe como un deber y una carga impuesta en interés fundamental del incapaz. Si bien el tutor desempeñaba un cargo privado, el Estado ejercía una función de contralor que cada día se fue haciendo más intensa. En la época postclásica la tutela constituyó un oficio oneroso, a la vez que una carga pública.

Otros incapaces de obrar, al margen de los impúberes y las mujeres, quedaban supeditados a la intervención de un administrador o curador (*curator*). *Cura* o curatela fue la otra institución creada por el derecho romano para proteger el patrimonio de los incapaces no sometidos a tutela. Desde la Ley de las XII Tablas se conoció una curatela para el caso de los enfermos mentales o dementes (*furiosi*) y para los pródigos (*prodigi*) sujetos a interdicción. Sin embargo, la institución alcanzó su verdadero desarrollo cuando aparecieron figuras especiales de curatela y, en particular, la curatela del menor púber.

Oneroso: Jurídicamente hace referencia a aquellos actos conmutativos de prestaciones recíprocas, lo que no se adquiere a título gratuito

La curatela no se presentó en Roma con caracteres que la diferenciaran de la tutela. La máxima extraída de las Instituciones (I, 14, 4) *tutor datur personae, curator rei*, no es exacta en el derecho romano, porque ni el tutor cuidaba de la persona del pupilo, sino que protegía sus intereses patrimoniales, ni el curador era sólo administrador de los bienes del incapaz, pues también había de velar, como en el caso del demente, por su cuerpo y salud (*sed ad corpus ac salutem furiosi*). De ello se deduce que la fórmula *tutor personae datur, curator rei*, puede ser admitida en cuanto ella significa que la tutela siempre atendía a la protección de una persona, el menor impúber o la mujer, mientras que la curatela podía aplicarse a un patrimonio sin titular (*curator hereditatis iacentis*) o a bienes que eventualmente podían llegar a tener un titular (*curator ventris*).

Se ha dicho también que la diferencia entre las instituciones de representación de los incapaces estribaba en la circunstancia de que el curador carecía de la facultad de asistencia y cooperación en los actos del pupilo (*auctoritas interpositio*), como las tenía el tutor. Sin embargo, la actuación del curador del menor púber se fue configurando progresivamente de manera similar a la del tutor del menor impúber.

Tal vez la diferencia más notoria entre las instituciones que estudiamos radique en que la tutela correspondía a supuestos en que había una causa general y permanente de incapacidad, como la edad y el sexo, en tanto la curatela aparecía cuando mediaba una causa particular o accidental que hacía incapaz a una persona que hasta entonces había gozado de plena capacidad de obrar, como ocurría en el caso del demente y del pródigo. Empero, esta nota diferencial tampoco es valedera cuando se trata de la curatela del menor púber.

En suma, habrían sido circunstancias de orden histórico las que determinaron la existencia de dos institutos jurídicos de contenido y efectos muy semejantes. La tutela y la curatela, aunque similares en muchos aspectos, deben ser consideradas separadamente. La tutela, por su origen, se pareció a la patria potestad, pero su fin meramente tuitivo, en interés del incapaz, acabó por hacer del tutor un administrador semejante al curador. Por ello Justiniano tendió decididamente a equiparar una y otra institución del derecho de familia.

§ 178. TUTELA DE LOS IMPÚBERES. – Las personas *sui iuris* que no habían alcanzado la pubertad –que Justiniano, siguiendo la doctrina proculeyana, fijó en catorce años en el varón y doce en la mujer–, necesitaban, por su incapacidad de obrar, que se les nombrara un tutor para que realizara en su nombre los negocios jurídicos que el incapaz no podía por sí mismo concertar. Apareció así la llamada tutela de los impúberes (*tutela impuberum*).

El tutor, que sustituía al padre del incapaz, tenía la misión de defender el patrimonio del pupilo en beneficio, no sólo del propio incapaz, sino también de su presunto heredero que por lo común era el mismo tutor. La protección de la persona del incapaz, en los aspectos morales y educacionales, correspondía a los parientes y quizás al tutor mismo, pero más como pariente que como representante del pupilo.

La función del tutor era meramente civil; no podían cumplirla los extranjeros, y también viril, por lo cual estaba vedada a las mujeres. Se presentaba con estos caracteres por la similitud que tenía con la patria potestad. Sólo en la época cristiana, la legislación romana admitió que las mujeres, especialmente la madre, pudieran ser tutoras.

a) *Especies de tutela.* El derecho romano conoció tres géneros de tutela de los impúberes, según el modo como ella se originara: tutela testamentaria, si se fundaba en la voluntad del *paterfamilias* declarada en un testamento; tutela legítima, cuando nacía por imperio de la ley, y tutela dativa, si la designación de tutor provenía del magistrado.

La amplia facultad de testar reconocida al *pater* por la Ley de las XII Tablas le permitió designar tutor para sus hijos, que se hacían *sui iuris* a su muerte, por medio de testamento. El tutor testamentario adquiría su condición de tal desde el momento de la adición de la herencia. Como su nombramiento no dependía del parentesco, podía rechazar la tutela (*abdicatio tutelae*), sin que se le exigiera ninguna alegación de causa. Por iguales motivos, era dable removerlo de la tutela cuando incurría en malversación del patrimonio del pupilo, mediante una reclamación penal extraordinaria llamada *acussatio suspecti tutoris*, que por tener el carácter de acción popular, era ejercitable por cualquier persona deseosa de defender los intereses del pupilo.

A falta de tutor testamentario, las XII Tablas llamaban a desempeñar la tutela a las personas que de morir el impúber heredarían *ab intestato*, o sea, su agnado más próximo y, en su defecto, los gentiles. En consonancia con lo que ocurrió en materia sucesoria, la interpretación jurisprudencial extendió los llamamientos a la tutela legítima al patrono y sus hijos, respecto del liberto impúber.

El tutor legítimo, al obtener el cargo en razón de su parentesco con el pupilo, no podía ser removido de la tutela, ni le era permitido renunciar a ella. Si hubiera perjudicado con su gestión el patrimonio del incapaz, se daba, al terminar la tutela, una acción penal por el doble del daño causado, la *actio rationibus distrahendis*, similar a la acción del hurto. Si no quería ejercer la función de tutor, podía transmitirla a otra persona por medio de una *in iure cessio tutelae*.

La tutela dativa, esto es, aquella cuya designación provenía del magistrado, se impuso en Roma cuando el régimen de la institución fue objeto de una intensa intervención legislativa que convirtió la función privada del tutor en una verdadera carga pública (*munus publicam*). Una *lex Atilia*, anterior al año 186 a. de C., encargó al pretor urbano el nombramiento de tutor, que se llamó *tutor Atilianus* o *dativus*. El derecho de nombrar tutor pasó, desde el emperador Claudio, a los cónsules, y con Marco Aurelio, a un pretor especial, el *praetor tutelaris*. Por otro lado, las leyes *Iulia* y *Titia*, del año 50 a. de C., extendieron a los gobernadores de provincia la facultad de nombrar tutores en sus respectivas jurisdicciones.

Con esta injerencia pública en las tutelas, el tutor tenía el deber de no rehusar el cargo, a no ser que tuviera una excusa (*excusatio*) fundada, como edad avanzada, enfermedad, ocupaciones excesivas, residencia alejada, enemistad con la familia del pupilo, etc., o que pudiera indicar la existencia de otra persona más idónea para tal cargo (*potioris nominatio*). Con este nuevo régimen, fue abolida la *in iure cessio tutelae*, que podía ejercitar el tutor legítimo y la *abdicatio tutelae*, que cabía al tutor testamentario.

Como consecuencia de esta intervención estatal en materia de tutela se establecieron ciertas limitaciones a las facultades dispositivas del tutor. El magistrado solía exigir del tutor legítimo

una garantía o caución por los daños que eventualmente pudiera ocasionarle al patrimonio del pupilo (*cautio rem pupilli salvam fore*). También en caso de varios tutores del incapaz, el cotutor que pedía la gestión exclusiva de la tutela debía prestar dicha caución. Esa garantía no se solía exigir al tutor testamentario ni al nombrado por el magistrado, pues se entendía que habían sido elegidos a causa de su idoneidad y solvencia.

El magistrado podía, además, nombrar un administrador especial o *curator* para algunos casos en que creyera necesaria su intervención, como cuando existieran intereses contrapuestos entre el tutor y su pupilo. El magistrado, velando siempre por los intereses del pupilo, exigía del tutor que se hacía cargo de su oficio, la confección de un inventario de los bienes del incapaz, sobre la base del cual al finalizar la tutela debía rendir cuentas de su gestión.

Con el régimen impreso a la tutela desde la sanción de la ley *Atilia*, aparece una nueva acción, la *actio tutelae*, infamante y con fórmula *ex fide bona*, que el pupilo podía ejercitar contra el tutor, al comienzo cuando hubiera actuado con dolo y más adelante, en todos los casos en que se hubiere comprobado falta del tutor en el cumplimiento de los deberes inherentes a su función. Una serie de prescripciones legales establecieron los deberes del tutor respecto del patrimonio de su pupilo. Así, estaba obligado: a la enajenación de los bienes de difícil conservación; a la buena inversión de los capitales adquiridos; al pago de las deudas y cobro de los créditos del pupilo sin demora; a no disponer por donación y también, desde un senadoconsulto de la época de Septimio Severo, a no enajenar sin autorización del magistrado los fundos rústicos del pupilo. Digamos, por fin, que el tutor contaba con la *actio tutelae contraria* para exigir del pupilo una indemnización por los gastos que la tutela le hubiera originado durante su ejercicio.

La primitiva *actio rationibus distrahendis* contra el tutor legítimo y la *accusatio suspecti tutoris* para destituir al designado por testamento, debieron continuar durante la época clásica circunscriptas a los supuestos originarios. No obstante, el magistrado podía decretar la prohibición de administrar la tutela a cualquier tutor que a su juicio constituyera un peligro para el patrimonio del pupilo, aun sin haber incurrido en actos dolosos. Justiniano

extendió todos esos recursos contra el tutor, distinguiendo una remoción infamante, por dolo, y una simple remoción por culpa o negligencia.

b) ***Funciones del tutor: "auctoritas" y "gestio".*** El tutor del impúber ejercía sus funciones de orden patrimonial valiéndose de dos medios: la *auctoritas tutoris* y la *gestio negotiorum*.

Los negocios jurídicos del *infantia maior*, es decir, del impúber con incapacidad relativa de obrar, por los que éste contraía obligaciones o transmitía o gravaba derechos, sólo eran eficaces si se los había celebrado con la *auctoritas tutoris*. La *auctoritas* era el acto por el cual el tutor con su presencia prestaba al pupilo asentimiento para la realización del negocio jurídico de que se tratara, convirtiéndolo de imperfecto e ineficaz –dada la incapacidad del impúber–, en acto dotado de plena validez jurídica. Con la *auctoritas* el tutor completaba la falta de capacidad del pupilo, lo autorizaba para actuar "por sí", dando eficacia al negocio realizado por el incapaz.

Cuando el impúber no había cumplido siete años, es decir, si se trataba de un *infantia minor*, su incapacidad de obrar era absoluta y por ende no estaba habilitado para realizar negocios jurídicos válidos. En tal supuesto el tutor debía actuar por medio de la *gestio*, lo cual implicaba la administración de los negocios del pupilo como si fueran propios. No había el deber de cooperar o asistir al incapaz en sus actos jurídicos, sino de celebrarlos, sin necesidad siquiera de su presencia. Se trataba de una representación legal, o necesaria que hacía que los efectos del acto se fijaran en cabeza del tutor. Éste era quien se constituía en propietario, acreedor o deudor, por virtud de los principios de la representación indirecta que aceptaba el derecho romano.

Al finalizar las relaciones derivadas de la tutela, el tutor estaba obligado a transmitir al pupilo los derechos que hubiera adquirido como consecuencia de la *gestio*, fueran reales o creditorios. Al mismo tiempo podía exigir que se lo desobligara de las relaciones creditorias de carácter pasivo. Para el logro de tales efectos el pupilo contaba con la ya mencionada *actio tutelae directa* y el tutor con la *actio tutelae contraria*.

c) ***Cesación de la tutela.*** La tutela cesaba, por causa del pupilo, con su muerte o *capitis deminutio*, en cualquiera de sus dis-

tintas gradaciones. Se extinguía por causa del tutor, lo que daba lugar a su reemplazo por otra persona que ejerciera el oficio, si moría o caía en *capitis deminutio maxima* o *media*; cuando se cumplía la condición resolutoria o se producía el vencimiento del término fijado por el testador; si se presentaba un supuesto de excusación del tutor, sobreviniente a su nombramiento y, por fin, en caso de remoción del tutor por sospechoso (*suspectus*).

§ 179. TUTELA DE LAS MUJERES. – En Roma las mujeres *sui iuris* estaban sometidas a la común *tutela impuberum*, si eran impúberes, y a la especial y perpetua *tutela mulierum*, cuando hubieren llegado a los doce años y alcanzando, por ende, la pubertad. La institución, nacida en la primitiva legislación romana, se prolongó hasta el derecho clásico, que mantuvo el concepto de que las mujeres carecían de capacidad negocial. Con la progresiva independización de la mujer fue disminuyendo la importancia de este género de tutela, a la par que se morigeraron sus efectos. Ello hizo que en el derecho postclásico sólo subsistieran débiles vestigios de la *tutela mulierum*, hasta que al final del período acaba por desaparecer.

Las causas de delación de esta tutela fueron las mismas que las de los impúberes. Podía ser deferida por testamento por quien ejercía la patria potestad o la *manus* sobre la mujer. A falta de testamento, competía a los agnados y a los gentiles, o al manumisor y a sus hijos. En cuanto a la tutela dativa se regía también por las disposiciones de las leyes *Atilia* e *Iulia* y *Titia*, sancionadas en relación a la *tutela impuberum*.

Las funciones del tutor, debido a que la mujer sólo tenía una incapacidad relativa de obrar, se reducían a la interposición de la *auctoritas* para dar validez a determinados negocios jurídicos de trascendencia patrimonial, como enajenar las *res mancipi*, manumitir esclavos, obligarse, hacer *acceptilatio* de sus créditos, designar herederos por testamento y constituir dote; en suma, actos de disposición que implicaban una disminución de orden patrimonial. En ningún caso el tutor actuaba por *gestio* y la *auctoritas* debía prestarla siempre en presencia de la pupila.

El ocaso de esta figura de tutela comienza al imponerse la costumbre de que tanto el padre como eventualmente el marido *cum manu*, al nombrar tutor por testamento, dejaran a las mujeres

el derecho de designar ellas mismas el que quisieran (*tutor optivus*). En la República tardía se ideó otro medio para evitar la tutela (*tutelae evitandae causa*), cuando la pupila no estaba autorizada por testamento para elegir tutor. La mujer se sometía mediante *coemptio* a una persona de su confianza, quien la manumitía inmediatamente pasando a ser su patrono, con lo cual se convertía en tutor legítimo, con la denominación de *tutor fiduciarius*.

Al quebranto que experimenta la *tutela mulierum* con el *ius liberorum*, que los emperadores Teodosio y Honorio lo ampliaron a favor de todas las mujeres del Imperio, se sigue su total abolición, tanto que no aparecen noticias de la misma ni en el Código Teodosiano, ni en el *Corpus* de Justiniano.

§ 180. La curatela. – Para el derecho romano la curatela (*cura*) implicaba una administración, dándose el nombre de curador (*curator*) a la persona encargada de la defensa de intereses públicos o privados, tuviera o no poderes de administración. La curatela alcanzó gran desarrollo en la esfera del derecho público, extendiéndose al área del derecho privado para atender los intereses patrimoniales de sujetos incapaces de ejercer por sí mismos sus derechos.

Como instituto jurídico de representación y protección de personas incapaces de obrar, la curatela tuvo su origen en la Ley de las XII Tablas, donde se disponía el nombramiento de un curador para el *sui iuris* afectado de locura, imbecilidad o demencia (*furiosus*) o para quien hubiera sido declarado pródigo (*prodigus*). Tal curador cumplía una función muy similar a la del tutor en lo concerniente al cuidado de los bienes del incapaz, y por ello el derecho justinianeo colocó en igual plano a tutores y curadores. De allí que en la última etapa de la evolución del derecho romano tutela y curatela resultaron dos instituciones indiferenciadas que se regían por los mismos principios.

§ 181. Curatela del demente. – Por las XII Tablas la delación de la curatela del loco o demente (*cura furiosi*) podía ser legítima –a favor del agnado más próximo– o de nombramiento por el magistrado, al que le era permitido seguir las intrucciones dejadas por el padre en el testamento, sin que ello supusiera la existencia de una curatela testamentaria.

El cargo de curador tenía carácter estable, lo cual no fue óbice para que el derecho postclásico, siguiendo algún precedente creado por la legislación imperial, estableciera la regla de que la curatela quedaba suspendida durante los intervalos de lucidez del demente. Es explicable este principio, ya que el incapaz durante los *lucida intervalla* recuperaba su capacidad de obrar.

A diferencia del tutor, el curador del *furiosus* no interponía nunca la *auctoritas*, sino que actuaba siempre valiéndose de la *gestio*, en razón de que, al no poder el loco emitir declaraciones conscientes de voluntad, por carecer de discernimiento, era un incapaz con incapacidad absoluta de obrar.

La acción contra el curador fue la *actio negotiorum gestorum*, ejercitable en todos los casos de gestión de negocios ajenos por el *dominus negotii*, con un *iudicium contrarium* para resarcimiento de los eventuales gastos que hubiera realizado el gestor en la administración del patrimonio del incapaz (*actio negotiorum gestorum contraria*).

§ 182. CURATELA DEL PRÓDIGO. – Régimen semejante al de la curatela del demente imprimió el derecho romano a la curatela del pródigo (*cura prodigi*), aunque tuvo menos amplitud. Por las XII Tablas era declarado pródigo por orden del magistrado e inhabilitado para administrar su patrimonio (*interdictio bonorum*) aquel que hubiera dilapidado la herencia recibida de sus ascendientes paternos (*bona paterna avitaque*) y, más adelante, en el derecho postclásico, todo aquel que manifestara indudablemente una tendencia a realizar actos que pudieran conducirlo a su ruina económica.

El curador del pródigo debía prestar su *auctoritas* para dar validez a todos los negocios jurídicos que pudieran provocar un empobrecimiento de su patrimonio. En ningún caso actuaba por medio de la *gestio*, en razón de que el pródigo era incapaz con incapacidad relativa de obrar. En caso de responsabilidad del curador por daño patrimonial, el pródigo podía valerse de la *actio negotiorum gestorum*, que era ejercitable como acción contraria para resarcir los gastos efectuados por el *curator*.

§ 183. CURATELA DEL MENOR PÚBER. – La tutela sobre las personas *sui iuris* terminaba con la pubertad, etapa de la vida en que

se alcanzaba capacidad de obrar, es decir, aptitud jurídica para realizar negocios plenamente eficaces. En una civilización ya madura, con mayores exigencias y con un tráfico jurídico más complejo, la edad de catorce años resultaba demasiado prematura para otorgar al varón púber plena capacidad negocial. Los romanos lo sintieron así prontamente, pero su apego a la tradición les vedó elevar aquella edad límite. Empero, entendiendo que la inexperiencia de los jóvenes podía conducirlos a realizar actos jurídicos contrarios a sus intereses patrimoniales, procuró el derecho romano otorgar protección al menor púber por distintos medios.

Una *lex Plaetoria* o *Laetoria de circunscriptione adolescentium*, de alrededor del año 191 a. de C., marca el punto de partida de las medidas adoptadas por la legislación romana en salvaguarda de los intereses económicos del menor púber. Concedía la ley a las personas que no hubieran cumplido todavía los veinticinco años (*minores viginti quinque annis*), una acción especial, la *actio legis Plaetoriae*, para ejercitar contra todo aquel que fraudulentamente hubiera conseguido un provecho, por efecto de la inexperiencia del menor (*circunscriptio minorum*). Aquella acción, que tenía carácter popular, condenaba al autor del fraude con la nota de infamia y con una grave pena pecuniaria, mas no conducía a la nulidad del acto.

Con el propósito de lograr una recuperación más eficaz, el pretor creó una excepción, la *exceptio legis Plaetoriae*, para oponer a las reclamaciones de los que habían realizado tales negocios con el *minor*, y una *in integrum restitutio*, que se otorgaba discrecionalmente y no sólo en los casos de fraude. Estos tres remedios –*actio*, *exceptio*, *in integrum restitutio*– traían aparejadas serias dificultades para el menor, pues aniquilaban o menguaban considerablemente su crédito al resultar problemático que persona alguna se aventurase a realizar negocios con él.

Para evitar los inconvenientes de estas posibles alegaciones rescisorias, se introdujo la práctica de que el menor púber actuara en todo negocio asistido de un curador (*curator minoris*), cuyo nombramiento, que tenía carácter optativo, podía solicitar al pretor y en las provincias al gobernador. Una constitución del emperador Marco Aurelio convirtió a la curatela del menor púber (*cura minorum*) en institución legal estable de características si-

milares a la tutela del impúber, con la que tendió a equiparársela en el período postclásico.

En el derecho justinianeo el *curator minoris* pasó a ser un administrador permanente y no optativo, por lo cual el menor púber podía contar con su asistencia en todos los supuestos. Cuando no era el curador el que concluía los negocios en representación del pupilo, sino el menor mismo, aquél le prestaba su cooperación, como ocurría con el tutor cuando operaba con la *auctoritas*. Muchas normas más que se relacionaban con la *tutela impuberum* se aplicaron a la *cura minorum*, a la par que se afirmaba el principio de que la plena capacidad de obrar se alcanzaba a los veinticinco años.

La acción naciente de esta particular figura de la curatela fue la *actio negotiorum gestorum*, que Justiniano calificó de *utilis*, cuando no la llamó *iudicium curationis* o *utilis curationis causae actio*, y a la que se le imprimió un régimen similar a la *actio tutelae*.

§ 184. Curatelas especiales. – Había casos especiales de administración de patrimonios en los que el derecho romano admitió la designación de un curador. Tales fueron: el *curator impuberis*, nombrado para el supuesto de que el tutor de un impúber padeciera de enfermedades corporales o psíquicas; el *curator* nombrado para los bienes adventicios de un *alieni iuris* no administrados por el padre; el *curator ventris*, para asegurar los derechos sucesorios de una persona por nacer (*nasciturus*) y los *curatores bonorum* que actuaban en el cuidado de bienes en diversas hipótesis, como cuando el titular estuviera ausente, o se tratara de una herencia yacente, o de una ejecución sobre bienes del deudor.

XVI

Libro Séptimo

DERECHO SUCESORIO

Título I

SUCESIÓN UNIVERSAL "MORTIS CAUSA"

§ 185. La sucesión. – No se concibe la existencia de relaciones jurídicas ni de derechos subjetivos perpetuos, ya que éstos no pueden ir más allá de la vida de la persona o sujeto de derecho. La muerte pone término a la relación o al derecho respecto del sujeto, pero a la vez plantea el problema del destino de los que tenían por titular al difunto. Ciertas relaciones y algunos de esos derechos se extinguen radicalmente, por el carácter que invisten, otros, especialmente de naturaleza patrimonial, mantienen su existencia y pasan a un nuevo titular en sustitución de la persona fallecida. Se perfila así el instituto de la sucesión por causa de muerte.

Este instituto, conexo al régimen de la familia y vinculado al respeto de la última voluntad del difunto, es materia del derecho de las sucesiones, también llamado derecho sucesorio o derecho hereditario. Desde el punto de vista de la función práctica, el derecho sucesorio encuentra su razón de ser en la exigencia de proveer a la suerte de un patrimonio que continúa existiendo, mientras ha desaparecido –por muerte– su titular y se ha extinguido todo vínculo entre aquél y ese patrimonio. En cambio, desde el punto de vista jurídico, en la sucesión por causa de muerte tiene lugar el fenómeno por el cual a un sujeto de relaciones jurídicas patrimoniales lo sustituye o entra en su lugar otro, con lo cual permanecen objetivamente inalterados los derechos que tenían por titular al sujeto original, realizándose así un cambio solamen-

to subjetivo en la forma de manifestarse aquellas relaciones jurídicas.

La palabra sucesión en el lenguaje corriente representa, en general, la idea de una relación de tiempo entre un momento que pasa y otro que sobreviene, o expresa una noción de serie o de secuela en que un elemento posterior sustituye o reemplaza a otro que le precede. En este sentido puede hablarse de que la historia es una sucesión de acontecimientos o que un gobernante sucede a otro cuando lo suple en el cargo que ejercía.

En el lenguaje jurídico la expresión sucesión tiene un significado técnico que no dista mucho de la acepción corriente, ya que implica la sustitución o el cambio de titular en una relación jurídica, que puede operarse tanto por acto entre vivos, como por causa de muerte. Así, el comprador sucede jurídicamente al vendedor, como los hijos, por fallecimiento de sus padres, les suceden en las relaciones familiares y patrimoniales. La sucesión, pues, en sentido técnico, puede ser por acto entre vivos (*successio inter vivos*) o por causa de muerte (*successio mortis causa*). Esta segunda, que es la que constituye el objeto de nuestro estudio, significa el cambio de titular en el conjunto de las relaciones jurídicas transmisibles de una persona por causa de su fallecimiento.

En la sucesión entre vivos, como en la *mortis causa*, la sustitución de un sujeto por otro podía verificarse en la totalidad o conjunto de sus derechos y obligaciones o sólo en una relación jurídica particular y determinada. En el primer supuesto nos encontramos con la sucesión a título universal (*per universitatem*, *successio in universum ius*); en el segundo, con la sucesión a título particular o singular (*in singulas res*).

Entre los casos de sucesión universal *inter vivos* pueden recordarse el de la adrogación, el de la legitimación y el del matrimonio *cum manu* de la mujer *sui iuris*, en los que personas libres de potestad pasaban a la condición de *alieni iuris*, colocándose bajo la *potestas* o *manus* de un *paterfamilias*. La sucesión particular entre vivos se presenta en la compraventa, en la cesión de créditos, etcétera.

Las sucesiones universales por causa de muerte reconocidas por el derecho romano fueron la herencia (*hereditas*), que tuvo su origen en el derecho civil, y la posesión de los bienes (*bonorum possessio*), que tuvo regulación en el derecho pretorio u honora-

rio. Por último, el legado, disposición de bienes contenida en un testamento, constituyó la sucesión particular *mortis causa*.

Según la forma de transmisión, la sucesión universal por causa de muerte puede ser testamentaria o *ab intestato*. Es testamentaria cuando el difunto ha otorgado testamento designando las personas llamadas a sucederle; *ab intestato* o intestada, cuando a falta de testamento o en caso de su invalidez, la ley designa los herederos, fundándose en la organización de la familia –como ocurrió en el primitivo derecho–, o en los presuntos afectos del causante, como aconteció después.

La sucesión por causa de muerte, en la que el fallecimiento de una persona es el hecho fundamental que le da nacimiento, como la causa provoca el efecto (*viventis nulla hereditas*), es un acto jurídico, que nace por voluntad del testador o por imperio de la ley. Objeto de la sucesión *mortis causa* es un conjunto de relaciones jurídicas o una relación singular que entran en el círculo de los derechos patrimoniales. Por consiguiente, el derecho de sucesión por causa de muerte, en buena medida, está vinculado con los derechos reales y los creditorios u obligacionales. La adquisición de un patrimonio como tal o de los elementos singulares que lo componen constituyen su materia. La sucesión es, en efecto, uno de los modos de adquisición de derechos patrimoniales. Sin embargo, la legislación romana no concebía el derecho sucesorio como integrante del *ius privatum*, sino que, siguiendo las enseñanzas de Gayo, incluía la sucesión entre los modos derivativos de adquirir la propiedad.

Aunque de contenido esencialmente patrimonial, la herencia podía integrarse con algunos elementos extrapatrimoniales accesorios; como el culto familiar de los antepasados (*sacra privata*), el derecho de sepulcro (*ius sepulchri*) y el derecho de patronato sobre los libertos (*iura patronatus*). Este último sólo podía ser heredado por los hijos y hasta el padre estaba autorizado, en virtud de un senadoconsulto de la época del emperador Claudio, a excluir de la sucesión a alguno de sus hijos herederos.

Si bien la herencia podía contener elementos extrapatrimoniales, no eran transmisibles hereditariamente algunos derechos de naturaleza patrimonial. Así las servidumbres personales de usufructo, uso y habitación; ciertos derechos de crédito cuyo objeto consistía en prestaciones personales, como ocurría en el

mandato, la sociedad, la locación de servicios y de obra y algunas acciones penales, entre las que se contaban las que respiraban venganza (*vindictam spirantes*), que se extinguían con la muerte del autor de la sucesión.

Estrechos son los nexos que vinculan el derecho de las sucesiones con el derecho de familia, por cuanto la sucesión intestada se basa, en la mayoría de los casos, en una relación familiar entre el sucesor y el causante. Tal circunstancia lleva a la ley a llamar a la herencia, a falta de disposición testamentaria, a los próximos parientes del difunto. En este sentido el derecho romano dio prevalencia, durante mucho tiempo, al parentesco civil o agnación, fundado en la peculiar organización de la familia romana primitiva, para dar paso, a partir del pretor, al parentesco natural o de sangre, que acabó por imponerse en la sucesión del derecho justinianeo.

Desde el punto de vista de su finalidad, la sucesión a título universal no se dispone únicamente en interés de los herederos, sino también en el de los acreedores del causante. Ello justifica que entren en su esfera algunos institutos, como la separación de los bienes hereditarios respecto de los del heredero, el traspaso de las obligaciones del causante al sucesor, etcétera. Esto explica otro fenómeno derivado de la sucesión: la continuidad entre el causante y su heredero en la titularidad de las relaciones jurídicas activas y pasivas desde el momento de la apertura de la sucesión.

El heredero, al que llama *heres*, ocupa el lugar del difunto, al que se denomina causante o *de cuius* (*de cuius hereditate agitur*: "aquel de cuya sucesión se trata"). Es el continuador de su personalidad jurídica (*succedere in locum defuncti*), ya que causante y heredero constituían una unidad ideal, que hacía del *heres* el continuador de la personalidad jurídica del *de cuius*.

Siendo tal la condición jurídica del heredero, se le transmitían todos los derechos del causante; así como las obligaciones y cargas que gravaban su patrimonio, produciéndose una confusión del patrimonio del autor de la sucesión con el de la persona llamada a sucederle. Por efecto de esta inescindible fusión patrimonial, el *heres* quedaba obligado a pagar las deudas del causante, no solamente con los bienes de la sucesión, sino también con los propios, pues su responsabilidad iba más allá de los bienes hereditarios (*ultra vires hereditatis*). En cuanto a las relaciones jurídi-

cas de las que el *de cuius* era titular, pasaban al heredero en las mismas condiciones existentes al tiempo de la apertura de la sucesión, sin que el hecho de la herencia pudiera concederle derechos más amplios que los de su antecesor, por aplicación de la regla de que nadie puede transmitir a otro más derechos que aquellos de los que es titular (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam quod ipse habet*).

§ 186. Historia de la sucesión romana. – El progresivo desarrollo de la sucesión romana aparecerá más nítidamente al tratar, por separado, el régimen de la que nacía por voluntad de su autor expresada en un testamento válido o la que, a falta de testamento, provenía de la ley.

Si comenzamos por la sucesión testamentaria y partimos de los tiempos del derecho civil o quiritario, veremos que como una emanación de los amplios poderes del *paterfamilias*, el derecho romano otorgó al mismo la más absoluta libertad de testar. Esto le permitía insituir uno o varios herederos, atribuir el patrimonio a personas ajenas a la familia y hasta excluir a quienes tuvieran derecho a heredarle, valiéndose de la facultad de desheredar a sus hijos (*exheredatio*).

El testamento de la primera época aparece como un negocio jurídico de la mayor trascendencia, al punto que era deshonroso para el ciudadano romano morir sin haber testado. Ello trae como consecuencia que el testamento debiera ajustarse a solemnidades extremas, requiriéndose que se hiciera ante el pueblo en comicio (*testamentum in calatis comitiis*) o ante el ejército en pie de guerra (*testatmentum in procinctu*), o bien, por medio del procedimiento de la *mancipatio*.

La amplia libertad de testar y el formalismo exagerado del testamento fueron perdiendo su antiguo rigor. El desarrollo de la economía, la amplitud de los negocios, entre otras motivaciones, determinaron la aparición de limitaciones a los poderes atribuidos al jefe de familia. Así se impusieron primeramente restricciones formales y, más tarde, otras de convenio sustancial. Estas últimas configuraron el llamado "derecho de legítimas". Causas muy similares sirvieron para romper el solemne rigorismo de las formas de testar. A las innovaciones del derecho pretoriano en tal sentido, se agregan las impuestas por el derecho post-

clásico que conoce el testamento público, otorgado ante un funcionario municipal o judicial (*apud acta conditum*), y el testamento privado que, libre de formalidades, podía ser oral o escrito.

En cuanto concierne a la sucesión *ab intestato* romana, tiene su origen en la Ley de las XII Tablas que, al instrumentarla de conformidad a la peculiar organización de la primitiva familia romana, tiene en cuenta, preponderantemente, el nexo que ligaba a los miembros del grupo familiar a la *potestas* del *paterfamilias*, sin atender a vínculo alguno de consanguinidad. Aparecen, de esta forma, en orden prevalente los herederos que al tiempo de la muerte del *pater* se encontraban bajo su potestad (*heredes sui*); a falta de estos el agnado más próximo y en su defecto los gentiles.

El pretor, con su misión correctora del derecho de los quirites, por medio de la *bonorum possessio*, institución hereditaria paralela a la *hereditas* del derecho civil, supera las injusticias de éste y lo adecua a los dictados de la equidad. Así, otorga la posesión de los bienes a herederos sin vocación hereditaria por el derecho anterior, como el hijo emancipado, los cognados hasta el séptimo grado y el conyuge supérsite, unido en un matrimonio *sine manu*.

Llega más tarde la sucesión del derecho imperial que, siguiendo las iniciativas del pretor, declara sucesibles a parientes unidos por lazos de consanguinidad; operándose tan importante reforma con el dictado de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano y las constituciones imperiales Valentiniana y Anastasiana.

Como hasta entonces había un ordenamiento normativo confuso y muchas veces contradictorio, el emperador Justiniano, por las Novelas 118 y 127, sistematiza la sucesión intestada en base exclusivamente al parentesco natural o de sangre. Reconoce tres órdenes de herederos: los descendientes, los ascendientes y los colaterales. Siguiendo los principios del derecho pretorio, también admite la vocación hereditaria del viudo o la viuda y consagra en toda su extensión la sucesión por orden y por grados.

§ 187. **Requisitos de la sucesión hereditaria.** – Para adquirir la calidad de heredero era menester la concurrencia de ciertos presupuestos o condiciones. Uno de carácter general, cual era la muerte de una persona, y otros particulares, como la capacidad del difunto para tener heredero y la de éste para suceder, la dela-

ción o llamamiento a la herencia y, algunas veces, la adición o aceptación de la misma para que el heredero la adquiriera.

