

F R I T Z S C H U L Z

**DERECHO ROMANO
CLÁSICO**

BOSCH, Casa Editorial, S. A. - Dgs. 51 bis - BARCELONA

DERECHO ROMANO CLÁSICO

FRITZ SCHULZ

DERECHO ROMANO CLÁSICO

TRADUCCIÓN DIRECTA DE LA EDICIÓN INGLESA POR

JOSÉ SANTA CRUZ TEIGEIRO

Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Valencia



BOSCH, Casa Editorial - Urgel, 51 bis - BARCELONA

Título de la obra original:
CLASSICAL ROMAN LAW
At the Clarendon Press, Oxford, 1951

© BOSCH, Casa Editorial - Barcelona, 1960

DEPÓSITO LEGAL, B. 11.549 - 1960

N.º R.º, 266. — 1960

Imprenta Clarasó; Villarroel, 17. — Barcelona

PRÓLOGO DEL TRADUCTOR

Denique sit quod vis, simplex dumtaxat et unum

(Hor. de arte poetica, v. 23)

La obra de Schulz, Classical roman Law, cuya edición española ve ahora la luz, cumple el canon horaciano de obligada observancia en toda obra artística: sencillez, claridad, arquitectura unitaria y orgánica. El autor saturado de humanidades, embebido del espíritu que anima la época del Derecho romano, tema de su estudio, refleja en este libro, las mismas características que marcan de modo inconfundible, el período clásico de la jurisprudencia romana. Hay en este libro una claridad tal de conceptos, una exposición tan perspicua y precisa y un tan ceñido rigor en la legitimación lógica de las conclusiones, que bien podemos afirmar que la presente es, en su género, una obra verdaderamente maestra.

Constituye una estimable aportación de la escuela fenomenológica, el haber hecho hincapié en la necesidad de una esencial adecuación de nuestra actitud cognoscitiva, a la naturaleza e índole específica del objeto que tratamos de conocer. El conocimiento de un objeto postula, insoslayablemente, una especial toma de posición por nuestra parte, una Stellungnahme, que corresponda, que se adapte, al carácter propio del objeto del acto cognoscitivo. Esta exigencia, se cumple plenamente en la obra de Schulz. El autor se ha ajustado a este requisito postulado por la escuela fenomenológica y con la poderosa claridad de su mente, ha acertado a exponer en su obra, un Derecho como el clásico, meridianamente claro, armónico y sencillo, captando de modo difícilmente superable, el espíritu de este Derecho y escribiendo un libro, que refleja esa maravillosa congruencia de la actitud mental de su autor con el tema objeto de su estudio, esas especiales notas de lo clásico, que Horacio condensa en el verso que encabeza estas líneas, de su famosa carta a los Pisones.

El secreto de la jurisprudencia romana en el período clásico, estriba en la utilización de escasos y muy claros principios jurídicos conservados por una cuidadosa tradición, en la aprehensión com-

pleta de los matices fácticos del caso concreto y en la deducción rigurosa y ceñida de la solución jurídica a éste aplicable. Schulz ha recogido como nadie hasta ahora, estas características de la jurisprudencia clásica y con las excepcionales cualidades de expositor que le distinguen, ha conseguido escribir este libro, fácil, ameno, riguroso, provisto de abundantes y oportunos ejemplos cuya comprensión se ayuda con acertados gráficos, llenos de referencias a los textos de las fuentes y con el precioso aditamento de una literatura moderna y completa sobre todas y cada una de las instituciones estudiadas. Todas estas virtudes hacen de la obra de Schulz, un manual insustituible y le aseguran una larga predilección por parte de los especialistas y de la iuventus cupida legum.

La parte dedicada al Derecho sucesorio, a la posesión y su defensa, al procedimiento formulario, destacan tal vez como los capítulos más conseguidos del Derecho romano clásico. Ciertamente que la obra no es perfecta y que es vulnerable por más de un reparo capital. Por imperativo ético y científico a un tiempo, debemos consignar aquí nuestra radical discrepancia con las ideas sustentadas por Schulz a propósito de la valoración moral y social del matrimonio clásico romano.

Por considerar que el deber fundamental de todo traductor es el de ser estrictamente fiel al texto original, hemos respetado la integridad de éste y no hemos querido salvar, ni siquiera con una nota al pie de página, nuestra personal posición de absoluta divergencia con las opiniones del autor a este respecto. Decir como dice Schulz que "*the classical law of marriage is an imposing, perhaps the most imposing, achievement of the roman legal genius*" (1), constituye en nuestra opinión, un crasísimo error que contrasta con la habitual objetividad de los juicios y valoraciones del autor. Aun teniendo en cuenta la gravitas proverbial de los romanos y descontando el uso moderado que pudo hacerse y se hizo tal vez, de la libertad e igualdad de que disfrutaban los contrayentes en el matrimonio clásico romano, no hay duda, que en el forzoso y fuerte contraste de la institución matrimonial romana en su concreción histórica de la época, con el paradigma que ofrecen los principios propios del Derecho natural, y aun con las más elementales consideraciones en orden a la familia y a la sociedad, el perfil clásico del Derecho matrimonial romano, lejos de merecer las frases entusiásticamente elogiosas que Schulz le tributa, es acreedor por el contrario, a la más terminante recusación. Romanistas tan egregios como Ihering, no disimularon su censura compartiendo los

(1) Schulz, *Classical Roman law*, pág. 103.

juicios condenatorios con que Caton el censor estigmatizó la nueva forma libre del matrimonio.

La mera lectura de los pasajes del libro de Schulz referentes al matrimonio, sugieren buen golpe de argumentos, sumamente suarios, con que poder rebatir eficazmente la peregrina postura del gran romanista alemán en este problema concreto. Un simple enfoque inusnaturalista y sociológico de esta cuestión, conduce ineluctablemente a conclusiones totalmente antagónicas a las del autor.

Werner Flume, en un artículo necrológico con ocasión de la muerte de Schulz (1), ha intentado, con el relato de personales vivencias del gran romanista fallecido, explicar los motivos psíquicos que indujeron a éste, a estimar el Derecho matrimonial romano, como la creación "tal vez más sorprendente del genio jurídico de Roma". Refiere Flume que Schulz, en determinada época de su vida, recibió el encargo de dictar unas lecciones de Código civil destinadas a los alumnos de todas las Facultades. Era Schulz a la sazón, Privatdozent en la Universidad de Friburgo de Brisgovia. Con ocasión de estos coloquios de divulgación jurídica, conoció Schulz a la señorita Marta Plaut estudiante de Medicina y oyente asidua de las lecciones del romanista. En 1914 el autor que nos ocupa ahora, contrae matrimonio con Marta Plaut. A ella dedicó sus Prinzipien y su History, esta última transcribiendo frases tomadas de la laudatio Turiae, algunos de cuyos fragmentos tan apropiados resultan a momentos trágicos de la vida de Schulz. En este episodio de su matrimonio, insinúa Flume, hay que ver la raíz de ese entusiasmo con que Schulz elogia el carácter liberal y humano del Derecho clásico sobre el matrimonio. Es la vivencia matrimonial, la que le inspira tal vez, como un singular homenaje a su propio matrimonio y a las virtudes de la que fué su fuerte y leal compañera de triunfos y penalidades, los exaltados elogios de esa libertas clásica de los cónyuges, de esa libertad ejemplar y paradigmática según él, que ensalzada por el movimiento humanístico del siglo XVIII, estimula a los legisladores de la Europa continental a imitar el modelo romano, con la admisión en el Code civil y en el Allgemeine Landrecht del divorcio por mutuo consentimiento y aun por decisión unilateral del cónyuge.

Sin embargo, la admiración de Schulz y su entusiasmo desbordante por esta libertad matrimonial, no llega a obnubilar su gran talento de jurista y a impedirle reconocer los efectos dañosos que derivan en el orden práctico a la comunidad social de tan ilimitada

(1) Zeitschrift der Savigny-Stiftung (Rom. Abt.) vol. 75, págs. 505 y siguientes.

libertad y de individualismo tan exagerado. No se ocultan a Schulz por ejemplo los peligros gravísimos del birth control, las consecuencias antisociales del matrimonio libre, pero aun admitiéndolos en todo su alcance, no son en verdad bastantes para menguar siquiera, la actitud admirativa del autor por esta institución del período clásico.

Este y otros reparos cabe oponer a la obra del gran romanista alemán cuya versión española lanza ahora la prestigiosa firma BOSCH, Casa Editorial, de Barcelona. Las objeciones apuntadas no empecen a la alta calidad del libro de Schulz. Con las deficiencias inherentes a la obra humana, con los prejuicios y cierta tendencia autoritaria y dogmatizante en que en ocasiones incide el autor, con esa prevención y hasta animosidad contra principios intangibles de nuestra fe que tal vez broten de un fondo racial, con todo esto, creo sinceramente que la obra de Schulz es sencillamente genial. Cabría aplicar a esta obra del gran profesor sin mengua de su mérito y como estímulo para quien se sienta con ánimos de superarla, lo que dice Sócrates en el Fedón "el sostener con empeño que esto es tal como yo lo he expuesto, no es propio de un hombre razonable" o para decirlo con las mismas palabras del filósofo: οὐ πρέπει νοῦν ἔχοντι ἀνδρῖ.

JOSÉ SANTA CRUZ (1)

(1) ΦΑΙΔΩΝ 63, d.

P R E F A C I O

Escribí este libro en Oxford durante los años 1945-49. El manuscrito fué terminado y entregado a las prensas Clarendon el día 1 de agosto de 1949. La bibliografía conocida por mí después de esta fecha, solamente en apéndice o addenda pudo ser mencionada. En el texto, notadas con asteriscos, se hacen las oportunas referencias a esta bibliografía.

Quiero expresar mi gratitud a todos cuantos me han ayudado en la confección de esta obra y especialmente a las Prensas Clarendon y al Sr. Kenneth Sisam, Secretario más tarde de la Delegación de Prensa, a quien debo la sugerencia de esta obra y el haber contribuído eficazmente a que la idea fuese realidad.

Agradezco también a la señorita Margarita Alford el haberme prestado, durante varios años, la eficaz ayuda de sus grandes conocimientos.

F. S.

Oxford, 1950.

ÍNDICE

	<u>Págs.</u>
PRÓLOGO DEL TRADUCTOR	V
PREFACIO	IX
ABREVIATURAS	XVII
INTRODUCCIÓN	1

PRIMERA PARTE

DERECHO DE ACCIONES

INTRODUCCIÓN	11
<i>Capítulo I.</i> — NOCIONES FUNDAMENTALES	13
1. Iurisdictio y iudicatio. — 2. Iurisdictio y lex. — 3. Fórmula. 4. Iudicium. — 5. Actio. — 6. Executio.	
<i>Capítulo II.</i> — CLASIFICACIÓN DE LAS ACCIONES	27
1. Acciones civiles y acciones honorariae. — 2. Formulae in ius e in factum conceptae. — 3. Acciones útiles. — 4. Acciones in rem e in personam. — 5. Bonae fidei iudicia. — 6. Las llamadas acciones arbitrariae. — 7. Las llamadas acciones directae y actio- nes contrariae. — 8. Acciones poenales y acciones rem persequen- tes. — 9. Las llamadas acciones famosae. — 10. Acciones perpetuae y acciones temporales. — 11. Los llamados iudicia divisoria. — 12. Praejudicia.	
<i>Capítulo III.</i> — EXCEPTIONES	48
1. Concepto de la exceptio clásica. — 2. Clasificación de las ex- ceptiones.	
<i>Capítulo IV.</i> — INTERDICTA	57
1. Interdicto experiri. — 2. Clasificación de los interdictos.	
<i>Capítulo V.</i> — STIPULATIONES HONORARIAE E IN INTEGRUM RESTI- TUTIO	64
1. Stipulationes honorariae. — 2. In integrum restitutio.	

SEGUNDA PARTE

DERECHO DE PERSONAS Y DE FAMILIA

	<u>Págs.</u>
<i>Capítulo I.</i> — PERSONAS INDIVIDUALES	69
1. Persona, status, caput. — 2. Nacimiento y muerte. — 3. Cives romani, latini, peregrini. — 4. Causas y extinción de la esclavitud.	
<i>Capítulo II.</i> — PERSONAS JURÍDICAS	83
1. Introducción. — 2. El populus romanus como corporación. — 3. Princeps. — 4. Municipales civium romanorum. — 5. Collegia.	
<i>Capítulo III.</i> — LOS CÓNYUGES	99
1. Introducción. — 2. Esponsales. — 3. Celebración del matrimonio. — 4. Efectos personales del matrimonio. — 5. Derecho patrimonial del matrimonio. Principios. — 6. Derecho patrimonial del matrimonio. Dos. — 7. Derecho patrimonial del matrimonio. Parapherna. — 8. Fin del matrimonio. Efectos jurídicos del fin del matrimonio. Apéndice. Concubinatus.	
<i>Capítulo IV.</i> — PADRES E HIJOS	135
1. Introducción. — 2. Comienzo de la patria potestas. — 3. Derechos del pater familias en la persona de los hijos. — 4. Incapacidad patrimonial del hijo sometido a la patria potestad. — 5. Obligaciones del hijo sometido al poder paterno. — 6. Fin de la patria potestas. — 7. Relaciones paterno-filiales fuera de la patria potestad.	
<i>Capítulo V.</i> — INSTITUCIONES TUTELARES	154
1. Introducción. — 2. Impúberes. — 3. Las tres especies de tutela impuberum. — 4. Funciones propias del tutor impuberis. — 5. Responsabilidad del tutor impuberis. — 6. Irracionalidad del tutela mulierum clásica. — 7. Las tres especies de tutela mulierum. — 8. Funciones propias del tutor mulieris. — 9. Responsabilidad del tutor mulieris. — 10. Cura minorum. — 11. Cura furiosi. — 12. Cura prodigi.	

TERCERA PARTE

DERECHO DE SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE

INTRODUCCIÓN	193
<i>Capítulo I.</i> — NOCIONES FUNDAMENTALES	200
1. Successor, successio, succedere. — 2. Heres, hereditas. — 3. Bonorum possessor, Bonorum possessio.	

	Págs.
<i>Capítulo II.</i> — SUCESIÓN INTESTADA	209
1. Introducción. — 2. Sucesión intestada según las XII Tablas y la lex Voconia. — 3. Senatusconsultum Tertullianum y Orfitianum. — 4. Bonorum possessio ab intestato. — 5. Bona vacantia. 6. Sucesión intestada post-clásica.	
<i>Capítulo III.</i> — SUCESIÓN TESTAMENTARIA	228
1. Introducción. — 2. Testamentum per aes et libram. — 3. Testamento militar clásico. — 4. El llamado testamento pretorio. — 5. Falta de testamentos públicos. Formas post-clásicas. — 6. Revocación del testamento. — 7. Características generales de las reglas concernientes a la institutio heredis. — 8. Fórmula de la institutio heredis. — 9. Lugar de la institutio heredis en el testamento. — 10. Perfección del testamento. — 11. Heredis institutio ex re certa. — 12. Certa persona. — 13. Substitutiones.	
<i>Capítulo IV.</i> — SUCESIÓN CONTRA EL TESTAMENTO.	254
1. Introducción. — 2. Sucesión iure civili en caso de praeteritio de sui. — 3. Bonorum possessio contra tabulas testamenti. — 4. Querella inofficiosi testamenti.	
<i>Capítulo V.</i> — ADQUISICIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA	268
1. Introducción. — 2. Adquisición y repudiación de la hereditas ab intestato. — 3. Adquisición y repudiación de la hereditas a testamento. — 4. Hereditas iacens. — 5. Adquisición de la bonorum possessio.	
<i>Capítulo VI.</i> — EL HEREDERO DESPUÉS DE LA ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA.	284
1. Introducción. — 2. Ius adreascendi. — 3. El heredero y el patrimonio heredado. — 4. El heredero y las deudas del de cuius. — 5. Protección jurídica del heredero.	
<i>Capítulo VII.</i> — LEGADOS (LEGATA ET FIDEICOMMISSA).	298
1. Introducción. — 2. Ordenación y revocación de los legados (legata y fideicommissa). — 3. Efectos jurídicos de los legados (legata y fideicommissa). — 4. Modus. — 5. Donatio mortis causa.	
APÉNDICE. EXECUTOR.	320

CUARTA PARTE

DERECHO PATRIMONIAL

INTRODUCCIÓN	321
------------------------	-----

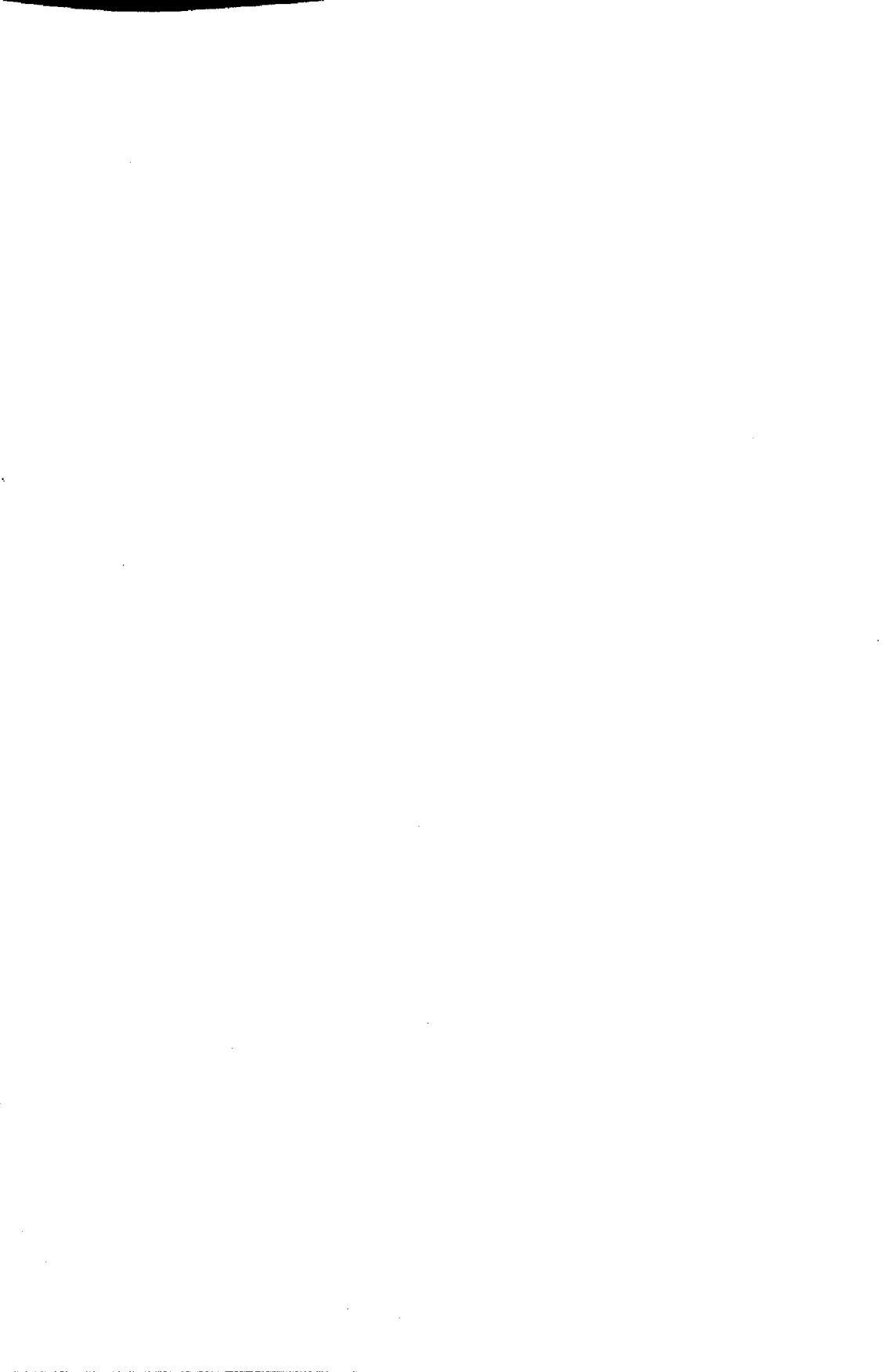
	Págs.
<i>Capítulo I.</i> — PROPIEDAD	325
1. Concepto de la propiedad, Terminología. — 2. Especies clásicas de propiedad. — 3. Transmisión de la propiedad por actos inter vivos. — 4. Adquisición de la propiedad por usucapio y longi temporis praescriptio. — 5. Otros modos de adquisición de la propiedad. — 6. Protección judicial de la propiedad.	
<i>Capítulo II.</i> — SERVIDUMBRES	365
1. Introducción. — 2. Servidumbres personales. — 3. Servidumbres prediales. — 4. Apéndice. Superficies y Emphyteusis.	
<i>Capítulo III.</i> — GARANTÍAS REALES (FIDUCIA CUM CREDITORE Y PIGNUS)	382
1. Introducción. — 2. Especies y constitución de las garantías reales clásicas. — 3. Contenido jurídico de las garantías reales clásicas. — 4. Carácter accesorio de la garantía real. — 5. Pluralidad de hipotecas sobre un mismo objeto. — 6. Defensas judiciales.	
<i>Capítulo IV.</i> — LA POSESIÓN	409
1. Introducción. — 2. Adquisición de la posesión. — 3. Continuidad y pérdida de la posesión. — 4. Interdictos posesorios.	

QUINTA PARTE

DERECHO DE OBLIGACIONES

INTRODUCCIÓN	435
<i>Capítulo I.</i> — DERECHO DE CONTRATOS	445
1. Introducción. — 2. La stipulatio en general. — 3. Especies de stipulatio. — 4. El llamado contrato literal. — 5. El contrato real en general. — 6. Mutuum y commodatum. — 7. Depositum y pignus. — 8. Los llamados contratos reales innominados. — 9. Los contratos consensuales en general. — 10. El contrato de compraventa. — 11. Arrendamiento (locatio conductio). — 12. Sociedad (societas). — 13. Mandato (mandatum). — 14. Pacta praetoria. Apéndice Donatio e intercessio.	
<i>Capítulo II.</i> — DERECHO DE DELITOS	547
1. Introducción. — 2. Furtum (hurto). — 3. Damnum iniuria datum (daño causado injustamente en las cosas). — 4. Iniuria (ofensas a la personalidad). — 5. Actio metus causa (extorsión) y actio de dolo (fraude).	

	<u>Págs.</u>
<i>Capítulo III.</i> — ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y NEGOTIORUM GESTIO.	584
1. Enriquecimiento injusto. — 2. Negotiorum gestio (representación sin mandato).	
<i>Capítulo IV.</i> — TRANSMISIÓN Y EXTINCIÓN DE OBLIGACIONES . .	599
1. Transmisión de obligaciones. — 2. Extinción de obligaciones.	
ADDENDA	607
ÍNDICE ALFABÉTICO	618

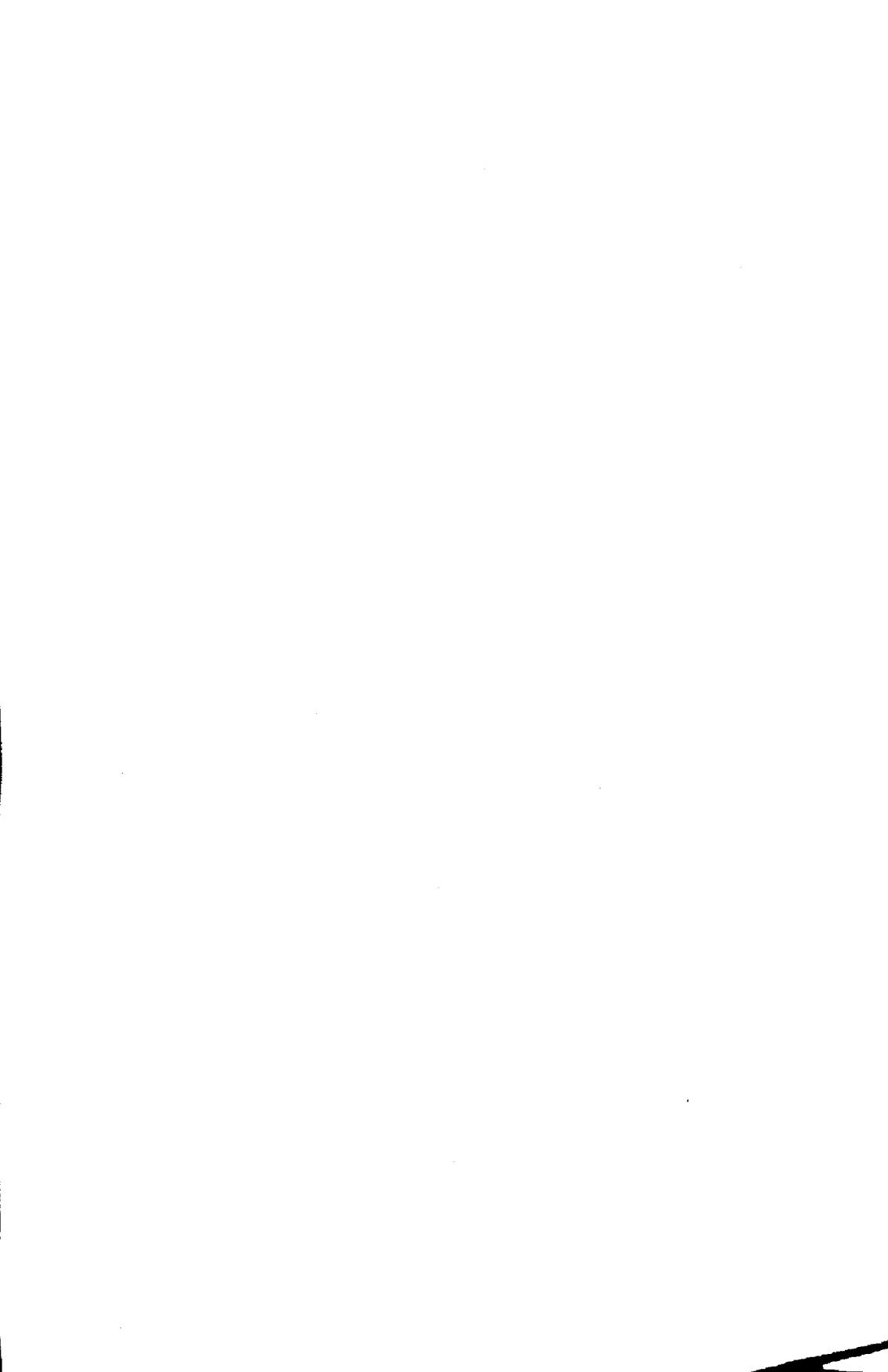


ABREVIATURAS

ACI	Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano, 1934-5.
Acta CII o ACII.	Acta Congressus Iuridici Internationalis, 1935.
AG	Archivio Giuridico.
AJPH	American Journal of Philology.
Ann. Catania	Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania.
Ann. Palermo	Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo.
AP	Archiv für Papyrusforschung.
Atti Napoli	Atti della Accademia di Scienze Morali e Politiche di Napoli.
Ati Torino	Atti della Accademia delle Scienze di Torino.
Beseler, Beitr.	G. Beseler, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen.
BGU.	Aegyptische Urkunden aus den Kgl. Museen zu Berlin. Griechische Urkunden.
Biondi, Successione	Trattato di Diritto Romano ed. Albertario, vol. X (1943). Biondo Biondi, Successione Testamentaria. Donazioni.
Bremer	Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt, ed. Bremer (Teubner).
Bruns o Bruns, Fontes	Fontes iuris Romani antiqui, pars prior, ed. G. Bruns; 7. ^a ed. per O. Gradenwitz, 1909.
Bull.	Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano.
C.	Codex Iustinianus.
CAH.	Cambridge Ancient History.
C. Iust.	Codex Iustinianus.
C. Th.	Codex Theodosianus.
CIL	Corpus Inscriptionum Latinarum.
Coll.	Mosaicarum et Romanarum Legum Collatio.
Consult.	Veteris cuiusdam iurisconsulti consultatio.
D.	Digesta Iustiniani.
DP	Deutsches Privatrecht.
Epit. Ulp.	Epitome Ulpiani.
Ergänzungsindex	Ergänzungsindex zu Ius und Leges, ed. E. Levy.
FIRA	Fontes Iuris Romani Anteiustiniani.
Fr. Vat.	Fragments Vaticana.
Gai.	Gaius, Institutiones.
ILS	Inscriptiones Latinae Selectae, ed. H. Dessau.
Inst. Iust.	Institutiones Iustiniani.

Jolowicz, Introd.	Jolowicz, Historical Introduction to the Study of Roman Law.
JRS	Journal of Roman Studies.
Kaser, AR	Max Kaser, Altrömisches Ius.
Kunkel	Jörs-Kunkel-Wenger, Römisches Recht, 3. ^a edición 1949.
lc.	loco citato.
Lenel, Edict.	Lenel, Das Edictum perpetuum, 3. ^a ed. 1927.
LQR	Law Quarterly Review.
Levy, Konkurrenz	E. Levy, Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht.
Mél.	Mélanges.
Mitteis, Grundzüge.	Mitteis-Wilcken, Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde.
Mitteis, RP	Mitteis, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, I (1908).
Mommsen, Schr.	Th. Mommsen, Gesammelte Schriften.
Mommsen, StR.	Th. Mommsen, Römisches Staatsrecht.
NRH.	Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger.
Pand.	Pandekten.
Paul. Sent.	Pauli Sententiae.
PW	Pauly-Wissowa, Realenzyklopaedie der klassischen Altertumswissenschaft.
RE	Pauly-Wissowa, Realenzyklopaedie.
Rend. Lomb.	Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, Rendiconti.
RH	Revue Historique de Droit Français et Étranger.
Rhein. Mus.	Rheinisches Museum.
RIDA	Revue Internationale des Droits de l'Antiquité.
Riv. It.	Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche.
s.	sección.
Savigny, System.	Savigny, System des heutigen Römischen Rechts.
SB	Sitzungsberichte.
Schulz, Einführung	F. Schulz, Einführung in das Studium der Digesten.
Schulz, History	F. Schulz, History of Roman Legal Science.
Schulz, Principles	F. Schulz, Principles of Roman Law.
SD.	Studia et Documenta Historiae et Iuris.
Seckel, Handlex.	Heumann-Seckel, Handlexikon zu den Quellen des Römischen Rechts.
Seckel-Kübler	Iurisprudentiae Antejustinianae Reliquiae (Teubner).
SHA	Scriptores Historiae Augustae.
Solazzi, Glosse a Gaio I	St. Riccobono, I, 78 y s.
Solazzi, Glosse a Gaio II.	Per il XIV centenario delle Pandette e del Codice di Giustiniano (Pavia, 1933).
St.	Studi.
Stolz-Schmalz, Lat. Grammatik	Stolz-Schmalz, Lateinische Grammatik, 5. ^a ed. por Leumann y Hofmann, 1928.

T	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'His- toire du Droit.
Thes.	Thesaurus.
Voc. o Voc. Iur. Rom. o VIR	Vocabularium Iurisprudentiae Romanae.
Wenger, CP.	Wenger, Institutes of the Roman Law of Civil Procedure, traducido por H.O. Fisk (1940).
Z	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsges- chichte, Romanistische Abteilung.
Z (germ. Abt.)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsges- chichte, Germanistische Abteilung.
Z. f. RG	Zeitschrift für Rechtsgeschichte.



INTRODUCCIÓN

*Sequemur hoc quidem tempore et hac in questio-
ne non interpretes, sed, ut solemus, e fontibus eorum
iudicio arbitrioque nostro quantum quoquo modo
videbitur hauriemus.*

CICERO. De Officiis, I, 2, 6.

La materia propia de este libro es el Derecho romano privado. Los Derechos constitucional, administrativo, criminal y procesal quedan excluidos. Tampoco la historia de la ciencia del Derecho romano y las fuentes de éste, serán objeto del presente estudio, pues una y otras no se refieren con exclusividad al Derecho privado. Todas estas ramas del Derecho de Roma, tienen gran importancia para el Derecho privado, pero no pueden ser estudiadas adecuadamente en un sistema rigurosamente jusprivatista y constituyen la materia propia de otros tratados. Este forzoso aislamiento de lo que va a ser tema de nuestro estudio, entraña, sin duda, ciertos inconvenientes y peligros, pero a pesar de ellos, queremos seguir las huellas de la propia jurisprudencia romana, y el relevante interés que el Derecho romano privado ofrece para la ciencia del Derecho, en general, justifica sobradamente nuestro propósito de tratarlo separadamente.

El Derecho privado romano tiene una larga historia que se extiende desde las XII Tablas (siglo V o IV a. de J.C.) por toda la antigüedad hasta la época de Justiniano (siglo VI d. de J.C.), y aún durante la Edad Media, en la Europa Oriental y occidental, hasta nuestros tiempos. El Derecho romano está hoy aún vivo y por tanto, su historia no ha terminado.

Esta dilatada historia no puede encerrarse en los angostos límites de un manual. Por otra parte, el estado deficiente de nuestros conocimientos, no lo permite, ya que largos períodos, no han sido aún estudiados debidamente. Debemos, pues elegir, y hemos escogido, el período que se extiende desde el principado de Augusto hasta Diocleciano. El Derecho anterior y el posterior serán objeto, ocasionalmente, de referencias y alusiones tan sólo. Nuestro estudio habrá de centrarse en el "período clásico" del Derecho

1. Materia: De-
recho privado
romano.

2. Derecho pri-
vado clásico.

privado romano. Como las fuentes del Derecho privado de la república son muy escasas, el Derecho clásico, representa para nosotros la parte más destacada y valiosa del Derecho privado de Roma, su centro y el punto inevitable de partida y de retorno de toda investigación. El Derecho privado clásico, constituye uno de esos privilegiados puntos de vista en los que el verdadero historiador gusta de situarse, por el amplio panorama histórico de Derecho romano, que permite abarcar.

Mommsen (1854), *Schr.* V. 384: "La investigación histórica no pretende ser un diario completo del mundo. Busca más bien las alturas, los puntos dominantes, para desde allí, desde esos puntos, conseguir en felices momentos, contemplar la ley invariable de lo necesario..." (*).

3. Carácter estático.

Esta selección es objeto de vivas críticas. Puede objetarse que de esta suerte, se renuncia a una descripción del desarrollo completo del Derecho romano. Un sistema de Derecho privado clásico, ofrece un carácter predominantemente estático. Pero aunque el ambiguo término "desarrollo" es palabra predilecta de los historiadores del Derecho, es también muy cierto que éstos, por lo común, no hacen otra cosa que exponer una serie de normas jurídicas cronológicamente aderezadas. "Et puis... et puis... il y a beaucoup de *puis* dans cette histoire". Hasta ahora, además, no ha habido un libro de Derecho privado romano que haya seriamente intentado exponer el desenvolvimiento de este Derecho. Tal libro está aún por escribir.

4. Razones que justifican la exclusión del Derecho justinianeo.

Todavía puede ser más digno de reparo el haber excluido en esta obra, el Derecho justinianeo. No es el Derecho clásico sino más bien el *Corpus Iuris* del emperador, el que ha predominado durante muchas centurias en la Europa continental y el que ha dejado huellas indelebles en el Derecho privado moderno. De esta suerte, al omitir el Derecho justinianeo, en realidad, suprimimos el eslabón de la cadena que une el Derecho de la antigüedad con el de la Edad Media y el de las épocas posteriores. Esto es indudable, pero a pesar de serlo, existen dos poderosos argumentos, uno de carácter científico y otro basado en exigencias pedagógicas, que justifican el aislamiento del Derecho clásico.

El estudio histórico del Derecho post-clásico en general y el del justinianeo en particular, están casi en sus comienzos y no debe olvidarse que la mayor parte de la legislación justiniana, *Institutiones*, *Digesto* y *Codex Iustinianus*, son compilaciones de textos prejustinianos. Los compiladores se esforzaron en adaptar

(*) En el original se reproduce el texto alemán.

dichos textos a las exigencias de su época mediante numerosas interpolaciones, pero de una parte, su devoción por el clasicismo y de otra, el breve tiempo en que tenían que llevar a cabo su cometido, impidió que transformasen drásticamente tales textos. Así, por ejemplo, el *Digesto* habla todavía del Pretor y de los ediles, de edictos y de la interpretación de éstos; discute aún si existe una acción directa o una acción útil, distingue entre *actio* e *interdictum*, entre *ius civile* y *ius honorarium*, materias todas que habían perdido vigencia y que eran absolutamente irrelevantes en el Derecho post-clásico. De ello se sigue que el Derecho que los compiladores pretenden que sea Derecho justiniano, no se descubre mediante la lectura directa de las compilaciones, sino que para conocerlo con la mayor precisión posible, es indispensable interpretarlo teniendo muy en cuenta el contexto propiamente bizantino. Por otra parte, los textos ofrecen numerosas contradicciones. En estos casos de conflicto ¿cuál es el Derecho verdaderamente justiniano? La cuestión que para nosotros — que no nos ocupamos del *Corpus Iuris* considerado como un código vivo — ofrece realmente interés, es la de determinar cuál es el Derecho que en tales supuestos pretenden establecer los compiladores. La respuesta a esta cuestión debe buscarse a través de la investigación histórica y no mediante la “exégesis dogmática”. Supongamos que dos pasajes del *Digesto* concernientes a un mismo problema y atribuidos uno a Ulpiano y otro a Paulo, son contradictorios entre sí. Un análisis atento de ambos textos, nos demuestra que uno de ellos ha sido interpolado por los compiladores, mientras que el otro conserva, por inadvertencia de éstos, su forma y contenido primigenios. Evidentemente es el texto interpolado y no el otro, el que contiene el Derecho justiniano. En tanto no hallemos una solución histórica que resuelva la antinomia, es un deber ineludible del historiador encogerse de hombros y practicar modestamente el *ars nesciendi*. La otra cuestión referente al Derecho aplicado por la práctica bizantina sobre la base del *Corpus Iuris*, es totalmente distinta de la anterior. Para resolverla precisa consultar los escritos de los juristas bizantinos y los papiros de este período. No es pues tarea fácil la de fijar con rigor y exactitud el Derecho justiniano y por ello no resulta extraño el que todavía en la actualidad, no se cuente con una buena exposición histórica de este Derecho. Ciertamente que la abundantísima literatura existente sobre el *Corpus Iuris* desde la época de los glosadores boloñeses (siglos XII y XIII) hasta la pandectística alemana del siglo XIX, ha prestado relevantísimo servicio a la ciencia jurídica, pero también es verdad que, en rigor, ninguna de las obras que integran esta

literatura, trata de explorar el Derecho justiniano utilizando un método ceñidamente histórico. La finalidad que realmente persigue, es la de construir un Derecho práctico basado en el *Corpus Iuris* y constituido en gran parte por un Derecho medioeval y moderno, presentado bajo el pabellón justiniano.

Lo expuesto es una razón pedagógica que justifica la limitación de nuestro estudio al Derecho clásico. El Derecho privado clásico es un sistema homogéneo, original y único en verdad, básicamente diferente de los demás sistemas de la antigüedad o de épocas posteriores. Estas características del Derecho clásico hacen su estudio atrayente y difícil a un tiempo. El estudiante debe, ante todo, familiarizarse con el Derecho clásico y, para conseguirlo, debemos concentrar en él nuestro trabajo.

5. El estudio del Derecho privado clásico. Los humanistas.

El estudio del Derecho clásico privado comienza con el humanismo. Los llamados glosadores y post-glosadores (1100-1500) se limitaron al estudio del *Corpus Iuris* y de lo que ellos llamaban Derecho justiniano. Los juristas humanistas, fueron los primeros en investigar el Derecho prejustiniano y especialmente el clásico. Alentados por los descubrimientos de fuentes prejustinianas, comenzaron a aplicar métodos críticos y a fijar interpolaciones. Los más destacados representantes de esta nueva escuela fueron Jacobo Cuiacio (Jacques Cujas, 1520 ó 1522-90) y Antonio Faber (Antoine Fabre, 1557-1624), ambos verdaderamente geniales y el último, particularmente dotado con un raro y seguro instinto para descubrir el Derecho clásico, ofrece un singular relieve sobre sus coetáneos.

6. Reacción anti-humanística.

El apogeo de esta escuela humanística fué brillante pero breve. A los tradicionalistas, estas nuevas investigaciones parecían una extraña y peligrosa manera de atentar a la autoridad del *Corpus Iuris* y del *ius commune*. La penetrante intuición de Faber era incomprendible para las mentes de aquella época y parecía una extraña locura. Debe admitirse, sin género de duda, que los humanistas no distinguieron suficientemente entre la interpretación histórica y la del *Corpus Iuris* como código vivo. Un pasaje del Digesto requiere algunas veces una *interpretatio duplex*, pues la significación que tuvo en el período clásico difiere muy frecuentemente, de aquella otra que fué atribuida en la obra legislativa de Justiniano. Por esta razón la postura antihumanística obtuvo la victoria. La investigación de Cuiacio y Faber no tuvo la adecuada prosecución. El gran Faber se convirtió en una especie de raro fantasma para los juristas sesudos de la época posterior y la investigación, en el Derecho privado clásico, apenas si realizó progreso alguno en los siglos XVII y XVIII.

Heineccius, "De secta Tribonianomastigum", *Opera* (Génova, 1748), tomo III, *Opusculorum variorum sylloge*, III, núm. XI, p. 180. "Eequidem quantum detrimenti inde capiat iurisprudentiae studium, si in contemptum adducantur libri iuris nihilque in iis rectum, nihil sanum atque integrum esse quotidie inculcetur adulescentibus, neminem esse arbitramur quin intelligat. P. 179: ...quo nemo ab insano illo antinomias et Tribonianismos venandi studio (!) magis abhorruit."

Un nuevo estudio del Derecho privado clásico se llevó a cabo en la primera mitad del siglo XIX, bajo la dirección de Federico Carlos von Savigny. La investigación humanística fué continuada y fueron descubiertas importantes fuentes prejustinianas, particularmente la Instituta de Gayo y los llamados *Fragmenta Vaticana*. El manuscrito perdido del *Epitome Ulpiani* fué también redescubierto. No obstante, la tradicional repugnancia que inspiraba la búsqueda de interpolaciones, ésta subsistió. Una increíble ceguera en esta línea de la investigación, constituye una característica de Savigny y de su escuela, la cual impidió de un modo lamentable, el progreso de la actividad investigadora. Se prefería una solución sofística a la admisión de una interpolación.