Era presupuesto vital de la sucesión hereditaria el fallecimiento de un individuo, autor de la sucesión y de quien se debía heredar. Importando la *successio* un negocio jurídico *mortis causa*, la muerte del sujeto era condición legal para que produjera sus efectos (*hereditas viventis non datur*).

El causante tenía, además, que ser capaz, es decir, ser libre, ciudadano y *sui iuris*. Eran incapaces, por ende, para tener herederos, los esclavos, los peregrinos y los *filiifamilias*. Al morir estos últimos, aun después de establecidos los peculios castrense y cuasicastrense, dichos bienes revertían al *pater*; no *iure hereditatis*, sino *iure peculii*. Sólo con Justiniano, ampliado el peculio adventicio a todas las adquisiciones del *filius*, se reconoció a éste capacidad para tener sucesor.

En cuanto a la capacidad para suceder, se exigía también que el llamado a la sucesión fuera libre, ciudadano y *sui iuris*. Los esclavos y los *filiifamilias* eran propiamente incapaces; a no ser que se los instituyese herederos por testamento, en cuyo caso adquirían para la persona bajo cuya potestad se encontraban. Con el derecho postclásico, a raíz del desarrollo de los bienes adventicios, el *filius* pudo heredar para sí, ya por testamento, ya por disposición de la ley.

Etapa necesaria de la sucesión *mortis causa* era la delación de la herencia (*delatio hereditatis*), esto es, el llamamiento a la sucesión, la que podía realizarse por voluntad del causante expresada en un testamento válido (*ex testamento*) o por imperio de la ley (*ab intestato*). La *delatio hereditatis* tenía lugar por la muerte del autor de la sucesión, es decir, al cumplirse la condición legal necesaria para que los actos *mortis causa* comenzaran a producir sus efectos. El llamamiento a la herencia no podía hacerse por un contrato hereditario mediante el cual el causante designara como heredero o legatario a la otra parte o a un tercero; porque tal convención se considera contraria a las buenas costumbres y consiguientemente nula.

La sucesión intestada era excluida por la testamentaria. Se abría aquélla a falta de testamento o cuando no fuera válido o resultara inválido con posterioridad. La sucesión *ab intestato* no podía darse simultáneamente con la *ex testamento* por aplicación

de la regla de que nadie podía morir en parte testado y en parte intestado (*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*), lo cual significaba que a un heredero no le era dable recibir su investidura por el testamento al mismo tiempo que por la ley. Así, si el causante no disponía en su testamento de toda la herencia o dejaban de ser herederos algunos de los instituidos testamentariamente, el resto de la herencia no la adquirían los herederos *ab intestato*, sino que acrecía a los demás testamentarios, en proporción a sus respectivas cuotas.

La *adquisitio hereditatis* constituía, por su parte, la etapa en que la herencia era adquirida por el sucesor. Algunos herederos calificados de "necesarios", lo hacían de pleno derecho (*ipso iure*), es decir, sin su conocimiento, sin su consentimiento y hasta contra su voluntad. En tal situación se encontraban los *filiifamilias* sometidos a la potestad del causante al tiempo de su muerte (*heredes sui et necessarii*) y el esclavo manumitido en el testamento e instituido heredero por su amo (*heredes necessarii*). Para los otros herederos denominados "voluntarios" (*heredes extranei vel voluntarii*), la adquisición de la herencia se producía previa aceptación, que se efectuaba por medio de un acto jurídico llamado adición (*aditio*).

§ 188. "HEREDITAS" Y "BONORUM POSSESSIO".— El derecho romano conoció dos especies de sucesión universal *mortis causa*, la *hereditas* y la *bonorum possessio*, que se diferenciaban sustancialmente por el origen, pues la primera provenía del derecho civil y la segunda, del derecho pretorio.

La *hereditas* era el conjunto de derechos y obligaciones que integraban el patrimonio del causante o, como dicen las fuentes, la sucesión de todo el derecho que tenía el causante (*Nihil est aliud hereditas quam successio in universum ius quod defunctus habuit*) (Dig. 50, 16, 24 - Dig. 50, 17, 62).

Llamado a recibir la *hereditas* era el *heres*, o sea, el heredero según el derecho civil, cuya investidura provino de las XII Tablas y más adelante de los senadoconsultos y de las constituciones imperiales. Se trataba de un sucesor de toda la herencia, es decir, un sucesor universal (*in universum ius*), no particular. Como tal se hacía dueño del conjunto, ya que era continuador de la personalidad jurídica del *de cuius*. Esta condición le permitía exigir

los créditos de que era titular el causante, a la vez que se obligaba por las deudas de éste, obligación que era ilimitada, esto es, que no se reducía a los valores positivos que contuviere la herencia, sino que iba más allá (*ultra vires hereditatis*), en merma del patrimonio del *heres* y aun de sus futuras adquisiciones.

En Roma, quien estaba investido de la calidad de heredero no podía dejar de serlo, por aplicación de la regla *semel heres, semper heres*. Pero había que distinguir, según hemos visto, entre los herederos en sentido genuino, los *heredes sui* –a los que se equiparaban los esclavos instituidos por sus amos–, y otros herederos legítimos o testamentarios. Los primeros eran herederos necesarios, pues adquirían tal investidura por el hecho de la muerte del *de cuius*; los otros eran voluntarios, ya que sólo se hacían herederos cuando aceptaban la herencia.

Respecto de los herederos voluntarios, la herencia recorría tres etapas: la primera, de la delación de la herencia, tenía lugar a la muerte del causante (*hereditas delata*); la segunda, cuando los herederos entraban en la herencia y adquirían la calidad de tales (*hereditas adquisita*) y la tercera, intermedia entre aquellas, cuando la *hereditas* carecía de dueño o estaba "yacente" (*hereditas iacens*). En el caso de los herederos necesarios no se presentaba la tercera etapa, porque al operarse la transmisión de los derechos hereditarios por la sola virtud del fallecimiento del *de cuius*, se confundía la adquisición de la herencia con la delación.

La *hereditas* otorgaba a su titular, el *heres*, una acción civil, la petición de herencia (*actio petitio hereditatis*), para hacer valer los derechos que le correspondieran por su llamamiento a la sucesión.

La *bonorum possessio* fue la sucesión universal *mortis causa ex iure praetorio*. Junto a la *hereditas*, el pretor fue integrando un verdadero derecho sucesorio mediante una serie de disposiciones edictales y decretales en virtud de las cuales asignaba un señorío de hecho o *bonorum possessio* a personas que no siempre eran herederos de conformidad con las normas del *ius civile*. El pretor, así como no pudo hacer crear un propietario civil o quiritario, tampoco pudo conferir el título de *heres*. Limitóse a poner a una persona, el *bonorum possessor*, en posesión del patrimonio hereditario. No era, pues, el *bonorum possessor* un heredero, sino que ocupaba el lugar de tal (*heredis loco*).

La labor pretoria de complemento y corrección del derecho civil se hizo sentir en materia de sucesión, tanto testada como intestada. Respecto de la primera, tornó más fáciles y accesibles las formas del testamento a la par que concedió la *bonorum possessio* a personas que eran instituidas por testamentos ineficaces de acuerdo con el *ius civile*. Con relación a la segunda, el pretor fue reemplazando la antigua organización gentilicia y familiar, base de la primitiva sucesión intestada, por una comunidad de personas unidas al difunto por vínculos de sangre, fundamentando así la sucesión en la familia natural. Las trascendentales reformas realizadas por el pretor en la esfera del derecho sucesorio, por medio del instituto de la *bonorum possessio*, permiten sostener que fue en esta materia donde llevó a la práctica su más importante corrección de las antiguas normas del derecho civil.

La *hereditas* y la *bonorum possessio* tuvieron de común que ambas instituciones implicaban especies de sucesión universal por causa de muerte, pero sus diferencias eran notorias en diversos aspectos, no sólo en lo relativo al origen, civilista una, pretoria la otra, sino también a sus efectos, modo de adquisición, medios de tutela, etcétera.

En la *bonorum possessio* no se daba propiamente el fenómeno jurídico de la *successio*, pues el *bonorum possessor* no sustituía al difunto ocupando exactamente su lugar. No era, como el *heres*, continuador de la personalidad jurídica del causante, sino meramente un *locò heredis*. Por tanto, no se presentaban en el derecho pretoriano los efectos que tal condición jurídica acarreaba al heredero civil, relativos a la confusión de patrimonios y, por ende, a la responsabilidad *ultra vires hereditatis*. Tampoco se operaba la transmisión de la propiedad quiritaria de las cosas que formaban el acervo sucesorio, sino sólo la posesión de ellas, que podía convertirse en propiedad por virtud de la usucapión.

En cuanto al acto de adquisición, la *bonorum possessio* no podía adquirirse *ipso iure* como la *hereditas*. Debía ser solicitada por el interesado (*agnitio bonorum possessionis*) y concedida por el pretor, no sólo cuando el caso no estaba previsto en el edicto (*bonorum possessio decretalis*), sino también cuando lo estaba (*bonorum possessio edictalis*). La petición debía formularse durante un año útil para los ascendientes y descendientes y cien días para los demás sucesores, plazos que se contaban desde que se

tenía conocimiento de la muerte del autor de la sucesión. Se podía hacer la presentación por medio de representantes, posibilidad que no le cabía al heredero voluntario respecto de la *hereditas*.

Para reclamar la posesión efectiva de la herencia concedida por el magistrado, contaba el *bonorum possessor*, que no era *heres* ni disponía de la *petitio hereditatis*, con un interdicto restitutorio designado con el nombre de *quorum bonorum* por las palabras con que comenzaba la fórmula.

Las innovaciones introducidas por el pretor permitieron superar las limitaciones impuestas por el antiguo formalismo y la estructura agnaticia de la familia. El derecho sucesorio de la época cristiana tomó como punto de partida para su propia evolución el sistema del derecho pretorio, confirmado en el período clásico. Sin embargo, a pesar de que la legislación imperial absorbió el régimen de la *bonorum possessio*, ésta continuó apareciendo, tal vez como reminiscencia histórica, hasta en la compilación justinianea.

Distintas especies de "bonorum possessio". Una clasificación, basada en la forma de llamar a los herederos a recibirla, distingue la *bonorum possessio edictalis* de la *decretalis*. La primera se concedía en los casos previstos por el edicto; la segunda se otorgaba como consecuencia del *imperium* del magistrado en hipótesis no prefijadas en el edicto. La *bonorum possessio edictalis* se confería de pleno derecho mediante la presentación de un simple libelo; la *decretalis* exigía un previo conocimiento de la causa (*causa cognitio*). Casos de *bonorum possessio decretalis*, en los que la posesión de los bienes se daba sólo provisionalmente, fueron: la *bonorum possessio ventris nomine*, concedida a la madre viuda que había quedado embarazada; la *bonorum possessio furiosi nomine*, otorgada a petición del curador del demente, y la *bonorum possessio ex edicto Carboniano*, que se confería al hijo impúber cuya legitimidad era discutida, mientras duraba la controversia.

Otra clasificación, que atendía a los efectos, distingue la *bonorum possessio cum re*, de la *sine re*. El *bonorum possessor* a quien el pretor sostenía como tal, incluso frente al heredero civil, tenía una *bonorum possessio cum re*; en tanto que si su posesión era meramente provisional y mantenida mientras no apareciera el

heredero civil –a menos que se hubiera operado la usucapión a su favor–, contaba con una *bonorum possessio sine re*. Esas dos formas de *bonorum possessio* reflejaron la labor del pretor en materia sucesoria, ya que si por la *sine re* el magistrado confirmaba o suplía al derecho civil sin oponérsele abiertamente, en cambio por la *cum re* lo corregía radicalmente, pues daba al heredero pretoriano una posesión firme y definitiva que lo hacía dueño de la herencia aun antes de hacerse propietario civil de los bienes por usucapión.

Por fin, la *bonorum possessio*, según el modo como se la defería, podía ser testamentaria (*secundum tabulas*), intestada (*sine tabulis*) o forzosa (*contra tabulas*). Esta última especie operaba como una defensa por el pretor a favor de aquellos herederos que siendo reconocidos como tales por el edicto, hubieran sido omitidos o desheredados sin justa causa por el testador.

§ 189. PROTECCIÓN PROCESAL DEL HEREDERO. – Como continuador de la personalidad jurídica del causante, el heredero estaba activa y pasivamente legitimado para el ejercicio de todas las acciones del difunto correspondientes a relaciones transmisibles. Disponía de la acción reivindicatoria, pues desde el momento en que adquiría la herencia se hacía propietario de los bienes hereditarios y si ellos no pertenecían realmente al causante, su sucesión valía por lo menos como justo título (*pro herede*) para la usucapión. La protección posesoria, en cambio, no dependía de la sucesión misma, sino de la toma efectiva de posesión de las cosas de la herencia.

A tales medios de tutela de los derechos sucesorios, se agregaron para el heredero civil, desde los más remotos tiempos, una acción general, la *actio petitio hereditatis*, y para el heredero pretoriano un interdicto especial, el *interdictum quorum bonorum*, como vías de amparo procesal de sus derechos hereditarios.

a) ***"Actio petitio hereditatis".*** La acción propia del heredero civil fue la *actio petitio hereditatis*. Aunque con caracteres particulares, esta acción se presentaba como una *vindicatio*, y en los primeros tiempos se tramitaba por el *sacramentum in rem*, en que los dos litigantes afirmaban ser herederos de una determinada herencia. Es posible que en la época clásica no se diera una fórmula petitoria para la reclamación, sino que se realizara por el

antiguo procedimiento, normalmente mediante una *sponsio*, como en la *reivindicatio*, y ante el tribunal especial y permanente de los *centumviri*, hasta que se adoptó con tal fin el procedimiento de la *extraordinaria cognitio*. Por estas razones, aunque la *petitio hereditatis* aparecía como acción real, era oponible también contra los deudores de la herencia, y no exclusivamente contra los poseedores de cosas corporales. Esta circunstancia indujo a Justiniano a incluir esta acción en la categoría de las llamadas acciones mixtas (*tam in rem quam in personam*) y hasta entre las acciones de buena fe.

Al interponer la acción, el *heres* afirmaba su calidad de tal y perseguía, por ende, la devolución de los bienes hereditarios contra cualquiera que los poseyera, ya a título de heredero (*pro herede*), ya como simple poseedor (*pro possessore*). Si el poseedor del patrimonio hereditario se negaba a intervenir en el juicio para discutir su calidad de heredero o su derecho de propiedad sobre las cosas poseídas, el pretor otorgaba al heredero un interdicto restitutorio, el *interdictum quam hereditatem*, para que entrara en posesión de los bienes injustamente retenidos.

La acción de petición de herencia perseguía la restitución del patrimonio del causante en el sentido más amplio, es decir, con todos los incrementos que hubiera tenido, en especial los frutos producidos. El demandado vencido respondía de todas las pérdidas y daños ocasionados. En época del emperador Adriano, por un senadoconsulto *Iuventiano* del año 128 d. de C., se distinguió, a los efectos de la restitución de la herencia, entre el poseedor de buena fe y el de mala fe. Se beneficiaba al que de buena fe se creía heredero, restringiendo su responsabilidad por los actos anteriores a la *litis contestatio*, al enriquecimiento obtenido; el de mala fe, en cambio, respondía plenamente de todo el valor, incluso aunque hubiera dejado de poseer antes del proceso.

b) ***"Interdictum quorum bonorum"***. El *bonorum possessor*, al no tener la calidad de heredero, no disponía de la *petitio hereditatis*, pero el pretor le concedió un interdicto restitutorio, denominado *quorum bonorum*, para reclamar la posesión efectiva de la herencia concedida por el magistrado. Cuando se dirigía contra un heredero civil, podía éste insertar una excepción fundada en su calidad de tal, pero si se trataba de una *bonorum possessio cum re*, el *bonorum possessor* disponía de una réplica que podía

alegarse como excepción en el caso de que el *heres* entablara la *petitio hereditatis* contra el heredero que estuviera en posesión de los bienes.

El interdicto *quorum bonorum* era oponible, no sólo al que poseía pretendiendo ser heredero (*possessor pro herede*), sino también al que simplemente se opusiera a la restitución, sin alegar un propio derecho (*possessor pro possessore*). Era ejercitable, además, contra el que hubiera dejado de poseer por dolo (*qui dolo desiit possidere*). El pretor concedió, igualmente, al *bonorum possessor* un interdicto llamado *quod legatorum*, para oponerlo al legatario que tomaba posesión de los objetos legados antes de que le fueran entregados.

Justiniano fusionó el régimen de la *petitio hereditatis* con el interdicto *quorum bonorum* al haberse superado la contradicción entre sucesión del derecho civil y sucesión del derecho pretoriano, utilizando entonces el interdicto como trámite provisional previo a la petición de la herencia. Los dos procedimientos se dieron a favor de cualquier heredero y contra el *possessor pro herede*, el *possessor pro possessore* y el que dejó de poseer por dolo, pero la distinción entre los dos primeros tuvo un nuevo sentido, ya que el *possessor pro possessore* era el poseedor de mala fe. Al mismo tiempo se extendió al heredero el ejercicio del interdicto *quod legatorum*.

TÍTULO II

SUCESIÓN INTESTADA

§ 190. CONCEPTOS GENERALES. – El régimen de la sucesión intestada que, como sabemos, era aquella que tenía carácter supletorio –pues su apertura se producía por disposición de la ley a falta de testamento, ya porque el difunto no lo hubiera otorgado, o careciera de validez, o bien porque el heredero instituido hubiera renunciado a la herencia–, se estudiará siguiendo su línea evolutiva, que en esta materia, más que en ninguna otra, muestra con clara nitidez el dualismo derecho civil y derecho pretoriano, a la vez que el progresivo desarrollo histórico del derecho romano.

La sucesión *ab intestato* fue regulada por las XII Tablas, por disposiciones del edicto del pretor y por senadoconsultos y constituciones imperiales, concluyendo este período que se había iniciado con la ley decenviral, con las normas de las Novelas 118 y 127 sancionadas por el emperador Justiniano.

§ 191. LA SUCESIÓN DEL DERECHO CIVIL. – La sucesión intestada del derecho civil encuentra su regulación en el precepto de la Ley de las XII Tablas, que dice: "Si muere intestado, sin herederos suyos, tenga la familia el agnado más próximo. Si no hubiese agnados, sea heredero el gentil" (*Si intestatus moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*). Esta sucesión tiene su base en la típica organización de la familia romana primitiva, ya que partía del nexo que ligaba a los herederos a la *potestas* del causante, prescindiendo de cualquier vínculo de sangre. Excluía así al hijo emancipado que había roto los lazos de potestad con el *paterfamilias*, dando prevalencia a la familia civil o agnaticia sobre la natural o cognaticia.

Caracterizó a la sucesión intestada decenviral la no aceptación de la sucesión por orden (*successio ordinum*) ni de la sucesión por grados (*successio graduum*). La primera era aquella en que la delación sucesiva de la herencia se operaba entre los distintos órdenes reconocidos por la ley; la segunda tenía lugar cuando la delación sucesiva se producía entre los distintos grados existentes dentro de cada orden sucesorio. Por lo tanto, para el derecho civil, si un heredero de un orden o grado superior no aceptaba la herencia, ésta no pasaba a los subsiguientes herederos, sino que se la declaraba vacante.

Estudiaremos la sucesión *iure civili* atendiendo a dos órdenes de sucesores: el de los herederos domésticos o *heredes sui*, y el de los herederos extraños o voluntarios, denominados *extranei heredes*.

a) ***Sucesión de los "heredes sui".*** Por la Ley de las XII Tablas, cuando un *paterfamilias* moría sin dejar testamento, lo heredaban necesariamente sus hijos. Éstos eran los herederos domésticos o propios (*heredes sui*) que, estando bajo la potestad del *pater* al tiempo de su muerte, adquirían la calidad de *sui iuris* a raíz de tal circunstancia. Heredaban *ipso iure*, sin necesidad de hacer adición de la herencia.

Entraban en la categoría de *heredes sui* los hijos e hijas sometidos a la potestad del causante, pero no los ilegítimos ni los que hubiesen salido de aquella potestad por emancipación o adopción. También tenían calidad de *heredes sui* los hijos adoptivos del *de cuius*, su mujer casada *cum manu*, que ocupaba el lugar de hija y los nietos –los hijos de un hijo, no los de una hija, pero sí la nuera *cum manu*– que se hallaban bajo la potestad directa del causante por haber premuerto su padre o, en el caso de la nuera *cum manu*, el marido. El hijo póstumo (*postumus suus*), concebido antes de morir el causante, pero aún no nacido, heredaba en calidad de *heredes sui*.

Entre los herederos domésticos la herencia se dividía por cabezas (*per capita*), es decir, en partes iguales, cada una de las cuales se llamaba cuota viril. Pero si había premuerto uno de los hijos dejando descendientes bajo la potestad del abuelo, la división se hacía por estirpes (*in stirpes*), y los descendientes heredaban la cuota viril que hubiera heredado su padre de no haber premuerto (derecho de representación). Así, concurriendo un hijo y dos o

más nietos por parte de otro hijo del causante muerto con anterioridad a éste, el hijo obtenía la mitad de la herencia y los nietos la otra mitad.

b) ***Sucesión de los "extranei heredes".*** Si el que moría intestado no dejaba *heredes sui*, lo cual ocurría forzosamente con las mujeres que no ejercían potestad sobre persona alguna, las XII Tablas atribuían la herencia al agnado más próximo (*adgnatus proximus habeto*). El agnado no era propiamente sucesible, pero la jurisprudencia pontifical vino a reconocerle tal calidad a fin de que no quedara desierto el culto familiar a los dioses manes o lares, lo que era una carga para todo heredero.

Agnados eran los parientes que pertenecían a la misma familia, esto es, los que habrían estado bajo la misma potestad que el difunto de no haber desaparecido el antecesor común. Entre aquellos parientes colaterales los más lejanos quedaban excluidos por los *proximi* y era menester que aceptaran la herencia (*aditio hereditatis*), contrariamente a lo que ocurría con los *sui heredes*. De ahí proviene su designación de *extranei heredes* o herederos voluntarios, porque no adquirían la herencia de pleno derecho, sino por su manifestación de voluntad.

Tampoco en este llamamiento legal se hacía distinción de sexos. Pero una *lex Voconia* de 169 a. de C., que impidió a las mujeres ser instituidas herederas por los ciudadanos de la primera clase del censo, dio lugar a la jurisprudencia para extender aquella restricción a la sucesión intestada, e incluso para excluir de la sucesión legítima a las mujeres más allá del segundo grado, admitiendo tan sólo a las hijas y hermanas.

Entre los agnados la herencia se repartía por igual, es decir, por cabezas, lo que era lógico, ya que nunca podían concurrir herederos de distinto grado, aunque sí de distintas estirpes. Así, en caso de concurrencia del hijo de un hermano con otros dos hijos de otro hermano, adquiría cada uno un tercio del haber sucesorio. Si el próximo agnado renunciaba a la herencia, no correspondía derecho alguno a los herederos de grado subsiguiente, ya que el derecho civil, según lo señalamos, no admitía la *successio graduum*.

En calidad de *extranei heredes* la Ley de las XII Tablas llamaba a la herencia, en defecto del agnado más próximo, a los genti-

les (*gentiles familiam habento*), o sea, al grupo de parientes más alejados pertenecientes a la misma *gens*. Esa sucesión perdió vigencia al desaparecer la *gens*, en los primeros tiempos del Imperio.

§ 192. SUCESIÓN DEL DERECHO PRETORIANO. – El régimen establecido por el pretor para la sucesión intestada a fines de la República, trató de superar los defectos de que adolecía la sucesión *iure civili*, a la que no derogó, sino que le introdujo reformas para ajustarla a la equidad. Las correcciones que introdujo el derecho honorario valiéndose de la *bonorum possessio sine tabulis*, tuvo en vista reconocer vocación hereditaria al hijo emancipado, a los parientes consanguíneos por vía femenina (*cognati*) y a los cónyuges que por la ley decenviral estaban excluidos de toda expectativa hereditaria, a menos que estuviesen unidos en matrimonio *cum manu*.

A diferencia de lo que ocurría con el sistema sucesorio de las XII Tablas, los herederos pretorianos eran agrupados en varios órdenes, los cuales eran llamados sucesivamente. Cada orden disponía de un plazo para solicitar la *bonorum possessio*, que corrientemente era de cien días, pero que se extendía a un año, tratándose de padres e hijos del causante. Si el término transcurría sin que se solicitara la *bonorum possessio*, podía hacer la petición la clase subsiguiente. El derecho pretorio reconoció la *successio ordinum* y la *successio graduum* en el orden de los cognados.

La sucesión intestada del pretor distinguió cuatro clases, designadas por la forma de referirse a la cláusula edictal que llamaba a cada grupo de parientes. Así, la *bonorum possessio sine tabulis* comprendió las *bonorum possessiones* siguientes: *unde liberi*; *unde legitimi*; *unde cognati* y *unde vir et uxor*.

a) ***"Bonorum possessio unde liberi"***. En esta clase llamaba el pretor, juntamente con los *heredes sui*, a los descendientes que habían salido de la potestad del causante. Comprendía, por tanto, a los que por emancipación hubieran quedado libres de la potestad paterna e igualmente a los hijos dados en adopción y luego emancipados por el padre adoptivo. No entraban en este orden los que por adopción hubieran ingresado a otra familia. La adquisición de la *bonorum possessio unde liberi*, lo mismo que las

demás, requería la asignación por el pretor. Tenía carácter *cum re*, respecto de los herederos civiles.

En esta *bonorum possessio*, cuando los herederos eran del mismo grado, la división de la herencia se hacía *per capita* y, si eran de grado distinto, por estirpes. Por una disposición introducida por Juliano en el edicto (*nova clausula Iuliani*) se resolvió que el emancipado cuyos hijos hubieran quedado bajo la potestad del *pater*, solamente concurriría a la sucesión paterna por la mitad, debiendo la otra ser otorgada a sus hijos. Otra norma pretoria obligaba al hijo emancipado que participaba de la herencia con sus hermanos sometidos a potestad (*heredes sui*), a repartir con ellos cuanto había adquirido por su cuenta. Este aporte que se imponía al hijo libre de potestad, para igualar su situación con la de los *sui* que habían contribuido a la formación del acervo hereditario hasta la muerte del causante, se impuso en el derecho romano por medio del instituto de la "colación" (*collatio bonorum*) que estudiaremos más adelante.

b) ***"Bonorum possessio unde legitimi".*** En este orden figuraban las personas que al tiempo de solicitar el otorgamiento de la *bonorum possessio* eran llamadas a la sucesión por el derecho civil. Los *heredes sui*, seguidamente el *proximus adgnatus* y en tiempos antiguos, los gentiles, se beneficiaban con este segundo llamamiento realizado por el pretor en perfecta coincidencia con el derecho civil. La *bonorum possessio unde legitimi*, en caso de que hubiera herederos civiles con mejor derecho, se concedía *sine re*.

c) ***"Bonorum possessio unde cognati".*** A falta del segundo orden sucesorio, el pretor llamaba a suceder a los cognados o parientes de sangre más próximos. La vocación hereditaria de esos colaterales llegaba hasta el sexto grado –hijos de primos hermanos entre sí– y, en la herencia de un *sobrinus* –hijo de un primo– hasta el hijo o hija del otro *sobrinus*, que está en séptimo grado. Como en la sucesión civil, los más próximos en grado excluían a los más remotos y los de igual grado se repartían la herencia *per capita*.

El parentesco por consanguinidad podía derivar de la madre lo mismo que del padre. Por primera vez se tuvo por sucesibles a los parientes por línea femenina. El parentesco adoptivo era equiparado al consanguíneo a los fines de la concesión de la *bonorum possessio unde cognati*.

d) ***"Bonorum possessio unde vir et uxor".*** En último lugar el pretor confería la *bonorum possessio* al cónyuge supérstite. En el matrimonio *cum manu*, la mujer heredaba a su marido como *sui heredes*, porque ocupaba el lugar de hija, pero el marido no tenía igual derecho respecto de su esposa. En el matrimonio *sine manu*, los cónyuges podían heredarse recíprocamente, pero heredaban sólo por virtud del otorgamiento de la *bonorum possessio unde vir et uxor*, que tenía carácter *sine re*, en defecto de cualquier otro pariente.

§ 193. SUCESIÓN DEL DERECHO IMPERIAL. – Las reformas que se operan en el sistema hereditario romano por virtud de la legislación imperial, tienen por objeto continuar la tendencia nacida en el derecho pretorio de reconocer la prevalencia del parentesco natural o de sangre sobre el agnaticio. Así, por los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano y las constituciones imperiales Valentiniana y Anastasiana se avanza en la evolución de la sucesión intestada del derecho romano mediante un conjunto normativo complejo y a veces contradictorio que va a tener su corrección en el *Corpus* de Justiniano.

a) ***Senadoconsultos Tertuliano y Orficiano.*** El *senatusconsultum Tertullianum*, de época del emperador Adriano, concedió a las madres que gozaran del *ius liberorum* –ingenuas con tres hijos y libertas con cuatro– el derecho de suceder a sus hijos en la clase de los agnados. No obstante, se daba preferencia sobre ellas no sólo a los *sui* y a los *liberi*, sino también al padre y hermanos consanguíneos del causante, entrando en partes iguales con las hermanas del mismo y precediendo a los demás agnados.

Inversamente, el *senatusconsultum Orfitianum*, dictado en el año 178 bajo el gobierno del emperador Marco Aurelio, dispuso que los hijos sucedieran a la madre con exclusión de los consanguíneos y demás agnados de aquélla.

b) ***Constituciones Valentiniana y Anastasiana.*** Por disposición del emperador Valentiniano II los nietos sucedían, junto con los hijos y los agnados, a la abuela paterna y a los abuelos maternos. Justiniano otorgó preferencia a los descendientes sobre cualquier agnado.

Por obra del emperador Anastasio, la cognación se impuso también en la línea colateral y se dipuso que podían suceder entre

sí los hermanos y hermanas emancipados, junto con los no emancipados, aunque no por partes iguales, sino en porción menor que estos últimos. La restricción fue abolida por Justiniano.

§ 194. Sucesión del derecho justinianeo. Novelas 118 y 127. – El derecho sucesorio de la última época, no obstante su aspiración a un sistema simplificado de principios, ofrecía un conjunto tan amplio y confuso de normas jurídicas, que fue una sentida necesidad su reforma y consecuentemente su ordenación. Esta tarea la cumple el emperador Justiniano quien, una vez finalizada la labor compilatoria, sanciona en el año 543 la Novela 118, que se completa con la 127 del 548. Por ellas se sistematiza el derecho sucesorio intestado y se dejan sin efecto los "estorbos de la jurisprudencia consuetudinaria".

La sucesión del derecho justinianeo aparece con algunas características fundamentales que le dan una definida peculiaridad. Así, la primacía del parentesco natural sobre el civil o agnaticio, con la distribución de los parientes de sangre en tres órdenes de sucesibles: los descendientes, los ascendientes y los colaterales. En cuanto a la partición de la herencia, se hacía por "troncos" entre los descendientes y los sobrinos o las sobrinas, y por "cabeza" si se trataba de los demás parientes. Por fin, las Novelas admitieron en toda su extensión la *successio ordinum et graduum*, evitando con ello la frecuencia de las herencias vacantes.

Entrando a las normas especiales a cada orden de herederos, debemos aclarar que los colaterales se distribuyeron en tres clases: hermanos y hermanas carnales y sus hijos, hermanos y hermanas de padre o madre y sus hijos y, por último, los demás colaterales. De esto resultó que el régimen hereditario *ab intestato* de las Novelas 118 y 127 comprendiera los siguientes órdenes: descendientes; ascendientes y hermanos y hermanas carnales o doble vínculo (*germani*) y sus hijos; hermanos y hermanas de padre (*consanguinei*) o madre (*uterini*) y sus hijos; otros colaterales hasta sexto o séptimo grado.

a) ***Descendientes.*** Heredaban en primer término, con exclusión de los demás parientes, fueran por vía paterna o materna, estuvieran emancipados o no, se tratara de naturales o adoptivos. El descendiente de grado más próximo excluía al de grado ulterior. Si los descendientes eran del mismo grado, la partición se

hacía por cabezas y si, habiendo varios hijos, uno de ellos hubiera fallecido dejando descendientes, éstos heredaban en lugar del padre premuerto, por derecho de representación, caso en el cual la partición se hacía *in stirpe*.

b) ***Ascendientes, hermanos y hermanas carnales y sus hijos.*** A falta de descendientes, la sucesión correspondía a los ascendientes paternos y maternos y a los hermanos o hermanas del mismo padre y madre (hermanos de doble vínculo o germanos). Cuando sólo había ascendientes, heredaban los de grado más próximo con exclusión de los de grado más remoto. Concurriendo padre y madre, la herencia se dividía por partes iguales, pero si ellos hubieran fallecido, quedando abuelos paternos y maternos, la sucesión correspondía por mitad a una y otra línea, haciéndose dentro de ellas la división por cabezas. En caso de llamamiento conjunto de ascendientes con hermanos germanos, la partición se efectuaba *per cápita*, utilizándose igual procedimiento cuando sólo concurrieran hermanos o hermanas carnales del causante. En ambas hipótesis, si hubiere premuerto alguno de los hermanos, sus hijos ocupaban su lugar en la sucesión por representación, derecho que no cabía para la rama ascendente.

c) ***Hermanos o hermanas de padre (consanguíneos) o madre (uterinos) y sus hijos.*** En defecto de los sucesibles de los dos primeros órdenes, la herencia correspondía a los hermanos o hermanas unilaterales, también llamados medio hermanos, y sus hijos, cuando los padres hubieran premuerto. Si solamente concurrían hermanos o hermanas la división se hacía por cabeza, pero cuando también hubiera hijos de hermanos prefallecidos, la partición se realizaba por estirpes.

d) ***Otros colaterales.*** En último término eran llamados a suceder los demás parientes colaterales hasta el sexto (o séptimo) grado. Si concurrían colaterales del mismo grado, la división se hacía *per capita*, operando siempre el principio según el cual, el más próximo en grado excluía al más lejano.

Por lo que respecta al cónyuge supérstite, cuya sucesión no se contemplaba en el sistema de las Novelas, era de aplicación la *bonorum possessio unde vir et uxor*, que se concedía a falta de todos los parientes del causante y siempre que los esposos no estuvieran divorciados al tiempo de la muerte del autor de la suce-

sión. Se decidió, además, que la viuda pobre e indotada pudiera concurrir con otros parientes del marido en un cuarto de la herencia (*quarta uxoriae*), cuando era llamada con no más de tres herederos, pero si el número de sucesores era superior, la viuda tenía derecho a una parte viril, que en ningún caso podía exceder de cien libras de oro.

§ 195. SUCESIÓN INTESTADA EN ORDEN A LOS LIBERTOS. – La especial sucesión intestada del liberto varió en Roma según las épocas y, por ende, los ordenamientos que la regularon.

La Ley de las XII Tablas, atendiendo a que el liberto carecía de parientes agnados –pues había nacido esclavo–, llamaba a heredarlo, cuando hubiera muerto sin *heredes sui*, al patrono y en su defecto a los *sui* del patrono, e incluso sus *adgnati* o *gentiles*. Al liberto se equiparaba el hijo emancipado, que había sido manumitido por su padre (*parens manumissor*) en la solemnidad de la antigua emancipación.

El pretor no podía realizar en la herencia del liberto una promoción de los cognados en la misma medida que en la del ingenuo, dado que quien había nacido esclavo carecía de cognación, siendo la suya sólo una *cognatio servilis*, fundada en el contubernio, no en el matrimonio. De ahí que en lugar de los cognados del liberto, sucedieran el patrono con sus descendientes y demás parientes. Constituía un caso especial la *bonorum possessio* por muerte del emancipado.

Con el posterior desarrollo del derecho sucesorio, en la sucesión de los libertos fue teniéndose en cuenta el parentesco de sangre creado por la esclavitud, limitándose el derecho a heredar del patrono y de sus parientes en favor de los padres y parientes del liberto, siempre que gozaran de libertad. Por fin, el derecho justinianeo estableció en la sucesión del liberto el siguiente orden: descendientes del liberto; patrono, hijos naturales del patrono y colaterales hasta el quinto grado; colaterales del liberto hasta el quinto grado y, por último, cónyuge supérstite.

Título III

SUCESIÓN TESTAMENTARIA

§ 196. Conceptos generales. – Estudiada la sucesión intestada, nos toca ahora considerar la sucesión testamentaria, que tenía lugar, como hemos dicho, cuando el causante designaba las personas llamadas a sucederle en un negocio jurídico de características especiales: el testamento. Tal será el centro de nuestro estudio y señalaremos que el testamento tuvo en el derecho romano un desarrollo lento, pero gradual, que incidió en sus formas, su contenido, las condiciones para su validez, es decir, todo lo que hace de tal negocio jurídico la base de la sucesión testamentaria *per universitatem*. La adquisición de la herencia por el heredero instituido habrá de tratarse juntamente con la adquisición por un *heres ab intestato*. Otros contenidos posibles del testamento, especialmente los legados, merecerán una exposición aparte.

§ 197. El testamento. – Dos definiciones de testamento se encuentran en las fuentes. Ulpiano en sus Reglas expresaba que era "la manifestación legítima de nuestro pensamiento solemnemente para que valga después de nuestra muerte" (*Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id sollemniter factum, ut post mortem nostram valeat*). Modestino, por su parte, decía que era "la justa expresión de nuestra voluntad respecto de lo que cada cual quiere que se haga después de su muerte" (*Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*) (Dig. 28, 1, 1).

Ambas definiciones, que presentan estrecha coincidencia, son objeto de críticas, ya que no consignan notas esenciales del testamento, en especial, la institución de heredero, que al faltar hacía inválido el negocio jurídico. La conciencia social romana

consideraba que el testamento era el acto voluntario más importante del ciudadano, al punto de que en Roma era un deshonor morir sin testar. Motivos de orden familiar y económico hicieron que la sucesión testamentaria relegara a plano secundario a la intestada. De allí deriva el fenómeno típico del derecho romano llamado *favor testamenti*, consistente en reconocer prevalencia a la herencia testamentaria sobre la disciplinada por la ley.

Entendemos que el testamento romano puede definirse como el negocio jurídico *mortis causa* de derecho civil, unilateral y personalísimo, solemne y revocable, que contiene necesariamente la institución de uno o varios herederos, y en el que pueden ordenarse además otras disposiciones (legados, desheredaciones, nombramiento de tutores, manumisión de esclavos), para que tengan ejecución después de la muerte del testador.

De la definición transcripta surgen sus caracteres tipificantes que dan al negocio su propia individualidad. Es un acto *mortis causa*, porque sus efectos se producen después de la muerte del otorgante, hecho éste que actúa como condición, no de eficacia, sino de existencia. Pertenece a la clase de negocios *iuris civilis*, ya que, regulado por el derecho civil, sólo era accesible a los ciudadanos, por lo menos hasta la constitución caracallana del año 212. Es "unilateral", su eficacia dependía de la exclusiva voluntad del disponente y "personalísimo", pues excluía la posibilidad de ser realizado por representante o por un intermediario. Se trata de un negocio "solemne", ya que la voluntad debía ser acompañada de formalidades especiales prescriptas por la ley. Es un acto esencialmente "revocable" o de "última voluntad", porque el testador era libre de modificar o dejar sin efecto sus disposiciones cuantas veces lo quisiera hasta el último momento de su vida (*usque ad vitae supremum exitum*). Por fin, exige como requisito esencial para su validez, la "institución de heredero". Faltando ésta o siendo nula, el testamento carecía de eficacia y consecuentemente eran también ineficaces las demás disposiciones que él contuviera.

§ 198. **Distintas formas de testamento.** – Las formalidades que el derecho romano prescribió para los testamentos alcanzaron gran importancia porque tendían a garantizar el efectivo cumplimiento de la voluntad del testador. Ésta no podía presumirse, ni

manifestarse por ademanes o gestos, como en otros institutos jurídicos, sino que debía declararse de conformidad a determinadas formalidades establecidas por la ley, sujetas a una mayor o menor solemnidad. Los testamentos, en cuanto a sus formas, variaron según las épocas, y al rigor del antiguo derecho civil se opuso el pretor por medio de la *bonorum possessio secundum tabulas*. Más adelante, el derecho postclásico, haciéndose eco de las necesidades que imponía un tráfico jurídico más activo y complejo, admitió para los testamentos fórmulas menos rígidas y sin las solemnidades propias de los primeros tiempos.

a) ***Testamento "iure civili"***. Según nos informa Gayo, el primitivo derecho civil conoció dos tipos de testamento: el *testamentum in calatis comitiis* y el *testamentum in procinctu*. El primero se efectuaba ante los comicios curiados reunidos al efecto en los meses de marzo y mayo bajo la presidencia del pontífice máximo. El testamento comicial se otorgaba en tiempo de paz y se presume que el pueblo debía aprobar la propuesta del nombramiento de un *heres* que no fuera el hijo del testador. El *testamentum in procinctu* era propio del soldado y se hacía en víspera de partir a la batalla ante el ejército en pie de guerra. No requería formalidades especiales y caducaba después del licenciamiento militar.

Aquellos antiguos testamentos que limitaban la posibilidad de los ciudadanos de instituir herederos a dos fechas del año –probablemente el 25 de marzo y el 25 de mayo, cuando se reunía el comicio– y al tiempo que las legiones partían a la guerra, tuvieron efímera vida, tal vez por las circunstancias señaladas. Lo cierto es que la desaparición de ambas formas de testar hacia fines de la República, determinó el nacimiento del testamento mancipatorio o *per aes et libram*, llamado así porque se trataba de otro caso de aplicación de la *mancipatio*, con el rito del cobre (*aes*) y la balanza (*libram*).

Dicho testamento pasó por dos etapas suficientemente caracterizadas. En la primera, el testador mancipante transmitía su patrimonio a un fiduciario o persona de su confianza (*familiae emptor*) mediante una *mancipatio nummo uno*. Por este acto, el fiduciario adquiría el dominio formal sobre el patrimonio hereditario con el exclusivo propósito de entregarlo a la muerte del mancipante a la persona que éste había indicado, situación que

convertía al *familiae emptor* en un mero ejecutor testamentario. En la segunda fase adquiere las características de un verdadero testamento acompañado por las ceremonias del *aes et libram*, las que se presentan por respeto a la tradición romana, porque lo esencial del acto estaba representado por las palabras del testador (*nuncupatio*) que exteriorizaban su voluntad de instituir un heredero.

Estas disposiciones de última voluntad el testador podía exponerlas oralmente ante el *libripens* y los cinco testigos de la antigua *mancipatio*, o bien manifestar que su intención de instituir herederos constaba en un documento escrito (*tabulae*, *codex testamenti*) que contenía los sellos y nombres de los testigos y también del *libripens* y el *familiae emptor*. Vemos así que desde los tiempos del derecho civil se conocieron en Roma los testamentos orales y los escritos.

b) ***"Testamentum praetorium": "bonorum possessio secundum tabulas".*** Una nueva forma de testamento fue la que introdujo el pretor al otorgar la *bonorum possessio secundum tabulas* a todo ciudadano que exhibiera un testamento provisto del signo o sello de siete testigos, siempre que contuviera la institución de heredero. Tal testamento, que prescinde en absoluto de los ritos de la *mancipatio*, se denomina *testamentum praetorium*. Originariamente la *bonorum possessio secundum tabulas* se concedía *sine re* cuando había un heredero civil testamentario o *ab intestato*. Sin embargo, un rescripto de Antonino Pío otorgó, para el supuesto de que el heredero civil pretendiera hacer valer sus derechos alegando la omisión de la *mancipatio*, la *exceptio doli*, a fin de enervar el ejercicio de la *petitio hereditatis*. Hizo de este modo inimpugnable la *bonorum possessio secundum tabulas*, convirtiéndola en *cum re*. El heredero instituido oralmente conservaba la *bonorum possessio*, pero sólo cuando el acto mancipatorio hubiera sido realizado válidamente.

c) ***Testamento postclásico.*** En la última fase de la evolución del derecho romano, desaparecida la *mancipatio* y el dualismo derecho civil-derecho pretorio, una constitución de Teodosio II y Valentiniano III del año 439, recogida en su esencia por Justiniano, crea el *testamentum tripertitum* que consistía en un documento escrito que el testador presentaba abierto o cerrado ante siete tes-

tigos, quienes insertaban en el instrumento su firma (*suscriptio*) y a continuación lo sellaban con sus nombres (*signatio et superscriptio*), todo en un solo acto (*uno contextu*). Este testamento recibió el nombre de "tripartito", en razón que sus diferentes requisitos (unidad del acto, firma de los testigos y sello de los mismos), procedían de tres distintas fuentes: derecho civil, derecho pretorio y constituciones imperiales.

También en esta época aparecieron otros dos tipos de testamentos escritos: el "ológrafo", si lo había escrito el testador (*per holographam scripturam*) y el "alógrafo", cuando el escrito provenía de otra persona. El primero, que debía firmarlo el otorgante, no requería testigos. El segundo, en tanto, debía contener las *suscriptio* de cada testigo, con la correspondiente *signatio* y *superscriptio* al cerrar el documento.

Dentro de los testamentos privados que estamos analizando, cabía el testamento oral o "nuncupativo" (*nuncupativum*) que sustituyó en sus formalidades al *testamentum* escrito *per aes et libram* del derecho civil. Consistía en una manifestación verbal del testador de instituir heredero, realizada ante cinco testigos, que se elevaron a siete con posterioridad. Para facilitar la prueba se acostumbró acompañar este testamento oral con un acta redactada por escrito (*testamentum nuncupativum in scripturam redactum*).

Menor aplicación tuvo en el derecho postclásico el testamento público, que habría aparecido alrededor del siglo v. Se formalizaba mediante su presentación en el protocolo del juez o del funcionario municipal (*testamentum apud acta conditum*). También tenía carácter público el testamento consignado al emperador (*testamentum principi oblatum*). En tiempo de Justiniano los testamentos eran redactados, las más de las veces, por un notario de profesión (*tabularius*).

d) ***Testamentos especiales o extraordinarios.*** El derecho romano admitió formas especiales de testamento para casos excepcionales que se apartaban de los supuestos ordinarios o generales.

Así, se renunciaba a la presencia simultánea de los testigos, aceptándose que fuera sucesiva, en tiempos de peste (*testamentum tempore pestis conditum*). Era testamento especial el del ciego que no sabía escribir, razón por la cual podía hacerlo oral-

mente. Con el tiempo pudo dictarlo a un *tabularius* ante siete testigos o hacer que lo escribiera un octavo testigo. Entraban también entre los testamentos extraordinarios el otorgado en el campo (*testamentum ruri conditum*), donde por resultar a veces difícil la reunión de los testigos exigidos por la ley, sólo se requería que fueran cinco.

Fue el testamento militar el que más importancia alcanzó entre los de carácter especial o extraordinario. Para facilitar su otorgamiento a los extranjeros que militaban en los ejércitos de Roma, para quienes las formas romanas no eran de fácil empleo, el derecho imperial –especialmente con el emperador Trajano–, permitió a los soldados testar a su elección en forma oral o escrita, liberándolos además de muchos principios restrictivos que se imponían en los testamentos ordinarios. De esta suerte por el testamento militar, peregrinos y latinos podían ser herederos y legatarios. La sucesión intestada era compatible con la testamentaria, derogándose la regla *nemo pro parte*... Se permitía una institución de herederos con carácter temporal o sometida a condición resolutoria y también la institución de heredero en cosas determinadas. No era necesario desheredar a los *heredes sui*. Tampoco se aplicaban los principios de la *lex Falcidia* ni las limitaciones que con referencia a la capacidad de adquirir imponían las *leges Iulia et Papia*.

§ 199. Contenido del testamento. La institución de heredero. – Por lo que hace al contenido del testamento, más propiamente a la institución de heredero, se exigía la observancia de determinadas fórmulas verbales y un orden en cuanto al lugar en que debía consignarse. Una constitución del emperador Constantino del año 320 prescindió de aquellos requisitos sacramentales y aceptó toda forma de expresión y un orden cualquiera en la redacción de las disposiciones, con tal de que la voluntad del testador fuera claramente cognoscible.

Desde que el testamento mancipatorio exigió formalmente la institución de heredero (*heredis institutio*), todas las disposiciones dependían de ésta que pasó a ser encabezamiento y médula de todo testamento. Debía contener dicha cláusula a su comienzo, ya que si le precedían otras disposiciones se tenían por no escritas. De ahí que Gayo manifestara *heredis institutio est caput et funda-*

mentum totius testamenti. Era de práctica el empleo de una fórmula imperativa: *Titius heres esto*, aunque era válida también la de *Titium heredem esse iubeo*. Llegó a permitirse el uso de la lengua griega en vez de la latina y la mencionada constitución de Constantino admitió cualquier forma de expresión, sin importar el lugar que ocupara en el instrumento. El derecho postclásico prescindió del requisito de la *heredis institutio*, desdibujando así la línea de separación entre el testamento y el codicilo. En Oriente, en cambio, se mantuvo el principio de que todo testamento necesitaba indispensablemente contener la institución de heredero, si bien se aumentaron las excepciones, llegando a prescribirse que la invalidez de la institución no afectaba al resto del contenido del testamento.

La institución de heredero podía referirse a una sola persona (*heres ex asse*) o bien asignar a varios cuotas distintas de la herencia. Estas cuotas se estimaban por lo común en doceavas partes: la totalidad de la herencia era llamada *as* y las porciones de ésta *unciae*, lo que hacía que un *as* fuera igual a doce *unciae*. Si el testador no agotaba el total del acervo hereditario con las cuotas que había dispuesto, no se atribuían las restantes a los herederos *ab intestato*, sino que las porciones de que había dispuesto el causante experimentaban el aumento necesario para agotar el caudal en su totalidad. Las cuotas, por el contrario, debían ser proporcionalmente reducidas cuando en total superaran la cuantía del patrimonio hereditario.

La institución de heredero en una cosa cierta y determinada (*heredis institutio ex re certa*) era contraria a la esencia de la sucesión a título universal. No obstante, para mantener la vigencia del testamento se consideraba válida la institución, suprimiendo su delimitación a cosa cierta. Si el testamento contenía una sola institución de esta especie, el instituido se consideraba heredero único. Si había varios herederos instituidos *ex re certa*, todos lo eran por partes iguales, pero cada uno adquiría la cosa a él atribuida.

Se admitía que la *heredis institutio* pudiera supeditarse a condición suspensiva, siempre que ella no remitiera la institución al mero arbitrio de un tercero. En cambio, no se autorizaba la institución de herederos bajo condición resolutoria o a término, no sólo porque la investidura de heredero se adquiría inmediatamen-

te, sino también porque, dado su carácter absoluto, no admitía limitaciones temporales que derogarían la regla *semel heres semper heres*.

§ 200. La sustitución hereditaria. – Casos especiales de institución condicional eran las designaciones de heredero sustituto (*substitutio hereditatis*). Las sustituciones fueron disposiciones contenidas en el testamento, por medio de las cuales se llamaba a la herencia o a cuotas partes de ella a un heredero designado en orden subsidiario, para el caso de que el primer instituido no la adquiriera. La sustitución implicaba una relación de subordinación y al mismo tiempo tenía el efecto de que una persona se subrogara a otra, si se daba el hecho que motivaba la institución subsidiaria.

La forma más común de sustitución hereditaria fue la llamada "vulgar" (*substitutio vulgaris*), por la cual se instituía un heredero sustituto para la hipótesis de que el primeramente instituido no llegara a alcanzar esa calidad por haber premuerto al causante o haber repudiado la herencia. Tal sustitución era frecuentemente utilizada para evitar que la sucesión beneficiara a los herederos *ab intestato*. La sustitución vulgar excluía el derecho de acrecer, pues la cuota no asignada al primer heredero revertía en el sustituto.

Se conoció también la sustitución "pupilar" (*substitutio pupillaris*), que era aquella con la cual el *paterfamilias* nombraba un sustituto del impúber *heredes sui* –quien a la muerte del testador quedaba libre de la *potestas*–, para el caso de que muriese antes de haber alcanzado la pubertad. Al sustituto pupilar se lo consideró primeramente heredero del testador, pero los clásicos lo reputaron heredero del impúber.

Justiniano introdujo, por último, la denominada sustitución "cuasi pupilar" (*substitutio quasi pupillaris*). Tenía lugar cuando los ascendientes paternos o maternos nombraban un sustituto al heredero afectado de alguna enfermedad mental, para el supuesto de que falleciera sin haber recuperado el uso de la razón.

§ 201. Capacidad para testar y para ser instituido heredero. La capacidad para otorgar testamento, para ser testigo del mismo, para alcanzar la calidad de heredero, legatario o beneficiario de

cualquier disposición testamentaria, era llamada por los romanos testamentifacción (*testamenti factio*). La distinción entre la *testamenti factio activa*, que se reconocía al testador para instituir heredero y la *testamenti factio passiva*, que se atribuía al heredero para ser instituido como tal, fue construcción de los comentaristas.

La *testamenti factio activa* fue una capacidad negocial cualificada que el testador debía tener ininterrumpidamente desde que otorgaba el testamento hasta su muerte. El derecho justinianeo, siguiendo el criterio ya aplicado por el pretor, dispuso que era suficiente ser capaz en el momento del otorgamiento y en el de la muerte, aunque entre dicho tiempo se hubiera perdido la capacidad.

La posesión de los tres estados, libertad, ciudadanía y familia –la plena capacidad de derecho–, era indispensable para el goce de la *testamenti factio activa*; carecían de ella, por tanto, los esclavos, los peregrinos y latinos y los hijos de familia. Empero, llegó a admitirse que los *servi publici* pudieran testar sobre la mitad de su peculio. La incapacidad de los no ciudadanos desapareció con la constitución caracallana, al otorgarse el carácter de *cives romani* a todos los súbditos del Imperio. En cuanto al *filius*, pudo éste disponer por testamento de sus peculios castrense y cuasicastrense.

A fin de favorecer la validez de los testamentos, la legislación romana modificó el régimen establecido para apreciar la capacidad del testador cuando éste hubiera perdido la *testamenti factio* por esclavitud. A tal fin fueron de aplicación dos beneficios especiales: el *ius postliminium* y la *fictio legis Corneliae*. El primero, como sabemos, restituía plenamente a su anterior estado los actos jurídicos ejecutados por el ciudadano antes de caer en cautividad, si regresaba del cautiverio. La ficción de la ley Cornelia, por su parte, consideraba que el romano muerto en cautividad lo había sido en el momento de ser capturado, lo que hacía que al no haber pasado a condición servil, su testamento otorgado con anterioridad fuera absolutamente válido.

Además de la capacidad de derecho, se exigía en el testador la capacidad de obrar. Por falta de esta última no podían testar los impúberes, los dementes, los pródigos, ni ciertas personas con defectos físicos, como los sordos y los mudos. La mujeres fue-

ron incapaces de testar sin la *auctoritas tutoris*, pero desde fines de la República pudieron disponer por testamento si se liberaban de la tutela agnaticia mediante la *coemptio* fiduciaria. En el derecho nuevo, al desaparecer la *tutela mulierum*, las mujeres adquirieron plena capacidad para testar. Hubo personas privadas de la *testamenti factio activa* a título de pena, como los condenados a pena capital, los herejes, los apóstatas y los autores de libelos difamatorios.

Capacidad para ser instituido heredero –*testamenti factio passiva*– tenían en principio las personas libres, ciudadanas y *sui iuris*. No obstante, los propios esclavos del testador podían ser instituidos si al mismo tiempo se los manumitía. En cuanto a los esclavos e hijos de familia ajenos, su institución como herederos les hacía adquirir la herencia para las personas bajo cuya potestad estuvieran. Se debía ser capaz para ser instituido heredero en el momento del otorgamiento del testamento y en el de la muerte del testador, y con el derecho justinianeo también al tiempo de la adquisición de la herencia.

Carecían de capacidad para ser herederas las mujeres a partir de una *lex Voconia* de 169 a. de C., que prohibía su institución por testadores que pertenecieran a la primera clase del censo. Tal incapacidad fue abolida por Justiniano. En cuanto a las personas inciertas, esto es, aquellas cuya existencia dependía de un acontecimiento futuro e incierto, como el ser ya concebido pero aún no nacido (*nasciturus*), al principio eran incapaces para heredar. Más adelante, en el derecho clásico, se reconoció una excepción a favor de los hijos nacidos después del otorgamiento del testamento (*postumi sui*), y con Justiniano se autorizó también el testamento a favor de las corporaciones y del Estado romano, que eran consideradas *personae incertae*.

Diferente de la falta de *testamenti factio passiva* era para los romanos la falta de la *capacitas* impuesta por algunas leyes que prohibían a quienes se hallaban en las condiciones por ellas establecidas de *capere mortis causa*. Mientras que la falta de la *testamenti factio* hacía que la herencia se transfiriera a quienes eran titulares por cualquier otra causa, faltando la *capacitas* las cuotas no asignadas (*caducam*) pasaban a las personas determinadas por la ley. Por otra parte, mientras la *testamenti factio* se exigía en el momento del otorgamiento del acto, en el de la muerte del testa-

dor y en el de la adquisición de la herencia, la *capacitas* sólo se requería en este último momento.

El caso más importante de falta de *capacitas* en el derecho romano fue el previsto por la *lex Iulia et Papia*, que a fin de favorecer los matrimonios prohibía la adquisición de la herencia y de los legados a los solteros, a los viudos y a los casados sin hijos. Empero, como la causa determinante de la carencia del *ius capiendi* podía desaparecer, la misma ley establecía que en tal supuesto los afectados podían recoger la herencia dentro del plazo de cien días a contar de la muerte del testador.

Distinto de la *capacitas* fue el instituto de la indignidad (*indignitas*), que declaraba inhábiles para gozar de una herencia deferida y aún no adquirida al heredero o legatario culpables de determinados actos contra el disponente, como atentar matarlo, atacar a su persona u honor, emplear dolo o violencia para impedirle testar o revocar un testamento, etcétera. Era una situación totalmente subjetiva, en la que la cuota del declarado indigno no se entregaba a los otros herederos, sino que revertía al fisco.

§ 202. Invalidez del testamento. – Las causas de invalidez de los testamentos podían ser iniciales –en cuyo caso el acto no tenía eficacia alguna, era nulo *ab initio*–, o presentarse con posterioridad a su otorgamiento, supuesto que lo tornaba anulable. Una terminología romana, no muy precisa y que no fue seguida por todos los jurisconsultos, atribuye a los testamentos ineficaces distintas denominaciones, según cuáles hubieran sido las razones de su invalidez.

El testamento afectado de nulidad radical o *ab initio* se llamaba *iniustum* o *non iure factum*. Tenía lugar cuando la invalidez provenía de las causas siguientes: defecto de forma, falta de institución de heredero, incapacidad en el testador o en el heredero. Se designaba, en cambio, con el nombre de *testamentum nullum* o *nullius momenti* aquel en el que eran preteridos los *heredes sui*.

El testamento que siendo inicialmente válido era anulado después por sobrevenir una causa de invalidez, se llamaba *irritum*, si la ineficacia provenía de cualquier clase de *capitis deminutio* experimentada por el testador. Recibía, en cambio, la denominación de *destitutum* o *desertum*, cuando podía ser anulado por premoriencia o incapacidad sobreviniente del *heres*, por haber

éste repudiado la herencia o porque no se cumpliera la condición bajo la cual se lo había instituido. Por fin, se daba el nombre de *testamentum ruptum* a aquel que se tornaba ineficaz con posterioridad a su otorgamiento, por la aparición de un nuevo *heredes sui* o por haber sido revocado por el testador.

§ 203. **Revocación del testamento.** – La libre revocabilidad del testamento fue una consecuencia natural de la esencia de tal negocio jurídico que como acto de última voluntad era susceptible de ser modificado hasta el último momento de vida del testador (*ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*).

Según el *ius civile* un testamento se revocaba por el otorgamiento de otro nuevo, no sólo en aquellas disposiciones con las que el posterior era incompatible, sino en todo su contenido, aunque ninguna de las nuevas instituciones llegara a ser efectiva. Si el testamento posterior no era válido según el derecho civil, pero se adecuaba a normas del derecho honorario, el pretor otorgaba la *bonorum possessio secundum tabulas* a quien tuviera derecho a peticionarla.

Cuando el testador destruía el testamento, cortaba el cordel que lo mantenía cerrado, rompía sus sellos o inutilizaba de cualquier forma el instrumento, según el *ius civile* conservaba su validez. El derecho pretorio, modificando el criterio existente, entendió que tal actitud del otorgante revelaba una voluntad adversa al acto realizado y tuvo por revocado al testamento. Por tal razón confirió la *bonorum possessio sine tabulis* a quienes la ley o el edicto hubieran llamado a heredar *ab intestato*, para así repeler la acción del heredero designado en el testamento destruido.

En el derecho postclásico la revocación se hacía, no sólo por el otorgamiento de un nuevo testamento, sino también por la apertura intencionada del testamento por el disponente. En época de Justiniano la revocación se producía también por declaración ante tres testigos o mediante acta cuando hubieran transcurrido diez años de su otorgamiento.

§ 204. **Apertura y publicación del testamento.** – El régimen relativo a la apertura del testamento tuvo su origen en la *lex Iulia*

vicesimaria de Augusto, que establecía un impuesto del 5 % sobre las herencias. El procedimiento de apertura tenía lugar ante el pretor y debía ser iniciado dentro de determinado plazo. Se convocaba a los testigos y se les preguntaba si reconocían los sellos. Luego era leído el texto del instrumento, permitiendo su examen a los interesados a los que se les daba oportunidad para obtener copias. Se procedía después a cerrar el documento y previa colocación de sellos públicos era archivado.

Tenía derecho a solicitar la apertura del testamento y su publicación, ante todo, el heredero designado y en su defecto, cualquier otra persona que hubiera sido beneficiada por el testador. Si el testamento hubiera sido depositado en poder de un tercero que se negara a entregarlo al magistrado para su apertura, se lo podía compeler a que lo hiciese por medio del *interdictum de tabulis exhibendis*.

§ 205. Sucesión legítima contra el testamento. – Se denominó en Roma sucesión legítima contra el testamento al especial régimen sucesorio desarrollado para limitar el derecho absoluto de testar del *paterfamilias*, que éste podía usar discrecionalmente como emanación de los amplios poderes que ejercía sobre las personas y bienes de los integrantes del grupo familiar.

Las más antiguas normas que regularon la sucesión legítima contra el testamento no tendían a reprimir el uso abusivo de la libertad de testar, sino a establecer condiciones de forma a las que debía ajustarse el testamento, bajo pena de nulidad. Aquellas primeras limitaciones, de carácter meramente formal, hicieron nacer el sistema que los pandectistas alemanes denominaron, con expresión poco feliz, "sucesión necesaria formal". Más adelante aparecieron otras restricciones que imponían al testador la obligación de dejar a los más próximos herederos intestados una cuota parte de la herencia, designada en el derecho moderno con el nombre de "legítima". La creación de esta *portio legitima*, que vino a constituir una restricción de carácter sustancial al libre ejercicio de la facultad de testar, dio lugar a lo que los pandectistas llamaron "sucesión necesaria sustancial", y que hoy se denomina "derecho de legítimas".

Estudiaremos la sucesión necesaria formal con sus institutos característicos –desheredación y preterición– a través de los prin-

cipios consagrados por el derecho civil, las posteriores reformas operadas por obra del pretor al otorgar la *bonorum possessio contra tabulas*, hasta llegar al ciclo final de la evolución con las normas del derecho postclásico y justinianeo. Siguiendo igualmente su línea evolutiva, que parte de los últimos tiempos del período republicano, analizaremos el derecho de legítimas o sucesión necesaria sustancial con sus instituciones típicas; la *querela inofficiosi testamenti* y la legítima.

a) ***Desheredación y preterición según el derecho civil.*** De acuerdo con los principios del *ius civile*, el *paterfamilias* debía instituir o desheredar expresamente a los *heredes sui*, pero no le era permitido silenciarlos o preterirlos (*praeterire*) en su testamento. Los hijos que al tiempo del otorgamiento del testamento se hallaren bajo la potestad del testador, tenían que ser nominativamente desheredados (*nominatim exheredatio*), esto es, designándolos individualmente: *Titius filius meus exheres esto*. Si un hijo era preterido, el testamento era nulo. Los demás *heredes sui* –hijas, nietos de uno y otro sexo y posteriores descendientes, mujer *in manu*– podían ser desheredados en conjunto (*inter ceteros*), es decir, sin designárselos nominativamente: *ceteri omnes exheredes sunto*. Cuando eran preteridos los herederos enunciados, el testamento era válido, pero concurrían ellos con los herederos instituidos y cada uno de los preteridos percibía, juntamente con los instituidos, si eran *sui*, su cuota *ab intestato*. Si la concurrencia se daba con herederos extraños, les correspondía la mitad de la porción atribuida a éstos.

El hijo nacido después de otorgado el testamento por el *paterfamilias*, el llamado *postumi sui*, tenía que ser expresamente desheredado. Si era preterido, este silenciamiento invalidaba el testamento, aunque fuera una hija o un nieto, siempre que hubiera sido concebido en vida del testador. Al hijo póstumo se equiparaban las personas que en virtud de adopción o matrimonio *cum manu* habían alcanzado la calidad de *sui heredes*.

b) ***"Bonorum possessio contra tabulas".*** Aunque las restricciones al absoluto poder de testar ordenadas por el derecho civil habían constituido un freno a su ejercicio arbitrario, las soluciones eran aún imperfectas porque los hijos emancipados, al no tener la calidad de *heredes sui*, quedaban sin la debida protección,

ya que podían ser desheredados por una simple omisión en el testamento de su *paterfamilias*. El pretor, reconociendo ya relevancia a la familia natural, avanza sobre las disposiciones del *ius civile* en materia concerniente al régimen de la sucesión necesaria formal.

De acuerdo con los principios consagrados por el derecho pretoriano, los hijos varones emancipados habían de ser instituidos o desheredados nominativamente. Si se omitía al hijo emancipado, el testamento se mantenía en principio válido, pero si al preterido lo atacaba la nulidad, caía la institución de heredero porque el pretor acordaba al emancipado la *bonorum possessio contra tabulas*. Las hijas emancipadas también tenían que ser instituidas o desheredadas, siendo suficiente la desheredación *inter ceteros*. Los efectos de la preterición de la hija emancipada eran análogos a los del hijo varón, ya que por la *bonorum possessio contra tabulas* hacía caer la institución de heredero, logrando también que se le otorgase la cuota que les correspondería en la sucesión *ab intestato*.

c) ***Desheredación y preterición según el derecho posclásico y justinianeo.*** A partir de la ya recordada constitución del emperador Constantino, que admitió en los testamentos el uso de cualquier forma de expresión, siempre que la voluntad del testador resultara claramente cognoscible, para la desheredación también fue suficiente la manifestación de voluntad en cualquier sentido requiriéndose, sin embargo, la forma *nominatim* para la de los hijos. Justiniano, por una constitución del año 531, mantiene tales principios y suprime la desheredación *inter ceteros*, por lo que la preterición de un *heredes sui* de cualquier sexo o del hijo póstumo, era causa de invalidez del testamento. Estas normas no se aplican a los testamentos militares, pues los que pertenecían a esta clase gozaban del privilegio de poder desheredar a sus hijos por una simple omisión en el testamento. Tampoco jugaban respecto de los ascendientes maternos, que eran libres de preterir a sus herederos, por cuanto éstos, al no estar sometidos a la potestad materna, no tenían la calidad de *heredes sui*.

§ 206. DERECHO DE LEGÍTIMAS. – Si bien el régimen de la sucesión necesaria formal, que hemos analizado, constituyó un obstáculo legal a la absoluta libertad de testar que concedía el primi-

tivo derecho romano al *paterfamilias*, su efectiva restricción se logra cuando se impone el derecho de legítimas, que obligaba al testador a dejar una porción de sus bienes a sus más próximos parientes con vocación sucesoria *ab intestato*. Esta reacción a favor de los herederos de sangre más allegados al testador que hubieran sido preteridos, desheredados o instituidos en escasa porción, nació de la idea de que tal conducta contrariaba el principio de piadoso afecto que debe existir entre los miembros de una familia (*officium pietatis*), lo que de acuerdo con la equidad justificaba la impugnación del testamento que se apartara de tales deberes (*inofficiosum*).

El instituto de la legítima, introducido a fines de la República, nació para el derecho romano por interpretación del tribunal de los centunviros, que reputaba que una exclusión injusta de los herederos legitimarios sólo podía emanar de un testador que hubiera descuidado los deberes de piedad por no estar en su sano juicio (*quasi non sanae mentis testator fuerit*), admitiéndose la posibilidad de hacer caer el testamento por medio de una acción particular, la *accusatio* o *querela inofficiosi testamenti*. A través de ella aparece, en sustancia, el instituto de la legítima, por el cual se hace necesario que una parte del complejo hereditario quede reservada para los más próximos sucesores.

"Querela inofficiosi testamenti". Esta particular institución romana tuvo su desarrollo, como dijimos, durante los últimos tiempos del período republicano, para hacer posible la anulación de un testamento en que el testador, *contra officum pietatis*, no hubiera dejado a sus parientes más próximos bienes en cuantía suficiente. Se tramitaba por un sistema que se apartaba del procedimiento común, al no reconocer por fuente una disposición legal y otorgar un amplio margen al arbitrio judicial. La querella se sustanciaba en Roma –cuando se trataba de grandes herencias– por el procedimiento sacramental y ante el tribunal de los centunviros; en caso de herencias modestas, mediante el sistema formulario. Durante el Imperio, tanto en Roma como en las provincias, se utilizó la *cognitio extra ordinem*.