7. Savigny y su escuela.

Por último, apareció la figura de Teodoro Mommsen. Él y sus colaboradores nos proveyeron de solventísimas ediciones de las fuentes, particularmente del Digesto. La edición mommsenniana de los *Digesta* de Justiniano (la amplia edición de esta obra, en dos volúmenes, hecha en 1870, debe ser familiar al estudioso del Derecho romano) constituirá siempre una *regina editionum*. Sobre esta sólida base, con ayuda de los numerosos libros y escritos de Mommsen, sabios italianos y alemanes (I. Alibrandi, C. Ferrini, A. Pernice, O. Lenel, O. Gradenwitz y F. Eisele) llevaron a cabo un serio avance en el estudio del Derecho privado clásico, mediante la aplicación de los métodos filológico e histórico. La obra de Antonio Faber, después de una larga pausa, fué proseguida, y sus investigaciones fueron debidamente apreciadas y continuadas vigorosamente. Los más destacados representantes de esta tendencia en el siglo XX son Emilio Albertario y Gerardo von Beseler. Nos hallamos todavía en este período y numerosos problemas, más o menos importantes, están aún *sub iudice* y así continuarán muchos de ellos, hasta que la casualidad nos depare fuentes nuevas que nos permitan resolverlos. Como quiera que sea, una parte importante de Derecho privado clásico ha sido recuperada *multaque pars vitavit vitabitque Libitinam*.

8. Mommsen y la escuela moderna.

La presente obra no tiene la aspiración de ser completa. Nos limitamos al estudio de las instituciones legales clásicas y de los principios en que predominan los aspectos sociológico y político.

9. Fin de este libro.

Para conocer las sutiles construcciones jurídicas, remitimos al lector a otros tratados y a la literatura monográfica. Nuestra obra debe ser utilizada como una introducción y como un suplemento de libros más amplios y comprensivos. Al excluir el Derecho justinianeo, nos hemos abstenido también de comparar el Derecho clásico con el Derecho de otros pueblos. El carácter especial del Derecho clásico hace inútil este parangón, cuando no perjudicial, para el estudio del Derecho romano. En ocasiones hemos hecho alguna excepción a este principio.

10. Nuestro sistema.

En nuestra exposición seguimos el llamado sistema de Pandectas, esto es, no el sistema de las Pandectas de Justiniano, sino más bien el sistema adoptado por los pandectistas alemanes del siglo XIX. Tal sistema contenía cinco partes: I. Parte general; II. Derecho de cosas; III. Derecho de obligaciones; IV. Derecho de familia; V. Derecho de sucesión por causa de muerte. La parte general contenía (1) una teoría general de las normas del Derecho privado, de su interpretación y límites, incluyendo el Derecho internacional privado, así como los derechos individuales originados en tales normas. (2) El derecho de personas (naturales y jurídicas). (3) La teoría general del *negotium iuridicum*. (4) La protección legal del Derecho privado, en particular el Derecho de acciones. Esta parte general tiene indudable valor, incluso para los modernos tratados de Derecho romano, pero esto no obstante, debe ser excluida en una exposición histórica de Derecho privado clásico. Contenía esta parte general, una gran masa de generalidades y abstracciones que fueron elaboradas por la jurisprudencia medioeval moderna, pero que son extrañas, en mayor o menor medida, al pensamiento jurídico clásico. La repugnancia a la abstracción es una característica fundamental del Derecho clásico que el historiador debe tener muy en cuenta. Todas aquellas generalizaciones, conceptos y normas abstractas, tienen su propia historia que exige un tratamiento especial, sin que en modo alguno puedan ser atribuidas a un Derecho como el clásico, que las aborrece. El historiador debe esforzarse en presentar el Derecho del pasado en su forma histórica; no debe nunca separar forma y contenido (si bien esto fuera permitido a los juristas que trataron el *Corpus Iuris* como código vivo):

*La Naturaleza no es ni pulpa ni corteza,
es a la vez ambas cosas.*

(GOETHE.)

Consiguientemente, hemos omitido la teoría de las normas legales, la cual tiene su lugar adecuado en la historia de las fuentes

jurídicas. Hemos omitido también la teoría general del negocio jurídico, por ser una creación moderna. Hemos tratado combinadamente el derecho de personas y el de familia. Lo que queda de la parte general, es el Derecho de acciones, Derecho que debe ser tratado cuidadosamente, puesto que una parte considerable del Derecho clásico, es un Derecho de acciones y no puede ser debidamente comprendido aquél, sin tener una clara visión del mecanismo de las formas procesales. Maitland ha caracterizado la actitud de la jurisprudencia medioeval inglesa del modo siguiente:

“Recursos legales, procedimiento legal, tales son los tópicos más importantes para el estudiante. Con el dominio de ellos, se consigue fácilmente un conocimiento del Derecho sustantivo. El tema, pues, debe ser, no la naturaleza del Derecho, sino la de la acción... Así pensaban nuestros antepasados.” Vide Maitland “The History of the Register of Original Writs” (1889), *Select Essays in Anglo-American Legal History*, II (1908), 549; *Collected Papers*, II (1911), 110.

Las afirmaciones de Maitland pueden ser aplicadas con algunas restricciones a la jurisprudencia clásica y el Derecho de acciones, constituye la introducción indispensable a todo sistema de Derecho privado clásico. Como ocurre con muchas introducciones, la nuestra debe ser leída dos veces, una al comienzo, para conseguir una visión preliminar y otra al final del estudio del Derecho sustantivo. Por otra parte, los tecnicismos propios del Derecho de acciones, no ofrecen particulares dificultades, ni siquiera para el principiante.

Nos hemos abstenido de proveer nuestra exposición de aparatosas citas de fuentes. Las citas son raramente consultadas por los estudiantes y, por otra parte, éstos no pueden utilizarlas provechosamente sin la ayuda del Profesor. Nos hemos limitado a hacer unas pocas citas de textos selectos cuya lectura recomendamos.

11. Citas de las fuentes.

En estas citas las palabras espurias son incluidas entre corchetes. En cambio, aquellas palabras que fueron probablemente escritas por el autor clásico y que no han sido transcritas en nuestros textos, figuran entre paréntesis angulares.

Para probar plenamente nuestros asertos, nos referiremos a la bibliografía. Con respecto a ésta damos una lista de manuales modernos al final de la presente introducción. Además, hacemos referencias bibliográficas en todo el curso de este tratado. Algunos libros quedan sin mencionar, pero el lector curioso, puede encontrar las páginas importantes de los mismos, con ayuda de los índices.

12. Bibliografía.

Nos referimos tan sólo a obras usuales y a literatura monográfica citando obras que nos han parecido de singular importancia. Hemos citado en lo posible, también, las últimas publicaciones, pero éste no es un libro de referencias bibliográficas y, como otros muchos, queda un poco rezagado con relación a las últimas novedades. Por otra parte, la exploración del Derecho clásico está sólo en marcha.

BIBLIOGRAFÍA

§ 1. Para materias que no figuran en este libro, vide Jolowicz, *Introd.* Para el Derecho criminal, vide especialmente, Brasiello, *La repressione penale in diritto romano* (1937); para el procedimiento civil, Wenger, CP; para la historia de la ciencia y fuentes del Derecho, Schulz, *History*. Sobre el aislamiento de lo jurídico, Schulz, *Principles*, 19.

§ 2. Para el período clásico, vide Schulz, *History*, 99.

§ 3. Sobre el desarrollo histórico, vide E. Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III (1910), 208; Ernst Troeltsch, *Ges. Schr.* III (1922), 221 y s.

§ 4. Sobre el clasicismo de Justiniano, vide Schulz, *History*, 278-85. La obra modelo de la ciencia de las Pandectas es la de Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9.ª edic. por Th. Kipp (1906). Para un estudio histórico del Derecho justiniano, vide Collinet, *Etudes historiques sur le droit de Justinien*, I (1912); II (1925); IV (1932); V (1947).

§ 5. No hay una obra completa sobre la escuela humanística. Vide Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, I (1880); Coing, Z. LIX (1939), 697; Albertario, *Introd.* 142 con referencias; Koschaker, *Europa und das römische Recht* (1947), 105 y s. Sobre Cuiacius, vide Albertario, Z. XXXI (1910), 158; sobre Faber, De Medio, *Bull.* XIII (1901), 208; XIV (1902), 276; Albertario, *Contributi alla storia della ricerca delle interpolazioni* (1913).

§ 6. Sobre la reacción, vide E. Spangenberg, *Einleitung in das Römisch-Justinianische Rechtsbuch* (1817), 239. Un típico representante, es el reaccionario Alberico Gentile, el cual llegó a Oxford en 1580 y fué miembro del St. John's College. Vide Gentile, *Dialogi de iuris interpretibus* (Londres, 1582), nueva edición por G. Astuti, 1937. Sobre Gentile, vide Holland, *An Inaugural Lecture on Albericus Gentilis* (1874); Speranza, *Alberico Gentili*, I (1876), II (1910); G. Astuti, *Mos Italicus e Mos Gallicus nei dialoghi "De iuris interpretibus" di Alberico Gentili* (1937); Th. F. Henderson en *Dictionary of National Biography*, VII, 1003-6.

§ 7. Koschaker, Lc. 270 y s.

§ 8. Sobre la moderna escuela, vide Schulz, *Einführung in das Studium der Digesten* (1916), 62. Libros de referencia a la literatura de esta escuela: *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur* (ed. E. Levy y E. Rabel), I (1929), II (1931), III (1935); Supl. I (1929). Guarneri Citati, *Indice delle parole, frasi e costrutti ritenuti indizio di interpolazione nei testi giuridici romani* (2.ª ed. 1927); Supl. I en *St. Riccobono*, I (1934), 701; Supl. II en *Festschrift Paul Koschaker*, I (1939), 117. Ed. Volterra, "Indice delle glosse, delle interpolazioni e delle principali ricostruzioni... nelle fonti pre-justiniane occidentali" en *Rivista di storia del diritto italiano*, VIII (1935),

IX (1936). P. de Francisci, *Il diritto romano* (guía bibliográfica, 1923); Biondi, *Guide Bibliografiche*; III I. *Diritto Romano* (1944); Monier, *Bibliographie des travaux récents de droit romain*, I (1944), II (1949).

§ 9. Pringsheim, "The Unique Character of Classical Roman Law, JRS. XXXIV (1944), 60.

§ 10. Vide A. B. Schwarz, "Zur Entstehung des modernen Pandekten-Systems", Z XLII (1921), 578.

§ 12. Manuales modernos de Derecho privado romano: En HOLANDES: J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch Privatrecht* (1945). En INGLÉS: H.J. Roby, *Roman Private Law in the Times of Cicero and the Antonines* (1902); W.W. Buckland, *A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian* (2.^a ed. 1932); *A Manual of Roman Private Law* (2.^a ed. 1939); Buckland y McNair, *Roman Law and Common Law* (1936); H.F. Jolowicz, *Historical Introduction to the Study of Roman Law* (1927). En FRANCÉS: E. Cuq, *Manuel des Institutions Juridiques des Romains* (1917); R. Monier, *Manuel élémentaire de Droit Romain*, I (6.^a ed. 1947), II (4.^a ed. 1948). En ALEMÁN: L. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I (1908); E. Rabel, "Grundzüge des römischen Privatrechts", en Holtzendorff-Kohler, *Enzyklopaedie der Rechtswissenschaft*, I (1915); Joers-Kunkel-Wenger, *Römisches Recht* (3.^a ed. 1949); H. Siber, *Römisches Recht*, II. *Röm. Privatrecht* (1928); E. Weiss, *Institutionen des römischen Privatrechts* (2.^a ed. 1949); E. Seidl, *Römisches Privatrecht* (1949), 112 págs. En GRIEGO: G.A. Petropoulos *Ἱστορία καὶ ἐισαγωγὴ τοῦ ῥωμαϊκοῦ δικαίου* (1944). En ITALIANO: S. Peruzzi, *Istituzioni di diritto romano* (2.^a edición, 1923); E. Costa, *Storia del diritto romano privato* (2.^a ed. 1925); *Cicerone giureconsulto* (2.^a ed. 1927); P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano* (10.^a ed. por Albertario 1946); Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano* (9.^a ed. 1947); B. Biondi, *Istituzioni di diritto romano* (1946); Di Marzo, *Istituzioni di diritto romano* (5.^a ed. 1946).

PRIMERA PARTE

DERECHO DE ACCIONES

INTRODUCCIÓN.

El Derecho privado clásico es, en gran parte, un Derecho de acciones y puede ser denominado así porque aparece en forma de remedios o recursos judiciales. Los juristas clásicos no se ocuparon tanto de los derechos y deberes que subyacían en estas acciones, como de las condiciones en que puede disponerse de una acción y de la reparación que con ella puede obtenerse. La finalidad de esta primera parte es mucho más limitada. Deseamos solamente dar aquí una idea clara de los distintos géneros de acciones, tomando la palabra acción en un sentido amplio que coincide con el significado propio del recurso judicial. Con otras palabras, debemos reducirnos al estudio del Derecho general de acciones.

El Derecho clásico de acciones no podía ser estudiado completamente antes del descubrimiento de la Instituta de Gayo en 1816. El sistema clásico de acciones no sobrevivió al final del período clásico; los libros jurídicos post-clásicos y, especialmente, las compilaciones justinianeas, nos ofrecen una exposición falaz y deficiente de esta parte del Derecho clásico. El descubrimiento de la Instituta de Gayo constituyó una revelación, ya que el libro cuarto de esta obra se ocupa del *ius quod ad actiones pertinet*. Aunque esta parte de la Instituta había dejado de ser usual y viva en los siglos IV y V, debido al clasicismo de las escuelas jurídicas post-clásicas, fué conservada con bastante fidelidad. En conjunto, la exposición gayana, es fuente fidedigna para el estudio del Derecho clásico, si bien sería absurdo considerarla como definitiva e intangible ya que es, como toda la obra, de carácter elemental y, en ocasiones, defectuosa y descuidada. Por otra parte, no faltan interpolaciones en la obra de Gayo y esto hace indispensable una labor crítica.

13. Derecho de acciones.

14. Nuestra fuente principal.

FUENTES

§ 13. Léase, como ejemplo de la forma accional de los clásicos D. (4.3) 35; (16.8) 1.38; 9.2 41 pr.: [*deleverit vel*]; [*in factum et*].

BIBLIOGRAFÍA

§ 13. Obras fundamentales: O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum* (3.^a ed. 1927); L. Wenger, *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, traducido por H.O. Fisk (1940); Collinet, *Études historiques sur le droit de Justinien*, V: *La nature des actions, des interdits et des exceptions dans l'œuvre de Justinien* (1947); James Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage* (1925), 6-67, 81, no debe ser ignorado.

§ 14. La mejor edición de la Instituta de Gayo, para estudiantes que conozcan la lengua inglesa es, la de F. de Zulueta, *The Institutes of Gaius*, Parte I, texto con notas críticas y traducción. Sobre la Instituta de Gayo, véase F. Schulz, *History* (1946) 159 y s., 281.

CAPÍTULO I

NOCIONES FUNDAMENTALES

1. «IURISDICTIO» Y «IUDICATIO»

En el Derecho clásico de acciones es fundamental la distinción entre *iurisdictio* y *iudicatio*. 15. Iurisdictio y Iudicatio.

Iurisdictio (*ius dicere*) significa en el ámbito del procedimiento civil ordinario, la autoridad para decidir si a un actor, en un caso concreto, debe serle permitido deducir su demanda ante un Juez. *Iudicatio* (*iudicare*) significa la autoridad para dirimir, sentenciar un proceso.

Como regla general, la *iurisdictio* y la *iudicatio* no se dan en la misma persona, puesto que la primera se otorga a un magistrado (propriadamente el *praetor*) y la *iudicatio* a una o varias personas privadas. El magistrado y el juez son considerados como hombres dotados de buen sentido, que no necesitan tener un conocimiento completo del Derecho, ya que actúan siempre en estrecho contacto con los juristas. La terminología *iurisdictio*, *iudicatio* es un tanto artificiosa, pues *ius dicere* comprende cualquier declaración o establecimiento del Derecho, incluyendo la sentencia. En la antigüedad, el pretor, fué llamado *iudex* y actuaba como tal; *iurisdictio* fué más tarde el término propio para designar sus funciones, conservado posteriormente de modo habitual, no obstante la división de poderes entre magistrado y juez. Sustancialmente, tal división guarda innegable paralelismo con el Derecho de otros pueblos. En comprobación de este aserto, los estudiantes de Derecho inglés, por ejemplo, necesitan recordar tan sólo el procedimiento de las acciones propio de este país. 16. Magistrado y Juez.

El procedimiento civil clásico se inicia con un proceso ante el magistrado (procedimiento *in iure*). Si el magistrado rehusa su autorización para que se incoe un *iudicium* (*denegare iudicium*), el actor no podrá entablarlo. Puede, ciertamente, recurrir en este caso al Emperador, y éste ordenar al magistrado que otorgue el *iudicium*; o puede también esperar que termine el año de la magistratura pretoria y acudir ante el *praetor* que suceda en ella al 17. Procedimiento in iure y apud iudicem.

que denegó el *iudicium*. Si, por el contrario, el pretor concede un *iudicium* (*dare iudicium*), se cierra con ello el procedimiento *in iure*. Esta fase se caracteriza por la invocación de los testigos (*litis contestatio*). La expresión *litis contestatio*, se usa para designar el momento final del procedimiento *in iure* y aun de todo el procedimiento. Al cerrarse el procedimiento *in iure* comienza la segunda fase del proceso civil llamada *iudicium* o proceso *apud iudicem*. En esta última fase, la demanda del actor es examinada a fondo dictándose luego la sentencia, con lo que se condena o absuelve al demandado. En el procedimiento civil, a diferencia del criminal, no está permitida la declaración *non liquet*. Tampoco está permitida la apelación de la sentencia.

18. Magistrados Jurisdiccionales.

El magistrado jurisdiccional, dentro de los límites de la ciudad de Roma, es el *praetor urbanus* si ambas partes son ciudadanos romanos. Si una de ellas, o las dos, no tienen tal condición, será competente el *praetor inter peregrinos* o *cives et peregrinos* (abreviadamente *praetor peregrinus*). Para ciertas acciones son competentes los *aediles curules* (vide infra, § 926). En los *municipia*, los magistrados municipales, tienen una jurisdicción limitada. En las provincias los gobernadores son magistrados jurisdiccionales. En las provincias senatoriales la jurisdicción de los *aediles* es ejercida por los *quaestores*.

19. Los Jueces.

Por regla general la *iudicatio* es conferida a una persona elegida por ambas partes y autorizada por el Magistrado. Este juez es llamado *iudex* y en algunas ocasiones *arbiter*. Originariamente esta última denominación fué usada siempre que el juez podía sentenciar discrecionalmente (dentro, naturalmente, de ciertos límites), pero en la época clásica, *arbiter* no es otra cosa que una variante terminológica. Para ciertas acciones (por ejemplo la *actio iniuriarum*, vide infra, § 1.015) pueden ser elegidos varios jueces (tres o cinco) los cuales son llamados *recuperatores*. En cierta clase de acciones, las partes pueden otorgar la *iudicatio* a los *centumviri* (ej. en el caso de *hereditatis petitio*).

20. Extraordinaria *cognitio*.

El procedimiento que hemos descrito es el llamado procedimiento ordinario (*Inst. Iust.* 3. 12 pr.). Además existía una forma diferente de procedimiento que en nuestras fuentes se denomina (salvo en Gayo, *Instituta*, cf. 2. 278) *cognitio extra ordinem* o *extraordinaria cognitio*. En esta forma, el magistrado ejerce la *iurisdictio* y la *iudicatio*, si bien puede conferir, y confiere frecuentemente, esta última, a una persona privada (*iudex pedaneus*). En la época clásica, es éste el único procedimiento utilizable en el ejercicio de aquellas acciones (por ejemplo la acción *ex fideicommisso*) que quedaban excluidas del procedimiento ordinario.

Además, también se utiliza en las provincias del Imperio ya que en éstas, el procedimiento ordinario no existe.

Hay, sin duda, importantes diferencias entre ambas formas de procedimiento, pero no debe exagerarse la divergencia existente entre una y otra, ya que en la *extraordinaria cognitio*, el magistrado confía, por regla general, la *iudicatio* a una persona privada. La *extraordinaria cognitio*, fué la forma última, originada en el Derecho público y por tanto más moderna, flexible y libre del áspero formalismo característico del viejo procedimiento. He aquí las dos principales diferencias entre ambos procedimientos: 1. En el procedimiento ordinario el nombramiento de un *iudex* es obligatorio, en cambio en la *extraordinaria cognitio* es potestativo.

2. En el procedimiento ordinario no puede haber *iudicium* si las partes no han convenido sobre la persona del juez y del *iudicium* (fórmula Vide infra, § 27). Si el demandado rehusa su participación en el proceso no se da el proceso contumacial. En la *extraordinaria cognitio*, el acuerdo de las partes no es obligatorio y puede dictarse sentencia en rebeldía.

Conforme a la moderna teoría propugnada por Wlassak en numerosos libros y escritos y aceptada por muchos profesores, el procedimiento ordinario debe ser considerado como una especie de arbitraje. Las partes se ponen de acuerdo ante el magistrado no ya solamente sobre la persona del juez sino también sobre la cuestión objeto del pleito, esto es sobre el programa del *iudicium*. El juez es, por consiguiente, considerado como una especie de árbitro. La teoría de Wlassak es sostenida con argumentos endebles, con interpretaciones faltas de crítica y con deducciones incorrectas. La idea de arbitraje, no estuvo presente en la mente de Gayo y probablemente tampoco en la de los juristas clásicos. Es cierto que del pensamiento de los juristas republicanos, conocemos muy poco. Por supuesto, éstos no podían hablar de *contractus* pues tal término tenía un sentido muy restringido. Tampoco se atrevieron a designar el convenio de las partes como un *pactum*. Sin embargo, al historiador le está permitido investigar las ideas que actúan detrás de los personajes aun cuando éstos no sean conscientes de las mismas. Para el jurista moderno, este acuerdo de las partes es, sin género de duda, un ejemplo de convenio que se somete a un árbitro. La ausencia de un procedimiento en rebeldía puede explicarse sin necesidad de recurrir a esta idea, cuya fuerza se percibe claramente al estudiar el desarrollo de las acciones y muy especialmente el de las acciones *bonae fidei* (infra, § 63). Así pues el *iudex* puede ser equiparado a un árbitro, pero a un árbitro especial, esto es, un árbitro autorizado por el magistrado y, por consiguiente, un de-

21. Diferencias entre las dos formas de procedimiento.

22. Teoría de Wlassak.

legado de éste, enteramente semejante al *iudex pedaneus* de la *extraordinaria cognitio*. La importancia de esta cuestión ha sido indudablemente sobrestimada. Se trata de un problema de construcción o ideología legal, no de Derecho.

23. Imperium.

Además de la *iurisdictio* el magistrado jurisdiccional posee el *imperium* y está en virtud del mismo, facultado para dar órdenes discrecionales dentro de ciertos límites fijados por las *leges*. En el procedimiento ordinario muy especialmente, el magistrado hace frecuente uso de este poder. Como ya dijimos no hay *iudicium* si el demandado rehusa su cooperación *in iure*. En tal caso funciona el *imperium* del magistrado; éste puede ordenar, por ejemplo, la *missio actoris in bona rei*. Los magistrados municipales no poseen *imperium*, pero el pretor romano puede suplir esta falta, siempre que el actor acuda ante él para intentar la acción.

FUENTES

§ 18. Vid. Gayo, I, 6.

BIBLIOGRAFÍA

§ 15. Wlassak, Z. XXV (1904), 81; Bekker, Z. XXVII (1906), 1-12; Steinwenter, P. W, X. 1155; Kaser, A R (1949), 358 f.

§ 16. Jolowicz, ACI, Bolonia, II (1934), 59; Hoetink, Seminar, V (1947), 16 y siguientes.

§ 17. Düll, *Denegationsrecht und praetorische Jurisdiction* (1915); Lévy-Bruhl, *La denegatio actionis sous la procédure formulaire* (1942); Vojtěch Poláček, *Denegatio* (1947), Checo con un resumen inglés; Z. LXIII (1943), 406. Sobre *litis contestatio*, Beseler, Z. XLVI (1926), 134, 138; LII (1932), 292; sobre *non liquet*, Mommsen, *Römisches Strafrecht* (1899), 422.

§ 19. Sobre *iudex*, vide J. Mazeaud, *La Nomination du juge unus sous la procédure formulaire à Rome* (1933). Sobre *arbiter*, E. Levy, Z. XXXVI (1915), 16. Sobre *recuperatores* y *centumviri*, Wenger, CP., p. 61.

§ 20. Mitteis, *Grundz*, 23; Arangio-Ruiz, FIRA, III, núm. 170, con referencias; Balogh, ACI, Roma, II (1935), 267 y s.; Santi di Paola, "La *litis contestatio* nella *cognitio extra ordinem*." *Ann. Catania*, 1948.

§ 21. Sobre el procedimiento en rebeldía, vide A. Steinwenter, *Studien zum römischen Versäumnisverfahren* (1914); L. Arù, *Il processo civile contumaciale* (1943).

§ 22. Contra la teoría de Wlassak, vide Beseler, Z. XLVI (1926), 131, con referencias; LI (1931), 401; Mazeaud, l.c. 172 y s.; Gioffredi, SD, XII (1946), 133, 146.

2. «IURISDICTIO» Y «LEX»

Los magistrados jurisdiccionales están ligados en su actuación por *leges* (en la época clásica también por los *senatusconsulta* y por

24. La libertad de los magistrados.

constituciones imperiales), pero solamente en cuanto estas normas les ordenan expresamente conceder o rehusar el *iudicium*. Estas órdenes son raras en realidad, pues las normas aludidas se limitan generalmente a establecer derechos y deberes de las personas. Cuando proceden de este modo, el magistrado no está ligado a lo estatuido, sino que está facultado para conceder o denegar el *iudicium* discrecionalmente. Este principio que implica una interpretación muy estricta de las normas, debe ser tenido muy en cuenta por todo aquel que desee comprender las discusiones de los juristas republicanos y clásicos. Es un auténtico principio romano profesado por los juristas respecto a los actos del Estado creativos de Derecho, que manifiesta la repugnancia que aquéllos sienten por la regulación en forma de ley.

Un ejemplo será suficiente. Las Doce Tabas establecen normas sobre la *iniuria* SIN HABLAR DE ACCIONES, Tabla VIII, 2.4: "Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto. Si iniuriam faxit, XXV poenae sunt". El pretor no se siente vinculado por estas normas y otorga acciones muy diferentes (Lenel, *Edictum*, tit. XXXV, p. 397; Riccobono, FIRA, I, 369; vide además la *actio furti manifesti* (vide infra, § 997).

La gran libertad de que gozaban los magistrados fué considerablemente restringida, no por la Ley, sino por los mismos magistrados, mediante el desarrollo de los edictos. Antes de entrar a ejercer el cargo, el magistrado jurisdiccional, solía publicar un programa (*edictum*) en el cual fijaba muy precisamente las circunstancias en que otorgaría o denegaría los *iudicia* (*iudicium dabo; iudicium non dabo*). Cada magistrado habitualmente adoptaba el edicto de su predecesor, con ciertas modificaciones y adiciones, y de esta suerte, se fué gradualmente desarrollando un completo sistema de normas (*ius honorarium* en contraste con el *ius civile*) que los magistrados proponían reiteradamente en sus edictos. El cuerpo completo del *ius honorarium*, fué codificado por Adriano. No es este lugar propio para adentrarnos en los detalles del desenvolvimiento histórico de este Derecho.

Gayo (4. 103-9) distingue entre *iudicium legitimum* y *iudicium quod imperio continetur*. Esta distinción nada tiene que ver con la diferencia entre *ius civile* y *ius honorarium*. *Iudicium legitimum* es el *iudicium* que tiene lugar en la ciudad de Roma ante un juez singular, siendo ambas partes y el juez, ciudadanos romanos. Cuando falta alguno de estos requisitos se da un *iudicium quod imperio continetur*. Ciertamente existía una *lex* que ordenaba a los magistrados autorizar los *iudicia* cuando se daban los tres mencionados requisitos, permitiendo en otros casos la autorización dis-

25. Limitaciones; *ius honorarium*.

26. *Iudicium legitimum* y *iudicium quod imperio continetur*.

crecional de los *iudicia*. No se puede determinar si esta *lex* fué una *lex Iulia* de Augusto, la *lex Aebutia* que introdujo el procedimiento formulario o la misma *lex XII tabularum*.

FUENTES

- § 24. Vide D. (14.6) 1 pr.; (16.1) 2.1; Gayo, 3. 223, 224 (*fuertit*).
§ 26. Vide Gayo, 4.103-5, 109.

BIBLIOGRAFÍA

- § 24. F. Schulz, *Principles*, 6 y s.; *History*, 24, 60, 127 y s.
§ 25. Schulz, *History*, 61, 127; Kaser, *Altröm. Ius.* (1949), 96.
§ 26. Beseler, Z. XLVI (1926), 131; Lenel, Z, XLVII (1927), 29. Kaser, l.c., 73, 93. Sobre la *lex Aebutia* (149-126 B.C.), vide Berger, PW, Supl. VII, 379.

3. «FORMULA»

27. Concepto de la fórmula.

Como ya hemos establecido (§ 21), en el procedimiento ordinario puede haber *iudicium* solamente cuando las partes están de acuerdo en cuanto a la persona del juez y en cuanto a la cuestión debatida que ha de someterse a éste y cuando tal acuerdo ha sido aprobado por el magistrado. Si todo esto ocurría, se redactaba un documento oficial llamado *formula*. Este documento ha dado su nombre a todo el procedimiento. Los juristas clásicos hablan de *agere per formulas* y los modernos de "procedimiento formulario".

28. Carácter legal de la fórmula.

En el caso concreto, la *formula* es sustancialmente obra de las partes y del magistrado. Correspondía al actor presentar una minuta de *formula* y el demandado podía proponer modificaciones a la misma. El magistrado podía también condicionar la autorización de la *formula* propuesta, a la introducción en ella de algunas modificaciones. El acuerdo es completo cuando cooperan las tres citadas personas de actor, demandado y magistrado. La *formula*, sin embargo, no puede encasillarse en la categoría de los contratos. En todo documento contractual viene expresado el consentimiento de las partes, mientras que en la *formula*, para nada se alude a tal consentimiento. La *formula* es más bien un decreto o intimación del magistrado en que se autoriza por éste, el acuerdo de las partes (*dare iudicium*) y ordena al juez que dicte sentencia (*iubere iudicare*).

Vide *Lex Rubria*, cap. XX, l. 21: "dum in ea verba... iudicium det (se entiende *magistratus*) itaque iudicare iubeat: Iudex esto", etc.; sigue la *formula*.

La *formula* no es una carta dirigida al juez, sino más bien a todos, esto es, *ad eos ad quos ea res pertinet*.

Semejante es un *decretum pontificum* ILS, 8381, Bruns núm. 76, FIRA, I, núm. 63.

En el transcurso del tiempo, numerosas fórmulas quedaron estereotipadas y fueron incorporadas al edicto, pero esta lista oficial de fórmulas utilizables, no fué nunca considerada como una lista exhaustiva, ni siquiera después de la codificación de Adriano (supra, § 25). De este modo, los juristas clásicos se hallaron en posesión de un número crecido de fórmulas y muchas de las discusiones clásicas resultan inteligibles únicamente, para el que está familiarizado con las fórmulas que los juristas tenían a su disposición. Ulpiano, en su comentario al Edicto, transcribía siempre las fórmulas propuestas en él y las explicaba cuidadosamente, pero en los textos de que disponemos, por no estar ya en uso las acciones, quedó suprimida la explicación ulpiana. Gayo, en el cuarto libro de su *Instituta* intenta exponer una doctrina general de los varios géneros de *formulae*. Es un verdadero tratado de las formas, que, gracias al clasicismo de las escuelas jurídicas post-clásicas, nos ha sido conservado (supra, § 14).

En estas observaciones preliminares queremos intercalar un ejemplo. Hemos escogido la más sencilla de todas las *formulae*, aquella que utiliza el acreedor que desea recuperar el dinero que prestó a otro (*formula certae creditae pecuniae*, infra, § 879).

29. Nuestras fuentes.

30. *Formula certae creditae pecuniae* como ejemplo.

Octavius iudex esto.

Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia dare oportere,
iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia condemnato,
si non paret, absolvito.

El modelo de *formulae* propuesto en el Edicto, usa nombres ficticios para designar a las partes: *Agerius* para designar el actor (*actor*) y *Negidius* (*negans*) para designar el demandado. En la época republicana no había sido adoptado el uso de nombres ficticios, como lo prueba la *lex Rubria* que emplea el nombre *L. Seius* para designar el del actor y el de *Q. Licinius* para indicar el del demandado. Por supuesto, tales designaciones ficticias habían de ser reemplazadas por los nombres verdaderos de las partes y del juez cuando la *formula* era aplicada a un caso real.

Nuestros textos emplean con frecuencia las palabras *condemna* y *absolve* en lugar de *condemnato* y *absolvito* y ello es probablemente debido a un error de los copistas que interpretaron equivocadamente las abreviaturas *c* y *a*. Puesto que el documento desde su iniciación se

halla redactado en tercera persona, esta misma debe emplearse en todo el documento. Las fórmulas de este género están siempre expuestas al peligro de la corrupción porque todos conocen su significado y esto les inclina a pasar por alto los detalles formales. Por lo demás la materia carece de importancia.

La cláusula *si paret... oportere* es llamada *intentio*. Gayo, 4.41 define la *intentio* como “*ea pars formulae qua actor desiderium suum concludit*”. Esto debe traducirse así: *intentio* es aquella parte de la *formula* en la que el actor precisa (o delimita su demanda).

El profesor De Zulueta traduce el texto de Gayo en que se define la *intentio* con deficiente exactitud pues dice: “La *intentio* es la parte de la *formula* en que el actor expresa lo que pretende”. Esta traducción se adapta bien a la *formula certae creditae pecuniae*, pero no en cambio a la de la *rei vindicatio*. Aquí la *intentio* dice: “Si paret mensam qua de agitur Auli Agerii esse ex iure Quiritium”. En esta clase de cláusulas el actor no aparece indicado directamente.

La cláusula *Numerium Negidium... absolvito* es llamada *condemnatio*. Este término no debe ser traducido por la palabra “condena” sino por la expresión “Autorización para condenar o absolver”. Gayo 4.43 dice claramente: “*Condemnatio est ea pars formulae qua iudici condemnandi absolvendive potestas permittitur*”.

Supóngase que el demandado declara *in iure* que el acreedor le ha concedido (por *pactum*) un año de plazo para restituir el dinero que le ha sido dado en préstamo y supongamos también, que este año concedido no ha expirado aún. En este supuesto, en la *formula* vendrá insertada una *exceptio pacti*. A su vez, el actor, puede objetar a esta excepción, que el demandado le indujo a otorgarle el plazo, usando de un fraude, y en tal caso procederá insertar a favor del actor la llamada *replicatio doli*. Y entonces la *formula* toda vendrá expresada del modo siguiente:

Octavius iudex esto.

Intentio Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia dare oportere,
Exceptio pacti. . . si inter Aulum Agerium et Numerium Negidium non convenit, ne ea pecunia intra annum peteretur,
Replicatio doli condemnatio aut si quid dolo malo Numerii Negidii factum est iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia condemnato, si non paret absolvito.

Estas notas preliminares sobre la estructura de las *formulae* deben bastar por ahora. Volveremos sobre el tema en el segundo capítulo de esta parte (§§ 45 y siguientes).

En la *extraordinaria cognitio* el magistrado podía confiar la *iudicatio* a un juez (vide supra, § 20). En tales casos solía dar a éste una instrucción escrita que era similar a la *formula*. Estas instrucciones eran flexibles y nunca constituyeron modelos estereotipados. Los días del formalismo caminaban ya hacia su fin.

31. *Formulae in extraordinaria cognitio.*

BIBLIOGRAFÍA

§ 28. Sobre las ideas de Wlassak en orden a la fórmula, vide *Die klassische Prozessformel*, SB Wien, CCIL, 3 (1924), y Wenger, CP; contra Wlassak (justamente), Beseler, Z. XLVI (1926), 131 y s.; Mazeaud, *La Nomination du iudex unus* (1933), 154, 187 y s.

§ 29. Sobre el comentario de Ulpiano, vide Schulz, *History*, 197.

§ 30. Lenel, *Edictum*, p. 237, 501; Gayo, 4.41, 43, 119, 126. Sobre *condemna, absolve* en lugar de *condemnato, absolvito*, vide Lenel, Z. XLIII (1922), 574; *Edict.* p: 114; Beseler, Z. XLVI (1926), 136. Sobre *intentio*, Lenel, *Beiträge zur Kunde des praetorischen Edicts* (1878), 107; J. Juncker, "Die Gaianische Definition der Intentio", St. Riccobono, II, 327 y s.

§ 31. J. Partsch, *Die Schriftformel im römischen Provinzialprozesse*, 69 y s. (Dis. Breslau, 1905); Boulard, *Les Instructions écrites du magistrat au juge-commissaire dans l'Égypte* (1906); Wlassak, *Zum römischen Provinzialprozess*, II y s. (SB Wien, CXC. 4, 1919); Arangio-Ruiz, FIRA, III, núm. 170. Sobre Derecho bizantino, vide Collinet, *Études*, 5 (1947), 182 y s.

4. «IUDICIUM»

Iudicium en los textos genuinamente clásicos, significa siempre precisamente "procedimiento *apud iudicem*", y nunca *formula*. Si el pretor en su Edicto declara: *Quae dolo malo facta esse dicentur... iudicium dabo*, ello significa: "Yo incoaré un procedimiento de *dolo malo* ante el juez", lo que implica *formulam de dolo malo dabo*, puesto que sin la *formula* es imposible incoar el procedimiento ante el juez. La expresión *iudicio de dolo potest consequi* quiere decir que "puede obtener una reparación ante el juez". Cabe decir, por tanto también, fórmula de *dolo potest consequi*. Esto no obstante, *iudicium* y *formula* no son términos sinónimos. Cuando las cláusulas de la *formula* son discutidas, no puede sustituirse el término *formula* por el de *iudicium*. Se puede decir *formula in factum concepta*, pero nunca *iudicium in factum conceptum*.

32. Concepto del *iudicium*.

El procedimiento ante el juez es un procedimiento no formal. Las partes y sus abogados defienden sus respectivas posiciones

33. Procedimiento no formal.

en el proceso y aducen las pruebas pertinentes. El juez, finalmente, dicta la sentencia.

34. El juez ligado por la fórmula.

Cuando el juez ejerce sus funciones conforme a las instrucciones recibidas del magistrado — lo que ocurre siempre en el procedimiento ordinario y habitualmente en la *extraordinaria cognitio* — aquél debe atenerse a la pauta establecida por el magistrado. El juez no está facultado para inquirir la legalidad o ilegalidad de lo que el magistrado ordena; se halla suficientemente respaldado por la autoridad de éste. Tales instrucciones requieren una interpretación jurídica, especialmente en el procedimiento ordinario, donde la *formula* suele ser corta y complicada. Evidentemente el juez confía en seguir una doctrina legal firmemente establecida. Por otra parte desempeña su oficio, apoyado en el soporte de un *consilium* constituido discrecionalmente por él. Puede consultar también a un jurista y pedirle que entre a formar parte del *consilium*. La interpretación clásica dominante, tal como aparece expuesta en las obras de los juristas clásicos, no ofrece un carácter uniforme, pues algunas cláusulas de la *formula* son interpretadas liberalmente y, en cambio, otras de modo muy estricto.

Un ejemplo de interpretación liberal se ofrecerá posteriormente. Un caso de interpretación estricta muy destacado es el siguiente: Hemos considerado antes (§ 30) la *formula certae creditae pecuniae*. El juez es llamado en ella a decidir si el demandado debe o no *decem milia sestertium*. Supongamos que el juez llega a la conclusión de que el demandado debe únicamente nueve mil. Conforme a la interpretación estricta clásica, el juez debe absolver al demandado y no puede condenarle a pagar los nueve mil. Quien debe nueve mil no debe los diez mil que se le reclaman y, consiguientemente, el juez debe absolver de la demanda al demandado conforme a la *formula* que dice *si non paret absolvito*. Vide Blackstone, *Commentaires*, Libro III, cap. 9, núm. 1: "En una acción por deuda, el actor debe conseguir todo lo que reclama o nada absolutamente. La deuda es una causa fija y determinada de la acción y si la prueba no arroja el mismo resultado que se pretende en la demanda, no puede considerarse el contrato en que ésta se funda como aquel mismo cuya ejecución se reclama. Si, por consiguiente, yo acciono por una deuda de treinta libras, no puedo, si pruebo únicamente que se me deben veinte, conseguir una sentencia en mi favor por este importe menor que el reclamado, del mismo modo que no puedo con una acción por detentación de un caballo conseguir el que se me entregue un buey". (N. B.)

35. La prueba.

Respecto a la prueba rige una libertad completa. Los juristas clásicos siguen la tradición republicana y muestran muy escaso interés por el derecho concerniente a la prueba e incluso por el problema referente a la carga de la prueba. Las partes pueden pro-

ducir la prueba a su completa discreción. Únicamente se excluye, en radical contraste con el Derecho griego, la tortura. No existen, pues, reglas en cuanto a la prueba, y el juez, decide también discrecionalmente si las afirmaciones de las partes son o no ciertas.

Finalmente, el juez ha de dictar sentencia. Como ya hemos dicho debe condenar o absolver. Si decide que el actor tiene derecho a lo que reclama debe, en el procedimiento ordinario, condenar al demandado a pagar una cierta suma de dinero. En cambio en la *extraordinaria cognitio* puede imponer al demandado la ejecución específica de la prestación debida.

36. La sentencia.

BIBLIOGRAFÍA

§ 32. La verdadera doctrina ha sido defendida por Beseler, Z. XLVI (1926), 131; LI (1931), 401; LII (1932), 292; *Beitr.* V. 51; *Bull.* XXXIX (1931), 320.

§ 34. Beseler, Z. LXVI (1948), 299. Sobre *consilium iudicis*, vide Schulz, *History*, 52, 117.

§ 35. Schulz, *Principles*, 32; *History*, 84. Para la prueba de testigos, recientemente encontrada en Herculaneo, vide Arangio-Ruiz, *La parola del passato* (1948), 146 y s., 171 y s. J. Ph. Levy, "La Formation de la théorie romaine des preuves", *St. Solazzi* (1948), 418 y s.

§ 36. Sobre la sentencia en la *extraordinaria cognitio*, vide Mitteis, *Grundzüge*, 44; Wenger, CP., 303; Biondi, *St. Bonfante*, IV, 61; Taubenschlag, *Law of Greco-Roman Egypt* (1944), § 56. Sobre la *condemnatio pecuniaria*, vide Gioffredi, SD., XII (1946), 136 y s.