Como la infracción al derecho de legítimas no implicaba al principio una cuestión jurídica, sino más bien un problema social se justificó que la solución dependiera del arbitrio del juez. Un argumento retórico frecuentemente utilizado era el de que el tes-

tador había ordenado sus disposiciones bajo los efectos de una perturbación mental (*color insaniae*). El procedimiento, al carecer de sustento legal, debió tener en cuenta las particulares circunstancias de cada caso para llegar a decidir si el testador había infringido o no el derecho de los legitimarios.

La sanción de tales infracciones debió de ser al principio una reprobación o censura de orden social, para considerar con el tiempo nulo el testamento incurso en estas transgresiones. Ya no se estimó que el acto hubiera sido otorgado por un enfermo mental, porque en el supuesto hubiera sido inicialmente nulo; por el contrario, el *testamentum inofficiosum*, era válido mientras no se probara que violaba las legítimas. La jurisprudencia romana, apoyándose en constituciones imperiales, fijó con relación a la *querela* algunos principios que dominaron el derecho clásico y que en el período postclásico tuvieron posterior desarrollo. Por fin una regulación orgánica y de conjunto de la institución estableció Justiniano en su Novela 115 del año 542.

Tenían derecho a solicitar la anulación del testamento los *liberi* llamados a la sucesión intestada civil o pretoriana y quizá también los ascendientes y parientes colaterales consanguíneos del testador. Los motivos por los cuales el testador podía preterir o desheredar a los herederos legitimarios, quedaban sometidos a la libre apreciación judicial. Sólo la Novela 115 contenía una enumeración de las causas, todas las cuales suponían graves faltas cometidas contra el testador, o una conducta contraria a la moral o a los usos sociales.

La cuantía de la legítima se fijó, por influencia de la *lex Falcidia* (40 a. de C.), en la cuarta parte de la porción intestada. En la Novela 115 se elevó la legítima de los descendientes, de modo que, teniendo el testador hasta cuatro hijos, el monto era de un tercio y en caso de tener más, la mitad del haber sucesorio. Aquella legítima podía hacerse efectiva dejando la porción hereditaria por la cuantía fijada y también un legado, o disponiendo a favor del titular una donación *mortis causa*. La Novela 115 restableció la necesidad de que se hiciera efectiva la legítima, asignando una porción hereditaria.

La *querela* debía dirigirse contra el derecho testamentario cuando hubiera adquirido la herencia y dentro de un plazo de cinco años, no transmitiéndose la acción a los herederos del legitima-

rio. Si quien podía ejercitarla reconocía la validez del testamento, se le podía oponer una excepción cuando pretendiera hacerla valer después del reconocimiento. La renuncia a la querella carecía de eficacia jurídica. De ejercitarse la *querela* y prosperar la acción, la sentencia declaraba nulo el testamento (*inofficiosum*), quedando abierta la sucesión intestada. En caso de sucumbir en su pretensión, el querellante perdía todas las liberalidades que le hubieran sido otorgadas en el testamento impugnado, pero mantenían validez las restantes disposiciones que contuviera, como legados, fideicomisos, manumisiones y nombramientos de tutores.

Para hacer el cálculo de la porción legítima era necesario tomar en cuenta a todos los llamados a suceder *ab intestato* al causante y considerar el estado patrimonial del testador al tiempo de su muerte. Del acervo hereditario había que deducir previamente las deudas de la sucesión, los gastos de funeral y el monto de las manumisiones, no así los legados y demás liberalidades que el testamento contuviera porque correspondía imputarlos al activo de la sucesión, como consecuencia de que mantenían su eficacia a pesar de que el testamento se declarara nulo.

Con el propósito de reducir en lo posible la radical sanción que suponía la anulación del testamento, la práctica postclásica utilizó una acción por la que sólo se podía exigir que se supliese lo que restaba a la legítima para que fuese completa. Esta acción, que fue confirmada por la Novela 115, se denominó *actio ad supplendam legitimam*, y sirvió para pedir el complemento de la legítima, es decir, lo que faltara hasta su justo monto.

Si el testador hubiera perjudicado la legítima con donaciones *inter vivos* o con la constitución de dotes excesivas, se concedía a los herederos legitimarios el derecho a reclamar su anulación valiéndose de dos acciones creadas a imitación de la *querela inofficiosi testamenti* por Alejandro Severo: la *querela inofficiosae donationis* y la *querela inofficiosae dotis*.

Título IV

ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA

§ 207. Conceptos generales. – Estudiadas la sucesión nacida por imperio de la ley y la proveniente de la voluntad del testador, nos toca considerar ahora el tema concerniente a la adquisición de la herencia y a los efectos jurídicos que la misma producía, tanto para el heredero *ab intestato* o testamentario, cuanto para terceros vinculados al *de cuius* antes de su muerte o al *heres* legítimo o testamentario.

Adelantamos ya que la adquisición de la herencia presentaba dos formas distintas según cuál fuera el heredero a que ella correspondiese, pues si se trataba de herederos necesarios o domésticos la *adquisitio hereditatis* se operaba de pleno derecho; en cambio, si se defería a herederos voluntarios la adquisición se producía mediante un acto de aceptación, que se denominaba "adición". Distintos eran los efectos de una y otra forma de adquisición, pues mientras la que tenía lugar de pleno derecho no permitía a los herederos apartarse de la herencia, la que provenía de la voluntad del *heres* le posibilitaba la opción de renunciar a la adquisición.

§ 208. Adquisición por los herederos necesarios. – De pleno derecho (*ipso iure*) adquirían la herencia los herederos necesarios o domésticos. Esto significaba que la adquisición se producía inmediatamente, por el solo hecho de la muerte del autor de la sucesión, sin que el heredero tuviera que realizar acto alguno de aceptación, pues se hacía dueño de la herencia sin su consentimiento, aun sin su conocimiento y hasta contra su voluntad.

Pertenecían a la categoría de los herederos necesarios, los herederos suyos y necesarios (*heredes sui et necessarii*), que eran los hijos con derecho a la sucesión testamentaria o *ab intestato*

del *paterfamilias* que estuvieran bajo su potestad en el momento de su muerte, así como la mujer *in manu*, que ocupaba el lugar de hija. Se los llamaba herederos propios o suyos (*sui*), porque se consideraba que se sucedían a ellos mismos, ya que venían a adquirir los bienes del *pater* que habían contribuido a formar como instrumentos de adquisición paterna; y se los denominaba necesarios (*necessarii*) desde que adquirían forzosamente la herencia abierta a su favor, sin derecho a renunciar a ella.

Se comprendía también entre los herederos necesarios al meramente necesario (*heres necessarius*) que era el esclavo del causante instituido heredero y simultáneamente manumitido, es decir, el siervo que se hacía libre y heredero, con prescindencia de su voluntad, por efecto del testamento.

§ 209. ADQUISICIÓN POR LOS HEREDEROS VOLUNTARIOS. — Todos los herederos que no tenían el carácter de domésticos, esto es, que no estaban sometidos a la potestad del *de cuius*, se denominaban herederos extraños o voluntarios (*heredes extranei vel voluntarii*) y adquirían la herencia, no ya de pleno derecho, sino por un acto de aceptación, llamado *aditio hereditatis*.

Exigíase como requisito indispensable para que la herencia pudiera ser adquirida por los herederos voluntarios que hubiera sido deferida, esto es, abierta a favor del heredero. Dicha apertura, o delación de la herencia, se producía, tanto en la sucesión intestada como en la testamentaria, en el instante de la muerte del causante, a menos, en esta última, que la institución estuviera sujeta a condición, en cuyo caso la adquisición no tenía lugar hasta su cumplimiento. Era necesario también que la herencia fuera aceptada por el heredero, es decir, que éste hiciera adición, acto que presuponía el conocimiento de las circunstancias de su llamamiento. El heredero debía aceptar la herencia o una cuota parte de ella, sin someterla a condición alguna.

a) *Formas de aceptación.* Al entrañar la aceptación de la herencia una declaración de voluntad, que debía dar nacimiento a la adquisición de derechos hereditarios, podía ser expresa o tácita. Era expresa cuando tenía lugar por una declaración formal del heredero mediante la *aditio hereditatis*, si se trataba de la adquisición de la herencia civil y por la *agnitio bonorum possessio-*

nis, cuando se refería a la adquisición de la herencia del derecho pretorio. Era tácita en el supuesto que el heredero, sin declarar expresamente su voluntad, ejecuta actos que llevan a inferir clara y unívocamente su decisión de aceptar la herencia, como en el caso que tomara posesión de los bienes hereditarios y dispusiera de ellos como dueño (*pro herede gestio*).

Perteneció al primitivo derecho la exigencia de una declaración formal que expresara mediante una fórmula ritual la voluntad de aceptar la herencia. Nos referimos a la *cretio*, en la que era usual, aunque no preceptiva, la intervención de testigos. La *cretio* era utilizada por regla general en la herencia deferida por testamento cuando el testador tuviera dudas sobre la aceptación, de ahí que se otorgara al heredero un plazo de cien días para la aceptación, término que fue típico, de esta forma solemne de expresión de la voluntad del heredero. La *cretio* perdió importancia desde que el pretor concedió al *heres* un plazo para deliberar, cayendo ya en desuso en el derecho postclásico.

b) ***Renuncia a la herencia.*** Cabía al heredero voluntario la posibilidad de renunciar a la herencia (*repudiare hereditatem*). Tal renuncia o repudio no estaba sujeta a actos formales y podía, por tanto, resultar de una conducta de significado concluyente, como si el heredero dejaba transcurrir el plazo sin hacer la adición. Se regía, en orden a su validez, por los mismos principios que la aceptación. Se debió al pretor la concesión al heredero de un plazo para que se decidiera sobre la aceptación o renuncia de la herencia. Este plazo para deliberar (*tempus ad deliberandum* o *spatium deliberandi*) fue fijado en cien días, transcurridos los cuales se tenía por repudiada la herencia. Justiniano lo elevó a un año cuando el heredero lo solicitara al emperador y a nueve meses si la petición la dirigía al magistrado. Contrariamente al régimen pretorio, cuando el heredero dejaba vencer el plazo, se lo tenía por aceptante.

§ 210. Efectos de la adquisición de la herencia. – La adquisición de la herencia producía importantes consecuencias jurídicas para el heredero, especialmente de orden patrimonial, porque, como dijimos, objeto de la sucesión *mortis causa* era un conjunto de relaciones jurídicas o una relación singular pertenecientes al área de los derechos patrimoniales.

Efecto fundamental de la adquisición de la herencia era convertir al heredero en continuador de la personalidad jurídica del causante, al que sucedía en el conjunto de sus derechos y obligaciones, a excepción de aquellas que siendo eminentemente personales, se extinguían necesariamente con la muerte del autor de la sucesión. Por aplicación de ese principio se producía la fusión inescindible del patrimonio del causante y del heredero, transmitiéndose a éste los derechos patrimoniales de su autor, tanto reales como de crédito. Ello hacía que tuviera que responder *ultra vires hereditatis*, es decir, más allá de los límites del activo hereditario, lo cual significaba que la responsabilidad del heredero no se limitaba a los bienes de la herencia, sino que comprendía sus bienes propios.

La adquisición de la herencia hacía que el heredero se obligara, *quasi ex contractu*, a pagar los legados y fideicomisos que se le hubieran impuesto por testamento. A su vez, adquiría acciones para hacer valer los derechos que tal investidura le otorgaba, en especial la *actio petitio hereditatis* o la *reivindicatio*, ejercitables contra los terceros tenedores de los bienes hereditarios. Contaba igualmente con la acción de partición de herencia, *actio familiae erciscundae*, para exigir de sus coherederos la división de los bienes hereditarios. Por fin, la adquisición de la herencia hacía que ésta pudiera transmitirse a los sucesores del heredero, transmisión que no podía operarse si el *heres* moría antes de la adquisición (*hereditas non adquisita non transmittitur ad heredes*).

§ 211. Remedios contra los efectos de la adquisición. – La confusión de dos esferas patrimoniales, la del *de cuius* y la del *heres*, por efecto de la adquisición de la herencia y consecuentemente la responsabilidad *ultra vires hereditatis*, podía producir efectos perjudiciales tanto para el heredero como para los acreedores del causante. Así, al responder el heredero con sus bienes propios, tenía el peligro de que su patrimonio sufriera gran merma en el caso de que la herencia estuviera cargada de deudas (*hereditas damnosa*) y, por su parte, los acreedores del causante, al formar una sola masa los bienes hereditarios con los del heredero, corrían el riesgo, si éste a su vez hubiera estado obligado con cuantiosas deudas, de perder la garantía antes ofrecida por los bienes del causante, recibiendo un pago incompleto o menor que el que

les hubiera correspondido de no haberse operado la confusión de patrimonios.

Para evitar estos inconvenientes el derecho romano creó remedios que se confirieron a los herederos, fueran ellos necesarios o voluntarios, y a los acreedores del difunto. Los herederos necesarios pudieron valerse del *ius abstinendi* y del *beneficium separationis*; los voluntarios, del beneficio de inventario (*beneficium inventarii*), y los acreedores del causante de la *separatio bonorum*.

a) ***"Ius abstinendi" y "beneficium separationis"***. Los *heredes sui*, por ser herederos necesarios, no podían eludir, según el derecho civil, la adquisición de la herencia. Mas el pretor, para poner remedio a las consecuencias de una *hereditas damnosa*, otorgó a los *sui* el *beneficium* o *ius abstinendi*, que era la declaración de abstenerse de realizar cualquier acto que significara ejercicio de los derechos hereditarios que pudieran corresponderle (*se immiscere*). De ese modo, aun conservando el título de *heres*, quedaban libres de responsabilidad por las deudas hereditarias y evitaban que los bienes de la sucesión se vendieran a su nombre, con la grave consecuencia de la tacha de infamia.

A los herederos meramente necesarios, los esclavos instituidos por el testador y al mismo tiempo manumitidos, no se extendía el *ius abstinendi*. Sin embargo, como especial modalidad de la institución de derecho honorario de la *separatio bonorum*, el pretor les otorgó el *beneficium separationis*, en virtud del cual sólo respondían a los acreedores del difunto con los bienes de la herencia, quedando intactos los que hubieran adquirido después de la muerte del testador, es decir, cuando el esclavo había alcanzado ya la condición de hombre libre.

b) ***Beneficio de inventario.*** Para los herederos voluntarios el derecho romano no creó hasta el período justinianeo medios análogos a los concedidos a los herederos necesarios para evitar la responsabilidad *ultra vires hereditatis*, en atención a que aquéllos siempre tenían derecho a aceptar o repudiar la herencia y también el tiempo necesario para reflexionar sobre la conveniencia o no de su aceptación.

Empero, Justiniano confirió a los herederos voluntarios la posibilidad de obtener la separación entre el patrimonio del causante y el propio y reducir la responsabilidad por el pasivo de la

herencia al monto de los bienes que la integraban, por medio del llamado *beneficium inventarii*. El heredero voluntario que había aceptado la herencia, para valerse de tal remedio debía confeccionar un inventario de los bienes que componían la misma dentro de los treinta días de tener conocimiento de la delación y concluirlo en el término de sesenta días, o de un año, si el heredero residía lejos de donde estaban la mayor parte de los bienes inventariables.

El inventario debía ser redactado con la intervención de un notario (*tabularius*), de peritos y de los legatarios y acreedores, y en ausencia de éstos, ante tres testigos. Era menester que el heredero beneficiario lo suscribiera con su firma, expresando el importe de la herencia y declarando que todo lo inventariado respondía a la verdad. Acreedores y legatarios eran satisfechos con la venta de los bienes hereditarios; cobraba también el heredero los créditos que tuviera contra el causante y retenía la suma que cubriera los gastos que hubiese realizado, como consecuencia de la aceptación beneficiaria.

c) *"Separatio bonorum"*. A favor de los acreedores del causante se creó por el derecho honorario la *separatio bonorum*, institución por la cual los titulares de crédito contra el difunto que solicitaran del pretor este beneficio, se satisfacían con los bienes de la herencia, como si éste no hubiera fallecido y sólo cuando estuvieran pagados, el remanente se cedía para el cobro de los acreedores que el heredero tuviera. De este derecho podían valerse también los legatarios.

A los acreedores separatistas les estaba impedido dirigirse contra el patrimonio del heredero, pero Justiniano admitió que cuando no hubieran logrado satisfacerse plenamente con el patrimonio de la herencia, pudieran accionar contra los bienes del heredero, siempre que hubieran sido pagados los acreedores propios de éste. Se fijó en cinco años el plazo para solicitar el beneficio de la *separatio bonorum*.

§ 212. **Pluralidad de herederos.** – En caso de pluralidad de herederos, esto es, cuando eran llamadas a suceder varias personas conjuntamente, se constituía entre ellas una relación jurídica idéntica por su naturaleza a la copropiedad o condominio, ya que la delación a cada coheredero estaba referida a la totalidad de la

herencia. Existía entre ellos una comunidad de bienes sobre la que cada comunero tenía un derecho proporcional a su cuota parte, como ocurría en todo estado de indivisión, fuera voluntario o incidental.

De lo expuesto surge que la herencia pasaba a los coherederos como una universalidad jurídica. En tal estado podía mantenerse y los herederos beneficiarse de ella y explotarla en común, como ocurría en el régimen del antiguo *consortium* que era aquella comunidad doméstica indivisa de *heredes sui* que se constituía a la muerte del *paterfamilias*. En Roma fue muy común en todos los tiempos, pero especialmente en la época de la economía agraria primitiva, que los hijos después de la muerte del padre poseyeran en comunidad el patrimonio heredado y que lo explotaran también en común. Sin embargo, desde las XII Tablas cada heredero pudo exigir la división del consorcio por medio de una acción especial, la *actio familiae erciscundae*.

A su vez el estado de indivisión que surgía a consecuencia de la pluralidad de herederos, podía hacer nacer el derecho de acrecer entre los mismos; acrecimiento que tenía lugar cuando alguno de ellos faltare y su parte, en vez de transmitirse a sus sucesores, se integraba a la porción de sus coherederos en proporción a la cuota hereditaria de cada uno. También la comunidad entre coherederos podía dar lugar al deber de colación que se imponía al heredero que hubiera recibido bienes en vida del autor de la sucesión.

a) ***División de la herencia.*** Cuando había pluralidad de herederos les era permitido solicitar en cualquier momento la división judicial del condominio hereditario valiéndose a tal efecto de la *actio familiae erciscundae*. Esta acción, que con la *actio communi dividundo* y la *finium regundorum*, constituyen las acciones divisorias, inicia un procedimiento en el que participan todos los comuneros, si bien no con la tajante contradicción con que aparecen en otros juicios el actor y el demandado, porque no hay controversia en torno a la pertenencia del derecho.

La *actio familiae erciscundae*, que era doble (*iudicium duplex*), pues en la causa –más bien voluntaria que contenciosa–, cada coheredero asumía a la vez el rol de actor y demandado, tenía también carácter mixto. Así, en el ámbito propio de los derechos reales determinaba la cesación de la comunidad y la atri-

bución de una propiedad exclusiva a los coherederos; en la esfera de los derechos creditorios tenía lugar la liquidación de los créditos recíprocos que habían nacido entre los comuneros a consecuencia del estado de indivisión.

Para que cesara la comunidad hereditaria, el juez, mediante la *adiudicatio*, era autorizado a crear una propiedad exclusiva y atribuirla a los herederos en proporción a sus respectivas cuotas de participación en la herencia. Si la división física o material no era posible, podía asignar la cosa a uno de los coherederos, imponiéndole en la sentencia la obligación de indemnizar pecuniariamente a los demás. En caso necesario el juez estaba autorizado a hacer vender en subasta pública el bien a un extraño, distribuyendo entre los condóminos el precio de la venta.

En el aspecto obligacional, la *actio familiae erciscundae* perseguía una liquidación de las obligaciones recíprocas nacidas entre los coherederos durante el estado de comunidad. Aquellas obligaciones podían referirse a los pagos compensatorios en el caso de adjudicación de cosas no susceptibles de división, al deber de prestación de las partes que a los comuneros correspondían en las rentas que produjeran los bienes de la herencia, al de reparación de las pérdidas, al de indemnización de los gastos hechos en la cosa y de los perjuicios irrogados por dolo o culpa de un coheredero, etcétera.

Si la pluralidad de herederos se daba entre *bonorum possessores*, el pretor estableció un régimen semejante al de los herederos civiles. Para la partición de la herencia entre los *bonorum possessores* o entre ellos y los herederos civiles, se concedió una *actio familiae erciscundae utilis*.

b) ***Derecho de acrecer.*** Hablaban los romanos de acrecimiento (*adcrescere*) de una porción hereditaria, cuando habiendo pluralidad de herederos uno de los llamados a la herencia no quería o no podía alcanzar tal investidura y su parte, en vez de transmitirse a sus sucesores, se integraba a la porción de sus coherederos en proporción a la cuota hereditaria de cada uno. Este incremento, que se operaba también cuando había concurso de legatarios, se producía *ipso iure*, independientemente de la voluntad del heredero cuya cuota resultaba aumentada y sin que pudiera rehusar el acrecentamiento. Si el heredero no había hecho la adición de la herencia, podía adquirir su cuota con el incremento

o repudiarla, no pudiendo limitar su aceptación a la cuota originaria o al aumento exclusivamente.

El *ius adcrescendi* fue posible tanto en la sucesión intestada como en la testamentaria. En la primera, la parte del heredero que faltara se dividía por igual entre los demás coherederos. Cuando concurrían a la herencia descendientes por representación de un heredero premuerto y faltaba uno de ellos, el acrecimiento se producía a favor de los miembros de la misma estirpe y no en beneficio de los coherederos del premuerto. El mismo principio se aplicaba a los ascendientes que se dividían la herencia por líneas. El acrecimiento no tenía lugar en la sucesión *ab intestato*, cuando se trataba de herederos a los que la ley otorgaba partes fijas y determinadas, como los hijos naturales y la viuda indotada.

En la sucesión testamentaria, a pesar de que el derecho de acrecer era independiente de la voluntad del testador, ejercía influencia en el acrecimiento la manera como el disponente había formulado la institución. Si había agrupado a algunos herederos formando una *coniunctio*, solamente a los así unidos con el que faltaba, y no a los demás, acrecía la porción de éste. Un fragmento de Paulo (Dig. 50, 16, 142) establece que tal agrupamiento o *coniunctio* podía ser de tres clases: *re et verbis*, *re tantum* y *verbis tantum*.

Se presentaba el primer agrupamiento –*re et verbis*– cuando el testador unía a algunos de los herederos en la misma porción (*re*) y en la misma frase (*verbis*), como si dijera: "Sean mis herederos Ticio y Mevio en una mitad, Cayo en la otra mitad". Los intérpretes, desenvolviendo el resto de la clasificación, consideraron *coniunctio re tantum* la que tenía lugar si se designaba a varios herederos para la misma porción, aunque en frases distintas, por ejemplo: "Sea mi heredero Ticio en la mitad; Cayo en la otra mitad. También será mi heredero Mevio en la primera mitad". Estimaban que se daba la *coniunctio verbis tantum* en caso de que algunos herederos fueran agrupados en la misma frase, pero sin alusión de cuota, como si el testador expresara: "Sean mis herederos Cayo y Sempronio. También sea mi heredero Mevio". Solamente los dos primeros modos de *coniunctio* –*re et verbis* y *re tantum*– producían efecto en el derecho de acrecer. Así, en los dos primeros ejemplos, faltando Ticio, su porción acrecía exclusivamente a Mevio.

Digamos, por fin, que la legislación matrimonial de Augusto modificó y limitó el acrecimiento, al establecer que las porciones hereditarias, que no podían adquirir por *incapacitas* sucesoria los que no tenían hijos o no habían contraído matrimonio, acrecían a los herederos casados y con hijos y, a falta de éstos, las partes caducas (*caducae*) ingresaban al tesoro público. Las disposiciones de las leyes caducarias *Iulia et Papia* de la época de Augusto, que habían perdido vigencia ya antes de Justiniano, fueron definitivamente abolidas por el príncipe legislador, que decidió restablecer el primitivo régimen del derecho de acrecer.

c) ***La colación.*** Adelantamos al estudiar la sucesión intestada del derecho pretorio, que los hijos emancipados, que por la *bonorum possessio unde liberi* concurrían con los otros descendientes sometidos a potestad al tiempo de la muerte del causante (*heredes sui*), debían aportar, al solicitar dicha *bonorum possessio*, todos los bienes propios, deducidas las deudas, para igualar su situación con la de los *sui*, que habían contribuido a la integración del acervo hereditario hasta el deceso del *de cuius*. Nació así, por vía del pretor, la colación de los emancipados (*collatio bonorum emancipati*), con el fin de poner una nota de equidad en la participación de los bienes de la herencia entre los emancipados y los *sui heredes*. El emancipado debía prestar caución, mediante *stipulatio*, de que entregaría los bienes propios, pero la *cautio* podía sustituirse con una entrega efectiva u otorgando una garantía real.

Para lograr un equilibrio o compensación semejante al anterior caso, se creó también, por inspiración del pretor, la colación de la dote (*collatio dotis*). Se trataba de un deber impuesto a la hija que hubiera sido dotada por su padre o abuelo de aportar a la masa hereditaria, en el momento del fallecimiento del constituyente de la dote, los bienes recibidos por tal concepto, para así participar con los demás *heredes sui* en condiciones de igualdad. Más adelante, al configurarse la dote como un bien propio de la mujer ésta, estuviera bajo potestad o emancipada, debía colacionar su dote para integrar con tales bienes el caudal hereditario. Se trataba, entonces, no ya de evitar desigualdades entre *heredes sui* o emancipados, sino entre los hijos, en relación con las liberalidades recibidas del padre. En vista de tal objetivo, el emperador Antonino Pío, impuso la obligación de colacionar a la mujer

que sucedía como heredera, aunque no hubiera pedido la posesión hereditaria. Posteriormente, el emperador Gordiano amplió el deber de aportación de la mujer obligando a colacionar la dote profecticia a favor de los hermanos emancipados.

En el derecho imperial, por influencia de costumbres orientales, nació la colación de los descendientes (*collatio descendentium*). Fue el emperador León el que estableció el deber de colacionar de todos los descendientes del causante que hubiesen recibido bienes en concepto de liberalidad de cualquier naturaleza –dote, *donatio propter nuptias*, donación por el ejercicio de un cargo, etc.– con relación a los coherederos en la sucesión testamentaria o *ab intestato* del ascendiente común. Justiniano, por fin, extendió la *collatio descendentium* a toda liberalidad efectuada por el ascendiente al descendiente y también en la sucesión testamentaria, en la que el testador podía dispensarla a sus herederos.

§ 213. Adquisición de la herencia por terceros. – Era de la esencia del derecho de sucesiones el principio según el cual la herencia, nacida por voluntad del testador o por imperio de la ley, debía ser adquirida exclusivamente por aquellas personas que tuvieran la investidura de herederos. No obstante, el derecho romano admitió que en casos excepcionales la adquisición de la *hereditas* recayera en persona distinta del *heres*; como ocurría en la *usucapio pro herede*; en la *in iure cessio hereditatis*; en la herencia vacante (*hereditas vacans*) y en los casos especiales que se conocen con el nombre de *transmissiones*.

a) ***"Usucapio pro herede"***. El instituto de la usucapión, modo *iure civili* de adquirir el dominio, tuvo importancia muy particular en materia de sucesiones y dio lugar a lo que los romanos llamaron *usucapio pro herede*. Era la adquisición por usucapión de los bienes hereditarios por la persona que estuviera en legítima posesión de ellos, de manera ininterrumpida, durante un año. Para que tuviera validez se exigía del poseedor la *testamenti factio passiva*, es decir, la capacidad para ser heredero.

La *usucapio pro herede* podía darse aun cuando existiera un heredero propio que no hubiera aceptado la herencia, situación que determinaba que el adquirente ocupara una posición contraria al heredero mismo, el que podía evitar las consecuencias de esa usucapión con la sola aceptación. La posesión ilegítima del

adquirente, que al principio se tuvo por válida a fin de obligar al heredero a aceptar, poco a poco acabó por provocar una reacción que hizo que la *usucapio* pudiera ser revocada por el heredero cuando el poseedor fuera de mala fe. Marco Aurelio otorgó también, contra el que a sabiendas poseía indebidamente la herencia, una acción basada en el despojo sufrido (*crimen expilatae hereditatis*).

b) ***"In iure cessio hereditatis".*** Los agnados llamados a la sucesión *ab intestato* y los gentiles, que se hacían herederos haciendo adición de ella podían ceder sus derechos a la herencia que les había sido deferida, mediante la *in iure cessio hereditatis*. Los herederos testamentarios no estaban autorizados a realizar esa cesión, porque su llamamiento provenía de la voluntad del testador.

Los herederos *ab intestato* y aun los testamentarios pudieron ceder también la herencia ya adquirida, valiéndose de la *in iure cessio*. En este supuesto los efectos de tal cesión eran más atenuados. Producía solamente la transmisión de las cosas corporales de la herencia. Los créditos se extinguían por implícita renuncia; y las deudas se mantenían a cargo del heredero cedente. Los proculeyanos admitieron la posibilidad de hacer esta cesión de la herencia ya adquirida a los herederos necesarios; los sabinianos, siguiendo antiguos precedentes, sólo a los voluntarios. La cesión de la herencia en sus dos formas, antes y después de la adición, desapareció alrededor del siglo III de la edad imperial, con la caída en desuso de la *in iure cessio* como modo de transmitir la propiedad.

c) ***"Hereditas vacans".*** Se consideraba que la herencia estaba vacante (*hereditas vacans* o *bona vacantia*) cuando no había heredero alguno llamado a adquirirla, ya fuera porque el causante no hubiera dejado herederos testamentarios o legítimos, ya debido a la incapacidad de los herederos para suceder, o bien en razón de que el heredero voluntario hubiera repudiado la herencia.

En virtud de lo dispuesto por la *lex Iulia de maritandis ordinibus*, la herencia en estado de vacancia era adquirida por el *aerarium* y después por el *fiscus*. Esta adquisición se operaba de pleno derecho, pero a fin de evitar los perjuicios de una *hereditas damnosa*, se llegó a admitir que los bienes vacantes sólo pasaran al fisco previa aceptación, en cuyo caso sólo quedaba obligado

por las deudas de la sucesión hasta el monto de los bienes hereditarios.

d) *"Transmissiones".* Si el heredero fallecía antes de hacer adición de la herencia, su llamamiento a la sucesión no se transmitía a sus propios herederos, por aplicación de la máxima *hereditas non adquisita non transmittitur ad heredes*. Empero, aquel principio sufrió importantes derogaciones con Justiniano que llegó a reconocer –con el nombre de *transmissiones*–, la transmisión hereditaria del derecho derivado de la delación de la herencia.

Precedentes clásicos de *transmissiones* encontramos en el caso del pretor que otorgaba a los herederos del llamado a heredar una *in integrum restitutio*, cuando éste se hallaba impedido de adir la herencia (*transmissio ex capite in integrum restitutionis*). También en el supuesto del *paterfamilias* que tenía derecho a adquirir la herencia si el *filiusfamilias infans* llamado a ella, moría antes de haber efectuado la adición (*transmissio ex capite infantiae*).

En el derecho imperial se conoció la *transmissio Theodosiana*, creada por Teodosio II, por la cual si moría el descendiente instituido antes de la apertura del testamento, su derecho a la adquisición de la herencia se transmitía a sus hijos. Por fin, Justiniano estableció el principio general de que el heredero testamentario o intestado que moría sin haber aceptado o repudiado la herencia, transmitía a sus propios herederos el poder de aceptarla, dentro del plazo de un año (*transmissio Iustiniana*).

§ 214. Herencia yacente. – En la sucesión de los herederos voluntarios y, excepcionalmente, en la de los herederos domésticos, mediaba entre la muerte del *de cuius* y la adquisición de la herencia una etapa o intervalo en la que ésta yacía, según frase expresiva de los romanos. Se decía, pues, que la herencia se encontraba yacente (*hereditas iacens*).

En los primeros tiempos las cosas pertenecientes a la herencia eran consideradas, durante ese lapso intermedio, como *res nullius*, pero los clásicos, para reservarla al futuro heredero, la estimaron como un patrimonio provisionalmente sin sujeto dentro del cual los derechos en las cosas hereditarias subsistían, aunque carecieran provisionalmente de titular. Así llegó a admitirse que la *hereditas iacens* podía adquirir derechos siempre que no

requiriera una actuación del titular, como ocurría con la adquisición de frutos y de cosas mediante los esclavos de la herencia. También por mediación de estos esclavos podía contraer obligaciones. Esta especial situación llevó, como hemos visto, a considerar a la herencia yacente entre las personas jurídicas, dentro de la categoría de las *universitas rerum*.

Los clásicos no intentaron una construcción dogmática de la *hereditas iacens*. Cuando en casos aislados se sostenía por los jurisconsultos que la adquisición de la herencia se retrotraía al momento de la muerte del causante, o cuando se decía que la herencia representaba al *de cuius* ocupando su lugar (*personae vice fungitur*), tales afirmaciones no fueron en realidad más que meros intentos para llegar a una concepción general. Sólo en época postclásica, y más seguramente con el derecho justinianeo, la herencia yacente fue concebida como sujeto de derecho independiente, esto es, como persona jurídica, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Título V

SUCESIÓN SINGULAR "MORTIS CAUSA"

§ 215. Conceptos generales. – Por mucho tiempo fue rasgo característico del sistema sucesorio romano la libertad testamentaria, que no conoció obstáculo a favor de los legitimarios hasta promediar el período republicano. El causante tenía amplio derecho de designar su heredero, y éste adquiría una situación jurídica idéntica, desde todo punto de vista, a la del heredero *ab intestato*. La institución de heredero concedía necesariamente al *heres* el carácter de sucesible sobre el conjunto de la herencia, y el testamento carecía de validez si no contenía la *heredis institutio*.

Pero se admitía que el testador pudiera transmitir también ciertas cosas o derechos determinados mediante disposiciones de carácter particular, como el legado (*legatum*), liberalidad contenida en el testamento, que colocaba a los legatarios en la condición de causahabientes a título singular, con derecho a hacerse propietarios del bien legado o acreedores del heredero. Al legado, como modo de adquisición singular por causa de muerte (*successio mortis causa in singulas res*), se agrega otro negocio *mortis causa*, el fideicomiso (*fideicommissum*), creado por el derecho imperial sin las ligaduras normativas de forma y contenido propias del legado.

Dentro de las adquisiciones singulares por causa de muerte se comprenden también los codicilos (*codicilli*), instrumentos desprovistos de formalidades que podían redactarse al margen del testamento y que tenían por objeto añadirle ciertas disposiciones particulares, y la donación por causa de muerte (*donatio mortis causa*), que era la liberalidad efectuada por el donante al donatario subordinada al hecho del fallecimiento de aquél.