5. «ACTIO»

Aunque el término *actio* aparece con mucha frecuencia en las páginas de nuestros libros de Derecho, los juristas modernos no aciertan a perfilar una definición precisa de su concepto. Juristas republicanos y clásicos se han abstenido de definirla y la única definición de la *actio* que aparece en nuestras fuentes es, seguramente, de origen post-clásico. No obstante lo dicho, el concepto clásico de *actio* es sencillo y claro.

37. Concepto de la actio.

El verbo *agere* significa simplemente "actuar" y *actio* significa *actus*, expresando todo lo que consiste en un hacer, esto es actos de cualquier género. En el lenguaje jurídico de los juristas clásicos, ambos términos tienen una acepción más estricta, referida solamente al procedimiento civil. *Agere* significa actuar en un proceso, *in iure* o *apud iudicem*. La acción del actor en particular, es llamada *agere*. *Actio* comprende, pues, en su significado, todos aquellos actos que tienen lugar *in iure* o *apud iudicem*, y principalmente los actos que lleva a cabo el actor. En algunas frases típicamente

jurídicas, *actio* equivale a procedimiento *apud iudicem*: *actio a praetore danda est* quiere decir “el pretor debe incoar un procedimiento *apud iudicem*; *actio proposita est in edicto praetoris*, vale tanto como: “en el edicto es prometido un procedimiento *apud iudicem*”. En estas frases *actio* se identifica con *iudicium* (vide supra, § 32). *Actio danda est* y *iudicium dandum est* son equivalentes. Por otra parte, *mandare actionem* significa “conferir a alguien un mandato para que actúe como representante en un proceso, tanto *in iure* como *apud iudicem*”.

38. *Actio* y *formula*.

Actio nunca significa *formula*. Se puede decir, *formulam praetor proposuit* o *actionem proposuit*, porque el pretor no puede prometer una *actio* (= *iudicium*) sin prometer una *formula* y prometiendo una *formula*, propone al mismo tiempo una *actio*. Aún en casos en que el edicto contenía solamente una *formula*, podía decir el jurista con toda verdad *praetor actionem proposuit* (Gayo, 2.253). Sin embargo, *actio* y *formula*, repetimos, no son conceptos idénticos. Cuando nos referimos a la estructura de la *formula* no es posible sustituir *actio* por *formula*. Se puede decir *formula in factum concepta* (vide infra, § 47), pero en modo alguno *actio in factum concepta* (vide supra, § 32).

39. *Actio* y pretensión.

En el lenguaje jurídico clásico *actio* y pretensión son conceptos distintos ya se emplee éste en el sentido de pretensión privada, particular, ya en el de pretensión en la que intervenga el magistrado. *Actio mihi competit qua possum consequi* significa “yo puedo entablar una reclamación contra alguien y con tal reclamación obtener algo”, lo que equivale a decir “yo tengo derecho a demandar algo”. Pero este concepto no se halla manifiesto, sino implícito en la frase transcrita. La cuestión teórica de la relación existente entre *actio* y “derecho” no fué planteada por los clásicos, los cuales la esquivaron siempre por estimarla más propia de la filosofía que de la jurisprudencia.

40. *Actio* debe ser traducida por acción.

Actio significa siempre “procedimiento legal”. Traducir *actio* con la palabra española acción, es siempre correcto con tal de que se tenga en cuenta que acción, a su vez, significa una acción procesal.

41. *Cognitio* extraordinaria.

Los juristas clásicos limitan la aplicación del término *actio* al procedimiento ordinario, aunque pudiera extenderse también a la *extraordinaria cognitio*. Todos los textos en que la *actio* aparece referida a la *extraordinaria cognitio* son espurios. Desde que las cuestiones sobre *fideicommissa* únicamente pueden tramitarse por el procedimiento de la *extraordinaria cognitio*, no existe, para los juristas clásicos una *actio ex fideicommisso* o *actio fideicommissi*, ya que el término adecuado y clásico es el de *petitio* o

persecutio fideicommissi. La expresión *actio extraordinaria* es desconocida de los juristas clásicos. *Interdictum e in integrum restitutio* no son llamados jamás *actio* por estos juristas (vide infra, 111 y 119).

La terminología clásica en nuestras fuentes ha sido oscurecida por innumerables interpolaciones debidas a los compiladores y también a los autores prejustinianos. Así por ejemplo, la palabra *formula* ha sido suprimida en todos los textos del Digesto, salvo en uno (D., 47.2.42 pr.). *Fideicommissi actio* aparece en la obra post-clásica conocida con la denominación de *Sententiae Pauli* (4.1.6).

42. Interpolaciones.

FUENTES

§ 37. D. (44.7) 51 = *Inst. Iust.* 4.6 pr. (espurio; Schulz, *Principles*, 45). Probablemente los compiladores no hallaron otro pasaje que contuviese una definición.

§ 38. Vide Gayo, 3.224 y nótese *taxamus "formulam"*, no *actionem*, puesto que la *taxatio* ha de ser insertada en la *formula* (Lenel, *Edict*, página 399).

§ 41. Vide Gayo, 2.278, 282 y repárese en "*agitur... persecutio est*".

BIBLIOGRAFÍA

§ 37. Wlassak, PW., I. 303; "Der Judikationsbefehl im röm. Prozesse", SB., Wien, CXCVII. 4 (1921), *passim* (vide Index); J. Goldschmidt, *Prozess als Rechtslage* (1925), 42 y s. Para el material, vide *Thes.* I. 438, 441, 48 y s. *Voc.* I. 103. Sobre *actus*, vide *Thes.* I. 449 y s., 454, 53; Beseler, Z, LVII (1937), I.

§ 39. G. Pugliese, *Actio e diritto subiettivo* (1939), con referencias.

§ 41. Sobre *petitio*, vide Schnorr v. Carolsfeld, PW., XIX, 1153. Sobre *petere = agere*, Beseler, SD., III (1937), 18. Sobre *actio extraordinaria*, Wlassak, PW., I, 312 (sin crítica). Según el *Voc.* II, 732 el término aparece solamente en D. (19.1) 52.2 (ciertamente espurio).

6. «EXECUTIO»

La ejecución de una sentencia recaída en un procedimiento ordinario, es llevada a cabo del modo siguiente: transcurrido el plazo de treinta días, el demandado es conminado por el actor para que comparezca de nuevo ante el magistrado. El demandado puede oponerse a la ejecución, alegando por ejemplo, haber satisfecho su deuda al actor. En este caso se abre un nuevo *iudicium* que versa sobre la acción entablada por el actor (*actio iudicati*). Cuando el demandado reconocía fundada la acción entablada contra él, había dos modos de proceder a la ejecución.

43. Procedimiento ordinario.

1. Ejecución en la persona del demandado. El actor era autorizado a llevar a su casa y custodiar en ella al demandado hasta que la sentencia fuese cumplida (para el *beneficium competentiae*, vide infra, §§ 793, 794). Esta ejecución en la persona se dió, durante todo el período clásico, aunque aparece raramente mencionada en nuestras fuentes. Algunas reglas del Derecho clásico, resultan ininteligibles, si no se tiene en cuenta esta forma de ejecución. Así, en Derecho clásico, la penalidad correspondiente al hurto consiste en una multa (aparte la *infamia*). Y como quiera que los ladrones no suelen ser propietarios por regla general, la pena indicada sería absurda, si no existiese la ejecución de la persona.

2. Ejecución en el patrimonio del demandado. Se permitió únicamente en el total patrimonio del demandado y habían de ser convocados todos los demás acreedores como en el caso de quiebra. No era posible, en modo alguno, la ejecución sobre elementos patrimoniales singulares de propiedad del deudor.

44. Extraordinaria cognitio.

En la *extraordinaria cognitio* la ejecución no era formal. Se da también la ejecución en la persona y es permitida la ejecución sobre elementos patrimoniales singulares de la propiedad del deudor.

BIBLIOGRAFÍA

§§ 43, 44. Woess, Z., XLIII (1922), 485 y s.; H. Lewald, *Die Personalexekution im Recht der Papyri* (1910); Mitteis, *Grundzüge*, 44; Wenger, CP., 222 y s.; Taubenschlag, *Law of Greco-Roman Egypt* (1944), § 57.

CAPÍTULO II

CLASIFICACIÓN DE LAS ACCIONES

1. «ACCIONES CIVILES» Y «ACCIONES HONORARIAE»

Una acción que entraña una pretensión basada en el Derecho civil (*ius civile*) es llamada *actio civilis* y puede también ser denominada *actio legitima* cuando es reconocida por una *lex*. Una acción que entraña una pretensión del actor *ex iure honorario* (supra, §§ 24, 25), es llamada *actio honoraria* (*praetoria* o *aedilicia*). Unos pocos ejemplos aclararán lo dicho. Las Doce Tablas imponían una multa del doble del valor de la cosa hurtada en el caso de hurto no flagrante. El pretor proponía, conforme a esto, una *actio furti nec manifesti in duplum*. Es ésta una *actio civilis*. Por otra parte las mismas Doce Tablas sancionaban con pena capital el *furtum manifestum*. El pretor, sustituyó la pena capital por una *actio furti manifesti* por el cuádruplo del daño. Ésta es una *actio honoraria* (*praetoria*). La *actio de dolo* fué creada por el pretor con independencia absoluta del *ius civile* y por esto mismo es una *actio honoraria*.

45. Definiciones.

Debe advertirse que no toda acción creada por disposición legal (*lex, senatusconsultum, constitutiones principum*) es una *actio civilis*. Puede muy bien una norma legal no crear *ius civile* y ordenar al magistrado que proponga determinada acción. En este caso nos hallamos también frente a *actiones honorariae*.

46. Acciones honorarias concedidas por disposición legal.

FUENTES

§ 45. Gayo, 8.189, 190; 4.76, 110, 111.

§ 46. Gayo, 2.258.

BIBLIOGRAFÍA

§ 45. Wlassak, "Die klassische Prozessformel", *SB Wien*, CCII, 3 (1924), 7.22. Materiales para la *actio civilis*, *Voc. I.* 749 y s.; para *actio honoraria*, *Voc. III.* 269.4 y s.; Kaser, *Altröm. Jus* (1949), 94; para *aedilicia actio*, *Voc. I.*

290. 39; para *praetoria actio*, Seckel, *Handlex.* V. "Praetorius"; Kaser, l.c.; para *legítima actio*, *Voc.* III, 269.11.

§ 46. Beseler, *Z* XLVII (1947), 356; Lenel, *Edictum*, p. 68.

2. «FORMULAE IN IUS» E «IN FACTUM CONCEPTAE»

47. Definiciones.

Se llama *formula in ius* (esto es, *in ius civile*), si la condena del demandado se subordina a la condición de que el actor tenga un derecho o pretensión *ex iure civili*. En otro caso y si la condena depende únicamente de la existencia de ciertos hechos, la *formula* es llamada *in factum concepta*. Constituye un ejemplo de la primera la *formula certae creditae pecuniae*, antes examinada (vide § 30). Ejemplo de la segunda, es la acción que corresponde al patrono contra su liberto cuando éste le hubiere demandado judicialmente sin la previa autorización del pretor. Esta última acción no se basa en el *ius civile* y su fórmula dice así:

"Recuperatores sunt.

"Si paret illum patronum ab illo liberto contra edictum illius praetoris in ius vocatum esse, recuperatores illum libertum illi patrono sestertium X milia condemnanto, si non paret absolvunto".

48. Definiciones de Gayo. Intentio.

Esta distinción es muy clara, pero Gayo (4.45) no acierta a dar una definición precisa de la *formula in ius concepta*: "eas quidem formulas, in quibus de iure quaeritur, in ius conceptas vocamus". La definición transcrita es sin duda alguna, deficiente, puesto que también en la *formula in factum concepta* "de iure quaeritur" (así por ejemplo, en la *formula patroni*, debe establecerse si el demandado es liberto del actor; si el demandado procedió judicialmente contra el actor; si demandó a éste sin el correspondiente permiso del *praetor*). La definición gayana de la *formula in factum concepta* es, en cambio, correcta: "initio formulae nominato eo quod factum est, adiciuntur ea verba, per quae iudici dammandi absolvendive potestas datur". De ella se desprende, lógicamente, que la *formula in factum concepta* no puede nunca tener una *intentio* (vide supra, § 30) puesto que la condena no está condicionada a un derecho o pretensión del actor. Los pasajes de Gayo 4, 46, 60 donde se afirma lo contrario, son pasajes con toda probabilidad, interpolados.

49. Formulae ficticiae.

Una ingeniosa variante de las fórmulas *in factum conceptae* constituyen las llamadas *formulae ficticiae*. Un solo ejemplo será suficiente. El heredero *ex iure praetorio* (llamado *bonorum possessor*) podía hacer valer los derechos del *de cuius*. Supongamos que el *de cuius* ha otorgado un préstamo cuyo importe desea recuperar

el *bonorum possessor*. Éste no puede usar la *formula certae creditae pecuniae* (vide supra, § 30) porque no es heredero *ex iure civili* (*heres*) y consiguientemente tampoco acreedor. Esto no obstante, el pretor le permitía demandar al prestatario *ficto se herede* con la siguiente fórmula:

“Si Aulus Agerius (scil. el *bonorum possessor*) L. Titio heres esset, tum si pareret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia dare oportere, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia condemnato, si non pareret absolvito”.

No es ésta la *formula in ius concepta*, ya que la condena se subordina en ella a un derecho o pretensión hipotéticos del actor y como un derecho hipotético no es un derecho actual, la *formula* es sustancialmente *in factum concepta*. Esta sencilla verdad no podía escapar a la agudeza de los juristas clásicos.

No podemos entrar ahora en el difícil problema de la *consumptio*. Los pasajes de Gayo 4,106, 107 son en todo caso incorrectos.

La diferente construcción de la *formula (in ius, in factum)* 50. Corolarios. permite apreciar la diferencia existente entre *acciones civiles* y *acciones honorariae* (vide supra, § 45):

Todas las *acciones civiles* tienen *formulae in ius conceptae* y viceversa. Todas las *formulae in ius conceptae* corresponden a *acciones civiles*.

Por otra parte, todas las *acciones honorariae* tienen *formulae in factum conceptae* y reciprocamente todas las *formulae in factum conceptae* corresponden a las *acciones honorariae*.

Estas proposiciones responden a necesidades lógicas y son corolarios de las definiciones que antes hemos dado (§ 47).

En nuestras fuentes tropezamos con frecuencia con las expresiones *agere in factum* y *actio in factum*. La primera es posiblemente clásica (Gayo 4, 107 es espurio) y significa accionar *in iure* (supra, § 17), alegando ciertos hechos y nunca un derecho o pretensión *ex iure civili*. Los términos *actio in factum* o *iudicium in factum* son muy frecuentemente y tal vez siempre interpolados, aunque nada se pueda objetar contra ellos considerados en sí mismos. Por lo demás, es ésta una pura cuestión terminológica. Lo que sustancialmente importa, es lo que sigue: *agere in factum* implica inevitablemente una *formula in factum concepta* y toda *actio in factum* (si fué éste un término clásico) requiere una *formula in factum concepta*. *Actio in factum civilis* es para los clásicos una expresión absurda. Aparece únicamente en los textos falsificados.

51. *Agere in factum. Actio in factum.*

F U E N T E S

- §§ 47, 48. Gayo, 4, 45, 46.
§ 49. Gayo, 4, 34.

B I B L I O G R A F Í A

§§ 47-51. Pokrowsky, "Die actiones in factum des klass. Rechts", Z XVI (1895), 7 y s.; Erman, Z XIX (1898), 261 y s.; XXIII (1902), 445; Audibert, "L'Expression *civilis in factum*; son caractère byzantin", *Mél. Fitting*, I (1907); "Formules sans intentio", *Mél. Girard*, I (1912), 35 y s.; De Visscher, "Les Formules in factum", RH IV (1925), 193 y s. = *Études de droit Romain* (1931), 361 y s.; Perozzi, "Intorno a Gaio, 4.60", *Mél. Cornil*, II (1926), 199; Beseler, Z XLVI (1926), 268; Lenel, *Edictum* (1927), págs. 129, 203; Z XLVIII (1928), 1 y s.; Riccobono, "Formulae ficticiae", T IX (1929), 1 y s.; Beseler T X (1930), 169 y s.; "Meletemata", *Mnemosyna Pappoulia* (1934) 61; Solazzi, "Appunti Gaiani", *Rend. Lomb. LXXIV* (1940-1), 587. Sobre la *actio in factum* bizantina, vide Collinet, *Études*, V (1947), 337 y s.

3. «ACCIONES UTILES»

52. Definición.

Actio utilis es la surgida de la imitación de otra acción prometida en el edicto. La palabra *utilis* significa "acomodada", esto es adaptada a un caso para el que no fué prevista la acción originaria.

Vide, Cicero, De lege agraria, s. 6.14: "...hoc animo me ad legendam legem cognoscendamque venisse ut, si eam vobis accommodatam atque utilem esse intellegerem, auctor eius atque adiutor essem".

53. ¿ *Actio directa* ?

En la época clásica no existe un término propio para designar la acción originaria. En nuestras fuentes aparecen alguna vez las expresiones *actio directa* o *actio vulgaris*, pero los textos en que éstas figuran son en su mayor parte interpolados o, por lo menos, sospechosos.

54. La *actio utilis* substituida por una *actio in factum*.

La acción originaria puede ser civil u honoraria (supra, § 45), pero la *actio utilis* es siempre una *actio honoraria* y tiene su expresión en una *formula in factum conceptae* (supra, § 49).

Por esta razón los clásicos sustituyeron en ocasiones la expresión *in factum agere* por la de *actio utilis* (supra, § 51). Y así podían decir: "Actio legis Aquiliae non competit sed utili actione agendum est". En esta última frase, no se subraya la dependencia que guarda esta acción con la acción originaria. Ahora bien, si la acción originaria fué una acción honoraria, la *actio utilis* no resulta suficientemente especificada con la expresión *in factum agere*

puesto que la acción originaria misma, tiene una *formula in factum concepta*. En nuestras fuentes *actio utilis* ha sido a menudo sustituida por *actio in factum* en los autores post-clásicos.

Los juristas ingleses del siglo trece que conocían la terminología romana, han traducido con mucha propiedad *actio utilis* o *actio in factum* por *breve in consimili casu* (acción del caso).

55. Acción del caso.

F U E N T E S

§ 52. Gayo, 3, 219.

§ 53. Gayo, 4, 34 [*"non habet... et"*]; 4.38 [*"nec directo... oportere"*]; Paul, *Sent.* 2.12.8 (post-clásico).

§ 54. Gayo, 3.202 = *Inst. Iust.* 4, 1, 11 (Gayo, *actio utilis*, *Iust. in factum actio*).

B I B L I O G R A F Í A

§§ 52-4 Alibrandi, "Delle azioni dirette ed utili", *Opere*, I (1896), páginas 149 y s.; Collinet, *Études*, V (1947), 403 y s. Material para *agere in factum*, *actio in factum* y *iudicium in factum*, *Voc.* II, 786, 40 y s.; para *actio in factum civilis*, *Voc.* I, 749. 26 y s. Sobre la acción inglesa *breve in consimili casu*, vide *Statute of Westminster*, 13, Edw. 7, cap. 24 (1285), *Statutes of the Realm*, I. 83; Holdsworth, *History*, I (1927), 398; II (1936), 300.

4. «ACCIONES IN REM» Y «ACCIONES IN PERSONAM»

La peculiaridad característica de la *actio in rem* clásica se ofrece en la *fase in iure* del procedimiento (supra, § 17). Hemos dicho antes (§§ 21-3) que en el procedimiento ordinario, no puede entablarse un *iudicium* sin consentimiento del demandado. Ahora bien, cuando éste niega su consentimiento, interviene el pretor con su *imperium*. Este principio se desarrolla del modo siguiente: el demandado ha de defender su caso *in iure*, esto es, aceptar una fórmula aprobada por el pretor y consiguientemente un procedimiento ante el juez (*iudicium*). Un número escaso de acciones no implican este deber y el demandado puede libremente abandonar su caso. Tales acciones son llamadas *acciones in rem*, las cuales responden a la idea romana, de que la acción del actor en la fase *in iure*, no va dirigida contra la persona del demandado sino contra la cosa (*in rem*) que el demandado tiene y que puede, con entera libertad, retener o abandonar. En contraste con estas acciones, todas las demás que implican el deber de asumir la defensa judicial son llamadas *acciones in personam*. Un ejemplo de *actio in personam* es la denominada *actio certae creditae pecuniae*, antes mencionada (§ 30). El más destacado caso de *actio in rem* es el de

56. Definiciones.

la *rei vindicatio*, esto es, la acción que corresponde al propietario de una cosa, para recobrar la posesión de la misma. El demandado, con esta acción, es libre de abandonar la cosa. Si ésta es mueble, el pretor ordenaba al actor, tomarla y llevarla consigo (*duci vel ferri iubere*). Si la cosa era inmueble el pretor ordenaba al demandado la restitución de la misma al actor, otorgando al efecto a éste el *interdictum* “*quem fundum*” (infra, §§ 647 y s.).

57. Acciones honorarias in rem.

En la época clásica, la distinción entre *acciones in rem* y *acciones in personam* se interfiere con la otra de *acciones civiles* y *acciones honorarias* (supra, § 45). Las *acciones civiles* y *honorarias* pueden ser *in rem* o *in personam*.

58. Formulae in rem.

Los juristas romanos encargados de redactar las *formulae*, pretendieron hacer perceptible y clara la distinción entre *actio in rem* y *actio in personam*, mediante la apropiada construcción de las *formulae* respectivas. Las *acciones civiles in rem*, poseen por regla general (infra, § 651) una *intentio in rem*, esto es, una *intentio* que no contiene el nombre del demandado, mientras que la *intentio* de una *actio civilis in personam*, menciona siempre el nombre del demandado. Para las *acciones civiles in personam* véase la *formula certae creditae pecuniae*, citada anteriormente (§ 30). La *formula* de la *rei vindicatio* es ésta:

“Si paret fundum Cornelianum, quo de agitur, ex iure Quiritium Auli Agerii esse, neque is fundus Aulo Agerio restituetur, quanti is fundus erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito”.

El nombre del demandado aparece únicamente en la *condemnatio*, mientras la *intentio* (*si paret... esse*) es concebida *in rem*. En la *formula* de una *actio honoraria in rem* que carece de *intentio* (supra, §§ 48, 50) el nombre del demandado es también omitido y se enuncian los hechos a los cuales se condiciona la condena (supra, § 47).

59. Ideas no clásicas.

Tal es el alcance clásico de la distinción entre *acciones in rem* y *acciones in personam*. Y debe cuidarse mucho de no incurrir en grave confusión por la aceptación de otras ideas extrañas. No se puede afirmar sin incurrir en error, que las *acciones in rem* son aquellas acciones por las cuales resultan protegidos los *iura in re* (o *in rem*). Sería, pues, equivocado definir las *acciones in rem* como aquellas que se dan contra todo el que lesiona un *ius in re* (o *in rem*). La *actio legis Aquiliae* y la *condictio furtiva* son acciones mediante las cuales se protege un *ius in re* (*dominium*); se dan contra todo el que viola un *ius in re* (*dominium*) y, sin embar-

go, estas acciones son *actiones in personam* y no *in rem*. Para los clásicos, la cuestión decisiva es la de saber si el demandado debe asumir la defensa *in iure* o es libre de inhibirse. *Actiones mixtae tam in rem quam in personam* son desconocidas en Derecho clásico. La extraña idea de una *actio in personam in rem scripta* no es clásica. La distinción inglesa entre acciones reales, personales y mixtas, aunque inspirada en las fuentes romanas, no corresponde en modo alguno a las distinciones clásicas.

FUENTES

Vide Gayo, 4.2 y 3; *Actio ex... negativa*. D. (50.17) 156 pr. Gayo, 4.87 desde las palabras *sed cum*.

BIBLIOGRAFÍA

§ 56. Wlassak, Z.; XXV (1904), 141 y s., 153 y s.; PW., I, 313; Pissard, "Duci vel ferri iubere", *Études Girard*, I (1912), 241 y s.; Lenel, *Edict.*, 248; J. Goldschmidt, *Prozess als Rechtslage* (1925), 82.

§ 57. Albertario, "In tema di classificazione delle azioni", *Riv. di diritto processuale civile*, V (1928), 185 y s. = *Studi*, IV (1946), 219 y s. Contra él (justamente) G. Segre, "Sulla distinzione delle acciones in rem e in personam per rapporti estranei al ius civile nel diritto rom. classico", *Bull.* XLI (1933), 81 y s.

§ 58. Sobre las últimas palabras de Gayo 4.3, vide Beseler, Z, XLVI (1926), 268; para la *formula* de la *actio negatoria*, vide Lenel, *Edict.* §§ 72, 73.

§ 59. Sobre *actiones mixtae tam in rem quam in personam*: *Inst. Inst.* 4, 6, 20 y Paul, *Sent.* I. 7.4 (post-clásico: Schulz, Z, XLIII, 1922, 229). Sobre *actio in rem scripta* (que aparece únicamente D. 4.2, 9.8), vide Lenel, *Edict.* página 113. Sobre la clasificación inglesa, vide Blackstone, *Commentaries*, libro III, cap. 8 init. y tratados modernos. *Actio realis* (acción real) no aparece en nuestras fuentes; *actio personalis* (acción personal) aparece, pero nunca es clásica (Schulz, *Einführung*, 91).

5. «BONAE FIDEI IUDICIA»

El lenguaje legal clásico conoce únicamente la expresión *bonae fidei iudicium*, no la de *bonae fidei-actio*. Los términos *bona fide iudicium*, *bonae fidei contractus*, *bonae fidei negotium* no son clásicos.

Un *bonae fidei iudicium* es un procedimiento ante el juez, con una fórmula en la que, mediante una cláusula especial, se ordena al juez que sentencie conforme a los dictados de la buena fe. Séanos permitido dar un ejemplo de la acción correspondiente al vendedor

60. Terminología.

61. Definición y ejemplo.

de una cosa para reclamar el precio que le es debido (*actio venditi*). La fórmula viene concebida en estos términos:

“Quod Aulus Agerius (el vendedor) Numerio Negidio (el comprador) fundum Cornelianum, quo de agitur, vendidit, quidquid paret ob eam rem Numerium Negidium dare facere oportere ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito”.

Es la cláusula *ex fide bona* la que hace del *iudicium venditi* un *bonae fidei iudicium*. El conjunto de esta fórmula necesita algunas notas aclaratorias.

Las palabras *quidquid... ex fide bona* contienen la *intentio* (supra. § 30). Es ésta una *intentio incerta*, puesto que el juez se halla autorizado para fijar la suma debida al actor conforme a las exigencias de la buena fe. Esta suma puede ser mayor o menor que el precio estipulado: mayor si, por ejemplo, el demandado incurre en mora y por razón de ésta debe intereses; menor si, las partes han convenido que el precio debe ser pagado en plazos sucesivos y únicamente ha vencido el primero de éstos. La cláusula *quod... vendidit* es llamada *demonstratio* y es indispensable en la *intentio incerta*. La palabra *quod* debe ser traducida por “si” o “puesto que”; *eius* es un “genitivo respectivo” o de “relación” (genitivo con palabras judiciales, Stolz-Schmalz, *Lat. Grammatik*, p. 402); este uso es conforme al estilo republicano oficial. La significación de *eius* es, como siempre, en estas fórmulas: “a tenor de lo que ha sido dicho en la parte precedente de la fórmula, el juez debe hacer una valoración en dinero y condenar al demandado a pagar una suma fija”.

62. Forma de la cláusula.

Por regla general la *formula venditi* contiene la adición a la *intentio*, de la expresión *ex fide bona*. Excepcionalmente, es redactado de modo diverso (*actio fiduciae*, *actio rei uxoriae*), pero su significación es la misma. Estas fórmulas fueron compuestas por manos muy distintas y por esta razón no cabe esperar uniformidad en ellas.

63. Significación legal.

La significación ordinaria del *iudicium bonae fidei* fué que el juez debía decidir lo que conforme a la buena fe (no *ex iure Quiritium*), adeudaba el demandado al actor. En la época en que, por ejemplo, la *formula venditi* fué creada, el contrato no formal de compra venta, no se hallaba aún reconocido por el *ius civile*. La *actio venditi* no podía fundarse en el Derecho civil y sí únicamente en la buena fe. Es evidente que el convenio de las partes *in iure*, al que anteriormente nos hemos referido (§ 21, 22), fué, el acuerdo de someterse a un arbitraje. En los tiempos clásicos la significación de la cláusula *ex fide bona* es diferente. Al ser reconocido

el contrato no formal de compraventa por el *ius civile*, esta cláusula no constituyó ya la base de la acción sino que pretendió determinar la medida y alcance de la ejecución del contrato.

El juez podía interpretar estas cláusulas discrecionalmente, pero por lo general, adoptaba la doctrina jurídica establecida (supra, §§ 11 y 34). Los juristas clásicos, desarrollaron un grupo importante de reglas, para la interpretación de estas cláusulas. No podemos aquí enumerarlas, pero las discutiremos cuando se ofrezca la ocasión oportuna.

No podemos tampoco dar una lista de los *bonae fidei iudicia*. El edicto pretorio contiene la sección *de bonae fidei iudiciis*, pero no es completa. Gayo 4.62 da una lista que pretende ser exhaustiva aunque es dudoso que en realidad lo sea. Esta lista pone de relieve el conocido tacto jurídico de los romanos, si bien no está exenta de caprichos y arbitrariedades históricas. Como queda dicho, estas *formulae* fueron desarrolladas gradualmente, y no concebidas por un solo hombre dentro de un plan amplio y comprensivo.

Los *iudicia* que no fueron *bonae fidei iudicia*, no tuvieron una denominación común en los tiempos clásicos, no fueron llamados *iudicia stricta* o *iudicia stricti iuris*. Tal nomenclatura hubiera sido impropia, ya que en muchos de ellos se da también la *bona fides* en la misma medida que en los *bonae fidei iudicia* propiamente dichos.

64. Derecho clásico de la *bona fides*.

65. Lista de los *bonae fidei iudicia*.

66. ¿*Iudicia stricti iuris*?

FUENTES

Vide Gayo 4.40, 41, 48, 62. Cicerón, *De officiis*, 3.16.66.

BIBLIOGRAFÍA

§ 60. Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten* (1887), 105 y s. (anticuado). Material: *bonae fidei iudicium*, *Voc.* I. 598.43; *bonae fidei actio* con el material de *Voc.* solamente una vez, D. (16.3) 1. 23 (espurio), en el *Cod. Iust.* solamente una vez, C. (4.65) 17 (Diocleciano); *bona fide iudicium*, solamente una vez, D. (27.7) 8. 1 (espurio: Beseler, "Meletemata", *Mnemosyna Pappoulia*, 1934, p. 58); sobre *bonae fidei contractus* y *negotium*, vide Schulz, *Z XLIII* (1922), 189 con referencias. *Bonae fidei iudex* únicamente D. (12.3) 4.2 (espurio). Sobre las *actiones bonae fidei* bizantinas, vide Collinet, *Études*, V (1947), 225 y s.

§ 61. Lenel, *Edict.* par. 110. Sobre *quod* y *eius* en las *formulae*, Schulz, *History*, 259, 258.

§ 63. Schulz, *History*, 83, con referencias; Kaser, *Altrom. Jus* (1949), 289 y s.

§ 64. B. Biondi, *Iudicia bonae fidei*, I (1920), 3 y s.; G. Grosso, "L'efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia", *Studi Urbinati*, I y II (1927-8); "Efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia", *Memorie dell'Istituto giuridico Torino*. Ser. II, Memoria III (1928); Koschembahr-Lyskowski, "Quid veniat

in bonae fidei iudicium en droit classique romain”, *St. Riccobono*, II (1936), 149.

§ 65. ¿Tenían la *actio commodati* y la *actio pignoratitia* “bonae fidei iudicia”? Lenel, *Edict.* pars. 98, 99; G. Segre, VI (1905), 339 y s.; Biondi, l.c. 176 y s.; G. Grosso, “Ricerche intorno all’elenco classico dei bonae fidei iudicia”, *Riv. It. N.S.* III (1928), fasc. 1.

§ 66. Material: *Voc.* V. 696, 27 y s. Naber, De “strictis iudiciis”, *Mnemosyne*, XXIV (1896), 55 y s.; Biondi, “Actiones stricti iuris”, *Bull.* XXXII (1922), 61 y s.; Pringsheim, Z XLII (1921), 653.

6. LAS LLAMADAS ACCIONES ARBITRARIAS

67. Definición.

Hay un grupo de acciones, en el que las *formulae* correspondientes tienen una cláusula *nisi restituetur* o *neque restituetur* insertada inmediatamente antes de la *condemnatio*. Sirva de ejemplo la *formula* de la *rei vindicatio* antes aludida (§ 58). Estas acciones fueron llamadas por los antiguos romanistas *actiones arbitrariae* porque se creyó que esta cláusula rezaba: *nisi* (o *neque*) *arbitrio iudicis restituetur*. Hoy sabemos (o debemos saber) que la cláusula dicha no menciona el *arbitrium iudicis*, y además que estas acciones nunca fueron denominadas *actiones arbitrariae* por los juristas clásicos. Gayo se limita a aludir en dos ocasiones (4.141, 163) a una fórmula arbitraria, dando a entender claramente que fué esta una fórmula en la que se nombraba un *arbiter* en lugar de un *iudex* (supra, § 19).

68. Significación legal.

Esta cláusula significa que si el juez llega a la conclusión de que asiste derecho al actor, no debe condenar al demandado inmediatamente a pagar una determinada cantidad de dinero, sino más bien dictar una *pronuntiatio* ordenando la restitución específica. Solamente en el supuesto de que esta orden no sea obedecida, se debe condenar al demandado a pagar una suma de dinero. De esta suerte, el rigor de la *condemnatio pecuniaria*, resulta considerablemente mitigado por la expresada cláusula. Además, los juristas clásicos la interpretaban muy liberalmente, pues el juez era autorizado no solamente a ordenar la restitución de la *res*, sino también a imponer el abono de frutos y daños. La palabra *restituere* es tomada en la acepción de *in integrum restituere* (D. 21. 1.23.7: “quod in integrum restituere”; 43.8.2.43: “restituere videtur qui in pristinum statum reducit”).

69. Fórmulas con restituere y otras similares.

No puede ser ofrecida aquí una lista de *formulae* con *nisi* (o *neque*) *restituatur*. Solamente debe advertirse que todas las *actiones in rem* (aunque no éstas exclusivamente) iban provistas de tal cláusula. Al examinar las *formulae* que la contenían, comprobamos de nuevo que intervino mucha arbitrariedad e idiosincrasia perso-

nal en la redacción de las mismas. Si tomamos como ejemplo la fórmula de la *actio commodati* por la cual el prestamista de una cosa reclama su devolución, pensamos que tal vez esta fórmula contuvo la cláusula *nisi restituetur*; como quiera que sea, la *formula commodati (in factum concepta)* fué redactada de este modo:

“Si paret Aulum Agerium (el prestamista) Numerio Negidio (el prestatario) rem qua de agitur commodasse eamque Aulo Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato si non paret absolvito”.

La cláusula *reddere* es semejante a la cláusula *restituere*, aunque no idéntica. Con todo, el juez, a tenor de la cláusula *reddere*, estaba facultado igualmente para dictar una *pronuntiatio* ordenando la restitución específica de la cosa. Además, la significación legal de *reddere* fué asimilada por los juristas clásicos a la de *restituere*. Finalmente, en los *bonae fidei iudicia* (supra, § 61), se autorizaba también al juez, a ordenar la ejecución específica, antes de condenar al demandado a pagar una suma de dinero. El resultado fué que en Derecho clásico, el juez pudo, por regla general, ordenar el cumplimiento específico (no es éste el caso en las acciones *ex stipulato*, *ex testamento* y en las *condictiones*). No obstante, los juristas clásicos conservaron los varios géneros de acciones, sin conseguir nunca, ni probablemente pretender, una completa uniformidad. Subsistieron las diferencias de detalle, pero éstas, apenas pueden ser discernidas en el conjunto de las fuentes utilizables. El proceso de asimilación fué proseguido en la época post-clásica con el efecto de resultar interpolados los textos y suprimidas antiguas diferencias clásicas. En este libro no hemos de tratar de estas enojosas cuestiones.

FUENTES

§ 67. Gayo, 4.163 para *condemnatur*; *Inst. Iust.* (4.6) 31; D. (4.2) 14.11: “et hoc fit his verbis «formulae» [edicti]: neque ea res [arbitrio iudicis] restituetur”: los compiladores, después de haber sustituido *edicti* por *formulae* (acertadamente Lenel, *Edict.* p. 113, vide supra, 42; erróneamente Levy, 21 y s., Schönbauer, 375) añadieron *arbitrio iudicis* para conseguir que el texto, que era ambiguo por sus primitivas alteraciones, resultase completamente claro.

§ 68. Vide (para la interpretación clásica de *restituere*, y *formula* de la *rei vindicatio*) D. (6.1) 17.1 para *esse*; (6.1) 83 y 79.

BIBLIOGRAFÍA

§§ 67, 68. Windscheid, *Pand.* I (1906), § 46; Biondi, *Sulla dottrina Romana dell'Actio arbitraria* (1911, Extracto de *Annali Palermo*, I); May, “Ob-

servations sur les actiones arbitrariae”, *Mél. Girard*, II (1912), 151; Segrè, “La denominazione di actio confessoria”, *Mél. Girard*, II (1912), 511 y s.; Biondi, *Studi sulle actiones arbitrariae e l'arbitrium iudicis*, fasc. 1 (1913); “Di nuovo sulla dottrina Romana dell’actio arbitraria”, *Bull. XXVI* (1913), 1 y s., 153; O. Lenel, “Zur lehre von den actiones arbitrariae”, *Festgabe f. R. Sohm* (1914), 201 y s.; Levy, *Zur lehre von den sog. actiones arbitrariae* (1915) = *Z.*, XXXVI (1915), 1 y s.; Herdliczka, *Zur Lehre vom Zwischenurteil (pronuntiatio) bei den actiones arbitrariae* (1930); M. Kaser, *Restituere als Prozessgegenstand* (1932); v. Lübtow, *der Edikstitel quod metus causa gestum erit* (1932), 136 y s.; Herdliczka, *Skizzen zum röm. Zivilprozess: formula arbitraria, iudicium arbitrarium* (1934); Scheltema, *Proeve eener theorie der actiones arbitrariae* (1934); Schönbauer, “Vom Wesen der iudicia arbitraria”, *St. Riccobono*, II (1936), 371; Albertario, “Due osservazioni sul fragmentum de formula Fabiana”, *Studi*, V (1937), 603 y s.; Collinet, *Études*, V (1947), 229.

§ 69. Sobre la lista, vide particularmente, Biondi, *Studi sulle actiones arbitrariae* (1913), 38 y s. Y para *reddere*, vide Levy, l.c. 72.

7. LAS LLAMADAS «ACTIONS DIRECTAE» Y «ACTIONS CONTRARIAE»

70. Terminología.

En el contrato de compra-venta corresponde al vendedor una *actio venditi* y al comprador una *actio empti*. Del mismo modo, del contrato de arrendamiento, derivan una *actio locati* para el *locator* y una *actio conducti* para el *conductor*. En otros contratos como el *mandatum*, la *societas*, el *commodatum*, el *depositum*, el *pignus*, la *fiducia*, aunque ambas partes poseen las correspondientes acciones, éstas no se hallan terminológicamente diferenciadas. En el contrato de mandato, por ejemplo, el *mandator* puede exigir del mandatario que éste le indemnice los perjuicios causados por la incorrecta ejecución del encargo confiado, y a su vez el mandatario, puede exigir del *mandator* que éste le abone los gastos que le ha ocasionado el cumplimiento del mandato. Ambas acciones fueron denominadas *actio mandati* por los juristas clásicos sin más distinción, aunque ésta resultaba fácil, teniendo en cuenta la circunstancia en que se usaba de la acción, esto es, según fuera el *mandator* o el *mandatario* el que la ejercitase. Las fórmulas de estas dos acciones muestran una clara diferencia.

Acción del *mandator*:

“Quod Aulus Agerius (el mandator) Numerio Negidio (el mandatario) mandavit ut..., qua de re agitur, quidquid paret ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato”, etc.

Acción del mandatario:

“Quod Numerius Negidius (el mandator) Aulo Agerio (el mandatario) mandavit, ut... qua de re agitur, quidquid paret”, etc.

¿Por qué existieron dos acciones en los contratos de compra venta y arrendamiento designadas con nombres diferentes y en cambio no ocurrió lo mismo con las acciones derivadas de los demás contratos? La respuesta es sencilla. La lengua latina no posee términos diferentes para designar los dos aspectos de un contrato de *mandatum*, *comodatum*, *depositum*, etc. pero tras de este fenómeno no hay ciertamente ningún misterio jurídico.

Para mayor claridad, en nuestras fuentes, la acción del mandatario, depositario, etc., es frecuentemente denominada *actio contraria* o *iudicium contrarium*; el término *actio directa* para designar la acción del mandante, depositante, etc., ocurre raramente (si no me equivoco tan sólo una vez en el Digesto D. (3.5) 19). Esta terminología es justiniana y no clásica. No es posible probar la existencia de interpolaciones en cada texto con argumentos especiales ya que la simple adición de *contraria* o *contrarium* no implica siempre que el texto esté interpolado. Ahora bien, tres hechos son innegables: (1) el término *actio contraria* o *iudicium contrarium* y en contraste con éstos, el de *actio directa*, no aparecen en ningún texto fuera del *Corpus Iuris*. (2) Gayo usa el término *actio contraria* en una acepción diferente (Gayo 4.177-81). (3) En algunos casos la interpolación resulta evidente. Estos hechos conducen a la conclusión de que los juristas clásicos no conocieron esta terminología.

71. Terminología justiniana.

FUENTES

§ 70. Gayo, 3.127, 161; Paul, *Sent.* 2.13.7; 2.15.2.

§ 71. Inst. Ius. (4.16) 2 hasta *notatur* y Gayo 4.182 hasta *depositi*. D. (17.1) 12.9 “mandati actionem [N. b. no *contrariam*] ... erit [contraria] mandati actio”.