Objeto de nuestro estudio en el presente título serán las mencionadas adquisiciones singulares *mortis causa*, aunque incluiremos también otras adquisiciones que, por no tener una denominación específica, han sido designadas como lucros por causa de muerte (*mortis causa capiones*).

§ 216. EL LEGADO. – En las fuentes encontramos dos definiciones de legado atribuidas a los jurisconsultos Modestino y Florentino. Para el primero importaba "una donación dejada por testamento" (*Legatum est donatio testamento relicta*), en tanto que para el segundo era una "disgregación de la herencia con la que el testador quería que fuera dado a otro algo de lo que en su totalidad habría de ser del heredero" (*Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis forest, alicui quid collatum velit*) (Dig. 31, 36 - Dig. 30, 116, pr.).

Las definiciones de las fuentes son incompletas y no revelan la verdadera naturaleza del legado. No siempre implicaba la disgregación o sustracción de cosas de la herencia, pues podían legarse cosas del heredero o de un tercero. Tampoco es aceptable la asimilación del legado a la donación, ya que se trata de dos institutos distintos en su naturaleza y efectos jurídicos, no sólo porque la donación requiere acuerdo de voluntades, que el legado no exige, como negocio unilateral contenido en el testamento, sino también porque cabe la posibilidad de ordenar legados que no supongan enriquecimiento para el legatario, por imponérsele un gravamen que cubra totalmente el valor de la liberalidad.

Por nuestra parte entendemos que el *legatum* puede definirse diciendo que es aquella disposición particular inserta en un testamento por cuyo medio el testador atribuía a un tercero o a uno de los herederos instituidos una universalidad de bienes o cosas determinadas que podían o no formar parte de su patrimonio.

El legado se perfeccionaba por la intervención de tres sujetos: el testador o disponente, que era aquel que ordenaba el legado; el gravado, persona a quien se le imponía el deber de cumplirlo y el legatario, sujeto a cuyo favor se constituía la liberalidad. Testador y legatario debían gozar de la *testamenti factio activa* y *passiva*, respectivamente. En el derecho clásico, en que los legados se distinguían de los fideicomisos, gravado con el legado sólo podía ser el heredero testamentario. Más adelante, producida la

asimilación de ambos negocios *mortis causa*, era dable ordenar el cumplimiento del legado a los herederos *ab intestato*, a otros legatarios y, en general, a cualquiera que hubiera recibido algo del testador, incluso aunque el beneficio no le hubiera sido otorgado con motivo de su muerte.

§ 217. DISTINTAS ESPECIES DE LEGADOS. – En el derecho clásico los legados, conocidos ya desde las XII Tablas en relación con el testamento mancipatorio (*uti legassit... sua rei ita ius esto*), no se podían ordenar sino después de la institución de heredero y en forma solemne. Se distinguieron cuatro especies de legados con distintos efectos jurídicos: dos modos principales: el legado *per vindicationem*, con eficacia real, y el legado *per damnationem*, que creaba una relación obligacional, y otros secundarios: *per praeceptionem* y *sinendi modo*, que superarían las diferencias existentes entre las dos clases fundamentales.

El *legatum per vindicationem* se hacía en la forma más antigua con el uso de los términos *do lego*. Implicaba un *dare* que significaba: "hacer adquirir". Este legado transfería inmediatamente la propiedad de la cosa al legatario, quien podía ejercitar la *reivindicatio* contra el heredero. De acuerdo con su régimen no se podían transmitir por el legado vindicatorio más que las cosas que estuvieran en propiedad *ex iure quiritium* del testador, tanto en el momento del otorgamiento del testamento, como en la época de su muerte. Para las cosas fungibles bastaba el segundo momento.

El *legatum per damnationem* respondía a una forma típica en la que el testador decía: "quede mi heredero obligado a dar" (*heres meus dare damnas esto*). Por el legado damnatorio no se transfería la propiedad del objeto, sino que se creaba a favor del legatario un derecho de crédito contra el heredero que le permitía ejercitar una acción personal para hacerse transmitir el dominio de la cosa legada. Cualquier objeto se podía legar mediante este tipo de legado, incluso cosas que no estuvieren en propiedad del testador, las que podían pertenecer al heredero mismo o de un tercero.

Es forma secundaria del legado vindicatorio el *legatum per praeceptionem*, en el que el testador utilizaba la forma imperativa *praecipito*. También producía la inmediata adquisición de la

propiedad por parte del legatario y se distinguía del legado vindicatorio en cuanto se lo establecía sólo en favor de alguno de los herederos instituidos, al cual el causante le concedía el derecho de retirar de la herencia un objeto especial, sustrayéndolo así de la masa hereditaria. La escuela proculeyana fue de opinión de que el legado *per praeceptionem* podía beneficiar también a extraños, es decir, a no herederos, pero la idea no prevaleció.

Una cuarta clase de legado fue el *legatum sinendi modo*, o "legado permisivo", en virtud del cual el testador ordenaba al heredero que permitiera que el legatario tomara un objeto de la herencia, o que gozara de él por vida, o también que no pagara una deuda (*heres meus damnas esto sinere*). A diferencia del damnatorio, del cual es una forma secundaria, no se podían legar cosas de un tercero, pues el heredero sólo estaba obligado a dejar hacer, a permitir. Es probable que el legado *sinendi modo* hubiera sido introducido para relaciones de hecho, que no constituían derecho, por lo menos respecto del *ius civile*, como la *possessio* del *ager publicus*, el dominio bonitario, etcétera.

Cuando un testador empleaba una forma inadecuada para la especie de legado de que se tratara, sobre todo cuando legaba *per vindicationem* cosas que no eran de su propiedad, el legado resultaba nulo por defecto de forma. Un senadoconsulto de la época de Nerón, el *senatusconsultum Neronianum*, estableció la conversión de todo legado defectuoso por la forma elegida en legado damnatorio, que aparte de constituir la especie más amplia dentro de los distintos tipos, permitía legar una cosa ajena.

En el derecho postclásico se produjo la equiparación de las distintas clases de legados cuando Constantino eliminó de los testamentos las formas verbales preestablecidas, lo que posibilitó que el testador pudiera legar empleando cualquier fórmula. Finalmente, Justiniano hizo desaparecer toda diferencia entre las formas de legar, atribuyendo a cualquiera que se emplease plenos efectos jurídicos.

§ 218. Acciones y garantías del legatario. – El derecho romano concedió al legatario, cuando el testador le hubiera legado una cosa de su propiedad, la *reivindicatio*; caso contrario, contaba con una acción personal contra el heredero, llamada en las fuentes *actio personalis ex testamento* o *actio legati*. Pero también, si

el testador había legado una cosa que le pertenecía, el legatario podía ejercitar, en el derecho justinianeo, la acción personal para obtener la cosa, la cual en caso de pérdida o deterioro le daba derecho a exigir los daños e intereses. Sin embargo, el heredero percibía los frutos y cualquier otra accesión del tiempo intermedio, a menos que el testador no le hubiera impuesto la restitución al legatario.

Cuando el legado se supeditaba a una condición o plazo, se podía exigir, mediante la intervención del pretor, una garantía personal, la *cautio legatorum servandorum causa*, que garantizaba al legatario contra el riesgo de la insolvencia del heredero. Antonino Caracalla concedió al legatario, cuando el heredero vencido en una *actio ex testamento* se retrasaba seis meses en pagar, un embargo sobre los bienes de la herencia y sobre los del heredero, con autorización para que se fuera cobrando con los frutos (*missio Antoniniana*). Justiniano, por fin, estableció una hipoteca legal a favor de cualquier legatario sobre todos los bienes de la sucesión.

Aunque el legatario adquiría desde el primer momento su derecho, la cosa legada debía serle entregada por el heredero y no podía, por tanto, tomar posesión de ella sin consentimiento de éste, incluso en el legado *per vindicationem*, en el que el legatario se hacía propietario. En favor del *bonorum possessor*, a quien el legatario arrebataba la cosa legada, otorgó el pretor un interdicto recuperatorio, el *interdictum quod legatorum* que más tarde, Justiniano extendió a todo heredero.

§ 219. Objeto de los legados. – Atendiendo al objeto de los legados, que podía consistir en las más variadas cosas, tanto corporales como incorporales, el derecho romano admitió la existencia de legados del más diverso contenido. Por lo general tenía por objeto cosas propias del causante, podía referirse a cosas genéricas y aun a cosas ajenas, en cuyo caso si el heredero no quería o no podía adquirirlas por un precio razonable, cumplía entregando al legatario el valor real de las cosas. También estaba permitido legar cosas futuras, especialmente frutos. Podía consistir en la constitución de una dote o de un peculio y versar sobre alimentos, rentas u otras prestaciones periódicas. El usufructo y las servidumbres prediales podían ser constituidas por un legado, normalmente vindicatorio.

Se conocieron, además, figuras especiales de legado de acuerdo con el objeto. Entre ellas: el *legatum nominis*, que era el legado de cesión de un crédito del testador; el *legatum liberationis*, que consistía en la remisión de una deuda, disponiéndose en favor del deudor del otorgante y el *legatum debiti*, que era el legado de lo que el testador debía al legatario y que sólo era eficaz si implicaba alguna ventaja para éste, como si suprimía una condición a que la antigua deuda estuviera supeditada.

Los legados a que acabamos de referirnos tenían un objeto determinado, pero podía darse también una cierta indeterminación, como ocurría en los legados alternativos, en los que se podía elegir entre varios objetos posibles. Cierta similitud con el legado alternativo presentaba el legado de opción (*legatum optionis*), por el que se dejaba al legatario la propiedad del esclavo de la herencia que él quisiera, debiendo optar mediante una declaración solemne análoga a la *cretio*. Como legado damnatorio de un *incertum* figuraba también el legado de una parte alícuota de la herencia (*partitio legata* o *legatum partitionis*), con el que se otorgaba al legatario la facultad de repartirse la herencia con el heredero en cierta proporción.

Cabía también al testador la posibilidad de disponer en el testamento un prelegado (*prelegatum*). Recibía ese nombre el legado efectuado mediante la fórmula *per praeceptionem* a favor de uno de los herederos, requiriéndose que los instituidos fueran varios. El legado al heredero único se consideraba nulo, por cuanto no cabía una relación del heredero consigo mismo. No obstante, aun en caso de un solo heredero, era posible adquirir el legado cuando renunciaba a la herencia y entraba otro heredero en su lugar. Dispuesto el legado a favor de uno de los herederos, su pago competía a todos en proporción a sus respectivas cuotas, inclusive al propio beneficiario. Mas como este especial legatario no podía pagarse a sí mismo, la disposición se tenía por no escrita en los límites de su parte en la herencia, pero válida con respecto a los otros coherederos, a quienes podía reclamar el cumplimiento de la manda sólo en proporción a sus cuotas.

§ 220. Adquisición de los legados. – En lo concerniente a la adquisición de los legados, los romanos distinguieron dos momentos: el día de la delación de la herencia, es decir, cuando el legado

comenzaba a transcurrir a favor del legatario y el día en que el legatario lo adquiría definitivamente. Para el primero se usaban las expresiones *dies legati cedit* o *dies cedens*; para el segundo, *dies legati venit* o *dies veniens*. Por lo común el *dies cedit* se daba a la muerte del testador, al paso que el *dies venit* al tiempo de la adición de la herencia. Antes de Justiniano, por las *leges Iulia et Papia*, el *dies cedens* fue diferido al momento de la apertura del testamento. La importancia del *dies cedens* consistía en que a partir de entonces el legado se fijaba sobre una determinada persona, de donde resultaba principalmente que, muriendo el legatario antes del *dies veniens*, el legado se transmitía a sus herederos.

Excepcionalmente podía acaecer que el *dies cedens* no coincidiera con la muerte del disponente. Así ocurría en los legados condicionados, en los que tenía lugar al cumplirse la condición; en los legados de prestaciones periódicas que se consideraban divididas en otras tantas prestaciones anuales, por lo que sólo para la primera el *dies cedens* se presentaba en el momento de la muerte del testador; en los legados de usufructo o de opción, que no siendo transmisibles a los herederos no tenían propiamente un *dies cedens*. También el *dies veniens* podía, por excepción, ser posterior a la adición de la herencia, como sucedía en el legado sometido a un plazo que retrasaba el *dies veniens* al vencimiento del mismo.

La adquisición del legado no dependía de un acto de aceptación, pero todo legatario tenía la posibilidad de repudiar el legado, entendiéndose que de este modo renunciaba a un derecho ya adquirido. Esta doctrina fue impuesta por la escuela sabiniana, pues los proculeyanos distinguieron a estos efectos el legado vindicatorio del damnatorio, y consideraron que en el primero el legatario no adquiría su derecho hasta que declaraba su aceptación, teniéndose mientras tanto al objeto del legado como *res nullius*. Esta idea no prevaleció, ya que para Justiniano el legado, incluso el vindicatorio, se adquiría desde el primer momento; pero su repudio operaba con efecto retroactivo, de suerte que el legado repudiado se consideraba como si nunca se lo hubiese adquirido.

Derecho de acrecer. Hemos estudiado el derecho de acrecer diciendo que operaba en la sucesión intestada y en la testamentaria. Vimos cómo se presentaba el acrecimiento en la institución de heredero, con sus distintas modalidades y efectos. Nos toca

ahora analizar los casos de aplicación del *ius adcrescendi*, cuando se trata de legados dispuestos por el testador a favor de varios legatarios.

Si se estaba ante un *legatum per vindicationem*, que otorgaba a los beneficiarios la propiedad de la cosa legada, la falta de adquisición de uno de los colegatarios hacía que su cuota o parte vacante acreciera a los otros. Esta misma situación se daba en el caso del *legatum per praeceptionem*, que era un tipo secundario del vindicatario.

Cuando el testador había dispuesto por un *legatum per damnationem*, la obligación del heredero de satisfacer la manda se dividía en tantas partes, según fuera el número de legatarios. Por tal virtud, si uno de los colegatarios no llegaba a adquirir su cuota de manera efectiva, el heredero quedaba liberado de aquella parte de la obligación, que pasaba a integrar la herencia. En otros términos, en el legado damnatorio no había derecho de acrecer.

Las leyes caducarias *Iulia et Papia Poppaea*, dictadas por el comicio en época de Augusto, consideraron –igual que lo que ocurría respecto de los coherederos– como partes caducas las porciones libres que pasaban al fisco. Justiniano, al derogar dichas leyes, restableció el régimen anterior a las mismas, estableciendo que si una cosa había sido legada a varias personas, ya conjunta, ya separadamente, había lugar al derecho de acrecer, a menos que el testador hubiera dispuesto lo contrario.

§ 221. Ineficacia y revocación de los legados. – Por aplicación de principios generales que regulaban la sucesión en Roma, la validez de los legados dependía de que la *heredis institutio* no fuera nula o no perdiera su eficacia posteriormente por muerte del instituido por repudiación. Sin embargo, la legislación romana admitió algunas excepciones a la regla y de tal suerte el heredero testamentario que repudiaba la herencia para recibirla *ab intestato* y no cumplir, en consecuencia, con el pago de los legados, podía ser constreñido a ese efecto por una *actio ficticia*. Tampoco la caída de la institución de heredero por la *querela inofficiosi testamenti* producía la ineficacia de los legados.

La invalidez podía afectar específicamente al legado y tanto cabía que fuera inicial, como posterior o sucesiva. Era nulo *ab initio* el legado que no se efectuaba con las formalidades exigidas,

como si adoleciera de vicios de capacidad, de voluntad o de contenido. El legado nulo no se convalidaba si la causa de nulidad desaparecía antes de la muerte del testador, según prescribía la *regula Catoniana*, llamada así en homenaje a su autor, Marco Porcio Catón. La invalidez sucesiva del legado podía resultar de la muerte del legatario antes del *dies cedens*; de la pérdida de su capacidad antes de la adquisición; del perecimiento de la cosa legada, sin culpa del gravado; de la falta de cumplimiento de la condición suspensiva y de la adquisición del objeto por otro título lucrativo.

El testador podía quitar eficacia a un legado por revocación del testamento entero o por una declaración contraria en el mismo testamento, utilizando para la revocación (*ademptio legati*) las mismas palabras utilizadas para legar, pero en forma negativa: *non do non lego*, en el legado vindicatorio y *heres meus non dato*, en el damnatorio. También quedaba revocado cuando el testador lo reformaba (*traslatio legati*), como si alterara su contenido o sustituyera la persona del legatario o del gravado. La enajenación de la cosa legada *per vindicationem* tenía efecto revocatorio y quitaba eficacia al legado, pues en este tipo de *legatum* el dominio de la cosa en el testador se requería también en el momento de la delación de la herencia.

§ 222. LIMITACIONES LEGALES IMPUESTAS A LOS LEGADOS. – La libertad de legar, que se habría admitido para atender ciertas necesidades económicas familiares, llegó a ejercerse abusivamente en perjuicio de los herederos instituidos los que, ante la merma que tales liberalidades imponían, repudiaban la herencia por falta de interés. Tal situación dio lugar a la aparición de una legislación restrictiva, que en alguna medida vino a reducir la posibilidad de distribuir todo el activo hereditario entre los legatarios.

A principios del siglo II a. de C. una *lex Furia testamentaria* estableció una tasa máxima de mil ases para los legados, concediendo una acción ejecutiva al heredero para recuperar el cuádruple de lo que se le hubiera cobrado por encima de aquella tasa. Quedaban exceptuados de esta limitación los legados a favor de parientes hasta el séptimo grado. La tasa fijada no remedió el abuso, pues el testador podía agotar el acervo hereditario con muchos legados de mil ases cada uno.

En el año 169 a. de C., una *lex Voconia* prohibió que los legatarios y donatarios *mortis causa* recibieran más de lo que debía corresponderle al menos favorecido de los herederos. Quería asegurarse que el heredero tuviera por lo menos algo de la herencia, pero con ello no se disipaba el peligro de la *lex Furia*, ya que el testador, distribuyendo el acervo hereditario entre gran número de legatarios, podía dejar tan reducida la porción del *heres* que ésta no le compensara para soportar las cargas que pudieran gravarla por su condición de tal.

Sólo con una *lex Falcidia*, del año 40 a. de C., se consiguió un remedio eficaz para proteger al heredero contra el peligro de que la herencia no le reportara beneficio alguno. La ley permitía al testador disponer solamente de las tres cuartas partes de la herencia en concepto de legados, reservándose forzosamente la otra cuarta parte restante (*quarta Falcidia*) para el heredero. Si el testador gravaba la *quarta Falcidia*, los legados debían ser reducidos proporcionalmente.

La regulación establecida por la ley Falcidia favoreció, no sólo a los herederos testamentarios, sino también a otras personas beneficiadas por el testamento, ya que las atribuciones patrimoniales realizadas a favor de ellas, caducaban cuando los herederos instituidos repudiaban la herencia por no tener interés en aceptarla, provocando con ello la apertura de la sucesión *ab intestato*.

§ 223. El fideicomiso. – Recibía el nombre de fideicomiso (*fideicommissum*) el ruego que hacía el testador, llamado fideicomitente, para que una persona de su confianza, denominada fiduciario, efectuara la transmisión de toda su sucesión o de una cuota parte de ella, o de un bien determinado de la misma a una tercera persona, designada con el nombre de fideicomisario. De esta definición surge que se conocieron dos especies de fideicomisos: los universales o de herencia, que comprendían el traspaso de toda la sucesión del disponente o de una cuota parte de tal acervo, y los particulares, cuando se trataba de la entrega de bienes determinados.

El fideicomiso presentaba gran similitud con el legado teniendo la ventaja de su mayor simplicidad. Carecía de formalidades y podía hacerse no sólo por testamento, sino también en codicilos y aun oralmente. Además, el ruego podía imponerse tanto a los

herederos como a los legatarios u otro fideicomisario, aparte de que era dable redactarlo en cualquier idioma. Por lo que hace a su objeto, podían serlo todas las cosas susceptibles de ser transmitidas por sucesión o legado *per damnationem*, esto es, cosas de propiedad del testador, también las del heredero y aun las pertenecientes a un tercero. Por todo ello el fideicomiso alcanzó gran auge en Roma a lo que debe agregarse, a favor de su uso frecuente, la posibilidad de que el testador beneficiara con su herencia o con parte de ella a personas que carecían de la *testamenti factio passiva* y que, por ende, resultaban incapaces de recibir por legados.

En su origen el fideicomiso carecía de identidad jurídica basándose, como su nombre lo indica, en la buena fe (*bonae fidei*), es decir, la lealtad de la persona encargada de efectuar la liberalidad a favor del fideicomisario. De ahí, pues, que durante la República la relación que el fideicomiso creaba no era jurídicamente vinculativa, sino sólo apta para generar una obligación ética a cargo del fiduciario. Ya en época de Augusto se admitió la coercibilidad de algunos fideicomisos, modificando así su condición extrajurídica. Fue entonces que se concedió competencia a los cónsules para entender en juicios sobre su cumplimiento, pero el procedimiento para el logro de tal exigibilidad no era el *per formulam*, sino el de la *extraordinaria cognitio*. Con el emperador Claudio se nombra un magistrado especial, el *praetor fideicommissarius*, encargado de actuar en este tipo de proceso.

Desde el derecho clásico se tendió a trasladar al derecho de fideicomisos las normas propias de los legados. Constantino, en su ya comentada constitución, al abolir el formalismo en los testamentos, admitió que toda disposición singular *mortis causa* expresada en un testamento válido podía ser considerada indistintamente como legado o fideicomiso. Con estos precedentes, Justiniano llegó a la fusión de las dos instituciones, prescribiendo que de todo legado o fideicomiso naciera una acción personal y otra real y que la primera fuera garantizada por una hipoteca legal sobre la herencia del fiduciario.

Por fin, en virtud de una constitución dictada en el año 531 (Cod. 6, 43, 2), Justiniano suprimió definitivamente todas las diferencias entre los legados y los fideicomisos, ordenando que las disposiciones contenidas en los textos justinianeos sobre los lega-

dos tuvieran aplicación a los fideicomisos, y a la inversa, y que cuando las respectivas normas fueran contradictorias, se estuviera a lo establecido para estos últimos, como derecho menos riguroso.

A diferencia del legado, que otorgaba al legatario la propiedad sobre la cosa legada, en el caso del legado vindicatorio, el fideicomiso no concedía al fideicomisario más que un derecho de crédito por un *incertum*, análogo al que resultaba del legado damnatorio. La responsabilidad derivada del fideicomiso se daba contra el fiduciario no sólo en caso de dolo, sino también de culpa, respondiendo éste cuando incurriera en mora por los intereses y los frutos.

Para la adquisición del fideicomiso regían las mismas reglas que para el *legatum per damnationem*. Por tanto, *dies cedens* era el momento de la muerte del testador o de la apertura del testamento, según las épocas. Si el testamento se sometía a término o condición suspensiva el *dies cedens* tenía lugar al vencimiento de aquél o cuando se cumpliera el acontecimiento futuro e incierto.

En cuanto a la ineficacia de los fideicomisos fueron de aplicación los principios generales que regulaban la materia respecto de los legados. La *regula Catoniana* no era aplicable a los fideicomisos y, por ende, fue posible la convalidación posterior al cesar el hecho que impedía la validez. El fideicomiso era ineficaz cuando la prestación que debía cumplir el fiduciario superaba la parte que él recibía de la herencia. Podía ser inválido por causa sobreviniente a su otorgamiento, como ocurría en los supuestos de extinción del objeto y de revocación. Esta última no exigía formalidad alguna para que produjera sus efectos.

§ 224. Sustitución fideicomisaria. – El testador podía gravar al mismo fideicomisario con la obligación de restituir la herencia a su muerte o después de un tiempo, ya íntegra, ya parcialmente. Tal la llamada sustitución fideicomisaria, cuya aplicación más importante la constituye el "fideicomiso de familia". En el caso las fuentes no hablaban de *substitutio*, porque no la había propiamente, pues el llamado sustituto no se colocaba en defecto de otro titular, como ocurría en la sustitución testamentaria, sino que le sucedía al morir. En esta particular sustitución la obligación de restituir hacía que el sustituto no pudiera enajenar los bienes que recibía. Tampoco tenía lugar la deducción impuesta por la *lex Falcidia*.

El fideicomiso de familia debía ser transmitido, bien sea al pariente designado por el causante, bien a quien decidiera el fiduciario, a condición de que estuviera dentro de la familia establecida. Si el fiduciario no elegía a ningún pariente se seguía el orden sucesorio *ab intestato*. Justiniano extendió el fideicomiso de familia, a falta de parientes, al yerno, a la nuera y a los libertos, admitiendo su validez más allá del primer grado. Empero, por la Novela 159 fijó el límite extremo en la cuarta generación, después de la cual el fideicomiso de familia no podía prevalecer. En cuanto a su extinción se operaba cuando no hubiera más parientes o en caso de que todas las generaciones vivientes hubieran dado su consentimiento a la enajenación.

§ 225. EL FIDEICOMISO DE HERENCIA. – Se apartaba de la figura del legado y se aproximaba a la de la herencia, el fideicomiso que tenía por objeto toda la herencia o, como en la *partitio legata*, una parte alícuota de ella (*fideicommissum hereditatis*). Es que objeto del fideicomiso, como en el legado damnatorio, eran todas las prestaciones que podían constituir la obligación. También toda la herencia o una cuota de la misma.

Una sucesión en la que a un heredero –cuando venciera el término o se cumpliera la condición–, hubiera de suceder un segundo heredero, fue desconocida en el derecho romano, porque se oponía al principio de que la posición de heredero no podía adquirirse por tiempo limitado. Un recurso para hacer posible la sucesión entre sí de varios herederos universales se halló en la sucesión fideicomisaria, en la que era heredero el primer sucesor del causante, pero imponiéndosele la carga de transmitir toda la herencia o una cuota de ella a un sucesor posterior.

Este fideicomiso de herencia o universal apareció ya en los primeros tiempos del principado. La mayor dificultad de su aplicación radicaba en lograr que tanto créditos como deudas se transmitieran al fideicomisario. Para hacer esto posible se arbitraron soluciones, no exentas de complejidades, por los jurisconsultos y por disposiciones normativas contenidas en senadoconsultos dictados en el período imperial. Constituyó un antecedente del fideicomiso de herencia el *legatum partitionis* o *partitio legata*, que consistía, no en un traspaso, sino más bien en un división de la herencia. En tal legado, créditos y deudas continuaban en la

persona del heredero y sólo en una relación interna entre éste y el legatario se conseguía la justa compensación entre ambos por efecto de *stipulationes partis et pro parte*.

Por el *fideicommissum hereditatis* debía operarse un traspaso íntegro de deudas y créditos al fideicomisario. Para ello se realizaba una venta formal de la herencia por el heredero fiduciario al fideicomisario mediante la *mancipatio nummo uno*, a la que se adjuntaban unas *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, por las que el heredero se comprometía a transmitir los créditos y el fideicomisario a asumir las deudas de la herencia formalmente comprada. La cesión de unos y otras se hacía valiéndose de la representación en propio interés del representante (*procuratio in rem suam*). Este expediente resultaba peligroso para el heredero cuando el sucesor era insolvente porque éste respondía plenamente ante los acreedores hereditarios, pero su exigencia de indemnización fracasaba cuando el fideicomisario no podía pagar. Este peligro indujo a muchos herederos a repudiar la herencia, tornando ineficaz el fideicomiso universal.

Para asegurar al fideicomisario una posición independiente, un senadoconsulto *Trebellianum* del año 57 d. de C. asignaba al fideicomisario el lugar del heredero (*heredis loco*) y, por consecuencia, las acciones en favor y en contra del heredero se daban directamente en favor y en contra del fideicomisario, como *actiones utiles*. El senadoconsulto Trebeliano no impedía, sin embargo, que el heredero, falto de interés en una herencia que tenía que restituir sin provecho para él, la repudiara.

Para evitar que el *heres fiduciarius* repudiara la herencia ante la perspectiva de no recibir nada de ella, un senadoconsulto *Pegasianum* extendió a los fideicomisos universales las disposiciones de la ley Falcidia, dando al heredero fiduciario el derecho a reservarse un cuarto de la herencia (*quarta Pegasiana*). Justiniano, con el propósito de simplificar el complejo régimen del fideicomiso de herencia, fusionó las disposiciones de los senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano, disponiendo que el fiduciario conservara su derecho a la *quarta Falcidia*, salvo el caso de aceptación obligatoria.

§ 226. EL CODICILO. – En Roma se dio el nombre de codicilo (*codicillus*) al acto de última voluntad, no sometido a las formalidades de los testamentos, por medio del cual el causante rogaba

al heredero instituido en el testamento u a otra persona favorecida en él, que cumpliera un fideicomiso. Su origen se vincula estrechamente con el de los fideicomisos y su uso se generalizó en época del emperador Augusto, cuando los ciudadanos lo practicaron como medio de agregar disposiciones a un testamento ya redactado, lo que no habría podido realizarse por uno nuevo, sin revocar el primero.

Para precisar las disposiciones que podían insertarse en el codicilo había que distinguir dos clases: el codicilo sin testamento o *ab intestato*, que sólo permitía el otorgamiento de fideicomisos, por lo que era independiente y escapaba a las causas de ruptura de los testamentos y el codicilo testamentario, que acompañaba al testamento y que podía ser o no confirmado.

El codicilo confirmado por testamento autorizaba la inserción de fideicomisos, legados, manumisiones de esclavos y nombramientos de tutores. Sus disposiciones eran como un accesorio del testamento y, por ende, corrían su suerte. El codicilo no confirmado dependía también del testamento y caía con éste, pero no podía contener más que fideicomisos. Estas distinciones perdieron importancia con Justiniano al fusionarse legados y fideicomisos y admitirse que éstos pudieran figurar en un codicilo *ab intestato*. No obstante la adopción de este nuevo régimen, se mantuvo la diferencia en cuanto solamente los codicilos testamentarios seguían la suerte del testamento.

Se conoció también la llamada cláusula codicilar, por la que se podía disponer en un testamento que, en el supuesto de que éste no fuera válido, tuviera eficacia como fideicomiso. En virtud de ella se producía una suerte de conversión del negocio jurídico que hacía que la institución de heredero valiera como fideicomiso universal y que las disposiciones singulares se transformaran en fideicomisos simples.

§ 227. Donación por causa de muerte. – Una especial figura de donación fue la *donatio mortis causa*, que producía sus efectos a la muerte del donante, lo que hacía que fuera una exigencia necesaria de la institución que el donatario le sobreviviera. Cabía hacer esta donación en consideración a una muerte próxima o futura, o bien ante un peligro inminente. En este segundo caso, la donación quedaba sin efecto si el donante sobrevivía al riesgo.

El hecho de que esta especie de donación perdiera eficacia si la muerte del donante prevista como inmediata no ocurría, es decir, que sus efectos se condicionaran al hecho de la muerte, hizo que la *donatio mortis causa* se asimilara en mucho a los legados. De ahí resultó que le fueran aplicadas las disposiciones de las leyes Furia y Voconia y aun de la mismas leyes caducarias; y desde el período clásico también las de la ley Falcidia. Justiniano completó la equiparación de la donación por causa de muerte con los legados y la consideró revocable.

§ 228. "MORTIS CAUSA CAPIO". – Entendíase por *mortis causa capio*, en sentido amplio, todo cuanto se adquiría por fallecimiento de una persona, como las herencias, los legados, los fideicomisos y las donaciones por causa de muerte. En sentido estricto, sólo se aplicaba el nombre de *mortis causa capio* a los lucros por causa de muerte que no tuvieran una denominación especial, como sucedía con la adquisición de la cantidad dada para cumplir una condición puesta por el testador.

Las fuentes menoionan como casos de *mortis causa capio* el del heredero que recibía dinero para que aceptara o repudiara la herencia que le había sido deferida y el de la dote recepticia cuya devolución en caso de premoriencia de la mujer, hubiera estipulado el constituyente. Los lucros por causa de muerte quedaron sometidos desde el derecho clásico a las normas propias de los legados.

Libro Octavo

DERECHO PROCESAL CIVIL

Título I

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

§ 229. Conceptos generales. – Los derechos subjetivos otorgan a sus titulares un cúmulo de facultades que deben ejercitarse en la vida en relación, saliendo así del marco de lo meramente potencial para hacerse realidad en el mundo de los hechos. Pero el ejercicio de los derechos subjetivos no depende exclusivamente de la voluntad de sus titulares, sino que requiere el respeto y acatamiento de otras personas que con actos positivos u observando una conducta negativa permiten hacer eficaz las facultades jurídicas que tales derechos implican. Cuando se logra esa cooperación se produce el supuesto ideal de un cumplimiento espontáneo y normal del derecho; mas si esta hipótesis no se presenta, desconociéndose la existencia de los derechos o perturbándose su libre ejercicio con actos que violen o vulneren la situación jurídica de sus titulares, es menester arbitrar medios que conduzcan a la protección de los derechos subjetivos.

La forma primigenia de protección de los derechos fue la defensa privada del propio ofendido que hacía uso, si era preciso, de la violencia. Es la llamada "autotutela" o "autodefensa" que tenía aplicación tanto en el campo del derecho penal como en el del derecho privado, sea como defensa contra el ataque ajeno, sea como ofensiva para lograr la efectividad de los derechos de que el particular se creía asistido. La autotutela provocaba así una situación de lucha entre individuos que llevaba implícita los gérmenes de su ineficacia, a la vez que atentaba contra el Estado,

que debe considerar como una razón de su existencia el impedirla, garantizando a sus súbditos el mantenimiento del orden jurídico privado por medio de un procedimiento estatal.

En un pueblo que alcanza un grado de madurez en su civilización no puede admitirse la justicia por mano propia. El derecho tiene que defenderse acudiendo a una autoridad superior, a la fuerza pública, para obtener el mantenimiento del orden entre los particulares que, ciertamente, se resentiría si estuviera permitido que cada cual hiciera valer por sí mismo sus derechos. Nadie puede ser juez de su propio derecho, a riesgo de llegar a la lucha de todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*), imponiendo el caos social.

Sin embargo, no es posible aplicar sin atenuaciones estos principios, suprimiendo totalmente la defensa privada. En Roma se reconoció el derecho a ésta en los casos de legítima defensa, es decir, cuando se trataba de repeler una agresión actual e injusta, en que era lícito usar la violencia contra la violencia (*vim vi repellere licet*) y, aunque excepcionalmente, también en forma de ataque, como en el caso de sospecha de fuga del deudor. Más allá de estos límites, la autotutela de los derechos llegaba a ser arbitraria y prohibida. La reacción que contra ella comienza a sentirse al final de la época republicana, se manifiesta primeramente como sanción penal contra la violencia en las leyes dictadas por Augusto, y más adelante por un decreto de Marco Aurelio, se añadió a la sanción penal otra civil, consistente en la pérdida del derecho cuya eficacia alguien hubiera tratado de imponer violentamente.

De esta forma se fue restringiendo en Roma, progresivamente, la defensa privada de los derechos e imponiendo correlativamente la justicia dirigida y controlada por la autoridad pública, de manera que aquélla quedara reducida a casos excepcionales y ésta constituyera el procedimiento normal para dilucidar las controversias planteadas en el campo del derecho privado. Es entonces cuando adquiere relevancia la acción, o sea, el instrumento jurídico mediante el cual se pone en movimiento el organismo estatal para otorgar protección a los derechos; el proceso, esto es, el camino que va desde la acción hasta la sentencia y su ejecución y consecuentemente, el procedimiento, es decir, el conjunto de formalidades que deben observarse durante la marcha del proceso.

Tal el objeto de nuestro estudio en esta parte, todo lo cual viene a conformar el cuadro de lo que llamamos derecho procesal civil, que exige la exposición de las distintas transformaciones del procedimiento civil romano y de la organización judicial, con la particular evolución que ella experimentó en el curso de la historia del derecho romano.

§ 230. DERECHO PRIVADO Y DERECHO PROCESAL. – Dada la estrecha relación que existió en Roma entre el *ius privatum*, concebido como un sistema de derechos subjetivos y el procedimiento que sirve de base para dar efectividad a ese ordenamiento normativo, la exposición del derecho privado romano requiere, para su mejor comprensión, el estudio del derecho procesal.

Los romanos no distinguieron sistemáticamente el derecho privado del procesal, ni tampoco poseyeron denominación alguna para designar a este último. Las fuentes del derecho procesal aparecen en el edicto mezcladas con las del derecho privado. Esta unidad de ambos ordenamientos fue de carácter interno, puesto que ciertos conceptos fundamentales del derecho romano, especialmente el de *actio* y el de *exceptio* eran comunes a ambas esferas del derecho. Por ello, *ius privatum* y derecho procesal presentaron rasgos uniformes y las distintas significaciones que en nuestros días tiene la *actio* en el terreno procesal (acto procesal, acción) y en el ámbito del derecho privado (pretensión), son en definitiva reflejos de antecedentes que se conocieron en el mundo romano.

En Roma no se concibió el derecho como algo sistemáticamente construido, sino más bien como un conjunto de figuras jurídicas singulares. Toda *actio* constituía una unidad en la que, con los supuestos y consecuencias de orden jurídico privado, se implicaba el procedimiento para conseguir la efectividad procesal de los derechos. Esta concepción tuvo en la antigüedad su apoyo en el hecho de que para determinados grupos de pretensiones hubo procedimientos especiales. Añádase a esta circunstancia que una de las más importantes fuentes de derecho escrito, el edicto de los pretores, expuso la parte verdaderamente enjundiosa del derecho privado en forma de *actiones* y de *exceptiones*, además de otros medios procesales.

Para nuestra finalidad será suficiente esbozar, de la amplia esfera del derecho procesal, las materias cuyo conocimiento es

indispensable para la comprensión del derecho privado, conocimiento que se basa, además de las fuentes generales, principalmente en las Instituciones de Gayo, sobre todo después del descubrimiento de la obra del enigmático jurisconsulto en el año 1816.

El feliz hallazgo se debe al historiador Niebuhr quien examinando en la Biblioteca Capitular de Verona un manuscrito de San Jerónimo, constató que el pergamino, que se trataba de un palimpsesto, había sido usado y raspado para transcribir la obra del santo. Con el uso de reactivos pudo reconocer rastros de la escritura primitiva, descubriendo que contenía las Institutas de Gayo. Por este medio Niebuhr logró recuperar el texto gayano en su casi totalidad. Se adelantó más en su conocimiento cuando el maestro italiano Arangio-Ruiz encontró en el año 1933 en El Cairo, un papiro con las Institutas de Gayo, que contenía páginas de una copia del siglo IV o V, es decir, anterior a la del palimpsesto de Verona.

La aparición de tan importante fuente de conocimientos del derecho romano constituyó un valioso aporte, ya que en el Libro IV se ocupa específicamente de las acciones bajo el título de *ius quod ad actiones pertinet*. En conjunto la exposición gayana es fuente fidedigna para el estudio del derecho procesal clásico, si bien sería absurdo considerarla definitiva e intangible puesto que, como toda la obra, es de carácter elemental. Por otra parte, no faltan interpolaciones que justifican una labor crítica.

§ 231. Proceso público y privado. – Tanto en el derecho antiguo como en el clásico hubo una neta diferenciación entre el proceso público y el proceso privado. El proceso público –equiparable al actual proceso penal– presentaba dos caracteres distintivos: el primero, que era siempre iniciado por el magistrado o por cualquier ciudadano, lesionado o no, que actuaba en representación de la colectividad interesada en que el hecho delictuoso obtuviera la debida sanción; el segundo, que la decisión del juicio correspondía en todos los casos a un órgano estatal investido de jurisdicción. El proceso privado –comparable al proceso civil de nuestros días– se iniciaba siempre a instancia de la parte demandante, pues en el mismo predominaba el interés particular, y la decisión no estaba a cargo de un órgano jurisdiccional, sino de un juez privado que los litigantes designaban y a cuya sentencia se

comprometían a someterse en virtud de una convención arbitral (*litis contestatio*). Debe agregarse que en el proceso privado la actividad de los litigantes desempeñaba un papel fundamental y el magistrado limitaba su actuación a una tarea de dirección y encauzamiento de los actos procedimentales.

Aquellas diferencias, empero, se atenuaron manifiestamente en la época imperial, porque en el llamado procedimiento cognitorio o extraordinario, por el que se dilucidaban los litigios de derecho privado, ya no era un juez particular designado por los contendientes el que tenía la potestad de juzgar, sino que la sentencia la pronunciaba un funcionario público investido de poderes jurisdiccionales. Sin embargo, en ambos procesos se mantuvo la diferencia en cuanto al sujeto que instaba la actividad procesal.

Procedimiento penal y procedimiento civil. El procedimiento penal se desarrollaba en un juicio público promovido por iniciativa del magistrado o por acción popular, ejercitable por la víctima o por cualquier otro individuo. A este sistema procedimental se sometían los actos punibles que se denominaban delitos públicos (*crimina*), por oposición a los delitos privados (*delicta*, *maleficia*) los que, por referirse a casos en los que se había inferido un daño a un particular, eran sancionados con penas pecuniarias que debían reclamarse por medio del proceso privado.

La diferencia entre delitos públicos y delitos privados que aparece en la Ley de las XII Tablas, es más destacada aun en la época republicana, en la cual, por distintas leyes se atribuyó el juzgamiento de los *crimina* a magistrados especiales y se fijó el trámite procesal a seguir en su caso. El delito de alta traición (*perduellio*) era juzgado por los *duoviri perduellionis*, y el parricidio, que primero fue la muerte de un hombre libre y después la de un pariente, por los *quaestores parricidii*. Los condenados a muerte por la comisión de tales delitos podían apelar de la sentencia ante el comicio (*provocatio ad populum*), en virtud de una *lex Valeria* del año 300 antes de Cristo.

La *lex Acilia repetundarum* del 123 a. de C. creó tribunales permanentes (*quaestiones perpetuae*) para sancionar el delito de concusión de los magistrados provinciales (*repetundae*). Las *quaestiones perpetuae* fueron extendiendo su competencia a los delitos castigados con pena de muerte. Así, el homicidio, desde la *lex Cornelia de sicariis et beneficiis*, de la época de Sila, fue ma-

teria de una *quaestio perpetuae*. Pero a su lado coexistió la jurisdicción de los magistrados y la de las asambleas populares hasta la *lex Iulia iudiciorum publicorum* de Augusto, que atribuyó competencia al senado en materia criminal, mientras simultáneamente el emperador se reservaba la *coercitio*, que ejercía directamente o delegaba en otros magistrados.

De tal suerte las atribuciones conferidas a los integrantes de las *quaestiones perpetuae* fueron siendo absorbidas por el poder del príncipe y, paralelamente a lo que aconteció en el proceso privado, el procedimiento que en aquellos tribunales se seguía, comenzó a ser reemplazado por un sistema extraordinario (*cognitio extra ordinem*), caracterizado por la libre y discrecional decisión del sentenciante.

Las *quaestiones perpetuae* perdieron definitivamente su competencia en los últimos años del siglo II del Imperio. Los delitos públicos se persiguieron primordialmente por iniciativa de la autoridad pública (*inquisitio*) y no por acción popular (*accusatio*). El sistema penal llegó a unificarse y la discrecionalidad de la pena, característica de la *cognitio extra ordinem*, desapareció casi totalmente. Se amplió, además, el concepto de los delitos públicos, entrando dentro de su órbita cualquier hecho que importara infracción a una norma jurídica, pasando así a la jurisdicción criminal muchos de los actos punibles que antes caían en la esfera del proceso privado. Como consecuencia, la distinción clásica entre proceso privado y proceso público se sustituyó por la de proceso criminal y proceso civil, cercana ya a la moderna concepción procesal.

Por lo que se refiere al procedimiento civil, comprendía las controversias relativas a los derechos privados de los particulares entre sí y las que surgieran a consecuencia de la comisión de los llamados delitos privados. Presentaba, por consiguiente, un campo más amplio que el del proceso civil actual, en el que toda clase de delitos deben ser perseguidos únicamente a través del proceso penal. El especial desarrollo que alcanzó en el derecho romano el derecho privado determinó que el procedimiento civil, en sus distintas etapas históricas, tuviera un vigor y un relieve que excedió en mucho al que logró el proceso penal. Ésta es una de las razones más valederas que nos lleva a centrar nuestro estudio en este tipo de proceso.

§ 232. HISTORIA DEL PROCEDIMIENTO CIVIL ROMANO. — Una de las materias en las cuales se refleja más nítidamente la evolución que experimentó el derecho romano, es en el procedimiento civil, que pasa por tres etapas perfectamente diferenciadas las que, empero no se sucedieron radicalmente, en el sentido de que el principio de una hubiera coincidido con el fin de otra, sino que frecuentemente coexistieron, ofreciendo medios concurrentes para la tutela de los derechos subjetivos, hasta que prevaleció aquella que respondía mejor a las exigencias de la defensa real de las situaciones necesitadas de protección jurídica.

Fueron tres los procedimientos civiles que reguló la legislación romana: el de las acciones de la ley (*legis actiones*), el procedimiento formulario (*per formulam*), el procedimiento cognitorio (*extraordinaria cognitio*). Los dos primeros se conocieron bajo la más amplia denominación de "orden de los juicios privados" (*ordo iudiciorum privatorum*). Esos términos encuentran su justificación en el hecho de que en estos sistemas procesales, el de las acciones de ley y el de las fórmulas, era prevaleciente la acción de un juez privado, elegido por las partes para dirimir el litigio mediante una sentencia que los contendientes se habían obligado a acatar.

En los sistemas que integraban el *ordo iudiciorum privatorum*, el procedimiento era bifásico, pues se desarrollaba en dos etapas o instancias. La primera, llamada *in iure*, tenía sólo el fin de crear la relación procesal y fijar los términos de la controversia. Esta fase inicial, que la tramitaba el magistrado —generalmente el pretor—, se cerraba con la *litis contestatio*. La segunda fase del proceso, denominada *in iudicio* o *apud iudicem*, se desarrollaba ante un juez privado y se destinaba a todo lo concerniente a la prueba y a la sentencia, ajustándose al programa procesal que había sido ordenado en la anterior etapa.

Esta característica de los procedimientos del *ordo iudiciorum privatorum* coincidía con la distinción fundamental del derecho clásico de acciones entre *iurisdictio* y *iudicatio*. *Iurisdictio* (*ius dicere*) significaba en el ámbito del procedimiento civil la autoridad para decidir si a un actor, en un caso concreto, debía serle permitido o no deducir su demanda ante un juez. Era una emanación del *imperium*, o sea, aquella alta *potestas* que el pueblo delegaba en el magistrado mediante la *lex de imperio* y que le daba

el derecho de coerción al magistrado que de él estaba investido. *Iudicatio* (*iudicare*), en cambio, importaba la autoridad para decidir o sentenciar en un proceso. Como regla general la *iurisdictio* y la *iudicatio* no se presentaban en la misma persona, ya que la primera se otorgaba a un magistrado –propiamente el pretor– y la segunda a uno o varios jueces particulares.

El sistema de las acciones de la ley, caracterizado por un riguroso formalismo verbal en el que las partes hacían sus respectivas declaraciones por medio de solemnes recitaciones, tenía su fundamento legal en las acciones que derivaban de las XII Tablas, aunque Gayo nos informa que hubo casos en que la *legis actio* se apoyaba en la costumbre. La reforma de este procedimiento, apto para una pequeña sociedad de economía agrícola, pero inadecuado para un Estado que transforma su régimen económico y social con la conquista de los pueblos de la cuenca del Mediterráneo, se inicia con la sanción de la *lex Aebutia* (130 a. de C.), que introdujo como facultativo el procedimiento formulario.

Con el advenimiento de este nuevo sistema se desecharon las palabras rituales propias de las acciones de la ley, eliminándose el peligro de la pérdida del litigio por no haber elegido las partes adecuadamente los términos solemnes o por no haberlos pronunciado correctamente. En el procedimiento formulario, la *actio* elegida por el actor tuvo como columna vertebral la fórmula que se redactaba por escrito y suministraba al juez la precisa información sobre el objeto y contenido del juicio que tenía que sentenciar. Esta fórmula, en cuya confección prodigaron su talento los jurisconsultos romanos, ofrecía una gran elasticidad y fue –a diferencia de las rígidas acciones de la ley– susceptible de adaptarse a las múltiples necesidades de un complejo ordenamiento jurídico.

Una amplia reforma en la esfera procesal fue llevada a cabo por las leyes augustales *Iulia iudiciorum privatorum et publicorum*, que abolieron totalmente el sistema de las acciones de la ley. A partir de entonces sólo subsistió el procedimiento formulario para hacer valer toda clase de pretensiones, pero junto al mismo se desarrolló a partir de Augusto un procedimiento, basado en el derecho imperial, en el que la indagación y la sentencia incumbían a un funcionario público (*cognoscere*). Este sistema cognitorio prescindió de la bipartición del proceso y se sustanció ante un juez funcionario público que podía delegar sus funciones

en subalternos (*iudex pedaneus*). No se hallaba sujeto a formas rígidas y otorgaba a las partes y al juzgador una mayor libertad que en el procedimiento formulario.

A consecuencia de la introducción de esa forma de proceso, en Roma y en Italia surgió un procedimiento extraordinario (*extraordinaria cognitio*), que se llevaba a cabo ante el cónsul, un magistrado especial o un funcionario a los que el emperador atribuía la facultad de decidir en asuntos considerados dignos de protección (alimentos, honorarios por ejercicio de profesiones liberales, fideicomisos). Tal procedimiento coexistía con el formulario que fue el usual en las provincias senatoriales y en las llamadas *provinciae Caesaris*, a menos que se tratara de las materias antes enunciadas, propias del *extra ordinem*.

Avanzado el principado, el sistema formulario fue cayendo en desuso, primeramente en las provincias, después en Italia y en la primera mitad del siglo III en la misma Roma. El proceso por fórmulas fue paulatinamente asimilándose al extraordinario, hasta llegar a confundirse con él. Desde Diocleciano el proceso cognitorio prácticamente eliminó al formulario, el cual recibió el golpe de gracia cuando en el año 342 Constancio suprimió las fórmulas en la impetración de las acciones. En tiempo de Justiniano la *cognitio extra ordinem* completó su desarrollo y se convirtió en un procedimiento en el que la preeminencia del juez funcionario frente a las partes se acrecentó considerablemente.

§ 233. ORGANIZACIÓN JUDICIARIA. – La bipartición del proceso, dentro de los sistemas que componían el *ordo iudiciorum privatorum*, en dos fases que se desarrollaban ante el magistrado y el juez, hace necesario analizar la función que éstos debían cumplir en los litigios, lo que implica estudiar la organización judiciaria romana. Asimismo, consideramos oportuno referirnos previamente a los partícipes del proceso, esto es, a los litigantes (demandante o actor; *petitor*; demandado: *reus*); a sus representantes, cuando la representación cabía, y a los auxiliares de que las partes podían valerse en los juicios. Cerraremos estas consideraciones generales sobre el procedimiento con el estudio de la acción, sus distintas especies y sus medios de extinción.

a) ***Magistrados y jueces.*** Los magistrados romanos fueron distintos según las épocas en que actuaron. Durante la Monar-

quía, magistrado exclusivo fue el rey. Con el advenimiento de la República, el poder real se transfirió a los cónsules, hasta que en el año 367 a. de C., con la aparición de la pretura urbana por la *lex Licinia de consulatu*, el ejercicio de la jurisdicción pasó al pretor urbano, extendiéndose al peregrino cuando se creó tal magistratura (242 a. de Cristo). El pretor fue el magistrado por excelencia en el período republicano y a su acción dentro del marco del proceso se debe la formación del derecho pretoriano u honorario, que tuvo la misión de ayudar, suplir y corregir el derecho civil.

Durante la República y el principado también tenían el carácter de magistrados los ediles, el prefecto del pretorio y el prefecto de la ciudad, con jurisdicción en Roma; los *praefecti iuri dicundo*, con competencia en Italia, y los gobernadores, los cuestores, el legado del emperador y el procónsul, con jurisdicción en las provincias. A partir de Diocleciano, los magistrados adquirieron facultades para juzgar los asuntos llevados a su conocimiento al haber desaparecido la bipartición del proceso con el advenimiento del procedimiento cognitorio.

Los jueces, a quienes les competía la misión de desarrollar en su faz interna el proceso y pronunciar la correspondiente sentencia, ejercían sus funciones en forma permanente o bien éstas se agotaban con la decisión del caso para el cual habían sido designados. Su nombramiento se efectuaba a propuesta del actor o por sorteo de listas confeccionadas por el magistrado para cada litigio y que debían exponerse en el foro.

Entre los jueces permanentes se contaban dos tribunales colegiados: el de los *decemviri stlitibus iudicandis* y el de los *centumviri*. Los decenviros entendían en las cuestiones de estado y de libertad; los centunviros tuvieron competencia en asuntos referentes al derecho de familia y al de sucesiones, siendo particularmente importante en esta última materia lo concerniente a la inoficiosidad de los testamentos, fruto de la labor interpretativa del colegio centunviral.

El *iudex*, el *arbiter* y el tribunal de los *recuperatores* tuvieron en Roma el carácter de jueces no permanentes. El *iudex* era el juez por excelencia con actuación en la etapa *in iudicio* del proceso. Ante él las partes ofrecían y producían las pruebas, tocándole decidir la suerte del litigio con la sentencia, la que debía ajus-

tarse al derecho que los contendientes invocaban, de conformidad con las instrucciones impartidas por el magistrado. El *arbiter* era un juez con mayor discrecionalidad que el primero, ya que no se veía constreñido en su función a las pautas señaladas por el magistrado, tanto en lo referente a la apreciación de los hechos, cuanto al derecho que los litigantes pretendían hacer valer. Los *recuperatores* tuvieron al principio competencia en asuntos de carácter internacional, para actuar más adelante en los juicios entre ciudadanos, subsistiendo para asuntos de jurisdicción voluntaria, como los relativos a la manumisión de esclavos, en época de la *cognitio extra ordinem*.

b) ***Las partes en el proceso: sus representantes y auxiliares.*** En aplicación del principio de que nadie puede litigar contra sí mismo, necesariamente las partes en el proceso debían ser por lo menos dos. Una, que por iniciar la demanda era llamada demandante o accionante (*actor* o *petitor*); otra, que por haber sido el litigante contra quien se opuso la demanda, era denominada demandado o accionado o, también, reo (*reus*).

La actuación judicial exigía a las partes tanto la capacidad de derecho como la capacidad de obrar. Así, pues, sólo podían asumir el papel de actor o demandado las personas libres, ciudadanas y *sui iuris*, es decir aquellas que tenían plena capacidad jurídica. Pero era menester también que no padecieran de una incapacidad de obrar, porque tal incapacidad les impedía litigar válidamente, si no se hacían representar por el tutor o curador, cuando la incapacidad era absoluta; o asistir mediante la *auctoritas*, cuando se tratara de una incapacidad relativa. La rigidez de los principios que impedían la actuación judicial de los sujetos que no gozaran de los tres *status* fue atenuándose paulatinamente. Así, se admitió que el esclavo pudiera, en algunos supuestos excepcionales, impulsar el proceso cuando estuviera en discusión su estado de libertad adquirido mediante una justa manumisión. Por lo que hace a las personas *alieni iuris*, su situación mejoró gradualmente al serles otorgada a los hijos de familia la facultad, no sólo de demandar a terceros, sino también, en algunos casos, al propio *paterfamilias*.

En lo que atañe a la representación procesal, el derecho romano, reacio a aceptarla en materia de negocios jurídicos, mantuvo en gran medida este criterio cuando se trataba de que una perso-

na actuara por otra en la defensa de sus derechos. De tal suerte, con la vigencia de las acciones de la ley no se admitió la representación en juicio, dado que era exigencia del sistema que los litigantes comparecieran personalmente ante el magistrado cuando eran citados judicialmente. Empero, se reconoció validez a la gestión procesal si el representante obrara en interés del pueblo (*pro populo*); cuando estaba en juego la libertad del esclavo (*pro libertate*) y el *adsertor libertatis* la reclamaba en su nombre en la manumisión *per vindictam*; en el caso de la tutela, en el que el tutor accionaba como representante necesario del incapaz y en virtud de la *lex Hostilia*, que autorizaba a cualquier ciudadano a representar a otro que hubiera sido víctima de robo mientras se hallara prisionero o ausente de Roma por causa de la República.

Con el advenimiento del procedimiento formulario se mantuvieron estos casos excepcionales de representación, pero el avance de la legislación romana sacudió sus viejos moldes y dio cabida a representantes voluntarios; es decir, a personas que actuaban en el proceso por expresa designación de las partes en litigio. Aparecieron así el *cognitor* y el *procurator* como representantes judiciales; y como auxiliares de éstos o de las propias partes, los oradores (*oratores*) y los abogados (*advocati*).

El *cognitor* fue el representante judicial nombrado especialmente en el pleito frente al adversario, mediante el uso de palabras solemnes. El *procurator*, en cambio, era un mandatario que podía actuar en un solo asunto o representar al litigante en cualquier pleito, sin que su designación se realizara con formalidad alguna, sino con los requisitos simples del mandato. El *procurator* del demandante tenía que prestar caución personal para garantizar al demandado que su representado no intentaría una nueva acción igual a la que daba lugar al juicio (*cautio de rato*). También el demandado podía hacerse representar por *cognitor*, debiendo prestar una *cautio iudicatum solvi*; o por *procurator*, en cuyo caso a éste le correspondía prestar la referida caución. Debe advertirse que ni el *cognitor* ni el *procurator* ejercían representación directa, ya que ésta no fue admitida por la legislación romana como reiteradamente lo hemos señalado.

También podían intervenir en el litigio como auxiliares de las partes los oradores y los abogados. Los primeros eran ciudadanos que acompañaban a los contendientes o a sus representantes

con el fin de exponer ante el juez las razones que les asistían para litigar y convencerlo con sus alegaciones, basadas fundamentalmente en la elocuencia. Los abogados tenían la misión de asesorar a los litigantes, ya que no se trataba de retóricos sino de personas dotadas de conocimientos jurídicos. A pesar de que no intervenían en el debate, alcanzaron gran importancia en el Imperio bizantino, tanto que superaron a los propios jurisconsultos. La profesión de abogado estaba perfectamente reglamentada y se prohibía ejercerla a los impúberes, los sordos, los ciegos, los herejes, las mujeres y a los condenados a penas infamantes.

§ 234. La acción: sus clases. – En Roma la palabra acción (*actio*), que originalmente significaba acto (*actus*), era empleada en un doble sentido: en uno, formal, era el acto que abría el proceso, es decir, el instrumento de que se valían las partes para el logro de la tutela jurisdiccional; en otro, material, implicaba la reclamación de un derecho, traduciéndose en aquello que en el léxico jurídico moderno se llama "pretensión". Desde el punto de vista formal no hubo para los romanos una *actio*, sino *actiones* particulares con denominaciones diversas. Esta especial característica llevó a decir a Ihering que el derecho romano no conoció la "acción", pues a las relaciones jurídicas las iba dotando de distintas "acciones", máxime que por obra del pretor frecuentemente se creaban, con nuevas acciones, nuevos derechos. De ahí que, coincidentemente, Riccobono haya sostenido que el derecho romano no fue un ordenamiento de derechos subjetivos, sino más bien un sistema de acciones.

La definición típicamente romana de la acción concuerda con el sentido material de ella y se debe a Celso, quien dice que "la acción no es otra cosa que el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe" (*Actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur*) (Inst. 4, 6, pr. - Dig. 44, 7, 51). Esta definición caracterizaba sólo a las acciones personales, protectoras de los derechos creditorios, esto es, aquellas con las que se perseguía el pago de una deuda o, lo que es igual, el cumplimiento de una prestación (*dare facere, praestare, oportere*). El concepto de Celso omitía las acciones reales, con las que se tutelaban los derechos reales o derechos sobre las cosas, propias o ajenas.

Todo el tema relativo a las acciones fue en Roma el resultado de una pausada evolución y no hubo consenso entre los juriscon-

sultos clásicos respecto de su terminología y aun de su clasificación. Para Ulpiano la palabra *actio* se aplicaba a las acciones personales; *petitio*, a las reales, y *persecutio* para el caso del procedimiento extraordinario, como sería el cumplimiento de un fideicomiso. Papiniano coincide con Ulpiano en cuanto a la aplicación de los dos primeros términos, pero considera que *persecutio* era la denominación omnicomprensiva de ambos.

En lo que concierne a las distintas clases de acciones, siguiendo a las fuentes, debemos manifestar que la principal división es aquella que distingue las acciones en reales y personales (*summa divisio in dua genera deducitur, aut enim in rem sunt, aut in personam*) (Inst. 4, 6, 1).

La actividad jurisdiccional del Estado se desarrollaba por lo común en dos fases: la primera tendiente a afirmar la existencia del derecho y su lesión; la segunda, dirigida a la realización o reintegración del derecho reconocido. La mecánica procesal abarcaba, pues, dos aspectos y se distinguían, por tanto, un proceso de cognición y un proceso de ejecución. En el proceso de cognición podía intentarse la protección de un derecho real o de obligaciones. En el primer caso se ejercían las acciones reales (*actiones in rem*), ya que, al ser el derecho real una relación directa entre el titular y la *res* objeto de éste, el sujeto perseguía la tutela de esta relación dirigiéndose contra cualquiera que la obstaculizara indebidamente (*erga omnes*). Las acciones reales eran llamadas por los romanos *vindicationes*. Las acciones que amparaban una relación creditoria u obligacional se llamaban acciones personales (*actiones in personam*), porque la relación negocial generadora de obligaciones se daba entre el sujeto acreedor y el sujeto deudor, teniendo derecho el primero a ejercitar la acción para lograr del segundo el pago de la deuda. Las acciones personales se designaban con el término específico de *condictiones*.

El derecho romano conoció acciones que participaban tanto del carácter de las reales, como de las personales (*tam in rem quam in personam*); *in rem*, desde que perseguían la división de una cosa (*res*), *in personam* porque resolvían sobre las obligaciones de los comuneros (*praestationes*). Las acciones de esta índole se denominaron divisorias o mixtas (*mixtae causae*). Tales fueron la *actio communi dividundo*, destinada a obtener la división de la cosa común; la *actio familiae erciscundae*, concedida al

heredero para lograr la partición de la herencia, y la *actio finium regundorum*, con la que se perseguía el deslinde de dos heredades contiguas cuyos límites se encontraran confundidos.

Había acciones o juicios (*iudicia*) de derecho estricto (*stricti iuris*) o de buena fe (*bonae fidei*). En las primeras, el juez estaba constreñido a los hechos a los términos de la fórmula elevada por el pretor. En las segundas, gozaba de amplio arbitrio debiendo examinar todo lo concerniente a la relación de que se tratara en términos de equidad y, sobre la base de la buena fe. Acción de derecho estricto fue la *actio ex testamento*; de buena fe, las nacidas de la compraventa, la locación, el mandato, la gestión de negocios, etcétera.

Otra división distinguía particularmente las acciones derivadas de actos ilícitos –delitos y cuasidelitos– en penales, reipersecutorias y mixtas. Penales, las dirigidas al pago de una suma de dinero (*poena*) del doble, triple o cuádruple en concepto de resarcimiento por el daño causado, como la *actio furti* y la *actio iniuriarum*. Reipersecutorias, aquellas que perseguían la restitución de la cosa, tal la *condictio furtiva*. Mixtas, las que por el carácter acumulable de las acciones penales, posibilitaban demandar el pago de la *poena* y la restitución de la cosa, como la *actio legis Aquiliae*.

También las acciones se clasificaban en perpetuas, cuando la posibilidad de su ejercicio no se extinguía por el transcurso del tiempo, y temporales, que eran las que no podían ser interpuestas después de transcurrido cierto plazo que, por lo común, era de un año útil contado desde la fecha del hecho que había originado la acción. Las acciones civiles pertenecían a la primera clase, las honorarias a la segunda.

Había acciones directas y contrarias. En ciertos contratos, tal el caso del mandato, o en determinadas relaciones jurídicas, como la tutela, se concedía acción directa para demandar al principal obligado, por ejemplo, el mandatario o el tutor. Mas dado que en la relación podían surgir eventualmente obligaciones para la otra parte, como el pago de gastos que hubiere realizado en su gestión el obligado principal, se le otorgaba una acción contraria, cual era la que podía ejercitar el mandatario contra el mandante o el tutor contra el pupilo.

Se conocían igualmente acciones populares y privadas. Las primeras eran ejercitables por cualquier ciudadano en defensa de un interés público o hasta de un interés privado considerado digno de protección, como ocurría con la *actio legis Plaetoriae*, que podía hacer valer toda persona que conociera de una actitud fraudulenta destinada a perjudicar patrimonialmente a un menor púber. Las segundas eran las que correspondían exclusivamente a quienes acudían en defensa de sus propios derechos subjetivos.

Otra clasificación diferenciaba las acciones simples, de las dobles. Por principio, en los juicios el actor formulaba una reclamación contra el demandado y el juez condenaba o absolvía a éste. En este caso se trataba de juicios (*iudicia*) o acciones simples. Había litigios, sin embargo, en que ambas partes representaban al mismo tiempo y recíprocamente el papel de actor y demandado, lo que hacía que el juez pudiera condenar o absolver a cualquiera de las partes o determinar el objeto de la condena según las pretensiones de aquéllas. En este supuesto se daban las acciones o juicios dobles (*iudicia duplicia*), como ocurría en las acciones divisorias.

Encontramos, asimismo, en consideración a su origen, las acciones civiles y las honorarias o pretorianas. Las primeras eran reguladas por el derecho civil (*in ius conceptae*) y tendían a hacer valer relaciones tuteladas por el *ius civile*. Las segundas, en cambio, se originaban en la *iurisdictio* de los magistrados que gozaban del *ius edicendi*, como el pretor y los ediles, y se las concedía para protección de relaciones no comprendidas en el *ius civile* o no tuteladas debidamente por tal ordenamiento jurídico. De particular relieve, por lo que contribuyeron a la formación del derecho honorario –merced al papel que jugó el pretor en el procedimiento civil romano–, fueron las distintas clases de acciones que creaba el *imperium* del magistrado. Entre estas acciones debemos citar las *actiones in factum*, las *utiles* y las *ficticiae*.

En ciertos supuestos, al pretor le era imposible asimilar por analogía situaciones no previstas a otras ya existentes. Ello lo impulsó a crear nuevas acciones, las que para indicar que no estaban fundadas en una regla de derecho (*in ius conceptae*), sino en la autoridad del magistrado y que se daban por el hecho (*in factum conceptae*), se denominaron *in factum actiones*.

Cuando el pretor se valía de acciones civiles ya reconocidas, extendiéndolas fuera de su campo propio para aplicarlas a situaciones análogas a aquellas para las cuales se habían constituido, creaba las llamadas acciones útiles. Así, mientras la acción de daño –*actio legis Aquiliae*– operaba en relación al daño inferido a cosas corporales con el esfuerzo muscular del autor (*damnum corpore corpori illatum*), el pretor creó una *utilis actio legis Aquiliae* ejercitable por el daño causado *non corpore*.

Finalmente, se llamaban acciones ficticias aquellas mediante las cuales el pretor, para hacer posible la aplicación de una acción ya existente a otra relación nueva, fingía la existencia en esta relación de un elemento que faltaba; por ejemplo, el transcurso del término de la *usucapio* cuando en realidad no se había cumplido, en la acción Publiciana.

Reconoció también el derecho romano las llamadas acciones prejudiciales (*praeiudicia*), en las que por intentarse en procesos de mera verificación, generalmente dirigidos a fijar los presupuestos de un juicio futuro, no figuraba en la fórmula la *condemnatio*.

A consecuencia del inconveniente que implicaba la condena pecuniaria en aquellos juicios en que se demandaba la restitución o exhibición de una cosa determinada, acostumbró el magistrado anteponer a las acciones que perseguían tales objetivos –restitución o exhibición– una cláusula por cuyo medio el juez sólo condenaría a pagar una suma de dinero si no prosperase la orden que él impartía al demandado de restituir o exhibir (*nisi restituat, nisi exhibeat*). Las acciones en las que se insertaba semejante cláusula se denominaron "arbitrarias" (*actiones arbitrariae*). Pertenecían a esta categoría la *actio Publiciana*, la *quasi Serviana* o hipotecaria, la *actio ad exhibendum*, las que se intentaban por causa de violencia o dolo (*metus*, *dolus*), etcétera.

§ 235. **Extinción de las acciones.** – Causas de extinción de las acciones, entre las que unas operaban *ipso iure* y otras *exceptionis ope*, fueron: la cosa juzgada (*res iudicata*), la *litis contestatio*, la prescripción, el concurso de acciones (*concursus actionum*), el *pactum de non petendo*, el juramento y, en algunos casos, la muerte de cualquiera de los litigantes.

Hacemos notar, siguiendo la opinión de Bonfante, que parece ilógico hablar de extinción de la acción, ya que siendo ésta el

momento dinámico del derecho, con más propiedad deberíamos hablar de extinción de los derechos, dentro de los cuales la acción subyace. No obstante, hay hechos jurídicos que ejercen su influencia directamente sobre la *actio*, de manera tal, que sólo como consecuencia de la falta de acción cesa también el derecho subjetivo que ella tutela.

Entrando a las causas de extinción de las acciones debemos decir que la cosa juzgada –*res iudicata*– provocaba en el derecho clásico la extinción *ipso iure* de la acción en los *iudicia legitima*, cuando se ejercitaban *actiones in personam* e *in ius conceptae*, siendo menester, en cambio, la interposición de la *exceptio rei iudicatae* en el *iudicium quod imperio continens* y en los juicios legítimos en que se intentaran acciones reales o *in factum*. En el derecho justinianeo la cosa juzgada, como causa extintiva de la acción, sólo se pudo hacer valer *per exceptionem*. Digamos, por fin, que el efecto de la *res iudicata*, al introducirse en el procedimiento cognitorio el recurso de apelación (*appellatio*), se reservó para las sentencias definitivas, no para las de mero trámite (*interlocutiones*).