BIBLIOGRAFÍA

Material sobre *actio contraria*, Voc. I 1005, 26 y s.; sobre *iudicium contrarium*, Voc. I, 1005, 44 y s. Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten* (1887), 111 y s.; Partsch, “Studien zur negotiorum gestio”, I, SB. Heidelberg (1913), 54; Kübler, Z, XXXVIII (1917), 73 y s.; Beseler, *Beitr.* IV (1920) 255; Biondi, *Iudicia bonae fidei*, I (1920), 59 y s. (Extr. de *Annali Palermo*, VII); Lenel, *Edict.* (1927), 254; Kreller, *Arch. f. ziv. Praxis*, CXXXIII, *Beihft* (1931), 131 y s.; Arangio-Ruiz, *Il mandato* (1949), 97 y s.; Provera,

SD, VIII (1942), 113 y s.; St. Solazzi (1948), 345 y s. Sobre D. (3.2) 1 y (3.2) 6.7 vide Schulz, *Festschrift für Zitelmann* (1913), 19 y s.; sobre D. (47.2) 62.1, vide Beseler, Z, LIII (1933), 61. Manigk PW., IX, 2481 no es útil.

8. «ACCIONES POENALES» Y «ACCIONES REM PERSEQUENTES»

72. Definiciones.

En Derecho clásico una *actio poenalis* es una acción derivada de un delito mediante la cual puede ser impuesta al delincuente una multa. La multa, por regla general, es satisfecha al actor. Las demás acciones son llamadas *actiones rem persequentes*. Las acciones penales así como las *rem persequentes*, pueden ser *civiles* u *honorariae* (supra, § 45). La multa suele importar un múltiplo del daño causado (*duplum, triplum, quadruplum*) y algunas veces solamente el *simplum* (*actio de dolo*), pero ni siquiera en este último caso, puede ser considerada como acción de daños.

73. Cuatro reglas.

Los juristas clásicos, hicieron la distinción a que nos referimos con la claridad en ellos proverbial. Toda acción penal clásica, sin excepción alguna, se halla sujeta a las siguientes cuatro reglas:

1. Los co-delincuentes son responsables cumulativamente. Supongamos que tres ladrones han participado en la comisión de un *furtum nec manifestum*. El propietario de la cosa hurtada puede exigir de cada uno de ellos el doble de su valor, así que el conjunto de la suma debida ascenderá a un séxtuplo del valor de la cosa hurtada. Revela esta regla, claramente, el carácter penal de una acción, incluso cuando el importe de la multa no excede del *simplum*. En cambio, los daños pueden ser reclamados una sola vez y si uno de los delincuentes los abona, los demás quedan libres de toda responsabilidad. La multa es lógicamente debida por cada uno de ellos.

2. Ninguna acción penal puede ejercitarse contra el heredero del delincuente. Este gran principio romano no permite castigar a los herederos de los autores de un delito. Es ésta una norma firmemente mantenida aunque, por supuesto, si el delincuente muere después de entablada la *litis contestatio* (supra, § 17), su heredero es responsable ya que el actor tiene derecho a obtener lo que le era debido al tiempo de la *litis contestatio*.

3. Cuando el delincuente es un *filius in potestate patris* o un esclavo, no es él el responsable del pago de la multa. La acción penal se dirigía contra el padre o contra el dueño, pero uno y otro podían eludir su responsabilidad mediante la entrega del ofensor al actor por *mancipatio* (*noxae datio, actio noxalis*). Fuera del grupo de las acciones penales la *noxae datio* es inadmisibles en Derecho clásico.

4. Toda acción penal puede acumularse a una *actio rem persequens*. Así, el propietario puede exigir del ladrón (*fur nec manifestus*) por la *actio furti*, el doble del valor de la cosa hurtada y, además, por la *rei vindicatio* (supra, § 58) la misma cosa sustraída. Si en un contrato de arrendamiento el esclavo del arrendatario, ha causado daños en la cosa arrendada, el arrendador puede dirigir su acción contra el arrendatario ejercitando la *actio legis Aquiliae noxalis*. Si existe, además, una *actio locati* contra el arrendatario, ambas acciones pueden ser acumuladas, ya que en Derecho clásico la *actio legis Aquiliae* es una típica acción penal (infra, § 1.009).

Ninguna acción clásica es parcialmente penal y parcialmente *rem persequens*. Pero hay una excepción a esta regla. En un reducido grupo de acciones, *lis infitiando crescit in duplum*, siendo el ejemplo más saliente de éstas, la acción que deriva de un *legatum per damnationem*. Con respecto a la *actio ex testamento* aplicable a estos legados, es cierto lo que afirma Gayo (4.9): *rem et poenam persequimur*. No existen otras *actiones mixtae* en Derecho clásico.

74. Acciones mixtae.

Los principios clásicos anteriormente enunciados, sufrieron alteraciones en la época post-clásica. Así, por ejemplo, la acumulación de acciones pareció excesivamente dura en sus consecuencias y fué sujeta a ciertas limitaciones. La *noxae datio* no se circunscribió a la acción penal y algunas acciones penales (*actio vi bonorum raptorum*, *actio legis Aquiliae*), fueron convertidas en *actiones mixtae* (*et rem poenam persequentes*). Tales innovaciones se llevaron a cabo mediante innumerables interpolaciones que perjudicaron gravemente a nuestras fuentes. Tarea interesante sería la de escribir la historia de este desenvolvimiento post-clásico en sus detalles, pero ello cae fuera del limitado alcance de esta obra (supra, § 2).

75. Derecho post-clásico.

Algunas acciones penales pueden ejercitarse por un ciudadano cualquiera de Roma o de un *municipium*. Estas *actiones populares* fueron introducidas en parte por *leges* y en parte por el Edicto del pretor, en los casos en que prevalecía un interés público. Constituye el más relevante ejemplo de estas acciones, la *actio honoraria de sepulcro violato*. La multa satisfecha por el delincuente, ingresaba en el patrimonio del actor o en las arcas del Estado o del *municipium*. Queda, sin embargo, la duda de si tales acciones, podían ser ejercitadas conforme a un procedimiento civil ordinario. Las *actiones populares* romanas fueron ciertamente el modelo de muchas acciones populares introducidas por leyes inglesas a partir de la Edad Media. En el Derecho continental, desaparecieron prontamente, pues estas acciones presuponían un espíritu público activo

76. Acciones populares.

y vigoroso que, desgraciadamente, no se daba ya en la Europa del Continente.

77. Acciones vindictam spirantes.

Algunas acciones penales se extinguían por la muerte de la parte ofendida. Los autores modernos suelen designarlas con la denominación de *acciones vindictam spirantes* (vide D. 37.6.2.4). El ejemplo más notorio de ellas es la *actio iniuriarum*.

78. Juicio acerca de las acciones penales clásicas.

Las acciones penales clásicas constituyen una poderosa protección de los intereses materiales e inmateriales frente a cualquier lesión de que puedan éstos ser objeto, ya que es mucho más fácil para el actor reclamar una multa que reclamar y probar la cuantía precisa de los perjuicios. La *actio iniuriarum*, por ejemplo, es un remedio agudamente discurrido que se utiliza en el caso de una violación del honor. Hay que tener en cuenta que en Derecho clásico todavía existía la ejecución en la persona (supra, § 43). Sin ésta, el sistema de multas no puede ser debidamente comprendido.

FUENTES

- § 72. Gayo, 4.6-9; [*et iniuriarum... raptorum*]; [*quod... sunt*]; cf. Gayo, 4.112.
- § 73. 1. Vide D. (9.2) 11.2; (47.4) 1.19; (47.2) 21.9 (Jolowicz, *Digest*, XLVII, 2, *De furtis*, 1940, pág. 34).
- § 73. 2. Vide Gayo, 4.112.
- § 73. 3. Vide Gayo, 4.75, 76.
- § 73. 4. Vide Gayo, 4.4; Coll. 12.7.9 ([*ita ut... agendum*]).
- § 74. Vide Gayo, 4.9.171.
- § 75. Vide D. (2.10) 1.4 (espurio); Coll. 12.7.9 [*ita ut... agendum*]; Paul. *Sent.* (2.31) 13; D. (17.1) 26.7 (espurio: nota *actio mandati noxalis*!); *Inst. Iust.* (4.6) 19.
- § 76. Vide D. (47.12) 3 pr. Cf. Lenel, *Edict.* 93.
- § 77. Vide Gayo, 4.112 in fine.

BIBLIOGRAFÍA

- § 72. E. Levy, *Privatstrafe und Schadensersatz im klassischen römischen Recht* (1915); contra él (ceteramente) Beseler, *Beitr.* IV (1920), 258 y s.; *Juristische Miniaturen* (1929), 129; P. Voci, *Risarcimento e pena privata nel dir. Rom. class.* (1939) I; sobre Gayo. 4.9 Beseler *Z.*, XLVII (1927), 65; *Scritti Ferrini*, III (1948), 283; Voci, l.c. 94 Wlassak, *PW.* I. 316 y s.
- § 73. 1. Bonfante, *Scritti*, III (1926), 209 y s.
- § 73. 2. Schulz, *Principles*, 203 y s.; Riccobono, *Z.* XLVII (1927), 75 y s.; Lenel, *Z.* XLVIII (1928), 563; Voci, l.c. 107 y s.
- § 73. 3. Girard, "Les Actions noxales", *NRH.* XI (1887), 409 y s.; XII (1888), 31 y s. = *Mélanges*, II (1923), 309 y s.; Biondi, *Actiones noxales* (1925, *Extr. d. Annali Palermo*, X); Beseler, *Z.* XLVI (1926), 104 y s.; Lenel, *Z.* XLVII (1927), 1 y s.; Biondi, *Bull.* XXXVI (1928), 99 y s.; F. de Visscher, "La Nature juridique de l'abandon noxal", *RH.* IX (1930), 411; *Le Régime*

romain de la noxalité (1947), actualmente la obra fundamental sobre la materia; Beseler, Z., L (1930), 29; "Lucubrations Balticae", SD., III (1937), 380 y s.; Lisowski, PW., Supl. VII 604-63; Kaser, *Altröm. Jus* (1949), 225 y s.

§ 73. 4. Beseler, *Beitr.* IV (1920), 258 y s., contra él Levy, l.c.; sobre *Coll.* 12.7.9, vide Beseler, Z., L (1930), 74; Niedermeyer, ACI. 1933, Roma, I, 379.

§ 74. Voci, l.c., 5.91 y s., 182.

§ 75. Vide Bonfante, Beseler ll.cc.; sobre Paul, *Sent.* 2.31.13, vide M. Conrat, *Paulus*, 184; De Visscher, *Le Régime* etc. 470 y s.; Voci, l.c. 91 y s.

§ 76. Bruns, "Die römischen Popularklagen", Z. f. RG. III (1864), 341 y s. = *Kleinere Schriften*, I (1882), 313 y s.; Mommsen, *Schr.* III, 374 y s.; St. R., II, 70; Strachan-Davidson, *Problems of the Roman Criminal Law*, I (1912), 180; Wlassak, PW., I, 318; *Der Judikationsbefehl* (SB. Wien, CXCVII. 4. 1921), p. 271; E. Weiss, Z XLV (1925), 494. Sobre acciones populares inglesas, vide Holdsworth, *History*, IV (1937), 356; IX (1926), 240.

§ 77. Sobre Gayo, 3.112, vide Albertario, "Elementi postgaiani", *Studi*, V. 448; Beseler, Z., LIII (1933), 20; cf. Levy, Z., XLVI (1926), 416.

9. LAS LLAMADAS «ACCIONES FAMOSAE»

En algunas de las acciones enumeradas en el Edicto del pretor, la condena implica infamia. El pretor establecía que las personas condenadas por efecto del ejercicio de estas acciones, no podían nombrar un representante en el proceso (*cognitor* o *procurator*) civil, y, además, limitaba el derecho de estas personas condenadas a representar procesalmente a otras (*postulare pro aliis*). El pretor no decía expresamente que consideraba a estas personas *infames* o *ignominiosi*, pero la infamia y la ignominia se hallaban implícitas en los casos por él enunciados. Algunas de estas acciones fueron penales (*actio furti*, *vi bonorum raptorum*, *de dolo*), otras no tuvieron este carácter (*actio mandati*, *depositi*, *fiduciae*, *pro socio*).

79. Definición.

La lista clásica de las acciones sufrió un desarrollo gradual, como demuestra la *lex Iulia municipalis* e, incluso en su última forma, no estuvo exenta de alguna arbitrariedad, como es por ejemplo la de excluir de esta enumeración la *actio commodati*. La lista, en la forma en que nos ha sido transmitida por el Digesto de Justiniano, no es completa, pues los compiladores eliminaron algunas acciones como la *actio fiduciae* y las llamadas *actiones contrariae* (supra, § 70). La enumeración de Gayo 4, 182 también incompleta (no se menciona la de *dolo*).

80. La lista clásica de las acciones.

En nuestras fuentes estas acciones son denominadas *actiones famosae* o *iudicia famosa*, pero tales términos no son probablemente clásicos.

81. Terminología post-clásica.

FUENTES

§ 79. Gayo, 4, 182.

§ 80. Vide *Lex Iulia municipalis*, 1, 111 (Bruns, *Fontes*, núm. 18; FIRA., I, núm. 13; E.G. Hardy, *Roman Laws and Charters*, I, 1911, p. 136); D. (3.2) 1 hasta *damnatus erit*; *Inst. Iust.* 4, 16, 2, cf. Gayo, 4, 182; D. (3.2) 6, 7 (enteramente espurio).

BIBLIOGRAFÍA

§ 79. Lenel, *Edict.*, págs. 77, 90.

§ 80. Lenel, *Edict.*, págs. 79 y s.; Schulz, *Festschrift f. Zitelmann* (1913), p. 17 y s.; Beseler, *Beitr.* IV (1920), 255.

§ 81. Vide material en *Voc.*, II, 813.33 y s.

10. «ACCIONES PERPETUAE» Y «ACCIONES TEMPORALES»

82. Prescripción pretoria.

Una limitación temporal al ejercicio de las acciones no existió al parecer en Derecho clásico, sin embargo, el pretor, alguna vez, declaraba en su edicto que concedería una cierta acción (por ejemplo la *actio de dolo*) únicamente dentro del plazo de un año a contar desde el día *cum primum experiundi potestas fuerit*. Esta prescripción pretoria de las acciones fué establecida en el Edicto más bien arbitrariamente que con sujeción a un principio fijo.

83. Las reglas de Casio.

El jurista Casio (cónsul el año 30 d. de J.C.), fijándose en la masa total de las acciones, elaboró las siguientes tres reglas:

1. Todas las *acciones civiles* (supra, § 45) son *acciones perpetuae*.

2. Todas las *acciones honorariae rem persequentes* (supra, §§ 45, 72) son también *acciones perpetuae*.

3. Todas las acciones penales honorarias (§ 72) son ejercitables únicamente en el término de un año.

84. Edicto de Juliano.

De acuerdo con estas normas, aquellas acciones penales para cuyo ejercicio el pretor no hubiese fijado un plazo determinado, fueron consideradas también por los juristas como utilizables solamente en el término de un año. La idea de Casio fué la de que un hombre que hubiese sufrido una injuria, debía obtener satisfacción cuando el ultraje fuese todavía reciente. Este principio no era, sin embargo, aplicable a las acciones penales de Derecho civil.

En tiempo de Gayo, las reglas de Casio no son ya enteramente exactas. Se dieron entonces, acciones penales honorarias que fueron *acciones perpetuae* como la *actio furti manifesti* (supra, § 45) y la *actio vi bonorum raptorum in simplum*. Se establecieron también otras excepciones a estas reglas. Probablemente el Edicto

había sido alterado en el período posterior a Casio por Juliano, al revisarlo éste, con objeto de realizar la famosa compilación adrianea (supra, § 25). Algunas de estas excepciones son de origen post-clásico.

El término adecuado para designar una acción ejercitable dentro del año es el de *actio annua*, y no *actio annalis*. *Actio temporaria* y *actio temporalis* son, al parecer, términos clásicos.

85. Terminología clásica.

FUENTES

§ 83. Vide D. (44.7) 35 hasta *dandde sunt*; Gayo, 4, 110, 111.

§ 84. Vide Gayo, 4, 112; 3, 209. D. (30.4) 13, 4 (espurio; el estilo es el propio de un legislador, no de un jurista); D. (11.3), 13 pr. (espurio).

BIBLIOGRAFÍA

§§ 83, 84. Beseler, *Beitr.* IV (1920), 258 y s.

§ 85. Beseler, *Beitr.* V (1931), 53. Materiales para *actio annalis*, en *Voc.*, I, 448, 44; para *actio annua*, en *Voc.*, I, 458, 30; para *actio temporaria* y *actio temporalis*, en *Voc.*, V, 969.

11. LOS LLAMADOS «IUDICIA DIVISORIA»

Las siguientes tres acciones constituyen un grupo especial en el Edicto del pretor: *actio familiae erciscundae*, *actio communi dividundo*, *actio finium regundorum*. Usualmente son llamadas *iudicia divisoria* por los autores modernos, término equívoco que no aparece en nuestras fuentes y cuyo uso debe ser siempre evitado.

86. Las tres acciones.

1. Los coherederos son copropietarios del patrimonio por ellos heredado. Cada coheredero puede exigir la división de la herencia y si esta división no es convenida de común acuerdo, cada uno de los coherederos puede ejercitar una acción, denominada con la vieja expresión latina de *actio familiae erciscundae* (o *herciscundae*). Familia significa, en la época clásica, el patrimonio, y *erciscere* (o *herciscere*) equivale a *dividere*. El juez tiene un amplio poder discrecional en este procedimiento. Supongamos que tres coherederos son copropietarios de un predio rústico. El juez puede hacer tres lotes y asignar uno a cada coheredero o puede asignar todo el predio a un coheredero, imponiendo a éste la obligación de indemnizar a los demás, pagando a éstos la suma de dinero procedente. Mediante esta asignación, que es llamada *adiudicatio*, el adjudicatario se hace dueño del lote asignado *ex iure Quiritium*.

2. La *actio communi dividundo* es una acción muy semejante a la anterior, aplicable a cualquier otro caso de copropiedad.

3. La *actio finium regundorum* es una acción de deslinde, que se da cuando se discuten los límites de los predios. No es éste un *iudicium divisorium*, análogo a los dos anteriores, pues las partes interesadas, no son copropietarias de la tierra discutida. Ahora bien, en el supuesto a que se refiere la acción, las lindes son también fijadas mediante *adiudicatio*.

87. Fórmula y carácter legal.

La estructura de las *formulae* correspondientes a estas tres acciones es muy discutida. Contenía una cláusula especial llamada *adiudicatio*, por la cual el juez, era autorizado para asignar la cosa discutida. La cláusula *ex fide bona* no figuraba en estos *iudicia* y, por ello no fueron considerados como *bonae fidei iudicia* por los juristas clásicos (supra, § 60). Los compiladores justinianos los concibieron, en cambio, como *bonae fidei iudicia* y en tales los convirtieron mediante abundantes interpolaciones. Estas acciones fueron *actiones in personam no in rem*, puesto que el demandado estaba obligado a defenderse (supra, § 56). Cada una de las partes interesadas en este procedimiento desempeñaba el doble papel de actor y demandado, pero la expresión *iudicia duplicia* parece ser de origen post-clásico.

FUENTES

§ 86. Gayo, 4, 42 y *Epit. Ulp.* 19, 16; *Lex Rubria*, cap. XXIII, l. 54; Gallo, 3, 154 a.

§ 87. Gayo, 4, 42, 62; *Inst. Iust.* (4.6) 20, 28; *C. Iust.* (3.28), 3, espurio como se demuestra por la Consult. 2, 6; D. (10.1) 1 [*licet... est*], *licet* con indicativo!; D. (10.2) 2, 3; (10.1) 10; D. (10.3) 2, 1 interpolado como se demuestra por D. (5.1) 13.

BIBLIOGRAFÍA

§§ 86, 87. A. Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen* (1912); Arangio-Ruiz, "Appunti sui giudizi divisorii", *Riv. It.*, LII (1913); Blondi, *Bonae fidei iudicia*. I (1920) (Extr. d. *Annali Palermo*, VII), páginas 218 y s.; Arangio-Ruiz, "Studi formulari II. In tema di *adiudicatio*", *Bull.* XXXII (1922), 1 y s.; Lenel, *Edict.* (1927), pagfs. 79-81 con referencias; Frezza, "Actio communi dividundo", *Riv. It. N.S.* VII (1932, no utilizable); Albertario, *Studi*, IV (1946), 165 y s.; Sciascia, "In tema di *actio familiae erciscundae*", AG., CXXXII (1945); Beseler, *Scritti Ferrini*, III (1948), 281.

12. «PRAEJUDICIA»

88. Definición.

Praejudicium es una *actio* con la que el actor demanda se fije o compruebe, si existe o no un hecho o una relación jurídica. Estas acciones son frecuentemente preparatorios de otro proceso, y cons-

tituyen un “procedimiento previo” (*praeiudicium*). El actor puede afirmar, por ejemplo, que el demandado es un liberto suyo y, en cambio, éste contradecir tal afirmación del actor. Si el juez dicta sentencia en favor del actor, éste puede exigir algo del demandado, mediante el ejercicio de otra acción derivada de la relación existente entre patrono y liberto (vide el ejemplo supra, § 47). Conocemos un *praeiudicium* ordenado por una *lex* y otros que son mencionados en el Edicto pretorio.

La fórmula de estas acciones no nos es conocida. Gayo 4, 44 nos dice que contenía una *intentio*, pero este texto es poco fidedigno. Tal vez la fórmula estuvo concebida así:

89. Fórmula y carácter legal.

“Octavius iudex esto pronuntiatioque an Numerius Negidium libertus Auli Agerii sit”.

Ciertamente estas acciones no fueron *acciones in rem*, pues el demandado estaba obligado a defenderse en ellas (supra, § 56).

90. Extraordinaria cognitio.

En la *extraordinaria cognitio*, los *praeiudicia* juegan un papel muy importante.

F U E N T E S

§ 88. Gayo, 4, 44; 3, 123.

§ 89. Vide *Inst. Iust.* 4, 6, 13 (no clásico).

§ 90. Vide las dos siguientes opiniones: *P. Michigan*, III, núm. 159 = *Z.* XLVI (1926), 276 y *P. Oxy.*, I, núm. 37 = *Mitteis, Chrest.* núm. 79, *FIRA*, III, núm. 170.

B I B L I O G R A F Í A

Pissard, *Les Questions préjudicielles en droit Romain* (1907); Lenel, *Edict.* (1927), Index, vide voz “*praeiudicia*”; Beseler, *T.* X (1930), 170; H. Krüger, *St. Riccobono*, II (1936), 229 y s.

CAPÍTULO III

EXCEPCIONES

1. CONCEPTO DE LA «EXCEPTIO» CLÁSICA

91. Definición.

En la época republicana y clásica antigua, la *exceptio* fué una defensa incorporada a la *formula*, en favor del demandado; una excepción a la *condemnatio* (supra, § 30). Supongamos que el demandado opone a una *actio certae creditae pecuniae*, la circunstancia de haberle concedido el acreedor un año de plazo para pagar el dinero que recibió, y la de no haber transcurrido todavía este plazo. En tal supuesto, una *exceptio pacti* debe ser insertada en la *formula* a requerimiento del demandado y ésta, en tal caso, quedaría redactada así:

“Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia dare oportere
extra quam si inter Aulum Agerium et Numerium Negidium convenit, ne ea pecunia intra annum pereretur,
eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato”, etc.

Extra quam si = “excepto si” es expresión frecuente en el lenguaje oficial republicano: *Senatus consultum de Bacchanalibus*, L. 29 (186 B.C., Bruns, núm. 36, FIRA, I, núm. 30).

La cláusula *extra... peteretur* fué en verdad una excepción a la orden de condenar (*condemnatio*) y, por serlo, recibió la denominación de *exceptio*. En el Edicto adrianeo (vide supra, § 25) y tal vez ya en más antiguos Edictos pretorios, estas excepciones ofrecen una forma diferente. La *condemnatio* se condiciona a la no existencia de los hechos alegados por el demandado. La *exceptio pacti*, por ejemplo, vendría redactada así:

“si inter Aulum Agerium et Numerium Negidium non convenit ne ea pecunia intra annum peteretur”.

Evidentemente, esto no es una excepción, sino más bien una condición negativa de la *condemnatio*. El término *exceptio* no es

una denominación apropiada de la cláusula transcrita y, además, las excepciones se incorporan, también, a otras cláusulas que son una condición negativa de la *condemnatio (nisi restituetur*, supra, § 67) y que jamás fueron llamadas *exceptiones* por los juristas clásicos. Consecuencia inevitable de esta transformación, es la imposibilidad de dar una definición lógica de la *exceptio*. La peculiaridad formal de la cláusula (*extra quam si*) constituyó la *differentia specifica*, y al desaparecer ésta, sólo una definición histórica de la *exceptio* resultó posible. Las *exceptiones* clásicas, por lo menos después de Adriano, son defensas del demandado, expresadas mediante una cláusula especial de la *formula*, objeciones que en la antigüedad se insertaron utilizando la expresión *extra quam si*, o que hubieran sido incorporadas por este medio si la *exceptio* singular hubiera sido ya entonces conocida. Lo importante es esto: la excepción clásica, lo mismo que la pre-clásica, es siempre una cláusula especial de la *formula*. Debemos atenernos a este principio y rechazar todos los textos que se oponen a él, por considerarlos post-clásicos.

Siendo como es la *exceptio* clásica, una cláusula de la *formula*, el demandado debe pedir su inserción durante el procedimiento *in iure* (supra, § 17). Si olvida pedirla en este tiempo, no puede ser incorporada después y podrá únicamente, servirse de la *in integrum restitutio* (Gayo, 4, 125). lo mismo que toda la *formula*, la *exceptio* necesita de la aprobación del pretor, el cual puede o no autorizarla (*dare exceptionem... denegare exceptionem*) discrecionalmente. Si el actor rehusa aceptar la *formula* con *exceptio*, el pretor puede amenazarle con la *denegatio actionis* (supra, §§ 17, 24).

La *exceptio* debe insertarse en la *formula* siempre que las objeciones del demandado, no puedan ser tomadas en consideración por el juez, si no van expresadas en una cláusula de esta naturaleza.

Supongamos que el actor afirma que ha prestado una suma de dinero al demandado y que desea ahora recobrarla. El demandado objeta que no ha recibido nunca tal suma o que la ha pagado ya. La inserción de una *exceptio* sería ilógica y superflua, pues si el juez llega a la conclusión de que las afirmaciones del demandado son ciertas, habrá forzosamente de absolver a éste *officio iudicis*, ya que la *formula* dice:

“Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio centum dare oportere, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito”.

Si el demandado no recibió el dinero o lo pagó ya, no hay un *dare oportere*. Si el demandado alega un *pactum ne ea pecunia intra annum*.

92. Debe ser añadida in iure.

93. ¿Cuándo es requerida la *exceptio*?

peteretur, el juez no debe tomar en cuenta la objeción sin estar especialmente autorizado a ello, pues a pesar de este *pactum* (aun cuando el año no haya transecurrido), sigue siendo cierto que el demandado *centum dare oportet iure civili*. A tenor de dicho *pactum*, el juez no puede absolver al demandado *officio iudicis* sino únicamente *per exceptionem* o *exceptione opposita* (se entiende en la *formula*). Los autores modernos suelen decir que en tal caso el demandado puede defenderse únicamente *ope exceptionis*, pero esta frase fué acuñada en Bolonia y no en Roma, y aunque es inofensiva, debe ser cuidadosamente evitada.

Si se plantea la cuestión de determinar las objeciones del demandado que requieren la inserción de una *exceptio* y aquellas otras que deben ser consideradas *officio iudicis* por el juez, la respuesta no es sencilla. En orden a esta cuestión, la construcción de la *formula* y su interpretación por el juez y los juristas, son decisivas (vide supra, § 64). El juez está ligado a la *formula* (supra, § 34) y depende del tenor de ésta (interpretada según el criterio de los juristas), poder determinar si se requiere o no una *exceptio* para tomar en consideración la defensa opuesta. Los autores deben contentarse con esta respuesta de carácter formal sin indagar razones substantivas, pues estos intentos han resultado totalmente inútiles.

94. *Exceptio y denegatio actionis.*

Como ya hemos dicho (§ 17), el pretor podía, discrecionalmente, *denegare actionem*. Si el demandado aducía una determinada defensa que el pretor estimaba bien fundada y que no requería más prueba, podía resolver la cuestión denegando al actor la acción y rehusando el correspondiente *iudicium*. Pero esta manera de dirimir el asunto, implica un serio inconveniente para el demandado, pues si bien le evitaba las molestias del procedimiento *apud iudicem*, la resolución del pretor no tenía la autoridad de *res iudicata* y el actor podía intentar de nuevo la acción ante otro pretor distinto. Por esta razón el pretor (por lo menos conforme al Edicto de Adriano, supra, § 25) se abstenía en tales casos de proceder a la *denegatio actionis*, limitándose, por regla general, a la concesión de una *exceptio*.

Valgámonos del siguiente ejemplo. Un *Senatusconsultum Macedonianum* (bajo Vespasiano, infra, 880) prohibía hacer préstamos a un hijo *in potestate patris*. El texto de esta disposición ordenaba la *denegatio actionis* en caso de ser infringida. No obstante, el pretor (conforme al Edicto de Adriano), se contentó casi siempre con insertar una *exceptio* (por supuesto, la insertó *officio praetoris* y no únicamente a requerimiento del demandado). La *formula* era, en tal caso, la siguiente:

“Si paret Numerium Negidium (esto es, filium) Aulo Agerio sestertium decem milia dare oportere,

si in ea re nihil contra senatus consultum Macedonianum factum est, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio decem milia condemnato”, etc.

Siendo la *exceptio* clásica una cláusula de la *formula*, su uso quedó limitado al procedimiento ordinario. En la *extraordinaria cognitio* no hay *formula* ni, por tanto, *exceptio*. Las instrucciones dadas a un *iudex pedaneus* (supra, §§ 20, 31) se asemejaban, en cierto modo, a la *formula* y podían permitir, en virtud de esta semejanza, el uso de las *exceptiones*; pero la predilección de los juristas clásicos por la nitidez terminológica, hizo que no llamaran *exceptiones* a las defensas basadas en instrucciones de esta especie, y en lugar de ese término usaron el de *praescriptio* (objeción).

La *exceptio* clásica no podía sobrevivir al procedimiento formulario. No obstante, el término *exceptio* subsistió en la época post-clásica, aunque usado en ella como sinónimo de *praescriptio* y comprendiendo toda suerte de objeciones oponibles a la acción. Mientras la sección de Gayo que se refiere a la *exceptio* clásica (4.115 y s.) fué, en su conjunto, fidedignamente conservada por el clasicismo de la escuela jurídica post-clásica (supra, § 14), otros numerosos textos fueron profundamente alterados y adaptados a las exigencias de la época mediante interpolaciones.

1. Gayo se abstiene de dar una definición de la *exceptio*; las definiciones que encontramos en nuestras fuentes fueron, sin duda, elaboradas en los tiempos post-clásicos.

2. Siempre que hallamos en textos aparentemente clásicos el término *exceptio* con referencia a la *extraordinaria cognitio* e, inversamente, el término *praescriptio* referido al procedimiento formulario, estamos, con toda seguridad, ante una interpolación.

3. En un *bonae fidei iudicium*, el juez era autorizado a tener en cuenta los pactos no formales y cualquier género de *dolus* del actor, a tenor de la cláusula *ex fide bona* o de otras similares (supra, § 61). Una *exceptio pacti* o *doli* no era necesaria. Nunca un jurista clásico pudo haber expresado tal principio con frases como ésta: “*exceptio pacti [o doli] bonae fidei iudiciis inest*”; o, “*exceptio pacti [o doli] in bonae fidei iudiciis officio iudicis continetur*”. Tales frases, aunque explicables desde el punto de vista post-clásico, habrían carecido de sentido para los juristas clásicos ya que una *exceptio* no incorporada en la fórmula, entrañaría para ellos una flagrante contradicción. Las frases transcritas deben ser consideradas pues post-clásicas.

4. Un importante corolario del concepto post-clásico de la *exceptio*, es el siguiente: En la época clásica, el juez, debe dirimir

95. En la *extraordinaria cognitio* no hay *exceptio* sino *praescriptio*.

96. La *exceptio* en la época post-clásica.

la cuestión en favor del demandado si comprueba que la *exceptio* está bien fundada. Tal consecuencia se deriva, inevitablemente, de la construcción de la *formula*.

Supongamos que el actor reclama una suma de 100 que ha prestado al demandado. Éste replica: el préstamo ha tenido lugar efectivamente, pero el actor me debe una suma de 60 en virtud de otro contrato; así yo debo, únicamente, pagar la diferencia, con sujeción al principio: *dolo facit qui petit quod redditurus est*. El actor niega la objeción del demandado. La *formula certae creditae pecuniae* se construye como sigue, insertando en ella una *exceptio doli*:

“Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio centum dare oportere, si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat, centum iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato”, etc.

El juez llega a esta conclusión: (1) El demandado debe al actor 100; (2) el actor debe al demandado 60. Sentencia: La *exceptio doli* está bien fundada pues estos 60 de la suma reclamada por el actor deben ser devueltos. La acción, por consiguiente, fracasará. El juez no puede condenar al demandado a pagar la diferencia, o sea 40, ya que la *formula* no le autoriza a ello. La *exceptio* clásica no tiene nunca efecto minutorio. En la *cognitio extraordinaria* no existe en cambio esta rigidez formal y el juez podía condenar al demandado a pagar la diferencia. Siempre que hallamos un efecto minutorio de la *exceptio* en relación con el procedimiento formulario, debemos considerar interpolado el pasaje en cuestión, interpolado.

5. Algunas veces la *exceptio* mencionada en textos clásicos es oportunamente suprimida, habida cuenta del punto de vista post-clásico.

97. Historia del desarrollo post-clásico.

Por la considerable confusión reinante en las fuentes que se ocupan de la *exceptio*, no es extraño que investigaciones faltas de crítica y realizadas durante la pasada centuria y en los comienzos de la actual, no hayan conseguido resultados satisfactorios. La interesante historia de la *exceptio* post-clásica y la no menos interesante historia de su desenvolvimiento a partir de los glosadores hasta llegar a los tiempos modernos, está todavía por escribir.

F U E N T E S

§ 91. Vide D. (43.12) 1, 10, *Labeo* (época de Augusto), el único pasaje con *extra quam si* en nuestros libros de Derecho; cf. Cicero, *De invent.* 1, 33, 56. Gayo, 4, 119.

§ 94. Vide D. (14.6) 1 pr.; (14.6) 7, 4, 6, 7 a *dederit*.

§ 96. *Exceptio vel praescriptio*: vide C. Iust. 8, 35 rubr.

§ 96. 1. Vide D. (44.1) 2 pr. y 22 pr. (ambos espurios).

§ 96. 2. Vide D. (31) 34, 2: [*ipso iure*]; [*sed nec... fecisse*]. *Fideicommissum*, por tanto *extraord. cognitio* (supra, § 20) por tanto no *exceptio*.

§ 96. 4. Vide D. (44.1) 22 pr. [*modo*]; [*modo minuit damnationem*].

BIBLIOGRAFÍA

§ 91. Para la bibliografía hasta 1906, vide Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I (1906), § 47; particularmente importante P. Krüger, *Prozessualische Konsumption und Rechtskraft des Erkenntnisses* (1864), § 5, y *Z f. RG.* VII (1868), 219 y s., y las notas de Kipp en Windscheid-Kipp, l.c., págs. 205 y s. Sobre los numerosos escritos de Wlassak, vide Wenger, CP., 155, con referencias; PW. VI, 1553 y s. Vide, además, el importante artículo de Seckel, "exceptio" en Heumann-Seckel, *Handlexikon und Generalregister* para Z. I-L (1930), V. "exceptio".

§ 92. Guarneri-Citati, "Exceptio omissa initio-in integrum restitutio-apellatio", *St. Perozzi* (1925), 245 y s.

§ 93. P. Krüger y Kipp, loc. cit.

§ 94. R. Schitt, *Das Gewähren des Rechtsschutzes im röm. Civilprozess* (1903); R. Mewald, *Denegare actionem in röm. Formularprozess* (Diss. Erlangen, 1912); Wlassak, Z., XXXIII (1912), 136 y s., 147 y s.; Lévy-Bruhl, *La denegatio actionis sous la procédure formulaire* (1924) y T., V (1924), 383 y s.; Wlassak, *Die klassische Prozessformel*, I (SB. Wien, CCII, 3, 1924), 138 N. 28; Lenel, *Edict.* §§ 278, 279.

§ 95. Para material, vide Scholossmann, *Praescriptiones und praescripta verba* (1907), 32; J. Partsch, *Longi temporis praescriptio* (1906), 70 y s., y Z, XXVIII (1907), 444. Estos materiales necesitan ser sometidos a un examen crítico.

§ 96. 2. Para material, vide Partsch y Schlossmann, loc. cit.

§ 96. 3. Biondi, *Iudicia bonae fidei*, I (1920, Extracto de *Annali Palermo*, VII) 3 y s.; Beseler, Z, XLV (1925), 191.

§ 96. 4. Pernice, *Labeo*, II. 1 (1895), 261 y s.; Arangio-Ruiz, *L'exceptio in diminuzione della condonna* (1930); Solazzi, "Sull'exceptio in diminuzione della condanna", *Bull. N.S. I* (1934), 268 y s.; Biondi, *La compensazione nel diritto romano* (1927, Extracto de *Annali Palermo*, XII), 43 y s., 141 y s., con referencias.

§ 97. Ernst Heymann, *Das Vorschützen der Verjährung. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von Exceptio und Einrede* (1895).

2. CLASIFICACIÓN DE LAS EXCEPCIONES

Después de habernos ocupado en el capítulo precedente, de los varios grupos de acciones, conviene ahora referirnos a los grupos análogos de excepciones.

Exceptiones civiles y honorariae (vide supra, § 45). Esta distinción no aparece nunca en nuestras fuentes. Por regla general, las excepciones son siempre *exceptiones honorariae*; la única *exceptio civilis* que conocemos es la *exceptio dominii* en la *formula Publiciana* (vide infra, § 653). La *exceptio* mencionada por Labeo,

98. *Exceptiones civiles y honorariae*.

D. (43.12) 1.16 es también una *exceptio civilis*, pero es una excepción opuesta a un *interdictum* (vide infra, §§ 106 y s.) no a una acción. Algunas excepciones fueron propuestas en el Edicto por ordenarlo así una ley o un senadoconsulto [*exceptio legis Cinciae* (infra, § 973), *legis Laetoriae* (infra, § 328), *senatusconsulti Macedoniani* (§ 94), *Vellaeani* (infra, § 975)], pero estas normas no crean *ius civile* y las excepciones por ellas establecidas, habrían de ser consideradas propiamente como *exceptiones honorariae* (supra, § 46).

99. Exc. in ius e in factum conceptae.

Exceptiones in ius e in factum conceptae (vide supra, § 47). De conformidad con lo dicho, las excepciones son, por regla general, *in factum conceptae*; la *exceptio domini* de la *formula Publuciana* es, por supuesto, una *exceptio in ius* (esto es *civile*) *concepta*.

100. Exc. útiles.

Exceptiones utiles (vide supra, § 52). Una *exceptio utilis* es una excepción creada sobre el modelo de otra ya existente. Esta última no es designada con una denominación fija, pues la expresión *exceptio directa* no es nunca usada en nuestras fuentes, y la de *exceptio vulgaris* solamente una vez (D. (47.23) 3). En algunos pasajes, *exceptio in factum*, es expresión usada en sustitución de *exceptio utilis*, pero los pasajes en que aparece son, probablemente, espurios.

101. Exc. in rem e in personam.

Exceptiones in rem e in personam (vide supra, § 56). Esta distinción fué totalmente desconocida de los juristas clásicos y aparece únicamente en dos pasajes tomados ambos del libro 76 de Ulpiano *Ad edictum*. La *exceptio metus* es llamada aquí *exceptio in rem* pues el nombre del actor no aparece mencionado: “si in ea re nihil metus causa factum sit”, mientras que la *exceptio doli* es llamada *exceptio in personam*, pues contiene el nombre del actor: “si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat”. Ambos textos han sido, con toda seguridad, falsificados. Un autor post-clásico, al revisar la obra de Ulpiano, intentó introducir esta terminología, pero el intento no tuvo éxito.

102. Exc. rei y personae cohaerentes.

Exceptiones rei y personae cohaerentes. Esta distinción es también post-clásica, siendo los pasajes en que la hallamos igualmente espurios. Por *exceptio personae cohaerens* se entiende una excepción utilizable únicamente por una persona determinada, no, por ejemplo, por el fiador de ésta. La *exceptio competentiae* constituye un ejemplo (infra, §§ 793, 794).

103. Exc. perpetuae y temporariae.

Exceptiones perpetuae y temporariae (supra, § 82). No hay limitación para las excepciones. No obstante, a veces, una *exceptio* es utilizable solamente dentro de un determinado plazo. Supongamos que el acreedor ha prometido, mediante un *pactum* no formal, no exigir el pago del préstamo durante un año. Si antes de expirar

este plazo reclama el pago, el prestatario le podrá oponer la *exceptio pacti*, la cual una vez transcurrido el año, no será ya utilizable. Esta *exceptio pacti* es una *exceptio temporaria* (o *temporalis*). Si el acreedor, prometió también mediante *pactum*, no exigir nunca la devolución del dinero prestado, la *exceptio pacti* será una *exceptio perpetua*. Debe observarse que para el juez no hay diferencia alguna entre el caso en que la *exceptio* inserta en la *formula* sea temporal y aquel otro en que dicha *exceptio* sea perpetua. Si el juez llega a la conclusión de que la *exceptio* está bien fundada deberá, en ambos casos, fallar en contra del actor y no puede condenar al demandado a pagar después del plazo de un año, pues la *exceptio* clásica no tiene efecto reductor o minutorio (supra, § 96.4). Gayo — y seguramente él solo entre los juristas clásicos pues el D. (44.1) 2.4 de Ulpiano es espurio — llama a la *exceptio temporaria exceptio dilatoria* y a la *exceptio perpetua, exceptio peremptoria*, términos desdichados si se tiene en cuenta que la *exceptio perpetua* no destruye (*perimit*) la obligación ni la acción. Esta terminología fué mantenida en la época post-clásica y condujo al error de estimar inexistente la obligación, si el deudor contaba en favor suyo con una *exceptio perpetua*. Tal error constituye para los juristas clásicos una verdadera herejía que debe ser atribuída al período post-clásico, siempre que la hallemos reflejada en nuestras fuentes.

Una *exceptio popularis* análoga a la *actio popularis* (supra, § 76) es un absurdo. No obstante, encontramos usada esta expresión en nuestras fuentes (*Fr. Vat.* 266), y es, con toda seguridad, una adición hecha por un interpolador inepto.