La *litis contestatio*, que como veremos era la etapa procesal con que se cerraba la fase *in iure* del litigio, al entrañar un acuerdo arbitral de las partes por el cual decidían someterse a la sentencia que dictara el juez, producía la extinción de la acción interpuesta, independientemente de que el juicio llegara o no a fallarse. Este efecto consuntivo de la *litis contestatio* impedía al actor iniciar una demanda fundada en otra acción con igual causa (*bis de eadem re ne sit actio*). La consunción procesal se operaba *ipso iure* cuando se trataba de un *iudicium legitimum* en el que se hubiera ejercitado una acción personal; en tanto, si la acción era real o personal de derecho honorario o el *iudicium quod imperio continens*, la extinción de la acción debía hacerse valer por medio de la *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*.

La prescripción fue el instituto jurídico en virtud del cual la acción, mejor dicho, todo derecho se extinguía después de transcurrido el tiempo establecido por la ley. La acción civil fue en los orígenes perpetua; la acción pretoria era limitada en el tiempo, por lo común un año útil. El diverso carácter de una y otra hizo nacer el distingo entre acciones perpetuas, para las de derecho civil, y temporales, para las de derecho honorario.

La prescripción extintiva de las acciones apareció en Roma en la época imperial para la categoría de las *actiones in rem* a través de la *exceptio* o *praescriptio longi temporis*, que se otorgaba al poseedor con buena fe y justo título de un fundo provincial, frente a la inacción del propietario durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes. Tal institución fue el punto de partida del principio general consagrado por Teodosio II, que estableció un plazo de treinta años para la prescripción de todas las acciones que no tuviesen señalado ya un tiempo más breve. Característica de esta prescripción teodosiana (*praescriptio triginti annorum*) fue que extinguía la acción, pero no el derecho, al menos el derecho real.

Se producía el concurso o acumulación de acciones cuando de un mismo hecho jurídico nacían varias acciones encaminadas a un mismo fin, de modo que, eligiendo una para ejercitarla, se extinguía la acción concurrente (*altera electa alteram consumi, altera actio alteram peremit*). En este supuesto importaba saber si era dable ejercer todas las acciones (concurso cumulativo) o una de ellas (concurso electivo). En orden a las acciones reipersecutorias, era tendencia general rechazar la acumulación. Dos acciones penales eran acumulables entre sí, como cabía también acumular una acción penal a una reipersecutoria. No obstante, este principio fue atenuado en el derecho clásico. Con el derecho justinianeo el ejercicio de una acción excluía el de las demás hasta el límite de la concurrencia efectiva. Ejercitada una acción, se podía intentar la otra para conseguir la plena satisfacción.

El *pactum de non petendo*, modo de extinción de las obligaciones que cumplía una función liberatoria de remisión o condonación de una deuda, fue otra causa de extinción de las acciones. Daba lugar a la *exceptio pacti conventi* para el caso de que el acreedor pretendiera exigir judicialmente el cumplimiento de la prestación condonada. Esta excepción podía ser perentoria o dilatoria, según se hubiera convenido no pedir nunca el pago de la deuda o hacerlo dentro de un determinado plazo.

Otra causa de extinción de las acciones fue el llamado juramento voluntario (*iusiurandum voluntarium*) que tenía lugar cuando las partes en pleito se prestaban a dirimirlo haciéndolo depender de la fe del juramento de una de ellas. Este pacto producía siempre a favor del litigante que hubiera jurado la *exceptio*

iurisiurandi para enervar el ejercicio de la acción que por el juramento había quedado extinguida.

La muerte del sujeto implicaba, por lo común, la transmisión a sus herederos de los derechos y acciones de que el causante era titular. Empero, había ciertas acciones que se extinguían por el fallecimiento del sujeto. Así, no se podían dirigir contra los herederos las acciones penales y las mixtas, sino en la medida del enriquecimiento, ni las llamadas *actiones vindictam spirantes*. Eran también activamente intransmisibles las que perseguían una reparación moral más bien que pecuniaria, como la acción de injurias, la de revocación de una donación por ingratitud del donatario, la querella de inoficiosidad de testamento, etcétera.

Título II

DISTINTOS PROCEDIMIENTOS CIVILES

§ 236. Procedimiento de las acciones de la ley. – El más primitivo procedimiento civil que se aplicó en la vida jurídica romana fue el de las acciones de ley. Las *legis actiones* eran, como ya lo señalamos, actos jurídicos formales consistentes en solemnidades verbales y ritos simbólicos con los que en el antiguo ordenamiento normativo de Roma se iniciaba un procedimiento contencioso que tendía a dirimir un litigio judicial o un procedimiento ejecutivo destinado a lograr la efectividad de un derecho.

Las acciones de la ley, uno de los sistemas procesales constitutivos del *ordo iudiciorum privatorum*, presentaban las siguientes características. Sólo tutelaban los derechos subjetivos nacidos al amparo del *ius civile* y, por ende, su ejercicio estaba reservado exclusivamente a los ciudadanos romanos en la ciudad de Roma o a una milla en derredor de ella. El proceso se dividía en dos instancias distintas: una, ante un magistrado romano competente (*in iure*); otra, ante un juez privado (*in iudicio* o *apud iudicem*). Constituía un *iudicium legitimum* y por ello sólo podían ejercitarse aquellas acciones de la ley expresamente consagradas por las XII Tablas (*nulla actio sine lege*). Era esencialmente solemne, de ahí que las fórmulas orales que integraban su contenido debían conformarse a los términos expresos prescriptos por la ley, bajo pena, para las partes, de pérdida del litigio (*causam cadere*).

En las acciones de la ley el procedimiento contencioso o de cognición podía plantearse y resolverse mediante el ejercicio de tres acciones que constituían otras tantas clases de *legis actiones*. Ellas fueron: la acción de la ley por apuesta sacramental (*legis actio per sacramentum*); la acción de la ley por petición de juez o árbitro (*legis actio per iudicis arbitrive postulationem*) y la acción de la ley por emplazamiento o denuncia (*legis actio per condictionem*).

Estas acciones tenían carácter declarativo, ya que mediante su ejercicio el accionante pretendía el reconocimiento judicial del derecho por él invocado. Otras dos: la acción de la ley por aprehensión corporal (*legis actio per manus iniectionem*) y la acción de la ley por toma de prenda (*legis actio per pignoris capionem*), tenían carácter ejecutivo, ya que eran formas particulares de ejecución que el actor obtenía con una sentencia favorable o una confesión del demandado.

Al explicar el proceso en su etapa *in iure*, estudiaremos las *legis actiones* de carácter declarativo, en tanto que analizaremos las ejecutivas al tratar los procedimientos de ejecución de la sentencia, como culminación de la instancia *apud iudicem*.

a) ***Instancia "in iure" en las acciones de la ley.*** Esta primera fase del proceso se iniciaba con un llamamiento intimatorio (*ius vocatio*) para comparecer ante el magistrado, que formulaba el actor al demandado. Si éste no concurría inmediatamente ni ofrecía un sustituto (*vindex*), desde la Ley de las XII Tablas se autorizaba al demandante a llamar testigos y a recurrir al empleo de la fuerza para obligar al demandado a apersonarse. Una vez presentes las partes ante el magistrado y oída la pretensión del actor, se comprometían a comparecer otro día para iniciar el litigio. Esta promesa recibía el nombre de *vadimonium*, en razón que el demandado aseguraba su comparecencia con fiadores llamados *vades*.

Cabe hacer notar que la incomparecencia del demandado en la etapa *in iure* no daba lugar a lo que en el lenguaje procesal moderno se denomina "proceso contumacial" o en "rebeldía", ya que la participación del actor y el reo era imprescindible para que hubiera *iudicium*. Si el demandado no comparecía o no se defendía (*indefensus*), el magistrado autorizaba la toma de posesión de sus bienes por el actor o entregaba a éste la cosa litigiosa. La inconcurrencia de cualquiera de los contendientes en la fase *in iudicio*, producía necesariamente el fallo a favor del litigante compareciente.

Presentes las partes *in iure* el actor hacía conocer su demanda y solicitaba el otorgamiento de la acción (*editio actionis*). Ante ella el demandado podía adoptar las siguientes actitudes: *a*) solicitar un aplazamiento prometiendo asistir de nuevo con garantía de

un tercero (*vades*); *b*) contestar allanándose a la demanda (*confessio in iure*); *c*) atender el juramento deferido por el demandante (*iusiurandum in iure delatum*), reconociendo o no la existencia del derecho; *d*) oponerse a las pretensiones del actor.

1) ***"Legis actio per sacramentum".*** El procedimiento contencioso más antiguo de Roma que nos es conocido, se ejercitaba por medio de una acción general, la *legis actio per sacramentum* con sus dos modalidades: *in rem* e *in personam*. El *sacramentum in rem* era aplicable para la *vindicatio*, esto es, para el proceso en que ambas partes litigaban sobre el dominio de una cosa o de una persona. En este procedimiento se discutían derechos absolutos, como la propiedad sobre esclavos o cosas, el derecho hereditario, la libertad de las personas, la patria potestad, la *manus* sobre la mujer casada o el *mancipium* sobre los hijos de familia enajenados. El *sacramentum in personam* procedía en las contiendas jurídicas en las que se demandaba la efectividad de derechos de obligaciones, es decir, el cumplimiento de una prestación debida por el accionado.

El *sacramentum*, propio de la acción que estudiamos, era una especie de apuesta consistente en una suma de dinero fija que ambas partes depositaban (*suma sacramenti*). La sentencia debía decidir si el *sacramentum* era *iustum*, para lo cual era indispensable resolver la cuestión previa que había dado lugar a la apuesta sacramental. La parte vencida perdía la suma por ella depositada en favor del tesoro público. Era una especie de pena procesal.

2) ***"Legis actio per iudicis arbitrive postulationem".*** Esta acción de la ley fue extraña a la práctica del *sacramentum*. Se aplicaba a determinadas acciones personales, como las *actiones ex sponsione*, las derivadas de la *stipulatio*, la *actio familiae erciscundae* y la *communi dividundo*. A la afirmación de su derecho realizada por el actor o a la oposición a ella formulada por el demandado, aquél invitaba al pretor, con una fórmula solemne (*praetor iudicem arbitrumve postulo uti des*), a que designara un *iudex* o un *arbiter* a fin de resolver el pleito.

3) ***"Legis actio per condictionem".*** Fue una acción de aparición posterior a las antes mencionadas, que prescindía también del *sacramentum*. Introducida por una *lex Sylia* para los créditos consistentes en una suma de dinero (*certa pecunia*), fue extendida

por la *lex Calpurnia* a créditos de cosas determinadas (*certa res*). Por esta acción el actor no estaba obligado a exponer las razones de su demanda y se limitaba a pedir la comparecencia del accionado por treinta días para designar al juez. Esta *legis actio* habría sido el antecedente de la *condictio*, la acción personal por excelencia.

b) ***Instancia "in iudicio" en las acciones de la ley. Ejecución de la sentencia.*** Con la *litis contestatio* terminaba el trámite de la etapa *in iure*. Se trataba de un contrato arbitral que seguía a la formulación de la demanda y que se realizaba en presencia de testigos. En virtud de este acuerdo actor y demandado se comprometían ante el magistrado a someter el pleito a la decisión (*sententia*), que debía emitir un juez privado (*iudex* o *arbiter*). De esta manera, celebrada la *litis contestatio*, las partes tenían que comparecer ante el juez, teniendo lugar con ello la apertura de la etapa *in iudicio*, dentro de la cual se ofrecían y producían las pruebas, se presentaban las alegaciones y se pronunciaba la sentencia.

De la *litis contestatio* y de sus importantes efectos jurídicos, trataremos al estudiar el procedimiento formulario, lo mismo que de la fase *in iudicio* del proceso, que no varió sustancialmente cuando este nuevo sistema procesal civil vino a reemplazar al de las acciones de la ley. Nos detendremos en esta parte a explicar lo concerniente a la ejecución de la sentencia, a lo que era menester llegar cuando el condenado no cumplía con la decisión del juez. Para lograr tal efecto se utilizaban las ya mencionadas acciones ejecutivas, esto es, la *manus iniectio* y la *pignoris capio*.

1) ***"Legis actio per manus iniectionem".*** Esta acción ejecutiva, por sus características, fue un resabio de la venganza privada, que después se tradujo en la aprehensión corporal del deudor. La *manus iniectio*, al principio, se aplicaba a dos situaciones procesales: la del *iudicatus*, es decir, la del demandado que, habiendo negado el derecho del actor, era condenado por el juez y la del *confessus*, que se presentaba cuando el demandado había reconocido la pretensión del demandante mediante confesión expresa. Con el tiempo, la acción se hizo extensiva a determinados créditos regulados por leyes especiales a los que se quiso dotar de fuerza ejecutiva, al punto que pudieran ser intentados sin sentencia pre-

via de reconocimiento, como ocurrió con los sancionados por la *lex Publilia de sponsoribus*.

En el proceso de las *legis actiones* la sentencia sólo podía contener la condena o la absolución del demandado. Si había condena, tratándose de *actiones in rem*, parece que la ejecución de la sentencia se garantizaba por medio de fiadores (*praedes*), que al comienzo del proceso se constituían en responsables de la restitución de las cosas y sus frutos. En las *actiones in personam* se usaba la *manus iniectio* como modo de ejecución personal sobre el deudor.

Quien había sido condenado a pagar una suma de dinero, después de treinta días de espera era llamado a juicio por el acreedor y si no prestaba garantía era asignado (*adictus*) por el pretor al mismo acreedor, quien adquiría un poder sobre el ejecutado. Si después de sesenta días nadie lo rescataba, se le podía dar muerte o reducirlo a la condición de esclavo para ser vendido *trans Tiberim*. Este riguroso procedimiento de ejecución fue atenuado con la sanción de la *lex Poetelia Papiria*, que prohibió el encadenamiento, la venta y el derecho de dar muerte a los deudores, a la vez que establecía que en adelante éstos responderían de sus obligaciones, no con sus cuerpos, sino con sus bienes que se constituyeron en la prenda común de los acreedores.

2) ***"Legis actio per pignoris capionem"***. Fue la *legis actio per pignoris capionem* la otra acción ejecutiva del procedimiento de las acciones de ley. Autorizaba al acreedor a apoderarse de alguna cosa del deudor para satisfacer con ella su crédito, importando una suerte de "embargo" realizado por el acreedor por propia mano, sin intervención de autoridad alguna (Gayo, IV, 26, 27, 28, 29).

Aunque algunos autores han pretendido ver en la acción de la ley por "toma de prenda" el germen de un procedimiento patrimonial, la mayoría se inclina a sostener que la aprehensión de la cosa tendía a compeler coactivamente al deudor a cumplir con la prestación que había asumido. Se la ejercía, pues, a título de pena para presionar al deudor a satisfacer la obligación contraída, ya que el acreedor que había tomado la cosa en prenda no podía servirse de ella, sino retenerla en su poder hasta que el deudor la rescatara, haciendo el pago. Llegó a admitirse incluso, que el

acreedor pudiera destruir la cosa como castigo por la falta de cumplimiento.

§ 237. **Procedimiento formulario.** – Tuvimos ocasión de señalar que el procedimiento formulario constituía el sistema procesal propio de los períodos preclásico y clásico y que al ser abolidas las acciones de la ley por una *lex Iulia iudiciorum privatorum*, de tiempo del emperador Augusto, el empleo de las fórmulas sirvió para hacer valer toda clase de pretensiones.

La rigidez y el exagerado formalismo de las *legis actiones*, la importancia siempre creciente del extranjero en la población romana y la complejidad de las nuevas relaciones jurídicas, exigían una tutela procedimental más ágil y práctica. Tales factores habrían sido causa de que en virtud de una *lex Aebutia*, de alrededor del año 130 a. de C., se introdujera en el procedimiento civil romano la práctica de las fórmulas escritas presentadas por las partes para reemplazar a las rígidas fórmulas verbales del procedimiento de las acciones de ley.

Las fórmulas eran breves escritos que el magistrado transmitía al juez para que tuviera una orientación en el modo de decidir el litigio. Al magistrado sólo le cabía aceptar o rechazar la fórmula aportada por los contendientes, otorgando la acción (*actionem dare*) que permitiera abrir el *iudicium* o negándola (*actionem denegare*), cuando a su juicio el caso no mereciera tutela procesal. El procedimiento *per formulam* tuvo su origen en el *ius honorarium* y en el *ius gentium*. El pretor, con un papel decisivo en el proceso, antes negado en las antiguas acciones de la ley, fue quien imprimió un nuevo rumbo al ordenamiento procesal romano, y valiéndose de su poder jurisdiccional pudo llevar a cabo su trascendental obra de reforma del añoso *ius civile*.

No obstante, el sistema de las fórmulas se mantuvo dentro de los moldes civilísticos, sustituyendo la fórmula verbal por la escrita. Así, estaba subordinado a los siguientes requisitos: debía tramitarse en Roma o a una milla alrededor de ella; los litigantes y el juez tenían que ser ciudadanos romanos y el tribunal estar constituido por un juez único (*iudex* o *arbiter*). Sólo el proceso que cumpliera tales exigencias era *iudicium legitimum*. Contrariamente, el juicio en que intervenían extranjeros, o que se celebraba fuera de Roma, o que se sustanciaba ante el pretor peregri-

no, con intervención de un tribunal colegiado (*recuperatores*), se denominaba *iudicium imperio continens*.

a) ***Instancia "in iure" en el procedimiento formulario.*** Ante el magistrado se abría la instancia *in iure*, al igual que en las *legis actiones*, con la *in ius vocatio*, o comparecencia del demandado, que se hacía efectiva por el propio actor. En caso de que aquél no aceptase los términos del llamamiento a comparecer, se autorizaba al demandante a llamar testigos y recurrir al empleo de la fuerza, obligándolo a apersonarse, lo cual no obstaba para que el demandado ofreciera un sustituto (*vindex*). Si no comparecía o aseguraba la comparecencia por medio del *vindex*, se lo tenía por *indefensus*.

Presentes las partes *in iure*, el actor hacía conocer el objeto de la demanda y solicitaba del magistrado el otorgamiento de la correspondiente acción (*editio actionis*). Si el magistrado comprobaba que la demanda era digna de tutela, acordaba la *actio*; caso contrario denegaba la petición, actitud que asumía también cuando el demandante no había expuesto con exactitud los hechos, o cuando no se hallaba debidamente legitimado, supuesto que podía presentarse si la acción era interpuesta por quien carecía de acción para ejercitarla (*legitimatio activa*), o si la hacía valer contra persona distinta de la que había violado el derecho que daba lugar a la demanda (*legitimatio passiva*). El pretor debía escuchar igualmente al demandado al que le cabía, ya oponerse a las pretensiones del actor, ya alegar ciertas circunstancias –excepciones– que podían enervar o paralizar la acción interpuesta.

Oídos los contendientes, el magistrado redactaba la fórmula escrita, señalando quién era el juez designado e indicándole las pruebas que debía recibir, a la vez que lo facultaba a dictar la sentencia de condena o absolución del demandado. La fórmula era, pues, una suerte de programa procesal que cerraba la instancia *in iure* del juicio en el momento de la *litis contestatio*, que conserva la misma denominación, aunque ya no se utilicen testigos, como ocurría en el procedimiento de las acciones de la ley.

Dentro de la etapa *in iure* cabía la celebración de ciertos actos procesales que interesaban a los litigantes por sus importantes consecuencias. Tales fueron las *interrogationes*, el *iusiurandum*, la *confessio* y algunas *cautiones*.

Las *interrogationes in iure* podían plantearse para exigir al demandado que manifestara, si se presentaba en él, una situación de hecho necesaria para que la demanda estuviese fundada en derecho. Tal podía ocurrir, cuando reclamándose un crédito contra una persona fallecida, se interrogaba al accionado para que contestara si era verdaderamente heredero de aquélla y en qué proporción. El *iusiurandum in iure*, o juramento necesario, se daba cuando se remitía la decisión del litigio al resultado del mismo, en lugar de someterlo al pronunciamiento del juez. El demandado podía deferirlo al actor, en cuyo caso si éste juraba, tal hecho equivalía a una sentencia ejecutiva dictada a su favor. En caso de negativa, el demandado era quien ganaba el pleito al lograr su absolución.

La *confessio in iure* del demandado, esto es, el reconocimiento de las pretensiones del actor, hacía concluir el pleito y tenía el valor de cosa juzgada. Traía aparejado, consecuentemente, el procedimiento de ejecución, ya directamente, ya pasando antes por el trámite de la liquidación en dinero (*arbitrium litis aestimandae*). Las *cautiones in iure*, que se prestaban cuando los litigantes actuaban valiéndose de representantes judiciales, eran fianzas que el pretor hacía que aportasen las partes para que asegurasen determinados aspectos del resultado del juicio. Entre ellas podemos citar la *cautio de rato*, en el caso de que el actor actuase por medio de un *procurator*, el que debía garantizar que su representado no intentaría una acción igual a la que había dado lugar el litigio; la *cautio iudicatum solvi*, por la cual se aseguraba en ciertos casos el cumplimiento de la sentencia y la *cautio pro praedes litis et vindiciarum*, por cuyo intermedio se afianzaba la devolución por el demandado de la cosa en litigio y sus frutos, en caso de que fuera condenado.

1) ***La fórmula: partes ordinarias y extraordinarias.*** El procedimiento formulario tuvo en la fórmula la razón de ser y la denominación del sistema. La tutela jurídico-procesal que importaba la *actio* se concretaba plásticamente, al decir de Arias Ramos, durante toda la época clásica del procedimiento civil romano, en la fórmula.

Constituía una breve orden escrita con la que el magistrado clausuraba la etapa *in iure* del proceso, señalándole al juez un imperativo de condenar al demandado condicionado a la comproba-

ción de un determinado supuesto planteado por el actor, o de absolver, en caso contrario.

Contenía un conjunto de cuestiones fácticas y jurídicas cuya solución dependía de la sentencia que se pronunciara. Este programa del proceso se expresaba en una sola frase, cuya redacción obedecía a determinados principios. Cada *actio* tenía su fórmula propia y para la gran masa de acciones admitidas por el derecho romano había en el edicto del magistrado fórmulas tipos, de modo que el actor, en su *editio actionis*, podía referirse al texto de la que se adaptara mejor a su caso. Lo mismo ocurría con las *exceptiones* y otros medios jurídicos, representados también por sus correspondientes modelos en el edicto.

La fórmula se iniciaba con el nombre del juez que los contendientes decidieran nombrar. A tal designación (*iudicis datio*), le seguían partes ordinarias, o sea, aquellas que eran necesarias en la clase de acción de que se tratara, y extraordinarias, es decir, las que podían agregar los litigantes cuando se dieran ciertas circunstancias especiales. Partes ordinarias de la fórmula fueron: la *demonstratio*, la *intentio*, la *adiudicatio* y la *condemnatio*. Partes extraordinarias: la *exceptio* y la *praescriptio*.

La *demonstratio* era aquella parte que encabezaba las fórmulas con *intentio incerta*, y tenía por finalidad concretar más detalladamente la acción del actor a través de las circunstancias de hecho que podían fundamentarla.

La *intentio* constituía la parte fundamental de la fórmula, ya que en ella se fijaba la pretensión del demandado, esto es, el fundamento y objeto de la *actio*, que podía consistir en un *certum* o en un *incertum*. Había *intentio certa* cuando se reclamaba una suma cierta de dinero o el derecho de propiedad sobre una cosa determinada, en tanto que era *incerta*, si se perseguía una prestación indeterminada o incierta, como cuando el actor demandaba una indemnización cuyo monto debía resultar de los elementos probatorios aportados al litigio.

La *adiudicatio* se insertaba en la fórmula cuando se ejercían las acciones divisorias de partición de herencia (*familiae erciscundae*) y de división de condominio (*communi dividundo*), así como la acción de deslinde (*finium regundorum*). Por tales acciones el juez adjudicaba la cosa común o los derechos que sobre ella co-

rrespondieran a los litigantes. La *adiudicatio* constituyó un modo de adquisición de la propiedad *ex iure quiritium*.

La *condemnatio* concedía al juez la facultad de condenar o de absolver. La condena en el procedimiento formulario tenía siempre por objeto una suma de dinero y en tal caso la *condemnatio* de la fórmula era *certa*, siendo *incerta* cuando se facultaba al juez para que determinara la suma mediante estimación. La *condemnatio* sólo podía faltar cuando se ejercitaban acciones declarativas, como podía ser la de filiación legítima.

La *exceptio* era la parte extraordinaria de la fórmula que, a diferencia de las ordinarias usadas por el actor, servía como medio de defensa al demandado. Cuando se daban ciertas circunstancias de carácter fáctico que podían conducir a la absolución del demandado si las alegaba éste, pedía al juez que insertara en la fórmula una *exceptio*. Interpuesta tal defensa el juez debía condenar, si la hipótesis prevista en la *intentio* era veraz y absolver, en caso de que el demandado probara las circunstancias de hecho que señalaba en la *exceptio*. Nació con este recurso procesal uno de los más eficaces instrumentos de que se valió el pretor para cumplir su misión de ayudar, suplir o corregir el derecho civil (*...adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia...*), ya que esta defensa, proveniente del *ius praetorium*, paralizaba o enervaba las acciones basadas sobre relaciones que el *ius civile* protegía, pero que el derecho pretorio juzgaba inmerecedoras de tutela jurídica.

El derecho romano conoció diversas clases de excepciones, siendo la distinción de ellas de gran importancia para el estudio de la evolución de las instituciones jurídicas romanas.

Basado en un cierto paralelismo con la clase de acciones *in ius* e *in factum conceptae*, algunos autores llamaron excepciones *in ius conceptae* a las que planteaban una cuestión de derecho, como la *exceptio pacti*, y excepciones *in factum conceptae* a las que se limitaban a alegar determinados hechos que el pretor estimaba dignos de protección, como la *exceptio rei venditae et traditae*. Otra distinción fue la de *exceptiones civiles*, cuando eran otorgadas por normas del derecho civil, como la *exceptio legis Cinciae* y *exceptiones praetoriae*, cuando se debían exclusivamente a la actividad del pretor, como la *exceptio pacti* y la *exceptio rei venditae et traditae*.

Había también excepciones perentorias o perpetuas y dilatorias o temporales. Las primeras eran aquellas que podían ser opuestas en cualquier momento en que el demandante interpusiera la acción, lográndose neutralizar definitiva y perpetuamente la demanda, como ocurría con la excepción de cosa juzgada (*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*). Las segundas, en cambio, eran defensas que sólo tenían validez temporal, por lo cual paralizaban la acción del demandante por un tiempo determinado, como acaecía con la de pacto de no pedir (*pactum de non petendo*) que podía interponerse durante el plazo convenido por las partes.

Se conoció asimismo una distinción de origen justinianeo, entre excepciones *in rem*, que podían ser opuestas contra cualquier demandante que interpusiera una acción proveniente de determinada relación jurídica, como la *exceptio metus*, y excepciones *in personam*, que sólo era dable intentarlas frente a la acción deducida por una persona determinada, como la *exceptio doli*.

Digamos, por último, que del mismo modo que el demandado podía oponerse a la *actio* haciendo valer una *exceptio*, le estaba permitido al demandante defenderse contra la *exceptio*, añadiendo a la fórmula una réplica (*replicatio*). Mas, si la réplica perjudicaba al demandado, éste podía adicionar a la fórmula una dúplica (*duplicatio*), sin que ello obstara para que el demandante pudiera añadir una tríplica (*triplicatio*). A estas especies de excepciones alude Gayo en sus Institutas, pero se presume que no debió usarse en Roma con frecuencia un mecanismo procesal tan complicado.

La *praescriptio* era la otra parte extraordinaria de la fórmula que figuraba al principio de ella (*prae scribere*), antes de la *demonstratio* y de la *intentio*. Tenía por objeto instruir al juez para que apreciara ciertas circunstancias que en el supuesto de comprobarse su existencia, si no fueran tenidas en cuenta por el sentenciante, se llegaría a un veredicto injusto o perjudicial, ya para el actor, ya para el demandado. Las que se insertaban a favor del actor se denominaban *praescriptiones pro actore*; en cambio, las incluidas a favor del demandado se llamaban *praescriptiones pro reo*. Las primeras, se articulaban para precisar la calidad en que el demandante actuaba, aclarando así la demanda y evitando los efectos excluyentes de la *litis contestatio*. Las segundas, ac-

tuaban como medio de defensa del demandado y tenían por efecto enervar la acción del adversario, sin necesidad de discutir el fondo del asunto. En época de Gayo dejaron de aplicarse las *praescriptiones pro reo*, pues todas se asimilaron a las *exceptiones*, que quedaron así como la defensa típica que podía hacer valer el accionado para paralizar los efectos de la acción intentada por el actor.

2) ***La "litis contestatio": sus efectos.*** Cuando de los actos procesales celebrados ante el magistrado en la instancia *in iure* resultaba que la *actio* o en su caso la *exceptio*, habían sido fijadas en su especie y contenido, se llegaba a la determinación de la cuestión litigiosa. El objeto del juicio se indicaba en la fórmula, que traía el programa procesal según el cual iba a desarrollarse el litigio, es decir, las cuestiones sobre las que el juez tenía que admitir las probanzas y decidir la controversia mediante sentencia.

En ese momento el magistrado, por decreto, atribuía al juez o tribunal la facultad de dirimir la contienda enunciada en la fórmula. Se cerraba entonces la fase *in iure* del proceso con el acuerdo arbitral de las partes de someterse a la sentencia que emitiera el juzgador. Este acto de sumisión de los litigantes, que importaba un contrato formal celebrado por ellos mismos, como dice Wenger, era llamado desde antiguo *litis contestatio*. Producía importantes consecuencias jurídicas de orden procesal y otras que interesaban incluso al derecho sustantivo que se pretendía hacer valer con la demanda.

En el aspecto procesal vinculaba a las partes y la sentencia con que el juicio debía concluir obligaba a ambas. Fijaba, además, los términos del proceso y por tal virtud ninguno de sus elementos –partes, objeto y causa– podía sufrir alteraciones. La *litis contestatio* producía también un efecto consuntivo o preclusivo en orden a la acción interpuesta, ya que no era posible que el demandante pudiera hacer valer de nuevo la misma acción, independientemente de que el juicio se llegara o no a fallar. Esta consecuencia impedía al actor promover otra acción con igual causa (*bis de eadem re ne sit actio*). La consunción procesal, como vimos, se operaba *ipso iure* cuando se trataba de un *iudicium legitimum*, que versara sobre una *actio in personam*; en cambio, si la acción era real o personal de derecho honorario, o el *iudicium*

quod imperio continens, la extinción de la la acción debía hacerse valer por medio de la *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*.

Desde el punto de vista del derecho sustantivo, la *litis contestatio* tenía un efecto creador, porque a la vez que extinguía la relación de derecho material que había dado origen a la acción interpuesta, hacía nacer, por el acuerdo arbitral, una nueva que reemplazaba a la anterior. Modificaba así la situación de las partes y llegaba, en las *actiones in personam*, a producir una novación necesaria. Al extinguirse la pretensión del *dare*, *facere*, *praestare*, *oportere*, propio de las acciones personales, para ser sustituida por un *condemnari oportere*, se presentaban las notas características de la novación, instituto en el que, como lo señalamos, a la extinción de la antigua obligación seguía el nacimiento de otra nueva.

Este efecto novatorio de la *litis contestatio* tenía importantes consecuencias jurídicas en caso de error en la demanda. Tal error podía consistir en una *minus petitio* o en una *plus petitio*. En este segundo caso había que distinguir: la *plus petitio re*, en la que el actor se había excedido en la cantidad pedida; la *plus petitio tempore*, si la reclamación se efectuaba antes de tiempo; la *plus petitio loco*, en la que se demandaba el cumplimiento de la prestación en lugar distinto del convenido, y la *plus petitio causa*, cuando de cualquier modo se alteraba lo que pertenecía por derecho a uno de los contendientes, como si, habiéndose dejado librado al arbitrio del deudor la elección de dos cosas que debía entregar en una obligación alternativa, el acreedor demandara el valor de una de ellas, haciendo indebidamente la opción que correspondía a la parte accionada.

En todas estas hipótesis el actor reclamaba algo que no le correspondía y, por tanto, perdía el juicio. A causa del principio de la congruencia entre sentencia y demanda, el juez no podía dar un veredicto por algo distinto de lo que había reclamado el demandante. Además, a consecuencia del efecto novatorio de la *litis contestatio*, el actor había abandonado su derecho original por el derecho al cumplimiento de una sentencia que, en estos casos, tenía que resultar absolutoria. La *plus petitio* acarreaba para el accionante la pérdida del litigio y también la posibilidad de intentar más adelante otra acción relacionada con el derecho sustantivo para el cual quería obtener eficacia.

Cuando había *minus petitio* las consecuencias eran menos graves. En efecto, como el derecho menor estaba comprendido en el mayor, podía observarse el principio de la congruencia, condenándose al demandado exactamente a lo que hubiera pedido el actor, sin que ello le impidiera a éste completar con una segunda acción a la primera, siempre que ésta no hubiera agotado su derecho sustantivo.

b) ***Instancia "in iudicio" en el procedimiento formulario.*** La fase *in iure* del proceso finalizaba, según se expresó, con la *litis contestatio*, contrato arbitral que se realizaba mediante la entrega de la fórmula del actor al demandado y que comprometía a las partes a someterse a la decisión del juez que ellas mismas designaban y cuyo nombre figuraba encabezando la fórmula. Ante el sentenciante comenzaba, entonces, la instancia *in iudicio* del proceso.

Los jueces llamados a sentenciar en el procedimiento formulario –el *iudex*, el *arbiter*, los *recuperatores*, los *decemviri* y los *centumviri*– debían guardar estricta fidelidad a la fórmula, ya que ésta contenía todas la instrucciones que el magistrado impartía para juzgar. De ello debe inferirse que los jueces no estaban habilitados en el proceso para corregir los errores e inadecuaciones que la fórmula pudiera contener.

El primer trámite de la etapa *apud iudicem* imponía al juez la obligación de escuchar y dirigir las alegaciones orales (*orationes*, *perorationes*, *altercationes*) que los litigantes hacían en defensa de sus pretensiones y para las cuales se valían de los *advocati* y de los *oratores*, los que las más de las veces usaban artificios retóricos, más que argumentos jurídicos, para inclinar la decisión judicial a favor de la parte a la cual asistían.

Correspondía después al juez ponderar y valorar los medios de prueba según su libre arbitrio, formándose un concepto propio acerca de si se habían probado o no los hechos invocados por las partes. No podía el sentenciante valerse de otras pruebas que las ofrecidas por los contendientes (principio dispositivo, no inquisitivo).