104. Exc. popularis.

Finalmente, la *replicatio* puede ser considerada aquí como una cierta especie de *exceptio*, como una excepción de la excepción. Consiste en la objeción que el actor opone a la *exceptio* que ha sido utilizada contra él por el demandado. Debe ser añadida a la *exceptio* con las palabras *aut si*. Hemos dado ya un ejemplo de *replicatio* (supra, § 30). No precisa extendernos más sobre la *replicatio*. El demandado que hace uso de una *exceptio* puede ser considerado como un actor: *reus* (el demandado) *in excipiendo actor est*; y de esta suerte las normas que hemos establecido para la *exceptio* recibirán lógica aplicación en la *replicatio*.

105. Replicatio.

FUENTES

§ 98. Vide Gayo, 4.118.

§ 100. Vide D. (14.6) 7.1; D. (7.9) 4 [*aut... in factum*] *«de dolo»*; cf. D. (44.4) 4.15.

§ 101. Vide D. (44.4) 2.1, 2; (44.4) 4.33 para *qui agit* (ambos espurios).

§ 102. D. (44.1) 7.1; (44.4) 4.27.

§ 103. Vide Gayo, 4.120-2 para *locum exceptio*; 123. *Fr. Vat.* 266 para *exceptionem*; D. (50.16) 10; (44.7) 42.1; (50.17) 112.

§ 105. Vide Gayo, 4.126 con las notas al pie de página de la edición de Gayo debida a De Zulueta. D. (44.1) 1; (22.3) 19 pr.

BIBLIOGRAFIA

§ 98 y s. Wenger, PW., VI, 1560 y s.; CP., 156 y s.

§ 98. P. Krüger, *Prozessualische Konsumption* (1864), § 5 y Z f. RG., VII (1868), 220; Windscheid-Kipp, *Lehrb. d. Pandektenrechts*, I (1906), 47, p. 205; Beseler, Z, XLIV (1924), 362.

§ 100. Para materiales, vide *Voc.* II, 661, 8 y s.; II. 787.4 y s., 15 y s.

§ 101. Schulz, Z, XLIII (1922), 427; Beseler, *Beitr.* III (1913), 58; IV (1920), 86; Z., LVII (1937), 84 y 87.

§ 102. G. Rotondi, *Scritti*, II. 341 y s.; Beseler, Z., XLV (1925), 456; *St. Bonfante*, II (1930), 60 y s.

§ 103. Th. Kipp, "Über dilatorische und peremptorische Exzeptionen", Z., XLII (1921), 328 y s.; Riccobono, Z., XLIII (1922), 293; Beseler, *Juristische Miniaturen* (1929), 124; *St. Bonfante*, II (1930), 59; *Beitr.* V (1931), 52; Z, LIII (1933), 20; LVII (1927), 46.

§ 104. Beseler, Z., LVII (1937), 46.

CAPÍTULO IV

INTERDICTA

1. «INTERDICTO EXPERIRI»

Además del procedimiento *per formulam* y el de la *extraordinaria cognitio* existe, para un cierto grupo de reclamaciones en Derecho clásico, un tercer procedimiento llamado procedimiento *per interdictum*. Aunque caracterizado por rasgos arcaicos, juega un papel muy importante en todo el período clásico. De su larga historia, sólo una parte nos es conocida, si nos servimos de fuentes verdaderamente fidedignas, ya que incluso limitándonos a la época clásica, no conocemos este procedimiento en todos sus detalles, pues nuestra fuente principal que es la descripción contenida en Gayo, 4, 139 y s., guarda silencio sobre puntos muy importantes y además no nos ha sido conservada íntegramente. Dejando a un lado los detalles intrincados y difíciles, nos limitaremos a describir el procedimiento.

106. Carácter y fuentes.

Luego de haber sido citado el demandado ante el magistrado (pretor o gobernador de provincia), el actor exponía su caso, solicitando eventualmente del magistrado la expedición de un interdicto concreto. El demandado alegaba sus razones objetando al actor y pidiendo posiblemente al magistrado la inserción de una *exceptio* en la *formula interdicti*. Después de un examen más o menos sumario del caso (*causae cognitio*), el magistrado, o bien rehusaba expedir el interdicto solicitado (*denegare interdictum*) o accedía a otorgarlo (*reddere interdictum*). En este último caso daba la *formula interdicti* del mismo modo que daba la *formula actionis*. La *formula interdicti* era también reducida a forma escrita como la *formula actionis*. Sin embargo, la *formula interdicti* no contiene el nombramiento de un juez como lo contiene la *formula actionis* y, en el fondo, es solamente una orden dirigida a ambas partes, aunque en la forma unas veces aparezca dirigida al actor, o al demandado solamente, o a los dos, o a todos, esto es, *ad quos ea res pertinet*. Estas formas fueron gradualmente desen-

107. Expedición y forma de los interdictos.

vueltas por una larga serie de pretores anónimos y de juristas y, por esta razón, no nos debe sorprender la falta de uniformidad.

En todo caso las variantes estilísticas son de poca importancia. Consideraremos algunos ejemplos.

1. *Interdictum de glande legenda* (Lenel, *Edict.* § 260). El actor tiene un predio rústico contiguo a otro del demandado. En el predio del actor y junto a la misma linde, hay una encina. Conforme a las Doce Tablas (VII, 10), el actor podrá penetrar en el predio del demandado para recoger las bellotas que han caído en él y que han sido producidas por el árbol propiedad del actor. Si el demandado prohíbe al actor entrar, el actor puede pedir este interdicto, el cual viene concedido en la forma siguiente:

“Glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quo minus illi tertio quoque die legere auferre liceat, vim fieri veto”.

“Prohibo usar cualquier violencia para impedir al actor que recoja y se lleve las bellotas *tertio quoque die*” (lunes, miércoles y viernes, etc.). Este interdicto va dirigido al demandado. En el caso concreto de que se trata, las palabras *illius* e *illi* deben ser sustituidas por el nombre del actor.

2. *Interdictum de fonte* (Lenel, *Edict.* § 253). Este interdicto va dirigido exclusivamente al actor.

3. *Interdictum de loco sacro religioso sancto* (Lenel, *Edict.* § 235). “In loco sacro religioso sancto facere inve eum immittere quid veto”. Este interdicto está dirigido “a todos”.

4. *Interdictum uti possidetis* (Lenel, *Edict.* § 247).

“Uti nunc eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto.”

“Prohibo usar la violencia para que se impida a aquel de vosotros dos que en la actualidad posee correctamente (*nec vi nec clam nec precario*) el edificio disputado, que siga poseyéndolo, como lo ha poseído hasta el presente.” Este interdicto va dirigido a ambas partes.

5. *Interdictum de vi armata* (Lenel, *Edict.* § 245. 2). “Unde tu illum vi hominibus coactis armatisve deiecasti, aut familia tua deiecit, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas.”

“Restituye al actor en el lugar (*unde* = *a quo*, vide Stolz-Schmalz, *Syntax*, § 87, p. 491) del que fué expulsado por ti por la fuerza, y reponlo en la posesión de todas las cosas que el actor tenía en dicho lugar.” Por la forma, es ésta una orden absoluta dirigida al demandado. En realidad, y por su fondo, tiene el carácter de orden hipotética, puesto que el magistrado no afirma que el demandado haya expulsado al actor.

108. Significación legal del interdicto.

Los anteriores ejemplos, demuestran que el interdicto no es la decisión de un caso, ni tampoco un medio de coerción empleado

contra el demandado para que éste dé satisfacción al actor. En la época clásica, no es otra cosa que un acto formal preliminar.

Algunas veces (si el actor pide *restituere* o *exhibere*), el demandado puede solicitar el nombramiento de un árbitro. La *formula* es redactada, nombrándose en ella un árbitro (por lo que se llama *formula arbitraria*, supra, § 67) y ordenándose la condena del demandado, a pagar *quanti ea res est* si ha contravenido al interdicto.

109. Fórmula arbitraria.

Si el demandado no puede o no quiere hacer uso de esta oportunidad que se le ofrece, el primer acto del procedimiento queda concluso. El infractor es considerado como desobediente. En la época clásica esto constituye, como ha demostrado Lenel, una simple ficción, pues el transgresor debe obedecer en el acto, hallándose aún a presencia del magistrado (*antequam ex iure exeat*), lo que resulta imposible en muchos casos, por ejemplo, si se pide la restitución de un predio o en el supuesto del *interdictum de glande legenda*. Las partes abandonan ahora el tribunal del magistrado, lo cual, en la época clásica, es otra ficción. En realidad abandonan el mencionado tribunal, para volver de nuevo ante él después de un corto intervalo y comenzar el segundo acto de este viejo drama. El actor intima al demandado a que haga una apuesta y cada una de las partes promete a la otra abonarle una suma de dinero en el caso en que se demuestre que no le asiste razón. Se redactan las dos *formulae* de estas promesas (*formulae ex stipulatu*) y se traslada el proceso al juez nombrado en las *formulae*. Si el actor exige un *restituere* o un *exhibere*, otro *iudicium* (*iudicium secutorium in quanti ea res est*) es añadido en la *formula*, así que en el caso de resultar aquél victorioso, conseguirá la cosa o su valor y, además, el importe de la apuesta. Un *iudicium secutorium* similar a éste, se adicionaba también a la *formula* del actor en el supuesto del *interdictum prohibitorium* (supra, § 133 d).

110. La apuesta.

Este arcaico procedimiento no es ni procedimiento ordinario *per formulas*, ni tampoco *extraordinaria cognitio*, sino una mezcla de ambos. En su iniciación puede ser una *extraordinaria cognitio*, pero desemboca en un procedimiento *per formulas*, ya que el juez no es un *iudex pedaneus* (supra, § 20). La expedición del interdicto pertenece a la primera parte; los juristas clásicos nunca llaman *actio* al interdicto porque el término *actio* se emplea únicamente en el procedimiento ordinario *per formulas* (supra, § 27). Solicitar un interdicto, no es *agere* para los juristas clásicos; *agere interdicto* es la forma abreviada de *agere interdicto reddito*, que comprende la *actio arbitraria* y las *actiones ex sponsionibus*. Nunca usaron los juristas clásicos la palabra *interdicere* con referencia al actor, aunque los no juristas no tuvieran escrúpulo en emplearla con

111. Terminología clásica.

esta referencia. Los juristas clásicos conocieron únicamente las expresiones *interdicto uti* y *experiri*. Finalmente, las partes a quienes el interdicto iba dirigido, no son llamadas nunca *actor* y *reus*. Debe observarse que en las formas edictales de los interdictos se evita siempre el empleo de los nombres ficticios *Aulus Agerius* y *Numerius Negidius*.

112. Interdictos post-clásicos.

En la época post-clásica el procedimiento clásico *per interdictum* fué abrogado. Ya en el período clásico constituyó dicho procedimiento una extraña supervivencia de tiempos más antiguos, una pieza de teatro arcaica y artificiosa de ejecución difícil y que entrañaba evidentes peligros para ambas partes. Ya Frontino (bajo Domiciano) lo pone de relieve (ed. Lachmann, pág. 44; ed. Thulin, página 34): “Magna enim alea est litem ad interdictum deducere, cuius est executio perplexissima”. Se observó, sin embargo, largamente, gracias al sentido conservador y a la actitud pasiva de los juristas clásicos, debiéndose a estas causas el retraso en su supresión. Accidentalmente fué reemplazado por la *extraordinaria cognitio*, la cual, en el período post-clásico, constituye el procedimiento ordinario. Los interdictos se convierten ahora en simples acciones por las cuales el actor puede conseguir la restitución, la exhibición (*exhibere*) o el abono de los perjuicios. Los nombres de *interdictum* y sus especiales denominaciones para los distintos supuestos a que pueden referirse, fueron conservados. El clasicismo de las escuelas jurídicas post-clásicas y bajo su influjo, el de los compiladores del Digesto, fué la razón por la que se conservaron las formas de los *Interdicta*, tal como fueron propuestas en el Edicto.

113. Interpolaciones.

Esta transformación trajo consigo, inevitablemente, numerosas alteraciones en los textos clásicos. En los textos pseudo-clásicos, hallamos que los interdictos son llamados *actiones*, que el solicitante del interdicto es designado con la denominación de *actor*, que *interdicere* es usado por *agere interdicto*, para no aludir más que a las alteraciones realmente sustantivas. Esta práctica había ya comenzado en los primeros tiempos de la época post-clásica y debe recordarse que incluso nuestro texto de la Instituta de Gayo, no está libre de interpolaciones de este género.

F U E N T E S

§ 109. Vide Gayo, 4.162-4.

§ 110. Vide Gayo, 4.165.

§ 111. Vide Agennius Urbicus, *De controversiis agrorum*, B. 41 (ed. Lachmann, pág. 63; ed. Thulin, pág. 24): “Videbimus tamen an interdicere quis possit hoc est ad interdictum provocare de eiusmondi possessione”. Quint. *Declam.* 3.6.71. Paul. *Sent.* 4.7.6.

§ 112. Vide D. (43.1) rubr.; *Inst. Inst.* (4.15) pr. y 8; D. (6.1) 68 (espurio).

§ 113. Vide D. (43.16) 1 pr. con Lenel, *Edict.* 462 y s.; Gayo, 4.155: [nam... *possessionem*]; Gayo, 4.157-60 están gravemente interpolados. D. (44.7) 37 pr. (espurio); Paul. *Sent.* (4.8) 5; el *interdictum Quorum honorum* es llamado *praetoria actio*.

BIBLIOGRAFÍA

§§ 106 y s. A. Berger, *PW.*, IX. 1609 y s., con referencias; A. Biscardi, *La protezione interdittale nel processo romano* (1938); E. Gintowt, "Über den Charakter der Interdikte und der iudicia ex interdicto", *St. Albertoni*, II (1937), 233 y s.

§ 107. Berger, l.c. 1687; Biscardi, l.c. 25 y s.

§ 108. Lenel, *Edict.* 448; contra él (injustamente) Gintowt, l.c. 254 y s.

§ 109. Berger, l.c. 1698.

§ 110. Berger, l.c. 1693; Lenel, *Edict.* 447 y s.; Gintowt, l.c., 254 y s., incurre en error.

§ 111. Wlassak, *Z.*, XXV (1904), 138 y s.; Berger, l.c. 1611; Biscardi, l.c. 14; Regensburg, *Die in ius vocatio als Einleitung des Interdikten Verfahrens* (Dis. Münster, 1924), 5 y s. Material para *experiri interdicto*, *Voc.* II, 709.43; para *uti interdicto*, *Voc.* III. 853.11; para *postulare interdictum*, D. (3.3) 35.2; Berger, l.c. 1688.

§ 112. Schulz, *History*, 128, 278 y s., 284; Berger, l.c. 1703 y s.

§ 113. Albertario, *Actio e interdictum* (1911); *Contributi allo studio della procedura civile giustiniana*, I. *Actiones e interdicta* (1912, extracto de *Riv. It.* LII) = *Studi*, IV (1946), 117 y s.; "Elementi postgajiani nelle Istituzioni di Gaio", *Studi*, V (1937), 450; Beseler, *Beitr.* IV (1920), 208; *Z.* XLVII (1927), 359; LII (1932), 293; LVII (1937), 25; Riccobono, "Interdictum-Actio", *Festschrift Paul Koschaker*, II (1939), 368. Materiales para *interdecire = uti interdicto*; Heumann-Seckel, *Handlexikon*, p. 280; *Voc.* III, 840.44; cf. Beseler, *Subsiviva* (1929), 8. Materiales para *interdicto agere*, *Voc.* III. 851.51; cf. Beseler, *Beitr.* IV (1920), 298.

2. CLASIFICACIÓN DE LOS INTERDICTOS

Procede ahora describir las variedades clásicas de los interdictos, como antes hemos descrito los distintos géneros de acciones y excepciones (§ 45 y s., § 91 y s.). Debe tenerse en cuenta que nos ocuparemos solamente de los *interdicta*, esto es de las *formulae* dictadas por el magistrado y no de las acciones otorgadas en el curso de este procedimiento (*actio arbitraria*, *actiones ex sponsionibus*; vide supra, §§ 109, 110), pues esta materia no requiere ulterior estudio.

113 a). Interdicta honoraria.

Todos los *interdicta* son *honoraria*; no existen *interdicta civilia*. Incluso el *interdictum de glande legenda* (supra, § 107), si bien procede de las Doce Tablas, no puede ser considerado como *interdictum civile*. Una ley puede ordenar la concesión de un in-

terdictum, sin que éste se convierta por ello en *interdictum civile* (vide supra, §§ 46, 98). Conforme a lo que llevamos dicho, todos los *interdicta* son *in factum concepta* (supra, § 50).

113 b). No hay *interdicta in rem*.

La distinción entre acciones *in rem* e *in personam* (supra, § 56) no es aplicable a los *interdicta*. En un texto hallamos la misteriosa frase: “*Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt*” (D. 43.1.1.3). Esto probablemente significa que si bien en algunos interdictos, no se consigna el nombre del demandado, son, esto no obstante, *in personam*. El texto transcrito es, por supuesto, espurio.

113 c). *Interdictum utile*.

Interdictum utile es el término clásico para designar un interdicto concebido sobre el modelo de otro, que es el interdicto original (supra, §§ 52, 100). Respecto a este último, no existe denominación específica, ya que los términos *interdictum directum*, *interdictum vulgare*, no aparecen en los escritos clásicos. *Interdictum in factum* no es usado en sustitución de *interdictum utile*.

113 d). La tricotomía clásica.

Clásica es la dicotomía: “*praetor aut iubet aliquid fieri aut fieri prohibet*”; el magistrado ordena o prohíbe hacer algo. En el primer caso manda restablecer una situación o exhibir alguna cosa de suerte que se puede formar una tricotomía: “*aut prohibitoria sunt interdicta aut restitutoria aut exhibitoria*”; todos los interdictos son prohibitorios, restitutorios o exhibitorios. El *interdictum de glande legenda*, por ejemplo, es prohibitorio; el *interdictum de vi armata* es, en cambio, restitutorio (supra, § 107). La distinción tiene importancia, puesto que solamente después de la expedición de un interdicto restitutorio o exhibitorio, se permite al demandado solicitar el nombramiento de un árbitro para evitar la apuesta procesal (supra, § 109). Todo interdicto clásico figura solamente en una de estas tres categorías, porque los *interdicta mixta* son desconocidos en Derecho clásico.

113 e). No hay *interdicta poenalia*.

Los interdictos penales no existen, porque la orden del magistrado no impone una penalidad; no hay aquí lugar para la *noxae datio* (supra, § 73.3). En virtud de un interdicto expedido contra alguien, no puede el heredero del demandado con el interdicto, ser requerido para que haga la apuesta. Por lo demás, el caso se daría muy raramente, porque la apuesta sigue inmediatamente a la expedición del interdicto (supra, § 110). Incidentalmente debe advertirse que las acciones otorgadas en el curso de este proceso (supra, §§ 109, 110), no tienen tampoco carácter penal y, por consiguiente, la *actio arbitraria* y las acciones *ex sponsionibus* no son *actiones poenales*.

113 f). *Interdicta popularia*.

Algunos interdictos son utilizables por *quivis ex populo* (vide supra, § 76). Cuando en la fórmula de un interdicto nada se dice

relativamente a la persona del actor, el interdicto es considerado como *populare*. Un ejemplo de estos interdictos es el *interdictum ne quid in loco sacro fiat* (supra, § 107.3).

Otros interdictos son ejercitables solamente durante el plazo de un año (*interdicta temporaria*). La *formula* del *interdictum de vi non armata*, por ejemplo, comienza con esta cláusula: "unde in hoc anno tu illum vi deiecisti". Por regla general los interdictos son perpetuos. No acierta uno a discernir el principio que sirva de base a la distinción, pues las reglas de Casio (supra, § 83) no son aplicables a los interdictos ya que, como hemos dicho, no existen *interdicta poenalia*.

113 g). Interdicta perpetua temporaria.

Todos los interdictos clásicos son *simplicia* o *duplicia*. Por regla general son *simplicia*; un ejemplo de *interdictum duplex* es el *interdictum uti possidetis*, antes tratado (supra, § 107.4). Más adelante tendremos ocasión de ocuparnos de esta distinción (infra, §§ 781, 782).

113 h). Interdicta simplicia duplicia.

FUENTES

§ 113 d. Gayo, 4.140, 141.

§ 113 h. Gayo, 4.156-60.

BIBLIOGRAFÍA

Berger, PW., IX, 1613 y s.; Z., XXXVI (1915), 176 y s.

§ 113 b. Berger, PW., IX, 1625.

§ 113 c. Berger, PW., IX, 1623.

§ 113 d. Berger, PW., IX, 1613; Z., l.c., 198; Lenel, *Edict.*, págs. 455, 480.

§ 113 e. Biondi, *Studi sulle azioni arbitrarie*, I (1913), 179 y s.; *Actiones nozales* (Extr. de *Annali Palermo*, X, 1925), 78 y s.; Gintowt, *St. Albertoni*, II (1937), 238 y s.; Berger, PW., IX, 1618 y s.; Z. XXXVI (1915), 183 y s.

§ 113 f. Berger, PW., IX, 1621.

§ 113 g. Berger, PW., IX, 1689.

§ 113 h. Berger, PW., IX, 1616; Z., XXXVI (1915), 222. Sobre Gayo, 4.157-60, vide E. Weiss, Z., L (1930), 266; E. Fraenkel, Z., LIV (1934), 313; Beseler, Z., LVII (1937), 25.

CAPÍTULO V

ESTIPULACIONES «HONORARIAE» E «IN INTEGRUM RESTITUTIO»

1. «STIPULATIONES HONORARIAE»

114. Definición.

Stipulationes praetoriae son aquellas estipulaciones impuestas por un magistrado jurisdiccional (cónsul, pretor *aedilis*, gobernador de provincia). Tomemos, como ejemplo, la *cautio* (= *stipulatio*) *usufructuaria*.

Un testador ha instituido en su testamento como heredero a H, y dispuesto un legado de usufructo en favor de L. Un usufructo es un *ius in re aliena* que no entraña obligaciones entre el propietario de la cosa y el *usufructuarius*. Pero el pretor puede, a requerimiento del heredero, ordenar a L que haga una promesa a H, en la forma siguiente:

“Cuius rei usus fructus testamento Lucii Titii tibi legatus est, ea re boni viri arbitrato usurum fructurum te et, cum usus fructus ad te pertinere desinet, id quod inde extabit restitutum iri dolumque malum abesse afuturumque esse spondesne? — Spondeo”.

Si L se negaba a formular esta promesa el pretor le amenazaba con la *denegatio actionis*.

115. Estipulaciones propuestas en los Edictos.

En los Edictos de los pretores, de los gobernadores de provincias y de los *aediles curules*, aparece este remedio aplicado a un considerable número de casos. En algunos de éstos la promesa era impuesta por un precepto legal y, usualmente, iba acompañada de la prestación de garantías (*satisdatio*). Todas las aludidas estipulaciones corresponden a uno de estos dos grupos:

1. O al de aquellas que pretenden suplir acciones inexistentes como, por ejemplo, la *cautio usufructuaria*.

2. O al de aquellas que sirven para aumentar la seguridad del acreedor mediante las oportunas garantías.

Las estipulaciones correspondientes al primer grupo ofrecen una factura muy arcaica y, probablemente, se remontan a una época anterior a la *Lex Aebutia*. En los tiempos tardíos de la república, el pretor, pudo haber creado la acción que faltaba, y no atina-

mos la razón de no haberlo hecho así. Gracias al conservatismo de los juristas clásicos nos fueron conservados estos antiguos expedientes.

En la época post-clásica las *stipulationes honorariae* fueron subsumidas en la *actio*. Los mismos compiladores no se atrevieron a dar el paso decisivo para reemplazarlas por acciones. La interesante historia de su desenvolvimiento post-clásico está por escribir.

116. Terminología post-clásica.

FUENTES

§ 114. Gayo, 4.88.

§ 116. Vide D. (44.7) 37 pr. [*stipulationes... continentur*]; D. (46.5) 1 pr.-5; [*Praetoriarum... stipulatione*]; [*istarum*].

BIBLIOGRAFÍA

§§ 114 y s., E.I. Bekker, *Die aktionen des römischen Privatrechts*, II (1873), 35; Wlassak, PW., IV. 309; E. Weiss, PW., III A. 2547; H. Krüger, Z., XLV (1925), 46 y s.; v. Woess, Z., LIII (1933), 372 y s.; Guarino, SD., VIII (1942), 316 y s.

§ 114. Lenel, *Edict.* § 286.

§ 115. Lenel, *Edict.*, págs. 514 y s., 567.

§ 116. Beseler, Beitr. III (1913), 130; sobre D. (46.8) 20 Beseler, Z., LVII (1937), 28; sobre D. (45.1) 52 pr. Beseler, Z., LVII, 37; sobre D. (7.1) 13 pr.-2 Beseler, Z. LVII, 28 e *Index Interp.*, Lenel, *Edict.* § 171.

2. «IN INTEGRUM RESTITUTIO»

La *in integrum restitutio* clásica es el restablecimiento de un jurídico *status quo ante* por decreto de un magistrado. El magistrado no ordena restablecer una situación anterior, sino que él mismo la restablece por virtud de su decreto. Solamente puede hablarse de un restablecimiento del *status* jurídico, ya que los hechos no pueden convertirse en no hechos por virtud de un decreto.

117. Definición.

Supongamos, por vía de ejemplo, que A debe a B 100 por una estipulación. Posteriormente A es adoptado (*adrogatio*, vide supra, § 242) por C. Conforme al *ius civile*, la obligación de A queda extinguida por efecto de la *capitis deminutio* (infra, § 123); el pretor, sin embargo, restablece la obligación *iure praetorio* mediante un decreto y concede a B una *actio utilis* cuya *formula* es:

“Si Numerius Negidius capite deminutus non esset, tum si Numerium Negidium. Aulo Agerio centum dare oporteret, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio centum condemnato”, etc.

Ésta es una *formula ficticia* (supra, § 49).

118. Casos edictales.

El pretor enumeró en una sección especial de su Edicto — Lenel, *Edict.*, §§ 39 y s. — ciertos casos en los cuales dicho magistrado se hallaría dispuesto a conceder la *in integrum restitutio* previa *causae cognitio*. En otros, otorgaría ésta discrecionalmente. La petición por una parte de la *in integrum restitutio* (*postulare in integrum restitutionem*), nunca fué denominada *actio* por los juristas clásicos, si bien en la época post-clásica, hallamos algunas veces esta denominación. Los compiladores, frecuentemente, sustituyeron por *actio* la *in integrum restitutio*. Pero esta y otras interpolaciones no pueden ser objeto de estudio en la ocasión presente.

119. Interpolaciones.

FUENTES

§ 117. Vide Gayo, 4.38.

§ 118. Vide Paul, *Sent.*, 1.7.1 (post-clásico).

BIBLIOGRAFÍA

Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I (1906), § 114, con referencias; Ed. Carrelli, *Decretum e sententia nella restitutio in integrum* (1938), no utilizable, pero vide SD., III (1937); IV (1938), 5 y s.

§ 117. Lenel, *Edict.* § 42; Beseler, T., VIII (1928), 315 y s.

§ 119. Lenel, *Edict.* § 225; Schulz, Z., XLIII (1922), 228 y s.

EPÍLOGO

Contemplando ahora todo este complicado aparato de los recursos procesales, no puede uno menos de sentir admiración por él, y de considerarlo como una gran construcción jurídica. El trabajo realizado por los jurisconsultos clásicos en esta empresa, proporciona al jurista y al historiador un instructivo deleite. Debe, sin embargo advertirse, que este sistema tan artificioso, quedó ya fuera de uso en el siglo II antes de J.C. Los juristas clásicos se dieron cuenta de que tal sistema no podía subsistir y que la *extraordinaria cognitio* era el procedimiento del futuro. Cuando, al final del período post-clásico, el procedimiento formulario, fué sustituido por la *cognitio extraordinaria*, los valiosos libros clásicos, no pudieron ya ser usados en su significación originaria. Las escuelas de Derecho pugnaron, mediante resúmenes e interpolaciones, por adaptarlos a las exigencias y usos de la época, pero el fruto de este esfuerzo fué una monstruosa mixtura. Los juristas post-clásicos no poseyeron, desgraciadamente, la suficiente agudeza mental para liberarse del sistema clásico de las acciones y para elaborar una exposición completa del Derecho vigente. "Habían, ciertamente, enterrado las formas de las acciones, pero éstas, desde sus sepulcros, continuaban mandando en ellos." (*)

120. Epílogo a la primera parte.

(*) Maitland, *Equity, also the forms of action at common law* (1909), pág. 296.



SEGUNDA PARTE

DERECHO DE PERSONAS Y DERECHO DE FAMILIA

CAPÍTULO I

PERSONAS INDIVIDUALES

1. PERSONA, STATUS, CAPUT

El término *persona* es usado por los juristas clásicos con la significación exclusiva de *homo*. 121. Persona.

1. Todos los seres humanos, incluso los esclavos, son llamados *personae*. Gayo muy expresamente se ocupa, en su exposición concerniente al Derecho de esclavitud, del *ius quod ad personas pertinet*, y habla, sin reparo alguno, de *persona servilis* (1. 121) y de *persona servi* (2.187; 3.189). Ello no se opone a la concepción que considera a los esclavos como *res corporales*, pues un esclavo es, a la vez, *persona* y *res*. Los juristas romanos nunca equipararon el esclavo a un animal, ni esto era posible puesto que no cabía negar la aptitud del esclavo para realizar actos jurídicos. La frase de Ulpiano (D. 50.17.32): "Quod attinet ad ius civile servi pro nullis habentur", ha sido extraída por los compiladores de un texto y no tiene el alcance de una máxima legal (Lenel, *Pal.* II, 1173).

2. Por otra parte, solamente los seres humanos son llamados *personae*, y el concepto y el término de persona jurídica son desconocidos. Basta una referencia a Gayo. Éste, en su Derecho de personas, se ocupa de las personas naturales únicamente y en vano se pretenderá hallar en él una alusión a cualquiera de las personas jurídicas. Los juristas clásicos consideran acertadamente las Corporaciones como una "mano común" (*Gesamthand*) y no como personas distintas de los individuos que las integran (*infra*, § 145). Es verdad que ya en la época clásica los agrimensores hablan ocasionalmente de una *persona coloniae*, pero este uso fué extraño al lenguaje jurídico.

3. En la época post-clásica los esclavos fueron excluidos de la clase de *personae* y, por otra parte, las corporaciones fueron llamadas *personae vice*. Pero este nuevo concepto de persona se encuentra ya en la antigüedad, si bien relegado a un plano secundario. La idea de persona jurídica no fué usual y corriente en la ciencia legal antes del escolasticismo de la Edad Media.

122. Status.

Status no es término técnico de lenguaje legal clásico. Es usado algunas veces por los juristas, pero sin darle un significado preciso. La jurisprudencia continental de los siglos XVI, XVII y XVIII elaboró un sistema comprensivo de varios *status*, pero este sistema fué justamente rechazado por Hugo y Savigny. Los estudiosos actuales del Derecho romano se inclinan por la admisión de tres estados: *status libertatis*, *status civitatis* y *status familiae*, pero esta arbitrariedad tricotomía es totalmente desconocida de los juristas clásicos.

123. Caput y
capitatis deminutio.

Caput, usado metafóricamente, es un término técnico de la literatura jurídica clásica que ofrece una perfecta sinonimia con el de *persona*. Esta afirmación resulta particularmente cierta si nos fijamos en la *capitis deminutio*. Tal expresión significa originariamente la disminución que experimenta un grupo de personas por la pérdida de una de ellas. Cuando un ciudadano romano pierde la ciudadanía, el pueblo romano experimenta una disminución en el número de sus componentes, *populus romanus capite deminutus est*. Y cuando un hijo *in potestate patris* era adoptado, *familia capite deminuta est*. Quintus Mucius fué, probablemente, el primero en idear la aludida tricotomía:

capitis deminutio maxima: por la pérdida de la libertad;

capitis deminutio media: por la pérdida de la ciudadanía;

capitis deminutio minima: por el mero cambio de familia.

La anterior tricotomía fué conservada en tiempos posteriores, pero la expresión *capitis deminutio* obtuvo, gradualmente, un significado distinto, pues hace referencia al individuo excluido, y significa empeoramiento de *status*. De este miembro se decía que era *capite deminutus*, esto es, que su persona había sufrido un deterioro o empeoramiento (*capite deminutus* = *persona deminutus*, *Ablativus respectus* o *limitationis* como en *lumine uno luscus* = "ciego de un ojo"). Se puede, ciertamente, hablar de deterioro o empeoramiento, en los casos de *capitis deminutio maxima* y *media*, ya que en tales supuestos el nuevo *status* es, indudablemente, peor que el precedente, pero en el caso de *capitis deminutio minima* no ocurre así. Supongamos que un hijo adoptivo es adoptado por otro. Tal cambio es considerado como *capitis deminutio*, aunque resulte evidente que el nuevo estado no difiere del anterior. Si un padre emancipa a su hijo, éste consigue un *status* superior de *homo sui*

iuris, y esto no obstante, tal caso fué considerado también como una *capitis deminutio minima*. Todo esto resulta, en verdad, extraño, y únicamente es inteligible tal nomenclatura, si se recuerda la significación originaria de la frase *capitis deminutio*. Un padre emancipa a su hijo. Evidentemente se da aquí una *capitis deminutio*, puesto que la *familia capite deminuta est*. Un hijo *in potestate* se hace *sui iuris* por la muerte de su padre. No hay, en este caso *capitis deminutio* porque al disolverse la familia por la muerte del padre, no pierde ésta miembro alguno. Un hijo adoptivo es adoptado por otro. Es ésta una *capitis deminutio* porque la familia del primer padre adoptivo pierde uno de sus miembros. Los casos de *capitis deminutio* producidos durante la vigencia de antiguos usos fueron conservados sin alteración, a pesar de que la nueva terminología no les era ya aplicable.

Las consecuencias jurídicas de la *capitis deminutio* serán estudiadas oportunamente.

F U E N T E S

§ 121. Gayo, 1.121; D. (46.1) 22 (interpolado).

§ 123. Vide D. (26.1) 1 pr.; Gayo, 1.159-62; *Epit. Ulp.* XI. 10-13; D. (4.5) 11.

B I B L I O G R A F Í A

§ 121. Schlossmann, *Persona und πρόσωπον im Recht und im christlichen Dogma* (Programa de la Universidad, Kiel, 1906) y Z., XXVII (1906), 358; Trendelenburg, *Kantstudien*, XIII (1908), 8 y s.; Hirzel, *Die Person, Begriff und Namen derselben im Altertum* (SB. Informe de la Academia Bávara de Ciencias, 1914, discurso, 10); Rheinfelder, "Das Wort Persona", *Beihefte zur Z für roman. Philologie*, Heft, LXXVII (1928); Schnorr v. Carolsfeld, *Geschichte der juristischen Person*, I (1933), 52 y s.; Düll, PW., XIX, 1036; Beseler, Z., XLV (1925), 188; XLVI (1926), 83; Duff, *Personality in Roman Private Law* (1928), 1 y s.

§ 122. Pernice, *Labeo*, I. (1873), 96; Savigny, *System*, II (1840), 443 y s.; Svennung, *Orosiana* (1922), 127 y s.; Köstermann, *Rhein. Mus.* LXXXVI (1937), 225.

§ 123. Pernice, *Labeo*, I. 97, 172; H. Krüger, *Geschichte der capitis deminutio*, I (1887); Desserteaux, *Études sur la formation historique de la capitis deminutio*, I (1909); II (1919-26); III (1928); sobre esta obra, vide H. Krüger, Z., XLIX (1929), 541; U. Coli, *Saggi critici sulle fonti del diritto romano I. Capitis deminutio* (1922, no utilizable, pero vide Steinwenter, Z., XLIX (1929), 661); M. Radin, "Caput et σώμα", *Mél. Paul Fournier* (1929), 651; Beseler, *Beitr.* IV (1920), 92; E. Levy, *Die röm. Kapitalstrafe* (SB., Heidelberg, 1930-1, 5. Disc.), p. 8 con referencias; Duff, *Personality in Roman Private Law* (1938), 25; Ambrosino, "Il simbolismo nella capitis deminutio", SD., VI (1940), 396 y s. (difícilmente aceptable); Gioffredi, "Caput", SD., XI (1945), 301 y s.

2. NACIMIENTO Y MUERTE

124. *Nasciturus pro iam nato habetur.*

Una persona, dando a esta palabra la acepción antes fijada (§ 121), comienza a existir con el nacimiento. El feto *en ventre sa mère* (*qui in utero est*, no “nasciturus”, vide *Vov.* IV. 11 y s.), todavía no es persona, ni la existencia del nacido se retrotrae al momento de su concepción. La máxima *nasciturus pro iam nato habetur* es de origen moderno. Los juristas clásicos, utilizaban estas frases con fines escolásticos, pero nunca sin precisar su verdadero alcance. Afirman que con respecto a ciertas normas legales, el ser *in utero* es considerado como ya nacido, pero dicha norma no implica un principio absoluto por cuya virtud el ser exista antes del nacimiento. Un padre, por ejemplo, puede nombrar tutor por testamento para un hijo no nacido aún, y en tal caso el hijo es considerado como nacido (Gayo, 1.147). Además, los juristas clásicos de los primeros dos siglos, construyeron la siguiente regla: el *status* de un hijo legítimo (procreado en un *matrimonium iustum*, vide infra, §§ 186 y s.) viene determinado como si fuera nacido en el momento de la concepción “*statum sumit ex eo tempore, quo mater eius concepit*”. Así, si la madre perdió su ciudadanía durante el embarazo, el *status* del hijo no sufre detrimento por ello. Respecto al *status* puede decirse: “*qui in utero est pro iam nato habetur, si ex iusto matrimonio procreatus fuit*”. En el período post-clásico tal principio fué extendido a los hijos ilegítimos. Mientras el *Epitome Gai* (1.4.9) contiene la regla clásica, las *Sententiae Pauli* (2.24.1-3) nos ofrece la norma post-clásica, la cual fué incorporada al Digesto mediante las oportunas interpolaciones.

125. El primer grito.

En ocasiones no es fácil determinar si un recién nacido llegó a vivir algún tiempo o nació muerto. El Derecho romano primitivo decidió la cuestión toscamente, al requerir como prueba de la vida, el que alguien oyese el grito del infante. Es digno de notar que esta regla arcaica que hallamos frecuentemente en las fuentes germánicas, fué aún defendida por los Proculyanos; los Sabinianos la discutieron, pero la controversia continuó hasta Justiniano, el cual adoptó la solución defendida por estos últimos.

126. Registro de nacimientos.

Augusto fué quien primeramente introdujo un registro de nacimientos. En dos leyes — *Lex Aelia Sentia* (A.D.4) y *Lex Papia Poppaea* (A.D. 9) — se dispuso que un hijo legítimo que fuese ciudadano romano, debía ser inscrito en el registro de nacimientos dentro de un plazo de treinta días a contar de la fecha en que nació. El objeto de este registro fué el de facilitar la prueba de la fecha de nacimiento y del *status* del hijo, aunque el registro solamente servía de base a una presunción o proporcionaba una prueba *prima*

facie. Padres e hijos tenían derecho a obtener un certificado de nacimiento que contuviese el nombre del hijo, los nombres de los padres, la fecha de nacimiento y la circunstancia de que el hijo se hallaba en posesión de la ciudadanía romana. Tal certificado pudo muy bien servir como sustitución de los pasaportes. El registro romano de nacimientos no fué accesible a los hijos ilegítimos hasta que el Emperador Marco extendió su aplicación también a estos últimos. En las obras jurídicas, este registro era raramente mencionado, aunque existió en la época post-clásica. A partir de los comienzos del presente siglo, un número considerable de certificados ha sido descubierto en Egipto, lo que nos ha permitido disponer de un cuadro muy claro de esta institución. El registro de defunciones fué, en cambio, desconocido en la legislación romana. Existieron normas locales concernientes al registro de nacimientos y defunciones, pero no nos concierne ahora su estudio.

Desde la Edad Media, el Derecho continental ha desarrollado una gran variedad de complicadas reglas que establecen presunciones en los casos en que resulta dudoso determinar si un ausente ha muerto o vive todavía. Estas reglas son totalmente desconocidas en Derecho clásico. Los magistrados y los jueces apreciaban discrecionalmente si una persona ausente había muerto o vivía aún. Una declaración de muerte por vía de *praeiudicium* (supra, § 88) fué completamente desconocida. En conjunto, Justiniano mantuvo a este respecto, el Derecho clásico.

127. No hay presunción en caso de ausencia.

En el Digesto de Justiniano se establece la siguiente presunción: Cuando los padres mueren, juntamente con sus hijos, en un mismo accidente (por ejemplo con ocasión de un naufragio), se presume que mueren los hijos púberes después que sus padres y los hijos impúberes antes que éstos. Los textos más importantes están muy interpolados y los juristas clásicos no conocieron presunciones de comoriencia.

128. Commo-
rientes.

F U E N T E S

§ 124. Gayo, 1.89-91; *Epit. Gai*, 1.4.9; Paul, *Sent.* (2.24) 1-3. D. (1.5) 7; (50.16) 231.

§ 125. Vide *C. Iust.* (6.29) 3.

§ 127. Vide D. (23.2) 10, espurio, vide. *Index Interp.*

§ 128. Vide D. (34.5) 22, claramente interpolado; D. (34.5) 9.4, entera-
mento espurio; D. (23.4) 26 pr. [*quia... perisse*]; Law of Property Act,
1925, § 184.

B I B L I O G R A F Í A

§ 124. Pernice, *Labeo*, I (1873), 196; Albertario, "Conceptus pro iam nato habetur", *Studi*, I (1933), 3 y s., con referencias; Archi, *L'epitome Gai* (1937), 133 y s.

§ 125. Pernice, *Labeo*, I, 204; Grimm, *Deutsche Rechtsaltertümer*, 4.^a ed. I (1899), 106; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I (1895), 358. Para el Derecho inglés, vide Pollock y Maitland, *History*, II (1898), 418; Bateson, *Borough Customs*, II (Seldon Society, XXI, 1906), pág. 112 y s.

§ 126. Schulz, "Roman Registers of Births and Birth Certificates", *JRS.*, XXXII (1942), 79 y s.; XXXIII (1943), 55 y s.; FIRA., III (1943), núms. 1-5; Teresa Grassi, *Aegyptus*, III (1922), 206 y s.; Orsolina Montevicchi, *Aegyptus*, XX (1940), 39; XXVIII (1948), 129 y s.

§ 127. E. Levy, "Verschollenheit und Ehe in antiken Rechten", *Gedächtnisschrift für Emil Seckel* (1927), 145 y s.

§ 128. Ferrini, "Le presunzioni in diritto romano" (1892), *Opere*, III (1929), 444 y s.; Beseler, *Z.*, XLIV (1924), 372; G. Donatuti, *Le praesumptiones iuris in diritto romano* (1930), 20 y s.; "Le praesumptiones iuris come mezzi di svoglimento del diritto sostanziale romano", *Riv. di dir. pri.* III (1933), 198; Beseler, *Bull.* XII (1948), 98.

3. «CIVES ROMANI, LATINI, PEREGRINI»

En un sistema de Derecho romano privado, hemos de ocuparnos de esta clasificación, únicamente en cuanto guarda relación con aquél. El Derecho clásico privado es un Derecho que no tiene carácter territorial, sino que se aplica solamente a los ciudadanos romanos. Para comprender rectamente el alcance del llamado principio de la personalidad, es forzoso que nos refiramos a la estructura del Imperio romano bajo el Principado.

El Imperio romano es un organismo federal integrado por el Estado romano y por sus aliados libres.

El Estado romano comprende, geográficamente, el territorio directamente sometido al *imperium* de los magistrados romanos; personalmente comprende los ciudadanos romanos y aquellos extranjeros (*peregrini*) que son súbditos del Estado romano. Estos últimos son llamados *peregrini dediticii* en el sentido amplio de la palabra (Gayo, 1.14). El Estado romano, concedía a éstos el derecho a vivir en comunidades que tuvieran su propio territorio, su propio Derecho y su propia administración, hallándose sometidos a la permanente vigilancia e intervención de los gobernadores de provincia. *Peregrini*, súbditos del Estado romano que no fueran ciudadanos de tales comunidades (*nullius certae civitatis cives*) son llamados *peregrini dediticii* en el sentido estricto del término (*Epit. Ulp.* 20.14). Los aliados de Roma fueron aquellas comunidades extranjeras que concluyeron con Roma una alianza permanente (*civitatis liberae*). No se hallaban tales comunidades sometidas al gobierno de los *praesides* de provincias, y tenían territorio, Derecho y administración propios, reconocido todo ello en los correspondientes tratados. Las diferencias surgidas entre una *civitas* y el Estado romano fueron resueltas mediante negociaciones con

129. Principio de la personalidad.

130. Estructura del Imperio romano.

este último y aun cuando estas *civitates* no tenían un verdadero poder político, su libertad fué, por regla general, escrupulosamente respetada por el gobierno romano.

Finalmente hubieron *peregrini* que vivían fuera del Imperio romano, pero que ocasionalmente visitaban el territorio de Roma.

Nos hallamos ahora en condiciones de fijar la finalidad perseguida por el Derecho privado de Roma en su aplicación a estas clases de personas, así como la significación del principio de la personalidad.

131. Cives Romani.

1. El Derecho privado romano se aplica a los ciudadanos romanos dondequiera que éstos vivan dentro del Imperio romano. Los ciudadanos romanos están obligados a observar las normas del Derecho de Roma y si comparecen ante un Tribunal romano son estas normas las que les son aplicadas. Los romanos que viven en provincias orientales pueden redactar contratos y testamentos conforme a los usos helenísticos, pero tales documentos son apreciados por un Tribunal romano conforme al paradigma del Derecho de Roma y si resulta, que las partes han contravenido reglas preceptivas de este Derecho, el Tribunal estimará el documento carente de validez. Si un ciudadano romano, viviendo por ejemplo en Egipto, otorga un testamento en lengua griega, todo Tribunal romano que tenga su sede en Egipto, o en cualquier otra parte, considerará nulo dicho testamento. Debe tenerse presente que el Derecho privado romano no fué uniforme en todo el Imperio, sino que contuvo reglas de carácter territorial. Los edictos de los gobernadores de provincias, en lo concerniente a los ciudadanos romanos, no concuerdan exactamente con el Edicto del *praetor urbanus*. En Egipto, por ejemplo, no existió el procedimiento formulario. La íntima conexión de la fórmula con el Derecho privado fué puesta de relieve en la parte precedente. Además, algunas *leges* no se aplicaron a determinadas provincias y hubo, también, otras diferencias.

2. De acuerdo con el principio de la personalidad, el Derecho privado romano no se aplica, por regla general, a los peregrinos. Los ciudadanos de una comunidad provista de autonomía (*civitates liberae* o *quasi liberae*), tenían, por supuesto, sus propios Tribunales que decidían de acuerdo con el Derecho peregrino. Incluso aquellos ciudadanos romanos que habían obtenido recientemente la ciudadanía, podían algunas veces comparecer ante estos Tribunales peregrinos. Si los peregrinos comparecían ante un magistrado romano, éste podía decidir discrecionalmente la cuestión planteada. Sin duda alguna el Derecho privado que administraba, era una mezcla de Derecho romano y Derecho peregrino, pues lo

132. Peregrini.

que hoy llamamos Derecho internacional privado, no existió en la antigüedad. En Roma hubo un magistrado especial, el *praetor inter peregrinos*, llamado usualmente *praetor peregrinus*, encargado de resolver las cuestiones surgidas entre peregrinos o entre peregrinos y romanos. Lo mismo que el *praetor urbanus*, este magistrado publicaba un Edicto conteniendo las normas que había de aplicar durante el año de su cargo. Pero mientras el Edicto del *praetor urbanus* nos es conocido, el Edicto del *praetor peregrinus* se perdió totalmente. Sabemos que algunas instituciones romanas (como por ejemplo la *stipulatio*, la compraventa, *actio furti* y *legis Aquiliae*) eran accesibles a los peregrinos y otras, en cambio (como la *sponsio*, el *testamentum*) no lo eran. Los gobernadores de provincias solían proceder como el *praetor peregrinus*, pero aplicaban el Derecho extranjero mucho más liberalmente, por la sencilla razón de que estos magistrados conocían aquel Derecho mejor que el pretor de Roma. Si ambas partes eran peregrinas, aplicaban usualmente el Derecho peregrino. En cuanto al Derecho aplicable en el caso de que una de las partes fuese peregrina y la otra romana, no estaba, según parece, en la época clásica, establecido de un modo preciso y había, además, muchas diferencias locales.

188. *Ius commercii et conubii.*

3. Algunos peregrinos disfrutaban de un *status* privilegiado pues tenían el *ius commercii et conubii* o uno de éstos. El *ius commercii* les otorgaba el derecho de ser parte en ciertos contratos romanos no accesibles a otros peregrinos, especialmente en la *mancipatio*. A tenor del *ius conubii*, una peregrina pudo contraer un *iustum matrimonium* con un ciudadano romano.

134. *Latini.*

4. Situación intermedia entre los ciudadanos romanos y los *peregrini* ocupaban los *Latini*. Éstos no son ciudadanos romanos, pero tampoco *peregrini* en la significación oficial de estas palabras. Los antiguos *Latini* (*prisci Latini*) italianos, habían ya largo tiempo dejado de existir, al convertirse, después de la guerra social, en ciudadanos romanos. Los *Latini* del período clásico se agrupan en dos categorías.

a) *Latini coloniarii*. Son los ciudadanos de las *coloniae Latinae*, esto es, *coloniae* a las que se atribuyó el Derecho latino y que existían aún fuera de Italia. Tenían autonomía administrativa, y su propio Derecho latino, el cual por lo demás, era muy similar al romano. Conservamos fragmentos considerables de las Leyes de Salpensa y Malaca — dos *coloniae Latinae* españolas —. Ante los magistrados romanos, estos latinos gozaban del *status* propio de los peregrinos privilegiados, hallándose en posesión del *ius commercii* y, algunos de ellos, también del *ius conubii*.

b) *Latini Iuniani*. Este grupo artificial fué creado por la *lex Iunia* (A.D. 19). Esclavos manumitidos por sus dueños, sin la debida observancia de los requisitos exigidos por el Derecho civil, conseguían la libertad, pero no la ciudadanía romana. Su *status* era semejante al de los *Latini coloniarii*. Disfrutaban del *ius commercii* y, excepcionalmente del *ius conubii*, pero en cambio no eran miembros de una comunidad autónoma como lo fueron los *Latini coloniarii*.

En general, los juristas de Roma, muestran escaso interés por el estudio de todas estas cuestiones, polarizando su atención hacia el puro Derecho privado romano. Ciertamente que Labeo comentó el Edicto del *praetor peregrinus*, pero los comentarios posteriores *ad Edictum* se centran exclusivamente en el Edicto del *praetor urbanus*. Gayo — y probablemente él solo — escribió un comentario al *Edictum provinciale*, pero no se puede saber con seguridad, por los fragmentos de que disponemos, lo que en realidad contuvo este libro. Ninguno de estos juristas parece que dió *responsa* sobre Derecho latino o peregrino. Se mostraron refractarios a reconocer que Roma ya no era entonces un Estado-ciudad, sino un Imperio y, por su proverbial conservatismo, mantuvieron la tradicional actitud de los juristas de la Ciudad de Roma, lo mismo que Aristóteles en su *Política*, se ocupó únicamente de la *polis* griega y no tuvo ojos para ver el Imperio que su discípulo Alejandro estaba construyendo.

135. Actitud de los juristas romanos.

Pero los días del Estado-Ciudad de Roma caminaban a su fin y, como todo el Imperio exigía una concentración de las fuerzas útiles, se quiso abolir el complicado particularismo del Derecho privado. En 212 A.D. el Emperador Antonino Magno (Caracalla), otorgó, con carácter general, la ciudadanía romana, aunque no sin excepciones, a todos los súbditos del Imperio no romanos. Poseemos este importante documento, la llamada *Constitutio Antoniniana*, contenida en un papiro, pero, desgraciadamente, la cláusula más importante del mismo es muy oscura, a pesar del incesante estudio a que ha sido sometida. En algunos casos, el Derecho privado romano, se aplicaba ahora sin discriminación, a la gran masa de la población del Imperio. La forma de esta drástica innovación y la extensión de la misma en la práctica, es tema distinto. Su efecto inmediato debió ser una confusión considerable, ya que un gran número de los antiguos peregrinos no conocía el Derecho romano, ni siquiera el lenguaje de sus fuentes. Gregorio Taumaturgo, un contemporáneo del discípulo de Ulpiano Modestino (sobre la mitad del siglo III), y él mismo, abogado, hace la siguiente impresionante observación: "El maravilloso Derecho de Roma que ahora se apli-

136. *Constitutio Antoniniana*.

ca a todos los súbditos del Imperio (N.B.) es de aprendizaje difícil, porque todo él está redactado en latín y es penosa su lectura”. Pero nuestro tratado de Derecho privado clásico, no es lugar apropiado para discurrir sobre la historia de la *Constitutio Antoniniana*. Basta consignar que esta Constitución es causa de que la ciudadanía romana pierda gran parte de su antigua importancia. La unificación del Derecho privado fué completa, por lo menos legalmente.

F U E N T E S

- § 131. Vide Gayo, 3.121-2 (diferencias locales).
§ 132. Vide Gayo, 3.92, 93; 4.37.
§§ 133, 134. Vide *Epit. Ulp.*, 19,4 y 5 (19,5, espurios); Gayo, 1.56; *Epit. Ulp.*, 5.4.
§ 136. Vide la *Constitutio Antoniana* en FIRA, I, núm. 88.

B I B L I O G R A F Í A

Mitteis, *Grundzüge*, pág. XVI y s.; R. Taubenschlag, *The Law of Greco-Roman Egypt* (1944), cap. I, con referencias.

§ 130. Schulz, *Principles*, 144; Sherwin-White, *The Roman Citizenship* (1939), especialmente 167 y s.; F. de Visscher, *Le Statut juridique des nouveaux citoyens Romains et l'inscription de Rhosos* (Extracto de *l'Antiquité Classique*, XIII (1945), 11 y s.; XIV (1945), 29 y s.), 1946.

§ 131. E. Weiss, *Studien zu den römischen Rechtsquellen* (1914). 66.

§ 132. Kübler, PW., XIX, 639; H. Lewald, “Conflict de lois dans le monde Grec et Romain”, “*Ἀρχαίων ἰδιωτικοῦ δικαίου*”, XIII (1946); Beseler, *Bulletin XII-XIII* (1948), 119.

§ 134. Steinwenter, PW., X, 1260; XII, 910.

§ 136. Para la bibliografía sobre la *Constitutio Antoniana*, vide FIRA, I, núm. 88 y Taubenschlag, l.c. 5.28.

4. ESCLAVITUD Y MANUMISIÓN

El Derecho referente a la esclavitud comprende una gran variedad de temas propios de Derecho romano privado. Aquí únicamente nos ocuparemos de dos de ellos fundamentales: las causas de la esclavitud y la manumisión.

El Derecho romano clásico conoce únicamente las siguientes causas de esclavitud:

1. Las personas capturadas en guerra se convierten en esclavas del Estado romano, el cual puede retenerlas para sí o venderlas a otros.

2. Un hijo nacido de madre esclava es esclavo. A esta regla se da únicamente la excepción que ya hemos mencionado (supra,

137. Clases clásicas de esclavitud.

§ 124): “qui in utero est pro iam nato habetur, si in iusto matrimonio conceptus fuit”: si una mujer cae en esclavitud durante el embarazo, el hijo que de ella nace es libre.

3. Condena en un procedimiento criminal implica en ocasiones esclavitud (*servus poenae*).

4. De conformidad con un *Senatusconsultum Claudianum* (A.D. 52) la mujer libre que cohabita con un esclavo, a pesar de la intimación del dueño de éste (*denuntiatio*) para que cese en estas relaciones, se convierte en esclava del dueño. Esta dura norma estuvo vigente aún en el período post-clásico, hasta ser abrogada por Justiniano.

Otras causas de esclavitud fueron desconocidas en Derecho clásico.

138. Clases no clásicas.

1. No hubo regla alguna por virtud de la cual, un patrono pudiera reclamar la recaída en esclavitud de su liberto, como castigo por la ingratitud de éste. Con carácter excepcional el Emperador pudo, sin embargo, condenar a un liberto a ser de nuevo esclavo mediante una *extraordinaria cognitio*.

2. Una persona libre que consiente en venderse fraudulentamente como esclavo, no cae por eso en esclavitud. No podía proceder a la *proclamatio ad libertatem* a no ser que reintegrarse al comprador el precio abonado por su compra, pero esto constituye materia propia del procedimiento y no es esclavitud legal.

3. Cuando los padres venden a su hijo como esclavo, el hijo permanece libre. Los hijos expuestos por sus padres y recogidos por otra persona que los trata como esclavos, no son tampoco esclavos; y menos aún las personas sustraídas por malhechores y luego vendidas como esclavos. El Derecho romano se muestra en esto inflexible. No obstante, innumerables personas libres de ambos sexos, pueden haber vivido como esclavos (Sueton, *De gramm.* 21) por no ser posible probar su *status* legal y porque los juristas no podían ofrecerles otra cosa que el menguado consuelo que expresa la frase *non deficit ius sed probatio*.

Un esclavo pudo ser libertado mediante un acto estatal como premio por sus servicios al Estado. Además, en algunos casos, un esclavo pasa a ser automáticamente libre, por disposición de determinadas constituciones imperiales. Conforme al Edicto de Claudio, por ejemplo, un esclavo abandonado por su dueño, por causa de edad avanzada o de enfermedad, queda libre. Sin embargo, el modo más importante de conceder la libertad a un esclavo, se realizaba mediante un acto del propietario de éste (*manumissio*).

139. Libertad sin manumisión.

En el período republicano hubieron tres formas de *manumissio*: *testamento*, *vindicta*, *censu*. La manumisión por testamento es un

140. Manumissio testamento, vindicta censu.

modo perfectamente claro. Todo propietario de un esclavo puede liberarlo en su testamento válido, usando al efecto la fórmula tradicional: "Stichus servus meus liber esto!" o la de "Stichum servum meum liberum esse iubeo" (Gayo, 2.267). Las otras dos formas de manumisión son un tanto dudosas. *Manumissio vindicta* tenía lugar del siguiente modo: El esclavo y su dueño comparecían ante el magistrado romano, ordinariamente el pretor. El magistrado vindicaba al esclavo como ciudadano romano, pronunciando ciertas palabras y tocándole con una varita, *vindicta* (por regla general le tocaba su propio licitor). Con su declaración, no otorgaba libertad al esclavo, sino que afirmaba que éste era ya libre por ser ciudadano romano. El dueño pronunciaba probablemente la fórmula que expresase su consentimiento o permanecía en silencio. La opinión más difundida es la de que la *manumissio vindicta* fué un caso de *in iure cessio* (infra. § 610). Tal opinión no puede mantenerse en la actualidad. *Manumissio censu* fué un acto muy similar al anterior. Aquí era el censor quien, al confeccionar la lista de los ciudadanos romanos, proclamaba al esclavo a quien se quería otorgar la libertad, ciudadano romano y declaraba que lo inscribía en su lista en tal concepto. Tampoco le otorgaba ciudadanía, pues no tenía competencia para ello, y la inscripción del esclavo en el censo de ciudadanos, tenía sólo un efecto declarativo (Cicero, *pro Archia*, 5.11). De modo semejante al magistrado en la *manumissio vindicta*, declaraba, que consideraba la persona que actualmente era esclava, como ciudadano romano y el dueño manifestaba también su asentimiento. No era pronunciada fórmula alguna en este acto por el censor ni por el dueño. Mientras *manumissio testamento* y *vindicta* fueron practicadas durante el período clásico, la *manumissio censu* se hace infrecuente en época de Vespasiano, porque el censo no subsistía ya en Roma, y el censo provincial difícilmente podía servir de sustitutivo. No obstante, Gayo trata la *manumissio censu* como institución viva todavía.

141. Manumissio inter amicos.

Además de estas tres formas de manumisión, existió al final del período republicano, una *quasi manumissio* no formal protegida por el pretor. Por virtud de la *lex Iunia* (A.D. 19) tuvo el carácter de verdadera manumisión y fué denominada *manumissio inter amicos*. Esta expresión no significa que la manumisión tuviese lugar a presencia de amigos, sino más bien que se efectuaba *inter dominum et servum ut inter amicos*, esto es, de modo no formal. El dueño pudo, por supuesto, hacer su declaración ante sus amigos, utilizando a éstos como testigos, pero podía también elegir otro procedimiento, por ejemplo el de escribir una carta a su esclavo.

El efecto legal de toda manumisión válida *iure civili*, fué siempre, en la época republicana, la conversión del primitivo esclavo en ciudadano romano. Todo esclavo de un dueño romano — sin distinción de razas — adquiría automáticamente por virtud de la manumisión, la ciudadanía romana, sin que a tal efecto se requiriese el consentimiento del Estado. Este destacado ejemplo de liberalismo romano, pareció ya notable a los antiguos. Filipo V de Macedonia, aliado de Aníbal, en una carta que conocemos a través de una inscripción, hace referencia a este principio y lo considera fuente importante de la fuerza y poderío de Roma. Con sus esclavos manumitidos, dice él, Roma no únicamente acrecienta el número de sus ciudadanos, sino que puede con ellos fundar numerosas colonias. En el comienzo del Principado se produce una reacción contra este principio. A tenor de la *lex Aelia Sentia* (A.D. 4) ciertas clases de esclavos de mala nota, si bien conseguían la libertad por manumisión, no adquirían la ciudadanía y eran considerados como *peregrini dediticii* (supra, § 130). El *status* de estos *peregrini dediticii ex lege Aelia Sentia* fué todavía peor que el de los demás *peregrini dediticii*, ya que carecieron de toda posibilidad de adquirir la ciudadanía. La *lex Iunia* (A.D. 19) otorgaba a los esclavos manumitidos mediante *manumisso inter amicos* el *status* de los *Latini*, creando de esta suerte el grupo artificial de los *Latini Iuniani* antes mencionado (§ 134). No podemos ocuparnos aquí de otras restricciones impuestas a la facultad de manumitir.

142. Manumisión y ciudadanía.

F U E N T E S

- § 137. 4. Gayo, 1. 160; Paul, *Sent.* 2.21 a. 1; *C. Iust.* (7.24) 1 pr.
 § 138. 1. Vide *C. Iust.* (6.3) 12; [*nisi... probentur*].
 § 138. 2. Vide D. (40.14) 2 pr.; (40.13) 1 pr.
 § 138. 3. Vide Pliny *ad Traian*, 65, 66.
 § 139. Vide Cicero, *pro Balbo*, 9.24.
 § 140. Vide Gayo, 1.17; 2.267; *Epit. Ulp.* 1. 6-8; Cicero, *Top.* 2.10; Boethius, ad Cic. *Top.* l.c. Bruns, *Fontes*, II.
 § 141. Vide Gayo, 3.56 para *non essent cives Romani*; *Epit. Ulp.* 1.10; *Fr. Dosith.* 7; D. (41.2) 38 pr.; *C. Iust.* (7.6) 1.11.
 § 142. Vide la carta de Philipo en Dittenberger, *Sylloge* (3.^a ed.), II, núm. 543; ILS., núm. 8.768. Vide Gayo, 1. 13-15.

B I B L I O G R A F Í A

W. Westermann, art. "Sklaverei", PW., Supl. VI, 894 y s.; R.H. Barrow, *Slavery in the Roman Empire* (1928); M. Bang, "Die Herkunft der römischen Sklaven", *Mitteilungen des deutschen archäolog. Instituts*, Röm. Abteil. XXV (1910), 223 y s.; XXVI (1912), 189 y s.; Buckland, *The Roman Law*

of Slavery (1908), 397 y s.; Duff, *Freedmen in the Early Roman Empire* (1928); Cosentini, *Studi sui liberti*, I (1948).

§ 137. Buckland, l.c. 397 y s.; Bang, l.c., XXVI, 189 y s.; Mommsen, *Röm. Strafrecht* (1899), 947; Castello, *St. Salazzi* (1948), 232 y s.

§ 138. 1. De Francisci, "La revocatio in servitum del liberto ingrato", *Mélanges Cornil*, II (1926), 297 y s.; M. Kaser, Z., LVIII (1938), 129 y s.

§ 138. 3. E. Weiss, PW., XI, 463 y s.; R. Taubenschlag, Z., L (1930), 146; *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri* (1944), 53 y 55; Bang, l.c. XXVI, 200; Nani, *Epigraphica*, V (1943-4), 45 y s., 67 y s.

§ 139. Buckland, *Slavery*, 598 y s.

§ 140. Duff, *Freedmen*, 23 y s.; H. Lévy-Bruhl, "L'Affranchissement par la vindicte", *St. Riccobono*, III (1936), 1 y s. = *Quelques problèmes du très ancien droit Romain* (1934), 56 y s.; L. Aru, "Breve nota sulla manumissio vindicta", *Studi Solmi*, II (1941), 303 y s.; Kaser, Z., LXI (1941), 172 y s.; Cosentini, l.c. 9 y s.; Kaser, *Altröm. Jus* (1949), 104; sobre *manumissio censu* D. Daube, JRS., XXXVI (1946), 57 y s.; Lemosse, RH., XXVII (1949), 161 y s.

§ 141. Wlassak, Z., XXVI (1905), 367 y s.; A. Biscardi, *Manumissio per mensam e affrancazioni pretorie* (1939). Sobre la fecha de la *Lex Iunia*, vide Kübler, *Geschichte des röm. Rechts* (1925), 243; Balog, *Études Girard*, II (1913), 473 y s.; H. Last, CAH., X, 888; Duff, *Freedmen*, Apend. I, páginas 210 y siguientes.

§ 142. Schulz, *Principles*, 120 y s.; Duff, l.c., 30 y s., 72 y s., De Visscher, SD., XII (1946), 69 y s.; Cosentini, "A proposito di un recente ipotesi sull'origine delle forme civili di manomissione", *Ann. Catania*, 1948.

CAPÍTULO II

CORPORACIONES

I. INTRODUCCIÓN

“En todo el ámbito del Derecho romano no es posible hallar un problema tan oscuro y difícil como el concerniente a las llamadas personas jurídicas.” Con estas palabras comenzaba Mommsen, a principios de este siglo, su último escrito sobre las corporaciones romanas, y sus afirmaciones tienen aún hoy perfecta vigencia. No podía ser de otro modo. Los materiales suministrados por las obras jurídicas son muy escasos. El abundante número de inscripciones, muy interesantes desde el punto de vista social, ofrece muy raramente información sobre cuestiones jurídicas. La *Lex Iulia de collegiis*, fundamental en orden al Derecho privado clásico sobre Corporaciones, no nos ha sido conservada, ni poseemos tampoco una exposición fidedigna de su contenido. Los numerosos *senatus-consulta* y constituciones imperiales dados para ejecutar o modificar esta ley, se han perdido igualmente. En tales circunstancias, cuestiones importantes son inevitable objeto de conjeturas, y á ellas habremos de atenernos hasta que nuevos materiales sean descubiertos.

143. Escasez de fuentes.

El Derecho clásico conoce únicamente un tipo de las llamadas personas jurídicas: el de la corporación. Las fundaciones independientes, tan conocidas en el Derecho continental, no aparecen en el romano clásico, como tampoco en el moderno Derecho inglés. Las fundaciones son creadas en la época clásica mediante la institución de una persona (por regla general una corporación) como fiduciaria de ciertos bienes. Por tal razón habremos de ocuparnos solamente de las corporaciones.

144. No hay fundaciones independientes.

El lenguaje jurídico clásico no posee un término propio para designar lo que hoy llamamos una corporación. El término *corporatio* fué totalmente desconocido, y la palabra *universitas* no se aplicó nunca a la corporación. Las palabras *collegium* y *corpus* fueron usadas para designar un cierto género de corporaciones. Tanto el concepto como el término “personas jurídicas”, fueron

145. Terminología clásica.

completamente extraños a los juristas clásicos, y hay que convenir en que en este punto, merecen elogio, pues la idea de persona jurídica es, no sólo superflua, sino perjudicial además, pues crea un sinnúmero de dificultades que han dado ocasión a una abundantísima y absurda bibliografía que versa en gran parte sobre la supuesta misteriosa esencia de las personas jurídicas.

146. *Societas* y
corporation.

Para los juristas clásicos la corporación es, simplemente, un cuerpo organizado de personas individuales. El Derecho clásico conoce únicamente dos especies de estos cuerpos.

1. *Societas* (sociedad). Es éste un cuerpo organizado de personas con un número fijo de miembros, cada uno de los cuales dispone de una parte de la propiedad común. El número de socios es invariable. Cuando muere uno de ellos o se separa de la sociedad, ésta queda inevitablemente disuelta. Los socios restantes pueden continuar, desde luego, en sociedad, pero para ello es necesario un nuevo contrato. Si un nuevo socio desea ingresar en la sociedad, también es indispensable un nuevo contrato entre él y los socios ya existentes. De todas suertes, cada socio tiene, como hemos dicho, una parte de la propiedad común a su disposición, que puede vender y si la vende, el comprador, se hace propietario de la parte que le ha sido vendida, pero no socio de la *societas*.

2. *Corporación*. En contraste con la *societas* es éste un cuerpo organizado de personas con variable número de miembros, sin que ninguno de ellos pueda disponer de una parte del patrimonio común. Si un miembro muere o se separa, no por ello la corporación queda disuelta. Por otra parte, ningún miembro dispone de una parte del patrimonio común, el cual pertenece a todos los miembros. Son éstos y no la ficticia "persona jurídica", los propietarios del patrimonio, pero no como personas individuales, sino en común (*zur gesamten Hand*, con las manos unidas) y pueden usar y disponer de este patrimonio únicamente como totalidad de individuos unidos en la corporación. Llamamos corporación a un cuerpo así organizado, aunque, como hemos dicho, este término fué desconocido de los juristas clásicos.

Supóngase que dos hombres transportan un madero. Uno solo, no podría transportarlo. Los dos transportan el madero sin que pueda fijarse la carga que respectivamente soporta cada uno. No obstante, es evidente que los dos hombres "con sus manos juntas" (*zu gesamter Hand*) son los que lo transportan y no una misteriosa tercera persona.

Aparte de la *societas* y de la corporación, tal como han sido anteriormente descritas, son concebibles otros dos tipos: (1) una organización con número variable de miembros disponiendo cada uno de éstos de una parte de la propiedad o patrimonio común; (2) una organización con un

número invariable de miembros, los cuales, no disponen de parte alguna. El Derecho clásico no usó de ninguna de estas posibilidades.

Los juristas clásicos mostraban muy escaso interés por el Derecho referente a las corporaciones y se ocuparon de él muy superficialmente. Esta actitud que tan extraña parece a los modernos observadores, no debe explicarse por el hecho de que la vida corporativa no estaba lo suficientemente desarrollada para atraer la atención de los juristas. De hecho existieron corporaciones en gran número, como lo acreditan múltiples inscripciones y papiros. La verdadera razón de la repugnancia clásica a ocuparse del Derecho de corporaciones es la siguiente: De conformidad con la tradición republicana, los juristas clásicos se limitaron en principio, al estudio del Derecho privado, y el Derecho de corporaciones fué, en gran parte, Derecho público. De hecho, las Corporaciones existentes en Roma fueron de carácter público, aun aquellas que aunque denominadas corporaciones privadas, fueron creadas y actuaron en interés público. Círculos deportivos y corporaciones comerciales o industriales, apenas si existían y sólo podían ser creadas con autorización del gobierno, el cual, y por razones políticas, no era propicio a concederla. Incluso cuando el gobierno, excepcionalmente, las autorizaba, el número de las permitidas fué despreciable ciertamente. Es ésta la razón por la que los juristas clásicos se ocuparon del Derecho de corporaciones sólo ocasionalmente y en relación con otras materias. El Edicto del *praetor urbanus* se refiere en tres lugares a las acciones promovidas por y contra una corporación (Lenel, *Edict.* §§ 31, 33, 34). Ulpiano, en su voluminoso comentario *ad Edictum* discutió estas rúbricas en los libros noveno y décimo, pero éstos se refieren a muchas otras materias, así que solamente un modesto espacio, pudo ser dedicado al Derecho de corporaciones. En los sistemas de Quintus Mucius y Sabino no hubo lugar para este Derecho. Es notable que ningún jurista clásico haya comentado la *lex Iulia de collegiis*. No conocemos una sola monografía sobre esta importante ley. El llamado sistema clásico de los Digesta se ocupa de la tradicional serie de leyes, pero no trata nunca de la *lex Iulia*. Todo ello demuestra claramente que el Derecho de corporaciones queda en la zona periférica del interés de los clásicos. Fué el aislamiento clásico del Derecho privado, lo que impidió a los juristas, desarrollar una teoría completa del Derecho corporativo y es ésta la razón también, de que el Derecho referente a las corporaciones, tal como aparece en el Digesto de Justiniano, resulte tan escaso y pobre (D. 3.4 y 47.22).

147. Actitud de los juristas clásicos.

BIBLIOGRAFÍA

§ 143. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, II (1840), §§ 85 y s.; Pernice, *Labeo*, I (1873), 254 y s.; Mommsen, Z., XXV (1904), 33 y s. = *Schr.* III, 53 y s.; Mitteis, RP., I (1908), § 18; Schnorr v. Carolsfeld, *Geschichte der juristischen Person*, I (1933); P.W. Duff, *Personality in Roman Private Law* (1938).

§ 144. Pernice, *Labeo*, I (1873), 254 y s.; III, 1 (1892), 57 y s., 150 y s.; Mommsen, *Schr.* III. 63; Mitteis, RP., I, 414, y s.; Laum, *Stiftungen in der griech. und rom. Antike*, 2 vols. (1914); Beseler, Z., XLVI (1926), 87 y s.; Schnorr, l.c. 14 y s.; Le Bras, "Les Fondations privées du Haut Empire", *St. Riccobono*, III (1936), 23 y s.; Bruck, "The Growth of Foundations in Roman Law and Civilization", *Seminar*, VI (1948), 1 y s. Para la bibliografía sobre las llamadas fundaciones alimentarias, vide FIRA., III, núm. 116, con referencias.

§ 145. Sobre *corporatio*, vide *Novella Severi*, II y *Thes.* IV., 995; sobre *universitas*, *corpus*, *collegium*, vide Schnorr, l.c., 59 y s.; Albertario, *Studi*, I (1933), 99 y s.

§ 146. Beseler, *Juristische Miniaturen* (1929), 132-51; Z, XLV (1925), 188 y s.; XLVI (1926), 83 y s.; Schnorr, l.c. 403; Albertario, l.c.

§ 147. Schulz, *Principles*, 27 y s.; *History*, 84; sobre Q. Mucius y Sabino, vide Schulz, *History*, 95, 157; sobre el sistema de los Digesta, *ibid.* 226.

2. «POPULUS ROMANUS» COMO CORPORACIÓN

148. *Populus Romanus* como mano común.

El pueblo romano es una corporación. Sus miembros variables constituyen el cuerpo de ciudadanos romanos (*cives Romani*) y éstos son los copropietarios del común patrimonio (*res publicae*). La expresión *res publicae* significa "cosas que pertenecen al pueblo" (*publicus* = *poplicus* = *populicus*), esto es, las *res communes populi Romani*, o *civium Romanorum*, pues *communis* es algunas veces usado como equivalente a *publicus*. El tesoro de esta corporación es llamada *aerarium populi Romani* y, más brevemente, *aerarium*.

149. Derecho público de la propiedad.

El pueblo romano tiene capacidad para adquirir tierras y bienes muebles, para celebrar contratos, para ser acreedor y deudor, para ser instituido heredero en un testamento y hasta para ser tutor, pero esto no obstante, el Derecho privado romano, no le es aplicable. El pueblo es propietario del *ager publicus*, pero no es *dominus ex iure Quiritium*; los contratos celebrados por el pueblo no están sometidos al Derecho privado romano. El pueblo no puede ser citado de comparecencia ante el pretor ni puede tampoco el pueblo demandar ante este magistrado a sus deudores. Es la representación misma del pueblo la que interviene en estas cuestiones, actuando a la vez como juez y como parte.

Los juristas clásicos tampoco se ocupan del Derecho relativo a este género de corporación, aun cuando este Derecho verse sobre el patrimonio y ello porque a dicha corporación, no es aplicable el Derecho privado (supra, § 147). El aislamiento del Derecho privado ha producido el extraño efecto de que instituciones jurídicas, instaladas en la esfera del Derecho público, fueran dogmáticamente excluidas del Derecho privado. Los modernos críticos del Derecho privado clásico, no deben olvidar que con una obstinada ortodoxia, la jurisprudencia romana se consagró siempre al Derecho privado.

150. Actitud de los juristas clásicos

BIBLIOGRAFÍA

§ 148. Beseler, *Juristische Miniaturen* (1929), 132 y s.; Z., XLV (1925), 188. Sobre *publicus*, vide Alois Walde, *Lat. Etym. Wörterbuch* (1949), V, "poplicus"; Stolz-Schmalz, *Lat. Grammatik* (5.ª ed. 1928), 194; Mommsen, *Schr.*, III, 56; Kornemann, PW., IV, 778 (art. "communis"); *Thes.*, III, 1977, 51 y s.

§ 149. Pernice, *Labeo*, I (1873), 263 y s.; Mommsen, *Röm. Staatsrecht*, I (1887), 169 y s.; II (1887), 461 y s., 556; *Schr.* III, 132 y s.; Mitteis, RP., I (1908), 347 y s.; Duff, *Personality in Roman Private Law* (1938), 51 y s.; Sibylle Bolla, *Die Entwicklung des Fiskus zum Privatrechtssubjekt mit Beiträgen zur Lehre vom Aerarium* (1938, no utilizable, pero vide Schnorr, Z., LX, 1940, 260); Ed. Volterra, "Sulla capacità del "populus romanus" di essere istituto erede", *St. Saresesi*, XVI (1938); Biondi, *Successione testamentaria* (1943), 122; Sutherland, "Aerarium and Fiscus during the Early Empire", *AJPh* LXVI (1945), 151 y s.; Luzzatto, *Epigrafia giuridica Greca e Romana* (1942), 45 y s.: "Il problema della capacità a succedere del popolo Romano".

150. Schulz, *Principles*, 27 y s.

3. «PRINCEPS»

En esta época no hubo, por regla general, más que un *princeps*. Es él el único propietario de ciertos bienes destinados a fines públicos, bienes que después de muerto el *princeps*, no pasan a ser propiedad de su heredero *iure civili*, sino que se transfieren a su sucesor en el cargo. Adoptando el concepto inglés de "corporación única" podemos decir que el *princeps* es la corporación única. Es verdad que desde el tiempo de Marco Aurelio hay algunas veces simultáneamente dos o tres *principes*; en tal caso la corporación consiste en la unión de estos *principes*.

151. El princeps como única corporación.

La propiedad de esta corporación es llamada *fiscus Caesaris*, *fiscus Augusti*, o más brevemente *fiscus*. La palabra *fiscus* significa, originariamente, "cesta", especialmente "cesta de dinero"; en la época republicana es usada esta palabra, para designar el "arca pública", el "tesoro público". En los tiempos clásicos, la sig-

152. El Fisco.

nificación técnica de *fiscus* es “arca (tesoro) del emperador”, a diferencia de la palabra *aerarium* que significa el arca o tesoro del pueblo. Del mismo modo que el pueblo es propietario del *aerarium*, así también el *princeps*, es el titular de la propiedad fiscal, lo es como representante de la corporación y no como persona privada individual. Augusto, por ejemplo, instituyó en su testamento dos herederos, Tiberio (en dos tercios) y Livia (en un tercio). Livia no tuvo posibilidad de heredar el tercio de la propiedad fiscal, pues ésta se transferiría en su totalidad, lógicamente a Tiberio, como sucesor en el cargo. La propiedad fiscal fué sometida originariamente al Derecho privado. A partir de Claudio fué, gradualmente, excluída de este Derecho y asimilada al *aerarium*. Y así las reclamaciones promovidas por o contra el *fiscus*, son objeto de un procedimiento administrativo especial.

153. Patrimonium principis.

El *princeps* tiene, además del *fiscus*, una propiedad privada (*patrimonium, res privata*) sujeta al Derecho privado y que se transmite a su heredero y no a su sucesor en el oficio. Poco a poco fué desenvolviéndose un tercer elemento que fué considerado como la propiedad de la corporación única, pero que, en contraste con el *fiscus*, se destinó al uso personal del emperador. Estaba también sujeta al Derecho privado, pero se transmitía al sucesor en el cargo y no al heredero.

154. Bibliografía clásica sobre Derecho fiscal.

Los juristas clásicos de los dos primeros siglos se ocuparon del Derecho fiscal únicamente en las cuestiones en que éste aparecía íntimamente relacionado con el Derecho privado. Obras monográficas sobre este tema, no aparecen antes del siglo tercero y fueron, en general, de escasa importancia.

155. Interpolaciones.

En el período post-clásico el *aerarium populi Romani* fué absorbido por el *fiscus*. Conforme a esta transformación, los textos clásicos han sido alterados interpolando *fiscus* en lugar de *aerarium* o *populus*. El texto de la Instituta de Gayo se halla libre de interpolaciones de este género.

F U E N T E S

§ 152. Vide D. (43.8) 2.4.

§ 153. Vide D. (31) 56.

§ 155. Vide D. (40.4) 50, donde *fisco* es interpolado por *populo*, como muestran las *responsa* de Papiniano (*Collectio libror.* 3, 293).

B I B L I O G R A F Í A

§ 151. Beseler, Z., XLVI (1926), 84; *Jurist. Miniaturen* (1929), 141 y s. Sobre la corporación única inglesa, vide Blackstone, *Commentaries*, Libro I,

c. 18; Maitland, "The Corporation Sole", LQR., 1900 = *Collected Papers*, III (1911), 240 y s.; *Selected Essays* (1936), 73 y s.; J. Salmond, *Jurisprudence* (10.ª ed. 1947), 117, 122; Halsbury's *Laws of England*, VIII (1933), 8.

§ 152. Mommsen, *Röm. Staatsrecht*, II (1887), 998 y s.; Mitteis, RP., I (1908), 349 y s.; Rostowzew, PW., VI, 2.385 y s.; F.E. Vassalli, "Concetto e natura del fisco", *Studi Senesi*, XXV (1908) = *Scritti*, II (1939), 5 y s.; Duff, *Personality in Roman Private Law* (1938), 51 y s.; Sybille Bolla, *Die Entwicklung des Fiskus zum Privatrechtssubjekt* (1938); H. Last, "The Fiscus", JRS., XXXIV (1944), 51 y s., con referencias; R. Taubenschlag, *The Law of Greco-Roman Egypt* (1944), 43 y s.; Sutherland, "Aerarium and Fiscus during the Early Empire", *AJPh*, LXVII (1946), 312.

§ 154. Schulz, *History*, 257.

4. «MUNICIPIA CIVIUM ROMANORUM»

El Edicto del *praetor urbanus* contenía dos rúbricas concernientes a estas corporaciones: *quibus municipium nomine agere liceat* (Lenel, § 31) y *quod adversus municipes agatur* (Lenel, § 33). Los juristas clásicos, al comentar el Edicto, no podían menos de referirse a estas corporaciones, pero no hicieron nunca una exposición completa del derecho referente a las mismas. Se limitaron, como siempre, a la materia propia del Derecho privado y particularmente al Derecho de acciones. Los textos que nos han sido conservados, son escasos y han sufrido muchas interpolaciones. Así que muchos puntos importantes no pueden sernos conocidos con precisión.

156. Fuentes.

Semejante al *populus Romanus*, un *municipium* es un cuerpo organizado de personas con variable número de miembros, sin que ninguno de ellos pueda disponer de una parte del patrimonio común (*res communes, res publicae*). La propiedad pertenece a los *municipes* y no a una persona jurídica distinta de éstos. Estos *municipes* son copropietarios unidos por la organización y no lo son si se les considera como personas singulares. La terminología de las fuentes es perfectamente clara a este respecto. El Edicto habla de acciones *municipium* (no *municipii*) *nomine* y *adversus municipes* (no *municipium*), y los juristas se refieren, por ejemplo, a un *servus municipium*. En una ley como aquella que dispone: "Si quid universitati debetur singulis non debetur, nec quod debet universitas singuli debent", "*universitas*" significa "*universitas civium*", y "*singuli*" significa los "*municipes* como personas individualmente privadas". El concepto de persona jurídica está totalmente ausente y si algunas veces, el *municipium* es llamado propietario de la *res communes*, la expresión constituye únicamente una variante estilística.