No existió en el procedimiento formulario –tampoco en el de las acciones de la ley– una regla fija que determinara a quién correspondía la carga de la prueba (*onus probandi*). Sin embargo,

llegó a imponerse el principio de que incumbía acreditar el hecho al litigante que afirmaba su existencia, no al que la negaba (*ei incumbit qui affirmat non qui negat*). Eventualmente podía haber circunstancias fácticas que no exigían probanza, ya que la ley las tenía por verdad legal, es decir por ciertas e irrefutables, no admitiendo prueba en contrario (*praesumptiones iuris et de iure*) y otras que, presumidas por la ley, valían mientras no se demostrara lo contrario (*praesumptiones iuris tantum*).

Los medios de prueba, es decir, los elementos físicos o materiales que debían suministrar al juez motivos de convicción sobre la existencia y verdad de los hechos invocados por las partes fueron, en la época del procedimiento formulario, la inspección judicial, la información pericial y, principalmente, los testigos, los documentos y el juramento.

La inspección judicial la hacía el juez trasladándose personalmente al lugar donde tenía que constatar la existencia de un hecho. Le era permitido hacerse acompañar por peritos, especialmente agrimensores, los cuales podían también ser citados a comparecer ante el juez para emitir sus dictámenes.

Al igual que en las acciones de ley, en el procedimiento *per formulam*, la prueba testifical fue el medio más ordinario y frecuente que usaban los litigantes para demostrar la veracidad de los hechos en que sustentaban su derecho, explicándose esta situación por la decisiva importancia atribuida a la *fides* y por la característica de los negocios jurídicos, que por mucho tiempo exigieron para su validez la presencia de testigos ciudadanos romanos y púberes. Los testigos, cuya declaración era oral y de carácter voluntario y gratuito, tenían que prestar juramento si el juez así lo requería. No había limitación en cuanto a su número y, al parecer, la regla *testis unus, testis nullus*, no tuvo aplicación en el procedimiento formulario.

Los documentos (*documenta, scripta, tabulae*), que no tuvieron gran importancia durante el sistema de las acciones de la ley, dada la escasa función que desempeñó el instrumento escrito en las relaciones negociales, adquirieron preponderancia más adelante, a consecuencia del influjo que ejerció en Roma la práctica contractual escrita de las provincias orientales. Aparecieron así documentos públicos, con valor probatorio frente a terceros, en forma de declaraciones *apud acta* redactadas en protocolos de

funcionarios públicos o ante profesionales especialmente habilitados para tal acto (*tabelliones*) y documentos privados, sólo oponibles a la persona de quien provenían, en los cuales solía recogerse el contenido de algunos negocios solemnes, como la *mancipatio* y la *stipulatio*. También se redactaron por escrito los testamentos del derecho pretorio, los libros de caja de los ciudadanos, base de los contratos literales, y los libros de los banqueros, todos los cuales podían ser traídos ante el juez a fin de que, una vez constatada su autenticidad, valieran como elementos probatorios.

Una particular posición entre los medios de prueba ofreció el juramento prestado ante el juez. Si los litigantes convenían en realizar un *iusiurandum voluntarium*, tal acuerdo tenía el valor de una sentencia y hacía innecesario el pronunciamiento judicial. Pero si este juramento no tenía lugar a pesar de la invitación que una de las partes hubiere formulado a la otra, el juez podía apreciar como un elemento de prueba cada una de las actuaciones de los contendientes en el juego de deferir y contradeferir el juramento, valorándolo según su libre arbitrio.

Modalidad distinta de este juramento no perfeccionado, fue el *iusiurandum in litem*. En efecto, en algunos juicios, el *iudex* podía invitar al actor a prestar juramento acerca del valor en dinero de la pretensión reclamada, pudiendo referirse tanto a la cosa misma en litigio, como a la cuantía de los daños sufridos por la falta de cumplimiento de la obligación. Este especial juramento era de aplicación en las acciones arbitrarias, en los *iudicia bonae fidei* y cuando se ejercitaba la *actio ad exhibendum*. Cabe hacer notar que el juez podía sugerir el juramento sin someter al actor a limitación alguna (*in infinitum*), o imponer un tope máximo dado por la cuantía de su estimación (*cum taxatione*).

La sentencia: recursos y ejecución. El proceso, camino que se inicia con la interposición de la acción, concluía con el veredicto del juez, que resolvía la cuestión litigiosa sometida a su conocimiento mediante la sentencia. El juez debía decidir el juicio una vez que hubiera escuchado las alegaciones de las partes y examinado las pruebas, ajustando su pronunciamiento al planteo que los litigantes habían efectuado *in iure* ante el magistrado y que se encontraba plasmado en la fórmula. Cabe hacer notar que el juez privado del procedimiento formulario no estaba obligado a dar un veredicto en todos los casos, ya que si no se había formado

un criterio definitivo sobre la cuestión que tenía que dirimir, podía declarar tal circunstancia bajo juramento (*non liquere*), lo cual le permitía eximirse del asunto, que pasaba a decisión de un nuevo sentenciante que designaba el magistrado. La sentencia debía contener una condena o una absolución del demandado, pauta que estaba fijada en la fórmula con términos categóricos: "si resulta probado, condena; si no, absuelve" (*si paret... condemna, si non paret, absolve*). No había, pues, otra opción para el juzgador.

Distintas modalidades podía presentar la sentencia, según la clase de acción que las partes hubieran intentado. Siempre era condenatoria o absolutoria en las acciones de sustrato patrimonial. Así, en las *actiones in rem*, contenía normalmente un pronunciamiento sobre el derecho que el actor hacía valer (propiedad, servidumbre, hipoteca, etc.) y, además, la cláusula de restitución (*nisi restituat*). En las *actiones in personam*, la sentencia condenatoria debía valorarse siempre en una suma de dinero (*condemnatio pecuniaria*). De esta suerte, si la reclamación no se dirigía desde el principio a la obtención de una suma de dinero, era necesario proceder a la valoración pecuniaria de lo que se reclamase (*litis aestimatio*), función que cumplía el propio juez al dictar el veredicto. Había también sentencias meramente declarativas, como las que se formulaban en las acciones prejudiciales, que contenían sólo un pronunciamiento acerca de si se consideraba o no probada una cuestión de hecho. Se conocieron, por fin, sentencias constitutivas, típicas de las acciones divisorias, cuyo ejercicio daba lugar a la inserción de la *adiudicatio* en la fórmula.

La sentencia del juez, último acto del proceso que ponía fin al litigio resolviendo la cuestión debatida, tenía para las partes un valor peculiar, dado que alcanzaba autoridad de cosa juzgada (*res iudicata*). Ello significa que la causa decidida por la sentencia judicial está firme e importa la verdad legal y definitiva (*res iudicata pro veritate habetur*). Como consecuencia del principio enunciado, el demandante no podía reproducir su reclamación contra el demandado repitiendo el ejercicio de la misma acción. Tal efecto excluyente de la cosa juzgada guarda un perfecto paralelismo con el efecto consuntivo de la *litis contestatio*, y era así que podía operar *ipso iure*, o bien *per exceptionem*, como modo de extinción de la acción.

El reconocimiento de la autoridad de la cosa juzgada llegó en la legislación romana a desplazar la importancia que se atribuía a la *litis contestatio* hacia la *sententia*, concediendo a ésta un valor de interés público que superaba, por cierto, el interés particular de los litigantes. Era, pues, una cuestión de orden público la que impedía que se volviera a plantear nuevamente un caso litigioso ya resuelto. La cosa juzgada daba a la sentencia del juez el carácter de firme e inimpugnable. A consecuencia de ese efecto positivo de la *res iudicata*, se amplía el significado del principio *bis de eadem re ne sit actio*, ya que ahora no debe entenderse, como antes, que no se puede interponer dos veces la misma acción (*bis ne sit eadem actio*), sino, también, que no puede hacerse valer otra acción distinta sobre el mismo asunto (*eadem res, eadem quaestio*).

En el procedimiento formulario, como en el de las acciones de la ley, no se admitió que los litigantes pudieran atacar la validez de la sentencia dictada por el juez. El veredicto judicial era inapelable, es decir, no susceptible de conocimiento y decisión por una autoridad superior. La falta de recursos contra la sentencia derivaba del carácter arbitral de los juicios del *ordo iudiciorum privatorum* que hacía que las partes se sometieran, en virtud de la *litis contestatio*, al pronunciamiento irrecusable e inatacable del juez que ellas mismas habían designado. Sin embargo, por vías indirectas se pudo revisar la sentencia para lograr los efectos que más adelante produciría la apelación (*appellatio*). Así, era factible llegar a la nulidad del fallo mediante la *revocatio in duplum* y la *infitiatio iudicati*. En determinados casos, se podía requerir del magistrado que declarara no pronunciada la sentencia y que por medio de una *in integrum restitutio* volviera la causa a su anterior estado, como si el pleito no se hubiera fallado. Cabía, por fin, dejar sin efecto el pronunciamiento del juez solicitando a un magistrado el veto (*intercessio*) contra el mandato del magistrado que ordenaba la ejecución de la sentencia dictada.

En lo que concierne a la ejecución de la sentencia, sabemos que en el antiguo sistema de las acciones de la ley la llevaba a cabo el propio acreedor, sea por la *manus iniectio*, sea por la *pignoris capio*. Tales procedimientos de ejecución, si bien no desaparecieron totalmente con el régimen de las fórmulas, experimentaron una evolución, tornándose más humanos y equitativos, a la

par que se abría paso un sistema de ejecución sobre el patrimonio del deudor, que podía ser de carácter especial e individual o general y concursal.

La *actio iudicati*, o acción de cosa juzgada, era el medio legal para iniciar el procedimiento de ejecución. La cosa juzgada asumía el carácter de acción –*actio iudicati*– cuando era invocada por el actor para pedir la ejecución de la sentencia contra el demandado que había sido vencido en el litigio. Durante el procedimiento ejecutivo, que se tramitaba como los demás, ordinariamente no se llegaba a la *litis contestatio*, porque en la etapa *in iure* del proceso si el demandado no pagaba pero reconocía su deuda, era entregado al acreedor para que se resarciera con su trabajo. Excepcionalmente se pasaba a la fase *in iudicio* cuando el ejecutado impugnaba la sentencia (*infitiabat*). En tal supuesto, si no probaba las causales de impugnación, era condenado a pagar el doble (*lis infitiando crescit in duplum*).

El procedimiento de ejecución especial e individual tuvo su expresión más acabada en la figura del *pignus in causa iudicati captum*, que permitía al acreedor requerir del magistrado que ordenara a sus *apparitores* tomar en prenda algún bien perteneciente al deudor. La cosa embargada no salía inmediatamente a la venta, sino que se esperaba dos meses para dar margen a que el deudor pudiera rescatarla pagando la deuda. Si el pago no se efectuaba, se procedía a la venta en pública subasta, al mejor postor.

En cuanto se refiere a los procedimientos de ejecución general y concursal, los mismos tuvieron aplicación por medio de dos instituciones de creación pretoria: la *bonorum venditio* y la *distractio bonorum*.

La primera, que habría sido creada por un pretor, Rutilio Rufo, alrededor del año 118 a. de C., fue el medio más común y generalizado para la ejecución de las sentencias de condena. Importaba un procedimiento concursal que conducía a la enajenación en bloque del patrimonio del condenado, abarcando tanto sus bienes materiales, como sus créditos y sus deudas. En la tramitación de la *bonorum venditio* se distinguían tres momentos perfectamente diferenciados: el del desapoderamiento de los bienes del deudor, el de la realización de medidas preparatorias para la venta y, por fin, el de la venta de los bienes en pública subasta.

El desapoderamiento se efectuaba por orden del magistrado, el que procedía a poner en posesión de los bienes al acreedor que hubiera solicitado el concurso, con la obligación a su cargo de adoptar las medidas conducentes a la custodia y vigilancia del patrimonio del concurso (*missio in bona servandae causa*). Si los acreedores eran varios designaban un administrador provisorio de los bienes, el *curator bonorum*. Cumplido el desapoderamiento, debía anunciarse públicamente la fecha de la subasta y realizarse, además, ciertos actos preparatorios de la venta. Entre ellos se destacaba la designación de un síndico o *magister bonorum*, quien previa confección de un inventario, verificación de los créditos, cómputo del activo y el pasivo patrimonial, debía proceder a la venta en bloque de los bienes del ejecutado.

Después de efectuada la correspondiente publicidad y de redactado un pliego de condiciones (*lex venditionis*), se llegaba a la etapa de la enajenación de los bienes al mejor postor, adjudicándoselos al comprador o *bonorum emptor* que hubiera ofrecido un mayor porcentaje. Dicho comprador tenía carácter de sucesor universal del ejecutado, esto es, continuador de la personalidad jurídica del deudor. Por ser tal su condición, los acreedores podían ejercer contra el *bonorum emptor* todas las acciones que hubieran podido interponer contra el deudor, pero sólo hasta la concurrencia del dividendo o porcentaje que hubiera prometido al comprar los bienes. Si algún acreedor era a su vez deudor de la masa, por cualquier otro título, el comprador podía oponerle la compensación (*cum deductione*).

El sentenciado sometido al procedimiento de la *bonorum venditio* caía en infamia. Para evitar tal tacha, una *lex Iulia*, del tiempo de Augusto, creó el beneficio de cesión de bienes (*cessio bonorum*), con lo cual lograba, además, que su responsabilidad quedara limitada a la cuantía de su patrimonio. La cesión no impedía que el deudor cedente pudiera recuperar sus bienes pagando lo debido, pues sus acreedores no adquirían la propiedad ni la posesión de los bienes cedidos.

Para atenuar el rigor de la venta en bloque de los bienes, se introdujo en Roma, a favor de ciertos deudores privilegiados, la *bonorum distractio*, modalidad de ejecución concursal que no llevaba aparejada la tacha de infamia. Con este procedimiento no se designaba síndico o *magister*, ni se vendía el patrimonio en blo-

que, sino al detalle hasta cubrir los créditos existentes contra el ejecutado. Este beneficio dejó de importar un privilegio para extenderse gradualmente a toda clase de deudores, llegando a imponerse de tal forma que reemplazó totalmente al procedimiento de la *bonorum venditio*.

§ 238. PROTECCIÓN "EXTRA IUDICIUM" DE LOS DERECHOS. – El derecho romano admitió que los derechos subjetivos pudieran protegerse sin necesidad de tramitar un *iudicium*. Esto significaba que el sistema de acciones se completaba con otros medios de tutela jurídica que daban lugar a un procedimiento especial que se desarrollaba exclusivamente ante el magistrado quien, en ejercicio de su *imperium* jurisdiccional, podía apartarse de la ortodoxia clásica del proceso romano, que se tramitaba a través de las fases *in iure* y *apud iudicem*.

Tales medios de protección *extra iudicium* de los derechos fueron los *interdicta*, las *in integrum restitutiones*, las *stipulationes praetoriae* y las *missiones in possessionem*. Se los utilizaba unas veces para prevenir el pleito o para mejor prepararlo, también para asegurar los resultados de un litigio ya iniciado y, además, para evitar los inconvenientes que de la contienda judicial misma podían surgir. En todos los casos estas instituciones jurídico-procesales tenían por finalidad lograr una rápida tutela de los derechos subjetivos que podían quedar reducidos a meras utopías si sus titulares tuvieran que recurrir a la tramitación normal del *iudicio*.

a) ***"Interdicta"***. Los interdictos, nacidos para amparar relaciones de derecho público y trasladados por el pretor al campo del derecho privado, consistían en mandatos u órdenes que el magistrado impartía con carácter obligatorio para las partes en virtud de su *imperium*. Tenían carácter condicional, pues si existía una determinada relación o se presentaban ciertas circunstancias fácticas, el pretor ordenaba o prohibía algo. Los *interdicta* fueron medidas policiales o administrativas urgentes que tendían a evitar perturbaciones en el orden jurídico. No constituían decisiones definitivas cual si fueran sentencias judiciales, porque el pretor, que carecía de la potestad de juzgar (*iudicatio*), no podía dictar sentencias. De ello resultaba que si el destinatario de la orden no la acataba, el interdicto era una vía preparatoria para una ac-

ción judicial, en tanto que si el mandato era obedecido, el asunto concluía, sin que ello obstara para que el sujeto que se considerara perjudicado pudiera promover más adelante un juicio, siguiendo los procedimientos consagrados por la ley.

El procedimiento interdictal se desarrollaba *in iure* ante el magistrado, con la presencia de las partes, es decir, el solicitante y su contradictor. Expuestos los hechos por el primero, el magistrado concedía el interdicto sin indagar si eran o no ciertos, pudiendo ordenar que se realizasen determinados actos, como restituir una cosa o exhibirla, e igualmente prohibir la realización de ciertos actos. De ahí que los interdictos se clasificasen en restitutorios, exhibitorios y prohibitorios, según los efectos que el mandato del pretor produjera. Los *interdicta* podían ser también simples o dobles. En los primeros el papel de actor y demandado permanecía inalterable durante la tramitación del procedimiento; en los segundos, en cambio, los dos contendientes asumían idéntica posición, esto es, la de actor y demandado a la vez. Había interdictos que regulaban cuestiones de interés público, como los que afectaban las vías de comunicación y otros, que fueron los más, que tutelaban intereses privados, como el estado de las personas, las sucesiones y la posesión. Fue en esta última materia donde alcanzaron su mayor aplicación en las ya estudiadas formas de *interdicta retinendae*, *recuperandae* y *adipiscendae possessionis*.

b) ***"In integrum restitutiones"***. En ciertos supuestos –violencia, fraude o dolo, perjuicio de acreedores, engaño a un menor púber, etc.– el pretor confería una *in integrum restitutio*. Previa solicitud del interesado y verificadas las causas que justificaban su otorgamiento, el pretor emitía su decisión de carácter extraordinario, que producía el efecto de anular de pleno derecho una situación, ya de carácter formal, ya material, restituyendo las cosas a su anterior estado. Estos *iudicia rescissoria*, que fueron generalmente concedidos con fórmula ficticia, producían la consecuencia de suministrar al demandante todo aquello que hubiera tenido si el negocio objeto de la *restitutio* no se hubiera celebrado. Había, pues, una reposición al anterior estado de hecho motivante de la restitución.

c) ***"Stipulationes praetoriae"***. En ciertas ocasiones el pretor obligaba a los litigantes a celebrar estipulaciones (*stipulationes*),

que se calificaron de pretorias, por provenir de dicho magistrado. Perseguían una triple finalidad: asegurar el resultado del pleito, como la *cautio de rato*, la *cautio iudicatum solvi* y la *cautio pro praedes litis et vindiciarum*; proveer de acción a situaciones carentes de ella, como la *cautio damni infecti*, la *cautio usufructuaria* y la *cautio rem pupilli salvam fore*; y, por último, garantizar la comparecencia en juicio, como la *cautio vadimonium sisti*. El cumplimiento de estas estipulaciones podía exigirse por medio de la acción propia del contrato, la *actio ex stipulatu*.

d) *"Missiones in possessionem"*. Constituían actos de autoridad del pretor en virtud de los cuales los bienes del *indefensus*, del deudor fraudulento, del litigante que no guardaba la debida conducta procesal, de los presuntos herederos de un ausente, de los acreedores de un deudor fallecido sin herederos, de los propietarios de una finca ruinosa que no prestaba caución para el caso de que produjera daño a su vecino (*cautio damni infecti*), eran puestos en posesión, más o menos duradera, de una persona, con facultades distintas, según las modalidades del caso. Tal puesta en posesión podía afectar a la totalidad de los bienes (*missio in bona*) o a cosas determinadas (*missio in rem*). Las cosas a que la *missio* se refería se otorgaban con carácter provisional, y el *missus* contaba con protección interdictal.

§ 239. PROCEDIMIENTO COGNITORIO. — Mientras en el régimen procesal de las acciones de ley y de las fórmulas la intervención del poder público era, como se ha visto, en extremo reducida, en el procedimiento cognitorio o de la *cognitio extra ordinem*, así llamado porque se trataba de un proceso desarrollado completamente más allá del *ordo iudiciorum privatorum*, dominaba la actividad del juez, funcionario público, que participaba en el *iudicium* en carácter de delegado del emperador.

Razones de orden político que encontraron eco en el espíritu del régimen imperial, y de orden social, como la desaparición de las antiguas libertades romanas que la República garantizaba a los ciudadanos, favorecieron el advenimiento del nuevo sistema procesal, introducido ya en tiempo del emperador Augusto para determinadas causas, como la de alimentos, de fideicomisos, de pago de honorarios en profesiones liberales, litigios contra el Estado, etcétera. Este procedimiento vio facilitada su admisión,

principalmente en las provincias, por la ventaja que significaba dejar la administración de justicia en manos de representantes del Estado, como eran los gobernadores. El sistema cognitorio, nacido en la época del derecho clásico, se afirmó decididamente en Roma en el período postclásico, y si bien en el tiempo que media desde Augusto hasta Justiniano fue objeto de múltiples reformas, la *cognitio extra ordinem* constituyó el régimen procesal del derecho justinianeo. Sabemos que coexistió por mucho tiempo con el procedimiento *per formulam* hasta que éste fue suprimido oficialmente por una constitución del emperador Constancio en el año 342.

Características salientes del procedimiento extraordinario fueron, además de que no intervenía un juez privado, sino un juez funcionario público, la desaparición de la bipartición del proceso en las dos clásicas instancias *in iure* e *in iudicio*. Por otra parte, la *iurisdictio* la delegaba el emperador a órganos distintos; primeramente, a los cónsules o a pretores especiales (*tutelaris*, *fideicommissarius*); más adelante a funcionarios imperiales como el *praefectus urbi*, el *praefectus praetorio*, etcétera. Se caracterizaba también el sistema cognitorio, a diferencia de la jurisdicción ordinaria, por otorgar al juez un mayor arbitrio; lo cual le permitía adaptar el proceso a ciertas exigencias de oportunidad. Las partes se hallaban sometidas al juzgador por un fuerte poder constrictivo; de manera que ya no era menester un acto de sumisión de aquéllas, como ocurría con la *litis contestatio*, que vio reducidos sus efectos singulares para volverse solamente un momento del proceso. La citación al demandado adquirió carácter oficial y su incomparecencia daba lugar a un procedimiento contumacial antes inexistente.

a) ***Notificación, comparecencia y prueba.*** Con el procedimiento de la *extraordinaria cognitio* desaparecen las formas privadas de citación del demandado (*in ius vocatio*, *vadimonium*), que se usaban en los anteriores sistemas procesales, para dar paso a una notificación oficial conminatoria efectuada por el magistrado (*evocatio*), que se traducía en un requerimiento verbal (*denuntiatione*) o escrito (*litteris*). De esta notificación derivó, en época del emperador Constantino, la citación denominada *litis denuntiatio*, que consistía en un documento escrito que el actor presentaba ante el magistrado, quien lo autenticaba (*apud acta*) y por medio

de un oficial subalterno (*executor*) –una especie de ujier– lo hacía llegar al demandado para que compareciera ante el tribunal dentro del plazo de cuatro meses (*cursus temporis*).

Por una evolución paulatina, en tiempo de Justiniano, entró a regir una nueva forma de notificar la demanda. Se efectuaba por medio de la redacción de un documento escrito (*libellus conventionis*) mediante el cual el actor exponía su pretensión, los fundamentos en que la apoyaba y la acción que intentaba, requiriendo al juez que lo hiciera llegar al demandado, citándolo a apersonarse ante el tribunal. En este momento del proceso el magistrado examinaba el contenido del documento, pudiendo rechazarlo (*denegatio actionis*), cuando estimaba improcedente la pretensión o admitirlo (*datio actionis*), si la encontraba conforme a derecho. En este último supuesto se hacía conocer el libelo al demandado por medio del *executor* y se lo citaba a comparecer en un día determinado.

Al recibir la notificación el demandado debía entregar un documento en el que hacía constar la fecha de la misma y la actitud que iba a asumir ante la demanda, la que podía admitirla, oponerse, hacer valer excepciones o formular reconvención. Este escrito de respuesta (*libellus contradictionis*) debía, a su vez, ser notificado al actor. Correspondía también al accionado prestar garantía (*cautio vadimonium sisti*) de que comparecería ante el magistrado y que se sometería al proceso hasta el dictado de la sentencia.

La circunstancia de que la citación a comparecer tuviera carácter oficial, por provenir de un funcionario público, hacía que naciera el llamado "procedimiento contumacial" o "en rebeldía", desconocido de los sistemas jurisdiccionales anteriores en los que era indispensable la presencia de los litigantes, porque entre ellos debía formalizarse el acuerdo privado que constituía la *litis contestatio*.

Podía incurrir en contumacia tanto el demandado como el actor. Si era aquél el incompareciente la causa proseguía sin su asistencia y el juez dictaba el veredicto en favor o en contra del *contumax*, conforme los elementos de prueba que el demandante hubiera aportado y la convicción que sobre el asunto se hubiera formado el sentenciante. Cuando la rebeldía provenía del actor –que no era la situación más común– el demandado se presentaba

y era absuelto de la observancia del juicio, produciéndose una suerte de sobreseimiento de la causa. Mas si la incomparecencia tenía lugar después de la *litis contestatio*, la causa se fallaba con absolución o condena del accionado según el arbitrio judicial, pero en cualquiera de los supuestos el *contumax* debía cargar con los gastos y las costas procesales, en pena por su contumacia.

La *litis contestatio*, que en el sistema de las fórmulas fijaba los términos en que quedaba planteada la contienda y confería poder al juez privado para pronunciar la sentencia a la que las partes debían someterse, ha perdido la razón de su subsistencia y tiene, en la *extraordinaria cognitio*, tanto formal como sustancialmente, carácter muy distinto del que presentaba anteriormente. Constituye simplemente el acto procesal con que quedaba trabada la *litis* o cuestión litigiosa, momento que tenía lugar cuando el demandante exponía sus pretensiones mediante una *narratio* y el demandado respondía a la misma por una *contradictio*.

La *litis contestatio* ya no consume la acción, es sólo la etapa del juicio en que se produce el primer debate contradictorio que sostienen los litigantes ante el magistrado, considerándose que desde entonces existe verdadera cuestión en litigio (*res in iudicium deducta*). Era el punto de partida para contar el plazo de tres años que se fijaba como duración máxima del pleito, de manera que si no se concluía en dicho término se producía su caducidad y quedaban sin efecto los actos procesales cumplidos. Producía efectos respecto de la sentencia porque si favorecía las pretensiones del accionante, la extensión de los derechos que el pronunciamiento provocaba en lo relativo a la fijación de intereses, cuantía de los frutos, determinación de los daños y perjuicios, se contaban a partir del momento de la *litis contestatio*.

En lo que concierne a los principios que regulaban la prueba, es materia en la cual se manifiesta de manera peculiar e intensamente el cambio introducido por el nuevo sistema procesal. Si bien la elección y aportación de las pruebas quedaban a cargo de las partes, incumbía al juez apreciarlas libremente, rigiendo siempre, en cuanto a la carga de ella, la regla *incumbit probatio ei qui dicit, non qui negat*. Adquieren relieve las presunciones, cuyo valor podía ser destruido por la contraprueba del adversario. La prueba documental, especialmente si se trataba de documentos públicos, alcanzó singular importancia, siendo estimada como de

mayor valor que la testifical, que perdió la significación que antes se le atribuía. Continúa utilizándose el dictamen de peritos: médicos, calígrafos, comadronas, etcétera.

Por lo que atañe a la valoración de los elementos probatorios aparece el sistema de la "prueba reglada", que vinculaba al juez a reglas fijas y predeterminadas. En este sistema, prescindiendo por completo de los resultados a que el juez llegara atendiendo sólo a su libre convicción, se veía constreñido a estimar una prueba como lograda o no, de conformidad con aquellas reglas vinculantes. La investigación de los hechos es otra característica del procedimiento cognitorio: el juez tenía amplia libertad para realizarla, sin atenerse a las peticiones de los litigantes. Así, el antiguo principio dispositivo cedió su paso al inquisitivo.

b) *Sentencia: recursos y ejecución.* En el régimen procesal de la *cognitio extra ordinem* la sentencia del juez asumió el carácter de orden de autoridad pública y no de decisión arbitral. Se dictaba por escrito y debía ser leída a las partes en audiencia pública, distinguiéndose las que ponían fin al litigio (*definitiva sententia*), de las resoluciones de mero trámite dictadas por el juez durante la tramitación del pleito (*interlocutiones*). La condena impuesta por la sentencia, a diferencia del procedimiento formulario, no tenía necesariamente carácter pecuniario, puesto que el juez debía procurar, en cuanto le fuera posible, condenar a una cosa cierta, cuando tal hubiera sido el objeto de la acción promovida, o a una cantidad precisa de dinero, aunque se hubiera reclamado una suma incierta. Cuando la condena se refería a una cosa cierta, el juez podía decretar la reintegración de la propiedad (*dare*), sólo de la posesión (*tradere, restituere*) o su mera exhibición (*exhibere*).

Una particular característica de la sentencia en el procedimiento cognitorio es que no se reducía, como en los anteriores sistemas procesales, a declarar la condena del demandado o su absolución. En efecto, frente a las actitudes típicas que podía asumir el demandado en el proceso, cabía ahora la posibilidad de que contrademandara o reconviniera (*mutuae petitiones*) al actor. En tal supuesto, en la sentencia podía contener la absolución o condena del demandante que, por virtud de la reconvención, se había convertido en demandado.

En la sentencia el juzgador tenía que pronunciarse expresamente sobre el pago de los gastos y costas procesales, determinando cuál de los litigantes se hacía cargo del cumplimiento de tal obligación, bajo pena de abonarlas él mismo. Una constitución del emperador Zenón, del año 487, imponía la condena en costas al que perdía el juicio, sin apreciar la temeridad para litigar.

El procedimiento extraordinario introdujo el recurso de apelación de las sentencias ante un magistrado superior para llegar, en última instancia, hasta el emperador mismo. Como la autoridad pública era instituida según un principio jerárquico, era lógico que se admitiera como regla general la *apellatio* ante un funcionario de rango superior al que había dictado el veredicto. La apelación sólo cabía contra las sentencias definitivas, no contra las interlocutorias, ni las emitidas en el procedimiento contumacial. Subsistió también la *in integrum restitutio* en el procedimiento cognitorio, como un remedio extraordinario contra la sentencia a causa de miedo, dolo o error. En cambio, el derecho de veto o *intercessio* de otro magistrado no tuvo aplicación. Se podían atacar las sentencias por causa de nulidad sin que fuera necesario plantear un recurso de apelación. Las partes disponían para ello de los mismos medios que en el período anterior.

En lo que atañe a los efectos de la sentencia, debemos decir que éstos no difieren sustancialmente de los que producía en el régimen de las fórmulas. Así, el fallo del juez alcanzaba autoridad de cosa juzgada (*res iudicata*) posibilitando, en consecuencia, la ejecución de la sentencia mediante el ejercicio de la *actio iudicati*. Al respecto podemos sostener, en contra de la autorizada opinión de Wenger, que la *actio iudicati* en el procedimiento cognitorio ha perdido autonomía, su antigua individualidad, como todas las acciones del sistema formulario, y está integrada en el proceso general. Carece ahora de su excepcional eficacia y es por ello que corresponde al magistrado decidir todas las excepciones, defensas y demás objeciones que el ejecutado pueda oponer para cumplir así dos propósitos esenciales: condena y ejecución.

La condena no tenía que ser necesariamente pecuniaria, como en el sistema formulario, sino que podía darse *in natura*, esto es, referirse a la cosa misma, a su entrega o a su exhibición. Sólo en supuestos excepcionales se admitió que después de la sentencia definitiva, se procediera a otro juicio de liquidación

para llegar a la certeza del objeto de la condena. Sin embargo, no había condena a un hecho y así, cuando la acción iba dirigida a un *facere* o también a un *non facere* que debía cumplir el demandado, el juez tenía que valorar la prestación en dinero y condenar a la suma equivalente (*id quod interest*).

A diferencia de los sistemas del *ordo iudiciorum*, la ejecución en el proceso cognitorio estaba garantizada por la fuerza pública ya que funcionarios judiciales hacían entrega *manu militari* de los bienes del condenado, los que si eran ocultados o hubieran desaparecido hacía que el deudor fuera reducido a prisión hasta que pagara su valor, estimado por árbitros. Desde la época de Teodosio II esta prisión la sufría el deudor en cárcel pública.

Si la condena tenía por objeto un resarcimiento en dinero, el actor podía valerse del *pignus in causa indicati captum*, tomando en prenda bienes del demandado por el valor de lo debido, los que eran vendidos en pública subasta si el deudor no los rescataba en el plazo de dos meses. Subsiste en el sistema extraordinario un procedimiento de ejecución concursal que se materializa en la *distractio bonorum*, por medio de la cual, como vimos, se procedía a la venta de bienes en detalle. Ha desaparecido ya la *bonorum venditio* y sus rigurosos efectos, tanto de orden patrimonial como personal.

§ 240. Comparación entre los sistemas formulario y cognitorio. – Para finalizar con el estudio de los distintos sistemas procesales civiles que se sucedieron en el curso de la historia jurídica romana, haremos una comparación entre el procedimiento formulario y el cognitorio, mostrando sus diferencias más salientes, aparte de las ya señaladas en el curso de esta exposición.

En el sistema formulario el proceso constituía un asunto privado, que integraba el *ordo iudiciorum privatorum*; en el sistema cognitorio el proceso era asunto público, incumbiendo al Estado la administración de justicia. Como consecuencia, en el primero, el juez era un particular designado por las partes; en el segundo, un funcionario público. Siempre en razón del carácter privado y público de uno y otro sistema, en materia de pruebas, el juez del sistema formulario se concretaba a recibir las ofrecidas por los litigantes; en tanto en el procedimiento extraordinario podía or-

denar la producción de otras pruebas, además de las presentadas por los contendientes, o en sustitución de ellas.

En el procedimiento formulario el juicio era bifásico; en el cognitorio monofásico. En aquél había contrato procesal a través de la *litis contestatio*, momento en el cual se cerraba la fase *in iure* y se iniciaba la etapa *apud iudicem*; en éste no había contrato procesal. En el primero la notificación era un acto privado; en el segundo, un acto público que hacía nacer un procedimiento contumacial. En el sistema de las fórmulas la sentencia constituía la opinión de un particular designado por las partes, que debía condenar o absolver al demandado; en la *cognitio extra ordinem* la sentencia importaba un acto de autoridad, que podía contener hasta la condena del actor, en caso de reconvención.

En el sistema formulario el juez tenía que ajustarse a la demanda para el caso de que condenara al demandado, debiendo la condena tener carácter dinerario; en el sistema cognitorio el juez podía condenar a menos de lo que reclamaba el actor y no necesariamente en dinero. En el primer sistema procesal, contra la sentencia no cabía apelación, pudiendo revisársela únicamente por medios indirectos (*intercessio*, *in integrum restitutio*, etc.); en el segundo había apelación ante un magistrado de rango jerárquico superior al que emitió la sentencia y aun ante el emperador. En el procedimiento *per formulam* la ejecución de la sentencia estaba dirigida contra la persona del condenado, pudiendo realizarse también sobre sus bienes: en la *cognitio extra ordinem* tenía exclusivamente carácter patrimonial.