157. Naturaleza jurídica.

158. Mezcla de Derecho público y Derecho privado.

El Derecho aplicado a los *municipia* es una mezcla de público y privado. Toda la organización *comitia, curia* y magistrados, es regida por el Derecho público. Por ser la competencia de los magistrados regulada por el Derecho público, los magistrados pueden adquirir propiedad para los *municipes* y así el rígido principio del Derecho privado: "per liberam personam adquiri nobis non potest" no recibe aquí aplicación. A este respecto, los magistrados municipales tienen una posición similar a la del *magistratus populi Romani*. Nuestras fuentes nada dicen sobre esta regla, la cual existió no obstante. Se ha afirmado que todos los actos adquisitivos debían ser realizados por esclavos del *municipium*, pero esta idea no es muy aceptable ni resuelve la cuestión de cómo un *municipium* pudo adquirir su primer esclavo (vide infra, § 163).

159. Heredis institutio.

Un *municipium* no podía ser instituído *heres*. Conforme al Derecho privado clásico, una *incerta persona* no podía ser instituída heredera (vide infra, §§ 450 y s.) y una institución semejante a ésta: "Quicumque ad funus meum venerint heredes mihi sunt" sería nula. Al no considerar los juristas clásicos el *municipium* como persona jurídica, la institución de un *municipium* como heredero, entrañaba la institución de un variable número de *municipes* y, por tanto, de *incertae personae*. El *populus Romanus* podía ser instituído (supra, § 149), pero el pueblo romano no estaba sometido al Derecho privado. A los *municipia* se aplicó, a este respecto, el Derecho privado, sin duda por razones políticas. Hubo excepciones incluso en la época clásica. Por virtud de un *senatusconsultum* de fecha desconocida, los libertos de un *municipium* podían instituir a éste heredero y ciertos *municipia* pudieron haber conseguido un privilegio; pero, de todas suertes, antes de la época post-clásica los *municipia* no fueron considerados, en general, capaces de ser instituídos herederos.

160. Legata.

Ni siquiera legados podían ser dispuestos en favor de un *municipium* porque tampoco era posible que los legados se destinasen a *incerta persona*, del mismo modo que no se podía instituir heredero a una *incerta persona*. A partir de Nerva los *municipia* pueden adquirir legados.

161. Fideicommissa.

Los *fideicommissa* podían destinarse, desde su aparición, a una *incerta persona* y, por consiguiente, a un *municipium*. Un *senatusconsultum* del tiempo de Adriano, prohibió los *fideicommissa* en favor de *persona incerta*, pero un *fideicommissum* de *singulae res* otorgado en favor de un *municipium* debió, no obstante, ser válido, ya que el legado, a partir de Nerva, lo fué también. Un *fideicommissum hereditatis* en favor de un *municipium* fué expresamente autorizado por un *senatusconsultum Apronianum* (A.D. 117 ó 123).

No se puede constituir un usufructo en favor de un *municipium*. Conforme al Derecho clásico, un usufructo termina con la muerte del usufructuario, si no termina antes. Un usufructo perteneciente a un *municipium* puede subsistir en tanto el *municipium* exista, y mientras subsista, la propiedad es un *nudum ius Quiritium*. Por esta razón, el Derecho clásico prohibió el usufructo de un *municipium*. Justiniano lo permitió, pero limitando su duración a un período de cien años. 162. Usufructo.

Los *municipes* podían ser deudores, como lo demuestra la rúbrica edictal *quod adversus municipes agatur*. Los magistrados municipales, por consiguiente, pudieron obligar al *municipium* por los contratos celebrados por ellos (supra, § 158). En tales casos la acción pertinente se da contra los *duoviri*. Los demás detalles, especialmente el relativo a la ejecución, son inciertos. Los magistrados municipales no hacen por sus delitos, responsables a los *municipes*. 163. Deudas.

FUENTES

- § 157. Vide D. (3.4) y pr. § 1; D. (3.4) 9; (1.8) 6. 1; (43.18) 1.7.
§ 159. Vide *Epit. Ulp.* 22.4, 5 [et... *fiant*].
§ 160. Vide *Epit. Ulp.*, 24.18.28.
§ 161. Vide Gayo, 2, 287; D. (36.1) 27 para *iubet*; *Epit. Ulp.* 22.5.
§ 162. Vide D. (7.1) 56; (33.2) 8. Ambos textos están interpolados; vide *Index Interp.* y Beseler, *Beitr.* V. 22; Solazzi, *Bull.* XIX-L (1948), 393 y s.
§ 163. Vide D. (44.7) 35.1; (4.3) 15.1 (interpolado).

BIBLIOGRAFÍA

- Pernice, *Labeo*, I (1873), 277 y s.; Mommsen, *Schr.* III, 53 y s. Mitteis, *RP*, I (1908), 376 y s.; Duff, *Personality in Roman Private Law* (1938), 62 y s.
§ 157. Albertario, *Studi*, I. 99 y s.; Beseler, *Z.*, XLV (1925), 188; *Jur. Miniaturen* (1929), 132 y s.
§ 158. Mitteis, l.c. 380 y s. (insuficiente).
§ 159. Biondi, *Successione testamentaria* (1943), 124.
§ 162. Vide infra. § 664.
§ 162. Vide infra. § 664.

5. «COLLEGIA»

Numerosas corporaciones de esta especie, llamadas por los juristas clásicos *collegia*, nos son conocidas y, habida cuenta de que nuestro conocimiento, deriva de inscripciones y papiros, esto es, de una información casual, podemos con seguridad aceptar que el número de estos *collegia* fué muy elevado. Pero a pesar de su 164. Clasificación.

abundancia, se aprecia también la falta de variedad que ofrecen, pues todos los *collegia* que conocemos pueden agruparse en una de estas tres clases:

1. Corporaciones profesionales, gremios de mecánicos, artesanos, mercaderes, navieros, etc.

2. Corporaciones funerarias que proveían a sus miembros de un entierro decoroso.

3. Corporaciones sagradas cuyo objeto era el culto religioso.

Hubo *collegia* híbridos, producto de la mezcla de estos tres tipos, pero *collegia* para otros fines, corporaciones comerciales e industriales, sociales, políticas, círculos deportivos, no existieron al parecer y si los hubo, su número fué muy escaso.

165. El carácter público de los *collegia* clásicos.

Resulta perfectamente comprensible por qué a los ojos de los juristas clásicos, el derecho relativo a los *collegia*, se halla en la zona periférica del Derecho privado. Los *collegia* conocidos por estos juristas, tienen un carácter público, ya que fueron creados y actuaban al servicio de un interés público, constituyendo una especie de apéndice de la administración del Estado y de los *municipia*, y como los juristas se limitaron a estudiar el Derecho privado, sólo incidentalmente trataron de los *collegia* (supra. § 147). Ciertamente que el Edicto del *praetor urbanus* contenía una rúbrica que hacía referencia a las acciones promovidas por y contra los *collegia* y que los juristas, ocasionalmente, la comentaron, pero éstos (supra, § 156) se limitaron a tratar el Derecho de acciones, dejando a un lado la organización de los *collegia*. Muy poco ha sobrevivido de estos comentarios, pues algunos pasajes del Digesto, en los que originariamente eran mencionados los *collegia*, se ocupan únicamente de los *municipia* y si se extendieron a los *collegia*, ello fué por obra de las interpolaciones llevadas a cabo por los compiladores.

166. Lex Iulia de collegiis y normas posteriores.

La base legal del Derecho clásico referente a los *collegia* fué una *lex Iulia* de Julio César o de Augusto, probablemente de este último. Desgraciadamente, esta importante ley no nos ha sido conservada, y ni siquiera contamos con una exposición fidedigna de su contenido, apareciendo mencionada tan sólo en una inscripción. Normas complementarias de la *lex Iulia* (*leges, senatusconsulta* y constituciones imperiales) existieron sin duda, pero ninguna de ellas ha sobrevivido. Basándonos en los materiales dignos de fe, las líneas fundamentales de estas normas pueden ser expuestas del modo siguiente:

No se ocuparon de corporaciones, sino de asambleas y reuniones, y exigieron un permiso del Senado, para todas aquellas organizaciones cuyos estatutos proveían la reunión de sus miembros en

Asambleas. En algunas instituciones en que se subraya el hecho de que un *collegium* ha obtenido la aprobación del Senado, se expresa tal circunstancia, manifestando que el Senado ha permitido al *collegium* la celebración de reuniones de sus miembros, por ejemplo "quibus senatus coire convenire convocari permisit". Esta fórmula, usual en la convocatoria del *populus* y del *senatus*, significa que al *collegium* es permitido reunir sus miembros en asamblea. Otra inscripción se refiere a un *caput ex senatusconsulto* con la frase "quibus coire convenire collegiumque habere liceat". Aquí *collegium habere* es expresión semejante a la de *senatum habere* (tener una reunión del Senado) y significa reunión de los miembros. La palabra *convenire* en esta fórmula significa "concurrir", reunirse en asamblea, y resulta perfectamente claro su sentido, por la adición de las palabras *nisi semel in mense coeant*, que quiere decir que una asamblea solamente puede reunirse una vez al mes. Otras inscripciones contienen fórmulas más breves, por ejemplo, "quibus ex senatus consulto coire permissum est", pero su significación es la misma. Así, si las leyes se referían expresamente a las Asambleas, pudieron dichas leyes aplicarse no solamente a las corporaciones, si que también a las *societates* (supra, § 146) de numerosos miembros, lo cual sería conforme al objeto perseguido por la *lex Iulia*, a saber, fiscalizar la actividad de los círculos políticos que, en el último siglo de la República, habían desplegado una actividad peligrosa. De hecho, en algunos pasajes de nuestras fuentes, la *societas* es mencionada conjuntamente con el *collegium*. Como quiera que sea, aquellas corporaciones cuyos estatutos prevenían la reunión de sus miembros en Asamblea, no podían ser legalmente constituidas, sin el permiso del Senado. Disposiciones subsiguientes a la *lex Iulia* suavizaron algo el rigor de ésta. El Senado autorizó, con carácter general, la creación de *collegia* compuestos de personas de baja extracción social (*collegia tenuiorum*) como eran las corporaciones funerarias. Por otra parte, el Senado delegó, al parecer sus poderes en el *princeps*.

Aparte lo dicho, los preceptos de la *lex Iulia* fueron estrictamente observados durante el período clásico. El exagerado temor del Gobierno romano hacia las corporaciones públicas, subsistió inalterado. La autorización oficial fué otorgada con repugnancia, y se rehusó ésta siempre que un *collegium* no pertenecía a uno de los grupos tradicionales (supra, § 166). La política del Gobierno se nos revela claramente en una carta de Plinio a Trajano y en la respuesta de éste. El Emperador se negó a hacer una concesión a una brigada de bomberos voluntarios en Nicomedia, a pesar de que un fuego sumamente serio había recientemente demostrado

167. Política romana concerniente a los *collegia*.

la necesidad de semejante institución y a pesar de que el gobernador Plinio, amigo del Emperador, apoyaba la solicitud. El Emperador da la razón de su negativa, aduciendo el peligro de que la brigada de bomberos pueda degenerar en un club político. Si aún en este caso, fué denegada la solicitada autorización por los recelos que infundía al gobierno su concesión, puede imaginarse fácilmente lo infrecuentes que serían estas autorizaciones a *collegia* no adaptados a los modelos típicos. Gayo es perfectamente veraz al decir "*paucis* admodum in *causis* concessa sunt huiusmodi corpora". Con esta política, un desenvolvimiento pleno y floreciente de corporaciones privadas fué, por supuesto, imposible y, desde luego, corporaciones capitalistas de tipo moderno no pudieron existir. Su ausencia constituye una notable característica de la vida económica romana.

168. *Collegia* ilícita.

La concesión otorgada por el Senado o por el *princeps* no implica personalidad jurídica (vide supra, §§ 145, 146), pero un *collegium* no autorizado, era un *collegium illicitum* y, por consiguiente, legalmente nulo. Hubo otras especies de *collegium illicitum*, como las de aquellos *collegia*, que habiendo obtenido la correspondiente autorización, perseguían actualmente fines ilícitos. En tal supuesto era deber de los magistrados romanos disolver estos *collegia* y castigar a sus miembros.

169. Congregaciones cristianas.

En relación con este punto y sobre el carácter jurídico de las congregaciones cristianas, en el tiempo anterior a Constantino pocas observaciones son precisas. Esta materia ha sido muy estudiada, pero los resultados de la investigación, son realmente poco satisfactorios ya que las fuentes utilizables al propósito, tanto cristianas como paganas, guardan silencio sobre el fundamento legal de las persecuciones promovidas contra los cristianos. Sabemos que Ulpiano, en sus *libri de officio proconsulis* había compilado cuidadosamente los *senatusconsulta* y constituciones imperiales referentes a los cristianos, pero ni el Digesto de Justiniano, ni otras fuentes, nos han conservado este importante capítulo. No puede dudarse, sin embargo, que a partir de Domiciano y probablemente, desde la primera persecución bajo el Imperio de Nerón (A.D. 64), las congregaciones cristianas no pudieron obtener el reconocimiento de un *status* jurídico. Incluso cuando hubieran intentado organizarse como *collegia funeraticia* por no requerir éstos autorización especial (supra, § 166), estas corporaciones habrían sido, no obstante, *collegia illicita* porque el culto cristiano se hallaba prohibido probablemente por un *senatusconsultum*. No obstante, las congregaciones pudieron haber vivido como *collegia funeraticia* nulos legalmente. Era deber de los magistrados roma-

nos prohibirlas y castigar a sus miembros, pero hubo períodos en que los magistrados toleraron su existencia y únicamente cuando actuaban los delatores o en tiempos de persecución general, fué rigurosamente aplicada la ley. En conjunto el número de mártires cristianos a mediados del siglo tercero no fué considerable y Orígenes afirma que “los que murieron por su fe fueron pocos y, por tanto, fácil su recuento”.

Exponiendo ahora detalles referentes a esta materia, comenzaremos por establecer que el Derecho que se aplica a los *collegia* sólo parcialmente es Derecho privado. De hecho la vida de los *collegia* es incomprensible si no admitimos que fueron regidos preponderantemente por el Derecho público (supra, § 158).

170. Derecho público y privado.

Un *collegium* es fundado mediante el acuerdo de los miembros que lo constituyen (*constitutores collegii*) sin que se exija formalidad alguna para ello (*pactio, lex et conventio*). Era indispensable que los miembros del colegio, elaborasen un estatuto (*lex collegii*) cuando se requería una autorización especial. En otros casos, era potestativo el redactarlo, pero *collegia*, sin el correspondiente estatuto, difícilmente podían existir puesto que ni el derecho público ni el privado, contenían normas relativas a la organización de los *collegia*. Los estatutos que conservamos no son numerosos, sin duda porque sus publicación, mediante inscripción en piedra, era costosa. Además son incompletos, pues las inscripciones nos dan solamente extractos de estatutos o se reducen a consignar los puntos más importantes.

171. Fundación.

Los fundadores del *collegium* fueron sus primeros miembros. Podían incorporarse al *collegium* nuevos miembros, conforme a las normas establecidas en los estatutos. Los miembros nuevos eran admitidos por acuerdo de la asamblea o por decisión de agentes especiales (*curatores, adlectores*). Las mujeres fueron también elegibles como miembros de algunos *collegia* y existieron *collegia* especiales de mujeres. Frecuentemente hallamos esclavos entre los miembros de los *collegia*, lo que nos prueba que los *collegia* se desenvuelven fuera del ámbito propio del puro Derecho privado. Algunas veces, los estatutos limitan el número de miembros. Según Marciano no se permitió ser simultáneamente miembro de varios *collegia*, pero las inscripciones nos demuestran que este principio no fué siempre observado. La condición de miembro de un *collegium* pudo ser transmitida por venta, donación o legado. Los derechos y deberes de los miembros, fueron también regulados por los correspondientes estatutos. Todo miembro tenía derecho de concurrir a las reuniones del *collegium*. En las corporaciones funerarias, el heredero de uno de sus miembros, tenía derecho a

172. Miembros.

recibir una suma de dinero para costear el funeral. Los miembros se hallaban obligados a pagar una contribución fija que ingresaba en el *arca communis*. Todos estos derechos y obligaciones entre un *collegium* y sus miembros, caían fuera de la esfera propia del Derecho privado y no había acción procesal alguna para hacerlos efectivos. Algunos estatutos establecen la competencia de los Tribunales, pero nada dicen en cuanto a los modos de actuación. Por eso es perfectamente explicable que los juristas clásicos, no hiciesen objeto de sus elucubraciones este Derecho interno de los *collegia*, el cual, no podía ser considerado como parte de lo que ellos llamaban Derecho privado.

173. "Co-proprietarios."

El *collegium* podía tener derechos y deberes respecto a personas extrañas a él. La propiedad del *collegium* es la propiedad común de sus miembros (*res communes, arca communis*), los cuales son considerados como co-proprietarios, unidos entre sí por virtud de una relación estatutaria. Las deudas del *collegium* son las deudas de sus miembros. Los derechos y deberes son creados en virtud de actos jurídicos celebrados por quien preside el *collegium* o por otro agente cualquiera designado en los estatutos. La máxima del Derecho privado romano, "per liberam personam adquiri nobis non potest", no es aplicable a estos actos, "ad exemplum rei publicae", esto es, siguiendo en esto al modelo de los *municipia* (supra, § 158). Esta regla aparece expresamente establecida por Gayo, y su afirmación debe ser sustancialmente correcta ya que de no serlo, los derechos y deberes de un *collegium* no serían posibles. Estos derechos y deberes están sometidos, con algunas excepciones, al Derecho privado.

174. Manumisión.

La manumisión de un esclavo perteneciente a un *collegium* se hallaba prohibida sin duda por razones políticas, porque los *liberti* de un *collegium* eran considerados como peligrosos. Esta prohibición introducida por una ley que no conocemos, fué abrogada por el Emperador Marco Aurelio.

175. Usufructo.

No era posible constituir un usufructo en favor de un *collegium* (supra, § 162), aunque nuestras fuentes guardan silencio sobre este punto.

176. Heres.

Un *collegium* no podía ser instituido heredero por su condición de *persona incerta* (supra, § 159). Esta institución que hallamos consignada en algunas inscripciones, era jurídicamente nula, ó válida solamente, si se daba en favor del *collegium* privilegio especial.

177. Legata.

Puede disponerse un legado en favor de un *collegium*, de acuerdo con lo dispuesto en un *senatusconsultum* de la época del Emperador Marco Aurelio. En la antigüedad, estos legados, eran

nulos por ser el *collegium* una *persona incerta* (supra, párrafo 160).

Los *fideicommissa* dispuestos en favor de un *collegium* fueron originariamente válidos, prohibidos luego por Adriano (supra, párrafo 161) y, finalmente, permitidos de nuevo por un *senatus-consultum* que ya hemos mencionado.

Un *collegium* deja de existir si el número de sus miembros se reduce a menos de tres, ya que, en tal caso, el acuerdo por mayoría no es posible. La corporación de un solo hombre, es desconocida en Derecho clásico. El *collegium* puede disolverse por acuerdo de la asamblea y cuando el *collegium* es *illicitum*, en virtud de un acto del Estado.

178. Fideicommissa.

179. Extinción.

F U E N T E S

§ 165. Para la rúbrica edictal, vide Lenel, *Edict.* 34. Ejemplos de interpolaciones: D. (2.4) 10. 4; vide; Albertario, *Studi*, I, 105, *Index Interp.*, D. (48.18) 1.7; vide Albertario, l.c. I, 102; *Index Interp.*

§ 166. Vide Bruns, *Fontes*, 174 = ILS., 4.996 con Berger, *Epigraphica*, IX (1947), 44 y s.; D. (3.4) 1 pr.; Bruns, *Fontes*, 175 (*Kaput ex senatusconsulto populi Romani*) = ILS., 7.212; FIRA., III, 35; D. (47.22) 1 pr.

§ 167. Vide Plinio, *ad Trajanum* 33 y 34; 92 y 93; D. (3.4) 1 pr.

§ 169. Vide Lactant. *Div. inst.* 5.11; Plinio, *ad Trajan.* 96 y 97; Orígenes, *Contra Cels.* 3.8.

§ 171. Para las *leges collegiorum*, vide Bruns, *Fontes*, 175 y s.; ILS., 7.212 y s.; FIRA., III, 32 y s.

§ 173. Vide D. (3.4) 1.1; 7 pr.; 9; Bruns, *Fontes*, 138 (= ILS., 7313; FIRA., 98).

§ 177. Vide D. (34.5) 20.

§ 179. Vide D. (50.16) 85; (3.4) 7.2 (itp. vide Albertario, *Studi*, I, 109); Bruns, *Fontes*, 177 (= ILS. 7.215a, FIRA., III, 41).

B I B L I O G R A F Í A

§§ 164 y s. Mommsen, *De collegiis et sodaliciis Romanorum* (1843); Pernice, *Labco*, I (1878), 254 y s.; Max Conrat (Cohn), *Zum römischen Vereinsrecht. Abhandlungen aus der Rechtsgeschichte* (1873); O. Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, III (1881), 77 y s.; Liebenam, *Zur Geschichte und Organisation des römischen Vereinswesens* (1890); Waltzing, *Étude historique sur les corporations professionnelles chez les Romains*, I (1895), II (1896), III (1899), IV (1900); Kornemann, art. "collegium", *PW.*, IV (1900), 779 y s.; Mommsen, "Zur Lehre von den römischen Korporationen", *Z.*, XXV (1904), 33 y s. = *Schr.* III, 53 y s.; Mitteis, *RP.*, I (1908), § 18; San Nicoló, *Aegyptisches Vereinswesen zur Zeit der Ptolemaeer und Römer*, I (1913), II (1915); Albertario, "Corpus e Universitas nella designazione della persona giuridica", *Studi*, I (1938), 97 y s.; Schnorr v. Carolsfeld, *Geschichte der juristischen Person*, I (1938); F. M. de Robertis, *Contributi alla storia delle corporazioni a Roma*, I (1938), II (1934); G.M. Monti, *Le corporazioni nell'evo antico e nell' alto medio evo. Lineamenti e ricerche* (1934); Gerda Krüger, *Die Rechtsstellung der vorkonstantinischen Kirche* (1935), 1-68; Bandini, *Appunti*

sulle corporazioni Romane (1937); F.M. de Robertis, *Il diritto associativo Romano* (1938); P.W. Duff, *Personality in Roman Private Law* (1938), 95 y s.; Taubenschlag, *The Law of Greco-Roman Egypt* (1944), 43.

§ 164. Vide Waltzing, l.c.; Rostovtzeff, *The Social and Economic History of the Roman Empire* (1926), Index en voces "asociaciones", "corporaciones", "corporaciones profesionales".

§ 165. Mommsen, *De collegiis*, 117; "Collegium instituitur ad exemplum municipii, qua in re tota eorum natura conclusa est"; Rostovtzeff, l.c., 532, número 22.

§ 166. Mommsen, *Schr.* III, 113 y s.; Rotondi, *Leges publicae* (1912), 442; *Acta divi Augusti*, I (1945), 160; De Robertis, *Contributi*, I, 43 y s.; II, 89 y s.; Berger, *Epigraphica*, IX (1947), 44 y s., con referencias.

§ 167. Rostovtzeff, l.c., 159 y s.

§ 168. Schnorr, l.c. 236 y s. (inadmisible); De Robertis, *Contributi*, II, 122 y siguientes.

§ 169. Waltzing, art. "collegia", en Cabrol-Leclercq, *Dictionnaire d'archéologie chrét.* III (1914); Saleilles, "L'Organisation juridique des premières communautés chrétiennes", *Mélanges Girard*, II (1912), 469 y s.; M. Roberti, "Le associazioni funerarie cristiane", *Studi Zanzucchi* (1927), 89 y s.; F.M. de Robertis, *Contributi*, II, 183 y s.; Gerda Krüger, *Die Rechtsstellung der vorkonstantinischen Kirche* (Kirchenrechtliche Abhandlungen, CXV-CXVI, 1935); G. M. Monti, "i collegia tenuiorum e la condizione giuridica della proprietà ecclesiastica nei primi tre secoli del cristianesimo", *St. Riccobono*, III (1936), 71 y s.

§ 176. Biondi, *Successione testamentaria* (1943), 126.

CAPÍTULO III

EL MARIDO Y LA MUJER

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho clásico del matrimonio es, sin duda alguna, el logro más impresionante del genio jurídico de Roma. Ya en los primeros tiempos de la historia de la civilización, apareció un Derecho matrimonial humano, esto es, basado en la idea humana del matrimonio concebido como unión libre y disoluble en que viven ambos cónyuges en pie de igualdad. Los historiadores, incluso los historiadores del Derecho, imbuídos de ideas religiosas y patriarcales no han acertado a entender el origen verdadero y el auténtico carácter del Derecho matrimonial clásico y han considerado éste más bien como un signo de decadencia y de desmoralización. “En el último siglo de la República romana”, declaraba Jhering en 1880, “el matrimonio tradicional romano, en que la mujer se hallaba *in manu mariti*, decreció de modo considerable y aun cuando continuó existiendo la *manus mariti*, fué ésta ya una mera ficción. Los hombres mejores, lejos de ver en ello un progreso, lo estimaron, acertadamente, como un signo de degeneración de las costumbres”. Como representante de estos “hombres mejores” citaba Jhering al viejo Catón el Censor, con quien un marido tan patriarcal como Jhering había de simpatizar, naturalmente. Las apreciaciones de Jhering son las dominantes en la actualidad. El Derecho clásico no fué creado por libertinos o personas licenciosas, sino por la mejor solera de la sociedad romana y no fué el matrimonio así concebido, un signo de perversa decadencia, sino una prueba del sentido humano de Roma. Los griegos, en efecto, descubrieron la idea de la *humanitas*, pero no acertaron a plasmarla en el Derecho y, mucho menos, en el Derecho matrimonial. Solamente cuando los romanos la hubieron adoptado, es cuando produjo todos sus efectos prácticos. Primero circunscrito a un grupo reducido de hombres nobles y de elevada educación, amigos de Escipión el Joven, el movimiento humanístico se extendió progresivamente, hasta llegar a inspirar reformas legales. No en todos los ámbitos del Derecho

180. Carácter humano del Derecho clásico del matrimonio.

romano alcanzó este movimiento el mismo éxito, pero con todo, el Derecho matrimonial experimentó, gracias a él, una radical humanización en tiempo sorprendentemente breve. Ya las Doce Tablas conocieron el llamado matrimonio libre, al lado del patriarcal, en el que la mujer se hallaba *in manu mariti*. El primero fué designado por los autores de este Código, como una institución provisional y anómala y, en verdad, que a mediados del siglo segundo a. de J.C. desempeñó un papel más bien modesto. Posteriormente el movimiento humanístico se sitúa en primer plano. La alta sociedad romana rehusaba celebrar matrimonios con *manus*; prefería el matrimonio libre, y fueron las mentes abiertas de los juristas, el esfuerzo creador de éstos con los pretores y los jueces, lo que operó el desenvolvimiento de un Derecho matrimonial nuevo y humano sin ayuda legislativa alguna. El viejo matrimonio patriarcal romano subsistió sin duda, y fué tratado todavía por los juristas clásicos, pero dejó de jugar un papel importante en la vida social de Roma.

181. Destino del Derecho matrimonial clásico.

Esta obra relevante de la jurisprudencia romana, se mantuvo en la antigüedad, aunque no sin experimentar ciertas modificaciones a las cuales aludiremos cuando la oportunidad se ofrezca. Con Augusto, comenzó una reacción ciertamente de escaso alcance e, incluso en el *Corpus Iuris* de Justiniano, todavía se mantienen los principios de ese Derecho tan humano del matrimonio. El Derecho patriarcal, no resucita y el intento de la Iglesia, de crear un Derecho específicamente cristiano no tuvo éxito. Durante la Edad Media el Derecho romano del matrimonio fué abandonado totalmente en la Europa occidental. Apoyándose en conocidos pasajes del Nuevo Testamento, la Iglesia desarrolló un Derecho antihumano, referente al divorcio, provisto de artificiosas normas sobre impedimentos matrimoniales. Por otra parte, el matrimonio patriarcal, al que se hallaban habituados los pueblos germánicos del Occidente de Europa, no fué fácilmente abandonado. Al revivir el *Corpus Iuris*, a partir del siglo XII, no pudo conseguirse una resurrección del Derecho romano del matrimonio. El Derecho romano sobre el divorcio es, en realidad, la piedra angular sobre que descansa la construcción jurídica de Roma, y este Derecho fué abrogado por el Derecho Canónico y, después de la Reforma, por el Derecho municipal protestante. El Derecho romano referente a los bienes del matrimonio, pasó a ser Derecho subsidiario en muchas partes del Continente, pero el Derecho patriarcal, fué mantenido tenazmente por el Derecho municipal, con lo que resultó, que el Derecho romano, vino a ser más o menos un Derecho recogido solamente en los manuales jurídicos. El movimiento humanís-

tico del siglo XVIII estimuló en ocasiones a los legisladores continentales a seguir el modelo romano. El *Code Civil*, art. 233, permitía el divorcio con consentimiento; el *Allgemeine Landrecht*, II, 1.716-18, reconoció el divorcio por consentimiento e, incluso, el divorcio por decisión unilateral. Desgraciadamente, este movimiento duró escaso tiempo y fué seguido muy pronto de una vigorosa reacción romántica y nacionalista. La humanización del Derecho matrimonial, no fué proseguida, y se abandonaron algunos de los resultados obtenidos. El art. 233 del *Code Civil* fué suprimido en 1884 y el progresivo Derecho prusiano sustituido por el reaccionario *Bürgerliche Gesetzbuch* de 1896. En las últimas décadas del siglo XIX se advierte un movimiento tendente a humanizar el Derecho matrimonial, el cual ha conseguido, en los Países Escandinavos resultados muy halagüeños.

Esta rápida ojeada, nos demuestra que el Derecho matrimonial romano, en su conjunto, ha perdido su vigencia en la Europa occidental a partir de la Edad Media. No obstante, tiene una gran importancia para la historia de la civilización y para la jurisprudencia crítica. Debemos recordar siempre, que un Derecho humano del matrimonio, existió en la antigüedad durante quinientos años y que este Derecho, nos estimuló a rechazar las trabas impuestas por el Derecho Canónico y por el filisteísmo patriarcal. El Derecho romano del matrimonio supera a su época y constituye aún hoy una fuerza viva.

El movimiento humanístico de la República en orden al matrimonio, no produjo, a lo que sabemos, consecuencias perjudiciales. Hay que advertir, sin embargo, que este movimiento (no el Derecho mismo) tuvo, a través del matrimonio, en ocasiones un influjo antisocial. Y no podía ser de otra manera. La *humanitas* romana, haciendo hincapié en el valor y dignidad de la humana personalidad, hubo de ser forzosamente individualista y, por ello, pugnó en ocasiones con los intereses de la comunidad.

182. Movimiento humanístico y población romana.

1. Una difusa aversión al matrimonio no existió en las últimas centurias de la República y durante el Principado. Algunas observaciones morosamente hechas sobre la vida matrimonial, no prueban mucho, ya que otras observaciones similares podían aplicarse a otros pueblos y a otros tiempos. Ciertamente que la *humanitas* impidió la celebración de segundo y ulteriores matrimonios. El Emperador Marco Aurelio, por ejemplo, no contrajo nuevo matrimonio después de la muerte de Faustina por la única razón de no querer dar a sus hijos una madrastra. El Código republicano del honor, prohibía a una viuda contraer nuevas nupcias.

2. Más peligroso resultó todavía el hecho de que el movimiento

humanístico condujese a la limitación de la natalidad preconizando las "familias de uno o dos hijos". Aún hoy, la población se halla amenazada por este sistema. En la antigüedad, debido al deficiente desarrollo de la medicina y de la higiene, sus efectos fueron catastróficos. Las viejas y nobles familias se extinguen durante el último siglo antes de Cristo, y la nueva aristocracia sufre la misma suerte. Por último, una importante causa de este colapso, ocurrido justamente en el período que alcanzaba mayor esplendor el movimiento humanístico, fué la *humanitas*: para usar la terminología de Malthus, la contención fué virtud y no vicio; la polaridad de *naturaliza* y *humanitas* se puso reiteradas veces de manifiesto.

Léase la admirable Relación de la Comisión Real sobre Población (1949) y particularmente los siguientes párrafos:

"617. El número de nacimientos ha descendido mucho más que el de las defunciones... Ello no es debido a un cambio en la proporción de los individuos que contraen matrimonio, sino a un descenso del número de hijos nacidos de la pareja matrimonial... De matrimonios contraídos a mediados de la Era Victoriana nacían, por término medio, de 5,5 a 6 hijos vivos... En cambio, de los matrimonios contraídos entre 1925-29 el término medio puede estimarse en 2,2. Esta reducción del 60 por ciento ha sido determinada por la frecuencia de familias de dos hijos en sustitución de las familias de cinco, seis o siete vástagos, muy corrientes antes, así como por la desaparición de familias de más de seis hijos, que antiguamente eran muy numerosas."

"619. Aunque es teóricamente posible que haya habido algún descenso en la capacidad genésica de la población de Gran Bretaña, desde mediados del siglo XIX no puede ofrecerse de ello una prueba positiva... Ciertamente la causa principal y, probablemente, la única de este descenso, ha sido la deliberada y extensa limitación de la familia."

"96. La explicación radica en nuestro sentir, en los profundos cambios que se han operado en los conceptos y modos de vivir del pueblo durante el siglo XIX. Los rasgos más característicos de estos cambios nos son bien conocidos. Son... el incremento del humanitarismo y la emancipación de la mujer."

"103. La ilimitación de la natalidad que implicaba dificultades y peligros para la mujer, resultó gradualmente incompatible con el predicamento adquirido por ésta y con el desarrollo de la actitud reverencial del marido con la mujer."

"100. El número de hijos tiende a ser limitado, no por el excesivo coste que su abundancia ocasiona a los padres o por las restricciones que impone al tono de vida de éstos, a sus ambiciones, sino por la sencilla razón de que cuanto menor sea el número de hijos en la familia, más se puede gastar en cada uno de ellos y, por consiguiente, más fuertes y mejor dispuestos estarán para afrontar la lucha por la vida."

"411. Aun sin tener prueba alguna estadística, por el simple cono-

cimiento que de la extensión alcanzada por el “sistema de la familia reducida” tenemos, podemos inferir que las personas de más alto nivel educativo en todas las clases sociales, suelen tener familias más limitadas que las del nivel educativo inferior...”

“156. Como quiera que hay que suponer padre y madre por cada hijo y que una fracción de los hijos nacidos muere antes de alcanzar la edad apropiada para contraer matrimonio y, como por otra parte, otra fracción de éstos, permanece en soltería, resulta cierta la presunción de que una familia que por término medio tenga 2,2 hijos por pareja matrimonial, no está en condiciones de suplir el descenso demográfico.

“626. El número de 2,2 hijos por matrimonio es insuficiente para cumplir la función supletoria demográfica.

Todo el que desee comprender las causas que provocaron la decadencia de la población romana durante el último siglo de la República y en todo el período clásico, debe estudiar atentamente esta relación, la cual nos explica más claramente el fenómeno aludido, que todo lo que se ha escrito por los historiadores de la antigüedad. La verdadera causa de esta decadencia no fué una general perversión o una repugnancia al matrimonio, ni una misteriosa mengua de la capacidad genésica del pueblo romano o la mezcla racial, ni mucho menos el liberal Derecho matrimonial romano. La verdadera causa fué la *humanitas* romana. Es ésta la que provoca la drástica limitación de la natalidad, la frecuencia de las familias de uno o dos hijos, todo lo cual, habida cuenta del estado de la medicina y de la higiene en aquellos tiempos, no permite suplir las menguas experimentadas por la población.

Augusto vió el peligro e intentó frenar su desarrollo. En dos leyes — una *lex Iulia de maritandis ordinibus*, plebiscito del año 18 antes de J.C., y una ley consular, la *Papia Poppaea* del año 9 de J.C. — cimenta él un amplio sistema de normas sociales, por las cuales espera atajar el progresivo descenso de la población romana. Desgraciadamente pocos fragmentos de estas leyes han sido conservados y no conocemos bien su contenido. El Emperador y sus juristas pusieron sin duda gran empeño en esta obra, pero con todo, resultó ineficaz. La concesión de pequeños honores, billetes de ingreso en teatros, privilegios en la esfera del Derecho tutelar y sucesorio, no fueron bastante a operar la salvación demográfica de Roma. Ayudas financieras sustantivas concedidas por el Estado a los padres que tuviesen familias numerosas (vide la relación antes citada, §§ 419 y s.) hubieran podido ser un eficaz remedio, pero la prudente política financiera de Augusto no se aventuró a dar un paso tan atrevido. Aunque la ineficacia de esta legislación fué evidente en los tiempos de Trajano, se mantuvo no obstante en vigor durante todo el período clásico y sólo en la época

cristiana fué abrogada por efecto de las tendencias ascéticas, predominantes a la sazón.

FUENTES

§ 180. Un importante documento es la *Laudatio Turiae* (época de Augusto); la mejor edición FIRA., III, núm. 69, con referencias. Vide D. (23.2) 1 Schulz, *Principles*, 46 núm. 5; Ehrhardt, Z., LVII (1937), 357.

§ 182. Vide SHA., Marcus, 29.10. Juvenal, 6.594. Tacitus, *Ann.* 3. 25, 28 *in fine*.

BIBLIOGRAFÍA

§§ 180 y s. Sobre el Derecho romano clásico del matrimonio, vide Bonfante *Corso*, I (1925); Corbett, *The Roman Law of Marriage* (1930); Orestano, "La struttura giuridica del matrimonio Romano dal dir. class. al diritto giustiniano", *Bull.* XLVII (1940), 154 y XLVIII (1941), 88 (excelente obra, pero incompleta).

§ 180. Schulz, *Principles*, 189 y s., 192 y s. Para materiales, vide L. Friedländer, *Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms*, 9.^a ed. por Wissova, I (1919), 265 y s.; W. Kroll, *Die Kultur der Ciceronischen Zeit*, II (1933), 26 y s. Sobre el matrimonio libre, Schulz, *Principles*, 192, núm. 1; Lévy-Bruhl, T., XLV (1936), 462.

§ 181. Una historia del Derecho matrimonial romano desde el comienzo de la Edad Media no existe todavía. Vide P. Vaccari, *Matrimonio franco e matrimonio romano* (1913); *Nota per la storia del matrimonio romano dall'ultima legislazione imperiale alle compilazioni romano-barbariche* (1936); E. Glasson, *Le Mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes*, 3.^a ed. 1880. Sobre el Derecho canónico, vide A. Esmein, *Le Mariage en droit canonique*, 2.^a ed. por Genestal 1929-35; Orestano, ll. cc. *passim*; Willystine Goodsell, *Problems of the Family* (1930).

§ 182. Sobre las *leges Iulia et Papia Poppaea*, vide *Acta divi Augusti*, I (1945), 166 y s. con referencias.

2. ESPONSALES

183. Acto de los
esponsales.

Los sponsales clásicos (*sponsalia*) consisten en dos promesas de matrimonio, siendo las partes que las formulan el futuro marido de una parte, o su *pater familias*, y de otra la esposa, o más frecuentemente el *pater familias* de ésta. En la época republicana, estas promesas se hacían mediante dos *sponsiones* y de aquí su denominación de *sponsalia*. En Derecho clásico no se exigen ya las *sponsiones* y es suficiente un convenio o acuerdo no formal. No obstante, se mantiene la denominación antigua de *sponsalia*. Cuando las partes no eran los futuros cónyuges, había que añadir el consentimiento de éstos. Por regla general se requería la comparecencia de testigos para dar fe del acuerdo, y era también normal

redactar un documento, si bien el Derecho no exigía estas formalidades.

En Derecho clásico no se da acción alguna para el caso de ruptura de los esponsales. En Derecho republicano antiguo, existía una acción para reclamar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de la promesa (no para exigir el cumplimiento), pues sabemos que en el Derecho de las comunidades latinas (antes de su incorporación al Estado romano) hubo esta acción. Sin embargo, todo constreñimiento a cumplir la promesa, parecía incompatible con la idea humana del matrimonio (*libera esse debent matrimonia*), y la acción aludida, había desaparecido ya en tiempos de Cicerón. De acuerdo con esto, no se permitió estipular una pena, para el caso en que el matrimonio no tuviese lugar y las arras esponsalicias fueron igualmente nulas. Finalmente, el compromiso podía resolverse por declaración unilateral de cualquiera de las partes.

184. Libera matrimonia esse debent.

Los esponsales clásicos tuvieron un carácter social más que jurídico, aun cuando no faltan totalmente los efectos propiamente jurídicos. Cuando hubiera sido entregada la *dos* al futuro marido, éste tenía derecho a conservarla mientras se hallase vigente la promesa de esponsales. Ninguna de las partes que formularon la promesa puede legalmente concluir otro compromiso antes de haber sido disuelto el primero y la contravención de esta norma hace infame al infractor. En los casos en que un yerno se hallaba legalmente exento de la obligación de dar testimonio, el *sponsus* lo estaba también.

185. Efectos jurídicos.

En la época post-clásica, otros efectos fueron adicionados a la promesa de esponsales, sin duda bajo el influjo de ideas orientales y cristianas. Con todo, la estipulación penal fué rechazada por el Derecho post-clásico y el justiniano, pero eventualmente fué admitida por el Emperador León en su *Novella* 18. El *arrha sponsalicia* se introduce en el Derecho romano en la época pre-justiniana por efecto del influjo de las costumbres orientales. La infidelidad de la *sponsa* fué ahora considerada como *adulterium*; la *iniuria* inferida a la *sponsa* legitimaba a su *sponsus* para el ejercicio de la *actio iniuriarum*; la acción para recuperar una dote dada al *sponsus* fué semejante a la *actio de dote*. Los *sponsalia* fueron, por tanto, en el Derecho de la última época, asimilados al matrimonio, mientras que en la época clásica ambas instituciones se mantienen netamente separadas.

FUENTES

§ 183. Vide D. (23.1) 1-3, 4 (con Beseler, Z., LIV, 33), 7, 9 (cf. D. 24. 1.32.27), 11, 12 [*tunc... eligat*]; 18.

§ 184. Vide Gellius, 4.4 (= Seckel-Kübler, *Iurisprud. anteiust.* 1.38); C. (5.1) 1; (8.38) 2; D. (45.1) 184 pr.

§ 185. Vide el pasaje del Edicto, Lenel, *Edict.* § 16, p. 78; D. (22.5) 5; *Schol. Sinait.* § 4; D. (42.5) 17.1 [*tametsi*]; [*tamen... contractum est*] con *Index. Interp.*

BIBLIOGRAFÍA

§§ 183 y s. Marquardt-Mau, *Privatleben der Römer* (1886), 39 y s., 261; Friedländer-Wissowa, *Röm. Sittengeschichte*, I (1919), 273 y s., IV (1921), 138; W. Kroll, *Die Kultur der Ciceronischen Zeit*, II (1933), 30 y s., 70.

Bonfante, *Corso*, I (1926), 225; Corbett, *The Roman Law of Marriage* (1930), 1 y s.; ed. Volterra, "Studio sull'arrha sponsalicia", I (*Riv. It. N.S.* II, 1927, págs. 581 y s.); II (*Riv. It.* IV, 1929, págs. 3 y s.); III (*Riv. It.* V, 1930, págs. 155 y s.); "Ricerca intorno agli sponsali", *Bull.* XL (1932), 260 y s.; *Sul consenso della filia familias agli sponsali* (1929); *Diritto romano e diritti orientali* (1927), 123 y s.; P. Aemilius Hermann, "Die Schliessung der Verlobnisse im Recht Justinians und der späteren byzantinischen Gesetzgebung", *Analecta Gregoriana*, VIII (1935), 79 y s.; Schulz, *Principles* (1936), 200; Massei, *Bull.* XLVII (1940), 148; Gaudemet, "La Conclusion des fiançailles à Rome à l'époque préclassique", *RIDA.*, I (1948), 79 y s.

3. CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

186. Consensus
facit nuptias.

Nuptias non concubitus sed consensus facit. Los compiladores de la época de Justiniano, hallaron esta regla en la edición post-clásica de la obra de Ulpiano, *Ad Sabinum* y aunque es dudoso que este libro haya sido escrito por Ulpiano, la regla transcrita, revela en forma de máxima (y, por tanto, no de un modo preciso), el principio humano que inspira todo el Derecho clásico del matrimonio. En Derecho clásico, el matrimonio se concluye mediante acuerdo no formal. No se exige por la ley, fórmula o acto simbólico alguno, ni colaboración de un sacerdote o magistrado, ni siquiera la inscripción en un registro oficial, aunque Augusto hubiese introducido el registro de nacimientos (*supra*, § 126). Todas estas formalidades no parecen compatibles con la especial dignidad de este acto. La *humanitas* romana, deseaba subrayar que es solamente la libre voluntad del hombre y de la mujer lo que constituye el elemento esencial del matrimonio, sin que tal principio pierda su vigencia ni aun para reconocer un matrimonio clandestino. El principio primitivo que requería el acceso carnal entre los cónyuges para la consumación del matrimonio, fué desechado.

El Derecho clásico estuvo vigente durante todo el período post-clásico e incluso en el justiniano. También la Iglesia se contentó con un acuerdo no formal y no exigió (hasta el *concilium Tridentinum*, 1545-63) la colaboración de un sacerdote. Muy antiguamente, sin embargo, la Iglesia consideró la *copula carnalis* como requisito esencial para la consumación del matrimonio, pero ello fué, sin duda, inspirado en el deseo de mitigar la dureza propia de los principios cristianos sobre el divorcio. Lo cierto es que esta idea se abrió paso.

Aunque es cierto que *consensus facit nuptias*, el matrimonio no es (como la *societas*) un contrato consensual, ya que no crea obligaciones sino más bien un *status*. Del mismo modo que la propiedad no puede ser transmitida *nudo consensu* sino únicamente (dejando ahora a un lado la *mancipatio* y la *in iure cessio*) por *traditio*, así también, se requiere un "acto real" para la consumación del matrimonio. Una *traditio puellae* parecía incompatible con la *humanitas*, pero la acostumbrada *deductio uxoris in domum mariti* fué mantenida como un requisito del matrimonio. En los auténticos modos de la jurisprudencia republicana última y clásica, la *deductio* fué despojada de su carácter festivo y simbólico, considerándose, legalmente suficiente una *deductio* no formal. Para nada cuenta aquí, la idea de publicidad del matrimonio. Cuando, por ejemplo, la casa de la familia de la esposa, fué el primer domicilio marital, la *deductio* real resultaba imposible. Además, si inmediatamente después de las nupcias la joven pareja emprendía el viaje de bodas, el matrimonio se consideraba celebrado y la consumación del mismo no se dilataba hasta el regreso a la casa del marido. Por otra parte, la *deductio* era válida si el marido se hallaba ausente de su casa. Si se tiene en cuenta el carácter de la *deductio* no puede equipararse ésta al *consensus*, ya que aquélla no constituye un requisito indispensable.

187. *Deductio in domum mariti.*

En lo que se refiere a las demás condiciones de un *matrimonium iustum* nos limitaremos a consignar las siguientes notas.

1. El consentimiento de los contrayentes no es suficiente cuando uno de ellos está *in patria potestate*, pues, en tal caso, se requiere el consentimiento del *pater familias*. Si el *pater familias* de la contrayente, rehusaba dar su consentimiento sin razón alguna justificativa, podía ser compelido a consentir, en un procedimiento *extra ordinem* a tenor de una cláusula de la *lex Iulia de maritandis ordinibus* (supra, § 182). Tal recurso no se daba, en cambio, cuando el *pater familias* del contrayente varón rehusaba su consentimiento. Se mantuvo firmemente por el Derecho clásico el principio *nemini invito suus heres adgnascitur*, habida cuenta de que los

188. Consentimiento de los padres.

hijos legítimos de un hijo *in potestate*, son *sui heredes* de su abuelo. Con respecto al Derecho que regula la posición de los hijos, el movimiento humanístico tuvo, no podemos ocultarlo, un éxito modesto, pues la *patria potestas* pareció a los juristas clásicos un verdadero santuario de la romanidad, casi inviolable. Fué Justiniano quien en el caso examinado, equiparó a los hijos de ambos sexos.

189. Monogamia.

2. El principio de la monogamia fué rigurosamente mantenido por el Derecho romano de todos los tiempos. El rumor de que Julio César quiso introducir la poligamia (por causa del descenso de población) fué, probablemente, una calumnia. El principio de la monogamia se hallaba tan profundamente arraigado, que resultaba inútil por superfluo, el castigo del bigamo. El incursor en bigamia, era infame conforme al Edicto del pretor, y este castigo se consideró en Derecho clásico suficiente. La poligamia fué prohibida únicamente a los ciudadanos romanos y no a los peregrinos. Así, por ejemplo, fué permitida a los judíos, de acuerdo con el Derecho de éstos (siempre que no fuesen ciudadanos romanos). Fué prohibida expresamente por Teodosio I.

190. Exogamia.

3. Las reglas concernientes a la consanguinidad y a la afinidad como impedimentos para el matrimonio, son susceptibles de variación y el Derecho romano, semejante a otros sistemas, cambió frecuentemente sus normas relativas a estas formas parentales. El Derecho clásico fué, en su conjunto, un Derecho, de orientación muy sana, particularmente si se compara con las normas exageradas del Derecho canónico. Para otros detalles, no muy interesantes, debemos remitir al lector a otros tratados.

191. Diferentes status.

4. Diferencias de razas y de *status* (por nacimiento o profesión) de los ciudadanos romanos, no constituyeron, en principio, impedimento para el matrimonio. Los matrimonios entre patricios y plebeyos fueron ya permitidos por una *lex Canuleia* (445 a. J.C.). Los matrimonios entre ingenuos y libertos no fueron autorizados por el Derecho republicano antiguo, pero al final de la República, esta prohibición había desaparecido ya, sin duda por influjo de la *humanitas*. Incluso los esclavos de color, cuando eran manumitidos por dueños romanos, adquirirían la ciudadanía romana (supra, § 142) y podían contraer un *matrimonium iustum* con una ciudadana romana. Augusto inicia una reacción contra esto. Ciertamente, su idea de mantener una población romana completamente libre de sangre esclava y extranjera, tuvo escasa influencia en el Derecho matrimonial; prohibió el matrimonio entre miembros de la clase senatorial y libertos, y entre ingenuos y personas que ejercían profesiones de mala reputación. El efecto legal de estas prohibi-

ciones fué, sin duda, primeramente que los matrimonios concluidos en contravención de las mismas, no se considerasen *matrimonia secundum legem Iuliam et Papiam*, esto es, matrimonios que no eximían a los cónyuges de las desventajas que producían el celibato y la carencia de hijos, aunque ello no obstante se estimasen matrimonios válidos. Fué un desacierto de Augusto prohibir el matrimonio a los soldados. Esta prohibición fué inhumana y produjo un grave efecto en la población de Roma, pues como la duración del servicio militar era muy larga, una parte muy importante de la población no podía contraer matrimonio durante la época mejor de su vida y así resultó inevitable, que los soldados viviesen en concubinato. Se otorgó la ciudadanía a sus hijos después de la *honesta missio*, pero las concubinas fueron, por regla general, extranjeras o libertas, lo que hace suponer que el Emperador había olvidado completamente sus preocupaciones racistas. La prohibición revela el diletantismo de Augusto en este campo de la política, aunque no debe olvidarse que, todo esto, constituyó una novedad para los políticos y legisladores de su tiempo. Fué Septimio Severo quien derogó esta prohibición doscientos años más tarde.

F U E N T E S

§ 186. Vide D. (35.1) 15 = (50.17) 30; Conc. Trid. *Decretum de reformatione matrimonii*, C.I.

§ 187. Vide D. (23.2) 5 [*non in uxoris*]; (23.2) 6 «*absens*» [*absentem*].

§ 188. Vide *Epit. Ulp.* 5.2; D. (23.2) 19 (interpolado, vide *Index Interp.*)

§ 189. Vide Laberius, fr. 63, *Necyomantia*, pág. 351, ed. Ribbeck (con Schanz-Hosius, *Gesch. d. röm. Lit.* I, 1928, pág. 259); Sueton, *Caes.* 52; Lenel, *Edict.* 78; C. (9.9) 18 pr.; (1.9) 7. C (5.5) 2 debe haber sido interpolado o abreviado.

§ 191. Vide Sueton, *Aug.* 40.3 con Schulz, *Principles*, 120.

B I B L I O G R A F Í A

§ 186. E. Levy, *Der Hergang der römischen Ehescheidung* (1925), 70; Orestano, *Bull.* XLVII (1940), 154 y s.; Volterra, *La Conception du mariage d'après les juristes romains* (1940). Sobre Rasi, *Consensus facit nuptias* (1946), vide Volterra, *Riv. It.* I (1947), 399 y s.; RIDA., I (1948), 213 y s.; Taubenschlag, *Law of Greco-Roman Egypt* (1944), 88.

§ 187. Levy, l.c. 68 y s.; Corbett, *The Roman Law of Marriage* (1930), 93; Ehrhardt, *Symbolae Friburgenses* (1933), 102; PW., XVII, 1479; Orestano, l.c. especialmente 306 y s.: "La prestesa essenzialità della deductio in domum"; Volterra, "Quelques observations sur le mariage des filifamilias", RIDA., (1948), 213 y s. Sobre las formas consuetudinarias de la *deductio*, vide Kunkel, 175, núm. 8, con referencias.

§ 188. Sobre la *lex Iulia* y D. (23.2) 19, vide bibliografía en el *Index Interp.* y Biondi en *Acta divi Augusti*, I (1945), 188; Volterra, *Revue intern.* l.c.

§ 189. Mommsen, *Röm. Strafrecht* (1899), 701; Ed. Volterra, "Per la storia del reato di bigamia in diritto romano", *Studi Ratti* (1933), 389 y s., 419; Taubenschlag, l.c. 77. Sobre Sueton, *Caes.* 52, vide L. Rubinson, *Freedom of Speech in the Rom. Republic* (1940), 14 y s.

§ 190. Kunkel, PW., XIV, 2266; Taubenschlag, l.c. 83.

§ 191. Kunkel, PW., XIV, 2262; Nardi, SD., VII (1941), 112 y s.; *La reciproca posizione successoria dei coniugi privi di conubium* (1938), 14 y s.; Solazzi, "Prostitute e donne di teatro nelle legge augustee", *Bull.* XLVI (1939), 49. Sobre el matrimonio de soldados, vide Schulz, JRS., XXXIII (1943) 61, núm. 63, con referencias; Taubenschlag, l.c. 82.

4. EFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO

192. Efectos inmediatos.

Los efectos inmediatos del matrimonio clásico, son muy escasos y las normas concernientes a las relaciones personales entre marido y mujer, en su mayor parte, negativas. El marido no tiene poder legal alguno sobre su mujer. No es "la cabeza de su mujer" (San Pablo, I, Cor. XI, 3; Eph. V, 22) y ambos cónyuges son considerados en plano de absoluta igualdad. La mujer conserva el nombre de su familia originaria. Así por ejemplo, el nombre de la mujer de Cicerón fué Terentia, y el de la mujer del hermano del gran orador, Pomponia (una hermana de Pomponio Atico). Por regla general la mujer, no comparte la dignidad de su marido, salvo el caso de la mujer de un Senador. Comparte, en cambio, el domicilio marital. No existen, tampoco, deberes recíprocos en orden a las relaciones sexuales entre los cónyuges, ni están éstos obligados a mantenerse recíprocamente. Estos deberes son mencionados en el Derecho moderno, para afirmar que su infracción puede justificar el divorcio. El liberalismo clásico del Derecho romano sobre el divorcio, hace superflua esta afirmación. La mujer es responsable por infidelidad sexual y no lo es, en cambio, el marido. Fué la Iglesia la que exigió también fidelidad a este último. La *iniuria* infligida a la mujer sometida o no a la *manus mariti* facultaba al marido para el ejercicio de la *actio iniuriarum*. El derecho clásico referente a las relaciones personales entre los cónyuges es, más bien, escaso y la escasez de sus normas, es consecuencia de la *humanitas*. La regulación legal de estas relaciones tan íntimas y delicadas pareció "inhumana".

193. Manus mariti.

El efecto indirecto del matrimonio es el de proporcionar la base para la *manus mariti*. Como ya hemos dicho (§ 180), los matrimonios patriarcales existen todavía, aunque infrecuentes en el

período clásico. La *manus* no se produce automáticamente por la celebración del matrimonio, sino que requiere un acto legal especial. El Derecho clásico, conoció únicamente dos formas de este acto, la *confarreatio* y la *coemptio*. Estas formas, en la época clásica — debemos subrayarlo en contraste con la doctrina predominante —, fueron dos modos de creación de *manus maritii* y no dos modos o formas de celebración del matrimonio.

1. *Confarreatio* fué un acto sagrado cuyos detalles nos son desconocidos. Recibió su nombre de un pan o torta (*panis farreus*) que era elemento preciso en la ceremonia. Colaboraban en ésta los sacerdotes (un *pontifex* y un *flamen*), se pronunciaban fórmulas orales y era necesaria la presencia de testigos. Esta ceremonia se practicó durante todo el período clásico y también en el post-clásico mientras subsistieron sacerdotes paganos, pero tan sólo fué observada por los elementos más conservadores y ortodoxos. Para ser admitido en determinadas ramas del sacerdocio, fué requisito esencial haber nacido de un matrimonio celebrado con *confarreatio*, pero al final de la República, se careció en muchas ocasiones de candidatos elegibles. El cargo de *flamen Dialis* quedó vacante, por falta de candidatos desde el año 87 al 12 a. de J.C. y un *senatus-consultum* de esta última fecha, hubo de declarar que la *confarreatio* podía celebrarse *ad sacra tantum*, es decir, con el efecto de que la mujer fuese sometida a la *manus* sólo en lo referente al orden sagrado, no en lo que afectaba al Derecho civil. Esta norma tuvo que ser reforzada por una *lex* dada bajo Tiberio (23 después de Jesucristo), lo que prueba la repugnancia que las mujeres de la clase noble sintieron por la *manus mariti*.

194. *Confarreatio*.

2. *Coemptio* fué una *mancipatio* por cuya virtud una mujer era vendida (o se autovendía) a su marido, *nummo uno*. Por una cláusula especial de la *nuncupatio*, se declaraba que la mujer era vendida *matrimonii causa* y no como esclava, y el efecto que con ello se producía, era el de que la mujer, quedaba sometida a la *manus* del marido y no *in mancipio* de éste (supra, § 257). La *coemptio* va siendo infrecuente en el último siglo de la República y la razón de ello fué la repugnancia que por consecuencia del movimiento humanitario sentían las mujeres por la *manus*. En *De or.* 1, 56, 237, de Cicerón, Antonio, uno de los interlocutores, declara que los oradores forenses ignoraban por regla general los detalles de esta ceremonia. En la época clásica la *coemptio* genuina es muy rara y solamente sobrevive como institución, la llamada *coemptio fiduciae causa facta*, pero ésta no tenía lugar *matrimonii causa* (§ 319). Es significativo que en el *Epitome Ulpiani*, obra post-clásica, no se mencione ya la *coemptio*.

195. *Coemptio*.

196. *Usus*.

3 El Derecho republicano conoció un tercer modo. Cuando el matrimonio había sido celebrado sin *confarreatio* o *coemptio*, se aplicaban las normas propias de la *usucapio* y la *manus*, era adquirida por el marido *usu*, esto es, reteniendo el marido en su posesión a la mujer durante un año. La mujer podía interrumpir esta *usucapio* permaneciendo fuera de la casa del marido durante tres noches (*trinocetium*). Este modo arcaico se hallaba todavía en vigor en la época de Cicerón, pero por pugnar con la *humanitas* no sobrevivió al fin de la República. Fué al parecer Augusto quien lo abolió y lo cierto es, que no existe ya en la época clásica.

197. *Filiae loco*.

Para definir la posición jurídica de la mujer *in manu*, los juristas clásicos se valían de esta paradójica y sutilísima fórmula: *loco filiae mariti est*. Pero la posición jurídica de la mujer no se expresa de modo correcto con esta frase, pues el poder que el marido tiene sobre su mujer *in manu*, difiere radicalmente del que tiene sobre sus hijos y de ahí que se evite el uso de la palabra *potestas* para expresar el poder del marido, el cual es designado con el término propio de *manus*. En la época histórica, el marido no poseyó nunca el *ius vitae necisque* sobre su mujer, ni el derecho a venderla. Es cierto que cuando la mujer se hallaba sometida a la *patria potestas* o a la *tutela mulierum*, una y otra quedaban absorbidas por la *manus*. Con respecto a la capacidad patrimonial, la mujer está en situación similar a la del hijo *in potestate* y es *heres legitima* de su marido, lo mismo que los hijos de éste.

198. *Mujer libre*.

Cuando la mujer no se halla *in manu* (lo cual, como se ha dicho, es corriente en la época clásica), el marido no tiene poder alguno sobre ella. La consecuencia es que si la mujer se hallaba *in potestate patris* al tiempo de contraer matrimonio, continúa sometida, después de contraerlo, a la potestad de su padre. Si no se hallaba *in potestate patris*, debe serle nombrado un tutor. Su marido no es su tutor legítimo ni es usual, nombrar al marido tutor de su propia mujer.

F U E N T E S

§ 192. Vide D. (50.1) 32; 38.3 (domicilio); Plautus, *Mercator*, 817 y s.; Gellius, 10.23.5; San Jerónimo, *Epist.* 77. 3; CSEL., 55.39 (infidelidad); D. (47.10) 1.3 (*iniuria*); Gayo, 3.221 (*iniuria*).

§ 193. Vide Gayo, 1, 108-10.

§ 194. Vide Gayo, 1, 112; *Epit. Ulp.* 9. 1; Gayo, 1. 136; Tacitus, *Ann.* 4, 16. *Ann.* 4.16.

§ 195. Vide Gayo, 1, 113, 114, 123, última frase.

§ 196. Vide Gayo, 1, 111.

§ 197. Vide Gayo, 1, 114, 136.

§ 198. Vide Gayo, 1, 144.

BIBLIOGRAFÍA

§ 192. Kunkel, PW., XIV, 2283; Schulz, *Principles*, 22.195; Beseler, *Beitr.* V (1931), 43 sobre D. (47.10) 1.3; Esmein, *Le mariage en droit canonique*, II (1935), 1 y s.

§ 193. Ed. Volterra, *La Conception du mariage d'après les juristes rom.* (1940); "Ancora sulla manus e sul matrimonio", *St. Solazzi* (1948), 675 y s.; Köstler, Z., LV (1947), 65.

§ 194. Wissowa, *Religion* (1912), 118; Kunkel, PW., XIV, 2270; Brassloff, *St. Bonfante*, II (1930), 365; Corbett, *Roman Law of Marriage* (1930), 71; Schulz, *Principles*, 193; Köster, 44.

§ 195. Kunkel, PW., l.c.; Corbett, l.c. 78; Carrelli, *Coemptio matrimonii causa* (1933), no utilizable; Köstler, 42. Sobre *coemptio fiduciae causa*, vide. W. Erbe, *Die Fiducia* (1940), 165 y s.

§ 196. Corbett, l.c. 85; Schulz, *Principles*, 192; H.J. Wolff, "Trinoctium", T., XVI (1939), 145.

§ 197. Schulz, *Principles*, 193 y s.

5. DERECHO REFERENTE A LOS BIENES DEL MATRIMONIO. PRINCIPIOS

Cuando la mujer se hallaba *in manu mariti*, no podía tener patrimonio propio (supra, § 197). El patrimonio que la mujer tuviese antes de contraer matrimonio o el que adquiriese después de contraído éste, se transmitía automáticamente al marido, el cual era el propietario exclusivo de este patrimonio con derecho a disponer de él discrecionalmente *inter vivos* o *mortis causa*. Por otra parte, la mujer fué *heres legitima* de su marido, del mismo modo que eran herederos legítimos de éste los hijos *in potestate*.

199. La mujer *in manu*.

En la época clásica, cuando la *manus* desaparece y predomina el matrimonio libre, se consigue lo que constituye la aspiración del movimiento humanitario: situar al marido y a la mujer en un plano de igualdad. Los matrimonios libres no producían efectos patrimoniales inmediatos. El marido y la mujer continuaban siendo propietarios de los bienes que tuviesen al contraer matrimonio; los bienes adquiridos por uno de ellos durante el matrimonio, eran también propiedad de quien los adquiría. Cada uno de los cónyuges podía disponer libremente de su propiedad *inter vivos* y *mortis causa*. La mujer, especialmente, no necesitaba autorización marital para los actos en que interviene, ni el marido es responsable de las deudas contraídas por la mujer. En resumen: rige el llamado en Inglaterra desde 1882 sistema de separación de bienes, cuyos principios inspiradores se reflejan fielmente en el matrimonio libre romano. Tal sistema es a veces desfavorable a la mujer, ya

200. Separación de bienes.

que ésta no participa en los bienes adquiridos por su marido durante el matrimonio, aunque dichas adquisiciones se realicen frecuentemente gracias a la ayuda que la mujer presta con su administración y trabajo domésticos. Por esta razón los modernos defensores de los derechos de la mujer, prefieren el sistema de comunidad de adquisiciones (de rentas y beneficios), pero el ideal de la mujer romana, para el que los juristas elaboraron aquel Derecho, no es de participar en las ganancias matrimoniales. El marido de Turia declaraba en su *laudatio*, lin. 37:

“Omne tuom patrimonium acceptum a parentibus communi diligentia conservavimus: neque enim erat acquirendi tibi cura”.

Además, el fuerte individualismo de los juristas de Roma determina que éstos no sientan simpatía alguna por la comunidad matrimonial, sea cualquiera la forma de ésta.

Las siguientes reglas, son corolarios deducidos del sistema imperante en la época clásica.

1. El marido no está obligado a mantener a su mujer.

2. La mujer no fué, como fué la *uxor in manu*, *heres legitima* de su marido, ni éste *heres legitimus* de su mujer. El pretor otorgaba la *bonorum possessio sine tabulis* a cada uno de los cónyuges, pero solamente en defecto de *cognati* (supra, § 417).

201. Derecho y
costumbre.

Tal fué el Derecho clásico. Debemos tener, presente que en Roma, rigió una costumbre matrimonial. Los juristas, con su visión estrictamente jurídica de las instituciones, hacen referencia a tal costumbre sólo ocasionalmente, pero la presuponen y desean darle una participación amplia, por entender que, de esta suerte puede alcanzarse una regulación más individualizada de los casos. Los principios que gobiernan la costumbre a que nos referimos, son los siguientes:

202. Sucesión
testamentaria.

1. Es costumbre en Roma que los cónyuges instituyan, en un testamento, otorgado separadamente por cada uno de ellos, heredero al otro cónyuge, por lo menos *pro parte*, o bien dispongan de un legado en favor del otro cónyuge. De esta suerte se suplían las deficiencias de una sucesión ab-intestato.

203. Comunidad
de bienes.

2. Es también costumbre que los cónyuges de un *bene concordans matrimonium*, se comporten respecto a su propiedad particular, como si ésta fuera común y que la mujer, confiera al marido la administración de sus propios bienes reservándose ella la doméstica. El marido de Turia declaraba también en su *laudatio*, lin. 37:

“Omne tuom patrimonium acceptum a parentibus communi diligentia conservavimus: neque enim erat acquirendi tibi cura, quod totum mihi

tradidisti. Officia ita partiti sumus ut ego tutelam tuae fortunae gererem, tu meae custodiam sustineres”.

Se dieron, sin embargo, casos excepcionales en que la mujer asumió durante el matrimonio, la administración de sus propios bienes. Un conocido ejemplo es el de Terencia, la mujer de Cicerón, cuya administración independiente, irritó más de una vez a su marido (el cual se halló en ocasiones en difícil situación económica) y le impulsó finalmente, a divorciarse.

3. De hecho (no de derecho, vide supra, § 200) el marido debe mantener a su mujer y a sus hijos y costear los gastos de la casa. Suele la mujer, o los padres de la mujer, contribuir a estas expensas, entregando al marido una suma de dinero o determinados bienes. Esta donación es llamada *dos*. El marido adquiere la propiedad de estos bienes, pero la idea subyacente en esta institución, es la de que el marido, únicamente debe gastar la renta producida por los bienes dotales, conservando íntegro el capital como una reserva para la mujer, en el caso en que el matrimonio se disuelva por muerte del marido o por divorcio. Así pues, la *dos* tiene un doble carácter: de una parte, es una contribución a los gastos que ocasiona la vida matrimonial, y de otra es una reserva para asegurar la subsistencia de la mujer en el período subsiguiente a la disolución del matrimonio.

4. Incluso en la época clásica, este modo de asegurar una reserva a la mujer viuda o divorciada, pareció insuficiente, y ello determinó el que apareciese, con más o menos frecuencia, la *donatio ante nuptias*. Suele el futuro marido hacer una donación a la mujer que luego ésta restituye al marido en concepto de dote. El desarrollo post-clásico de este tipo de *donatio* no es de nuestra incumbencia.

Dentro del cuadro que ofrece este Derecho tan homogéneo y cuidado, la norma que prohíbe donaciones entre cónyuges, desentona ciertamente. Según nuestras fuentes la prohibición fué introducida en la época republicana por virtud de una costumbre *ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus; ne venalia essent matrimonia; ne concordia pretio conciliari videretur*. Pero estas referencias no merecen mucho crédito. La moralidad romántica y el doctrinarismo antiliberal que inspiran la prohibición, hace que ésta se adapte mal a un sistema en que la regulación de las mutuas relaciones, es confiada a los cónyuges de modo tan palmario. Por otra parte, resulta muy característica de la legislación augustea. La opinión predominante que atribuye la prohibición a Augusto es, probablemente, exacta. Los juristas clásicos la restringieron en

204. Mantenimiento de la mujer. Dos.

205. Donatio ante nuptias.

206. Donationes inter virum et uxorem.

todo lo que les fué posible, exceptuando de su aplicación la *donatio mortis causa*. Conforme a un *senatusconsultum* de la época de Severo que fué luego ampliado por otro de la época de Caracalla, (A.D. 206), las donaciones entre los cónyuges se convalidan (*convalescunt*), cuando el donante muere sin haber revocado la donación. Con esta modificación pasa la prohibición al Derecho Justiniano y al Derecho común europeo posterior, pero en algunos Derechos territoriales, revivió el sistema pre-severiano (por ejemplo en Inglaterra).

FUENTES

- § 199. Vide Gayo, 2, 90.
§ 200. La mejor edición de la "laudatio Turiae": ILS., 8393 (con *Addenda* en vol. III, 2, pág. CXC); FIRA., III, núm. 69.
§ 202. Vide Plinio, *Epist.* VIII, 18.7, 8.
§ 203. Vide Columella, *De re rust.*, praef. lib. XII.
§ 205. Vide C. (5.3) 1.
§ 206. Vide *Epit. Ulp.* 7.1; D. (24.1) 1-3 pr.; 32 pr., 2. *Fr. Vat.* 276. El interesante capítulo de Bracton 29 necesita un comentario.

BIBLIOGRAFÍA

- § 200. Sobre individualismo romano, Schulz, *Principles*, 146 y s. Sobre el mantenimiento de la mujer, vide Koschaker, "Unterhalt der Ehefrau und Früchte der dos", *St. Bonfante*, IV (1930), 1 y s.
§ 202. F. v. Woess, *Das römische Erbrecht und die Erbanwärter* (1911), 36 y s., 45 y s.; Brandileone, *Scritti*, I (1931), 128; Esmein, "Le testament du mari", *Mél. d'hist. du droit et de critique* (1886), 37 y s.
§ 203. Sobre el pasaje en la *laudatio Turiae*, vide Arangio-Ruiz, FIRA., III, 213, núm. 1, con referencias; Schulz, *Principles*, 148.
§ 205. Brandileone, *Scritti*, I (1931), 117 y s.; 215 y s., 229 y s.; Scherillo, *Riv. di Storia del diritto ital.* III (1930), 69 y s.; Corbett, *Roman Law of Marriage* (1930), 205 y s.
§ 206. F. Dumont, *Les Donations entre époux en droit romain* (1928, vide Kaden, *Z.*, L, 1930, 611); J.B. Thayer, *On Gifts between Husband and Wife* (1929); Lauria, "Il divieto delle donazioni fra coniugi", *Studi Albertoni*, II (1937), 513 y s.; G. Scherillo, "Il divieto delle donazioni tra coniugi", *St. Solmi*, I (1941), 171 y s.; Biondi, *Acta divi Augusti*, I, 1 (1945), 182; Siber, "Confirmatio donationis", *Z.*, LIII (1933), 99 y s., 103 y s.; De Robertis, "La convalescenza delle donazioni fra coniugi nelle orationes di Severo e Caracalla", *St. Barillari* (1936); R. Besnier, "Les Donations entre époux ou futurs époux en Normandie", *RH.*, XV (1936), 701 y s.

6. DERECHO MATRIMONIAL DE BIENES. «DOS»

La dos clásica (supra, § 204) requiere más amplio estudio.

I. Constitución de la dote

La dote podía constituirse en favor del marido, tuviera éste o no la *manus* sobre la mujer. Los textos útiles, presuponen un matrimonio libre y ello es perfectamente comprensible por el rápido ocaso que la *manus* experimenta en el período clásico.

207. Dos y *manus*.

La dote podía ser constituida antes o después del matrimonio, pero en el primer caso, la constitución de la *dos* es *in pendentis*, y aunque el marido se convierte inmediatamente en propietario de los bienes que le han sido asignados, éstos no son todavía *dos* y se convierten en dote al celebrarse el matrimonio. Si el matrimonio no se celebraba puede exigirse la restitución de los bienes dotales mediante la *condictio causa non secuta*.

208. Dos constituida antes del matrimonio.

La constitución de la *dos* requiere la celebración de un acto jurídico suficiente a conferir al marido los derechos de que se trate. Por regla general el derecho transmitido es el de propiedad, pero puede ser también un derecho de cualquier otro género, por ejemplo, un usufructo, una *servitus* o una simple acción. Cuando el derecho transferido es el de propiedad, se requiere la celebración de una *mancipatio* o *in iure cessio*, de una *traditio*, o la constitución de un *legatum per vindicationem*; si es una acción lo que se transfiere, será precisa una *cessio actionis* o una *promissio dotis* mediante una estipulación. Todos estos actos jurídicos, no sirven tan sólo para constituir la *dos*, pero hubo un acto cuya aplicación se limitó exclusivamente a la constitución de la dote, el llamado *dotis dictio*. Consistía este acto, en una declaración dirigida al marido afirmando que ciertos bienes debían ser considerados dotales, así por ejemplo *dotis filiae meae erunt centum*. De este acto deriva una obligación que debía ser cumplida cuando el matrimonio se hubiese celebrado. Los detalles referentes al mismo son muy dudosos por la escasez de fuentes disponibles. Al desaparecer la *dotis dictio* en la época post-clásica, los compiladores bizantinos la eliminaron totalmente de los textos clásicos, sustituyéndola por una *promissio dotis*. Es posible que ulteriores investigaciones permitan fijar el primigenio contenido clásico de estos textos interpolados.

209. Formas de constitución de la dote.

La *dos tacita* es desconocida en Derecho clásico. Cuando una mujer divorciada se reconciliaba con su anterior marido y celebraba con él un nuevo matrimonio, la renovación de la dote no se consideraba implícita en este acto, aun cuando el marido tuviese en su poder ya los bienes dotales. En tal caso, sin embargo, una declaración no formal, era suficiente para constituir de nuevo la dote. Los compiladores introdujeron la *dos tacita* en los textos clásicos y los modernos juristas, apoyados en estas interpolaciones,

210. Dos tacita.

llegaron a aceptar que todo el patrimonio de la mujer es, a falta de reserva expresa, una *dos tacita*. Esto supone una completa subversión del sistema clásico. El Derecho clásico quiere que la mujer tenga sus bienes propios y, por esta razón, exige un acto jurídico expreso para constituir la dote.

211. Dos profecticia y adventicia.

Una *dos* puede ser constituida por la esposa, o la mujer, por el padre o el abuelo de ésta o por cualquiera otra persona. La *dos* constituida por el padre o abuelo de la mujer, fué llamada *dos profecticia* (*quia proficiscitur a patre*). Para designar otras especies de *dos*, no hallamos en el Derecho clásico denominaciones específicas. En la época post-clásica la desdichada expresión *dos adventicia* designa toda clase de *dos* que no sea la *profecticia*. Llamar *dos adventicia* a la constituida por la mujer es una impropiedad manifiesta y se presta además a confusiones.

II. La dos durante el matrimonio

212. Dote romana y dote griega.

La posición legal de la *dos* durante el matrimonio es muy sencilla y clara en Derecho clásico: el marido tiene sobre la dote el derecho que le ha sido conferido al constituirla. Como ya hemos dicho (§ 209) este derecho podía ser un mero usufructo y si el usufructo fué, por regla general, el objeto de una *dotis datio* la *dos* romana se asemejaría a la griega *προίξ ὁ φέρων*. La jurisprudencia republicana cautelara, presionó para conferir en dote, preferentemente, la propiedad y ciertamente tuvo éxito en su empeño, pues en la época clásica, el marido es casi siempre dueño de la *dos*. A esta concepción debemos limitarnos al tratar la materia dotal.

213. El principio clásico.

El marido y sólo el marido, es el dueño de los bienes que le fueron conferidos en dote. El marido tiene el derecho de usar, administrar y disponer de la dote discrecionalmente, aunque puede ser responsable después, si tiene que restituir la *dos*. Durante el matrimonio, la mujer no tiene derecho a interferirse en estas facultades del marido y no se halla protegida ni siquiera contra el posible abuso de los derechos que al marido corresponden. El Derecho romano, tan liberal en cuanto al divorcio, permite a la mujer limitar la posible propensión del marido a hacer mal uso de sus derechos en cuanto a la dote, por la facultad que tiene la mujer de divorciarse y reclamar la restitución dotal. El marido tiene una propiedad plena, ilimitada en la *dos*. La idea de una propiedad meramente fiduciaria o de un depósito, es totalmente extraña al Derecho clásico. Ciertamente que el Edicto del pretor contiene una rúbrica *de re uxoria* (Lenel, *Edict. tit. XX*) y que la acción para recuperar la *dos* fué llamada *actio rei uxoriae*, pero esta terminología

no prueba que la dote se denominase oficialmente, durante el matrimonio, *res uxoria*. El término se aplicaba únicamente a la *dos* después de la disolución del matrimonio, por divorcio o por muerte del marido. Después de tal disolución, los bienes constituidos como *dos*, no fueron ya *dos* estrictamente hablando, y el término *res uxoria* fué el término propio para designar los bienes que habían de restituirse a la mujer.

Hubo una excepción solamente al principio clásico. El marido no podía enajenar bienes sitos en suelo itálico constituidos como *dos*, sin el consentimiento de su mujer. Y no podía gravarlos con hipoteca ni siquiera con este consentimiento. Tales prohibiciones fueron introducidas por la *lex Iulia de adulteriis*, cuyo más importante capítulo es citado con la denominación de *lex Iulia de fundo dotali*. Actúa en este punto, la concepción de la *dos* como reserva para la mujer divorciada o viuda (vide supra, § 204).

214. Lex Iulia de fundo dotali.

El marido tiene derecho a usar de los bienes dotales y a percibir los frutos de estos bienes. Puede retener éstos aun en el caso de restitución de la dote. La idea matriz fué aquí seguramente ésta: la *dos* es un medio de contribuir a los gastos que ocasiona la vida matrimonial (*onera matrimonii*), ahora bien, esta idea no fué nunca expresamente aludida por los juristas clásicos y todos los textos en que aparece fueron interpolados. Estas interpolaciones, no son todas de origen bizantino pues las hallamos también en los textos prejustinianos y fueron debidas a las escuelas clásicas de Derecho de la última época o a las escuelas post-clásicas. De todos modos, esta idea es clásica en su esencia y, por consiguiente, podemos afirmar que nunca la *dos* fué considerada como una donación.

215. Los frutos de las dos.

En la jurisprudencia post-clásica hallamos la tendencia a estimar la *dos* como una *fiducia*, el marido como un fiduciario y a la mujer como *cestui que* constituye la fiducia, o fiduciante. No se consiguió una terminología fija, pero esta idea se manifiesta en varias fórmulas. Boethio (que murió en 525 d. de J.C.) declaraba en su comentario a los *Topica* de Cicerón (6.17.65) :

216. La dos como fiducia.

“Dos enim licet matrimonio constante in bonis viri sit, est tamen in uxoris iure”.

No conocemos la fuente en que se inspira Boethio, aunque seguramente fué una obra post-clásica. Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que hallamos una fórmula semejante en un texto post-clásico atribuido a Tryphonino :

D. (23.3) 75. “Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est”.

En otro texto post-clásico (D. 11.7.16) la *dos* es llamada *quasi patrimonium uxoris*. Justiniano declaró que tanto el marido como la mujer, son propietarios de los bienes dotales, la mujer *iure naturali*, y el marido *legum subtilitate*, aproximándose de esta suerte a la fórmula inglesa que llama a *cestui que* constituye la fiducia, o fiduciante “dueño equitativo” y al fiduciario “dueño legal o nominal”. Es muy posible que la fórmula inglesa se apoye en la concepción justiniana. En la época pre-justiniana, esta nueva idea produjo raramente sustanciales alteraciones del Derecho clásico. Por regla general se esgrimió tan sólo como razón justificativa de decisiones clásicas. Cuando por ejemplo, el marido entregaba los frutos de la *dos* a su mujer durante el matrimonio y el valor de éstos excedía del importe de los gastos que ocasionaba el mantenimiento de aquélla, ello constituía, de acuerdo con el Derecho clásico, una donación prohibida, mientras que los juristas de la época post-clásica negaban que, en tal caso, hubiese donación, probablemente por considerar que la *dos* era una *fiducia*. Más importantes eran las siguientes reglas creadas por Justiniano: al considerar éste a la mujer como *cestui que* constituye la fiducia o fiduciante, otorgaba a ésta, al disolverse el matrimonio, una *rei vindicatio*. Además la mujer pudo recuperar la *dos* incluso durante el matrimonio, en el caso de resultar perjudicada por la mala gestión del marido. Esta protección de la mujer, pudo haber parecido superflua a los juristas clásicos si se tiene en cuenta el sentido liberal del Derecho referente al divorcio, pero este sentido liberal, no se daba ya en el Derecho justiniano. Por otra parte, Justiniano no tenía el menor deseo de alentar en la mujer la tendencia al divorcio. Finalmente, Justiniano prohibió toda enajenación de las cosas que formaban parte de la dote, incluso si mediaba el consentimiento de la mujer y reconoció la posibilidad de que la *dos* fuese restituída a la mujer durante el matrimonio. Se comprende, pues, que la idea de la *fiducia* hiciera considerables progresos. Desgraciadamente, estas innovaciones fueron llevadas a cabo en la compilación tan imperfectamente y fueron tantos los textos clásicos que quedaron inalterados, que la verdadera naturaleza jurídica de la *dos* romana ha sido uno de los problemas más difíciles de nuestra ciencia a partir de los glosadores. Ninguna fórmula la describe con precisión y totalmente, pues el concepto de *fiducia* fué extraño al Derecho común continental.

III. La dos después del matrimonio

Antes de constituir la dote o en el acto de constituir la, el constituyente puede estipular su restitución para después de disuelto

217. Cautio y actio rei uxoris.

el matrimonio (*cautio rei uxoriae*). En defecto de esta estipulación, se dió una acción pretoria para recuperar la *dos* llamada *actio rei uxoriae* (vide supra, § 213). Esta acción fué creada por el *praetor* en la época republicana (conocida ya por Cicerón), pero en un cierto sentido reformada por la legislación de Augusto. La antigua historia de la acción es oscura, y únicamente nos es bien conocida la acción propiamente clásica. Su fórmula es dudosa, pero con toda seguridad, se trata de una *actio in personam* (supra, § 56) y *bonae fidei* (supra, § 60), aunque no se adapte estrictamente a la cláusula usual *ex fide bona*.

Las condiciones de la *actio rei uxoriae* fueron las siguientes:

218. Condiciones de la *actio rei uxoriae*.

1. Cuando la mujer muere durante el matrimonio, la llamada *dos adventicia* (supra, § 211) quedaba definitivamente en poder del marido, siendo excluidos de ella los herederos de la mujer. La *dos profecticia* (supra, § 211) debe ser restituida (reteniendo el marido 1/5 por cada hijo) al padre si éste vive aún. Si hubiere muerto queda, igualmente, la dote en poder del marido.

2. Cuando el matrimonio se disolvía por muerte del marido o por divorcio, tanto la *dos profecticia* como la *adventicia* debían ser restituidas. Si la mujer se hallaba *in potestate patris* la acción debía ser intentada por el padre *adiuncta filiae persona*, consiguándose probablemente en dicha fórmula el nombre de la mujer. Si la mujer era *sui iuris* la acción era intentada por ella misma. En todo caso esta acción no se transmite a los herederos del padre o de la mujer a no ser que el marido hubiese incurrido *in mora debitoris*.

Esta regulación necesita aclaraciones. Parece extraño que la *dos* quede en poder del marido, sin tener en cuenta la circunstancia de haber o no hijos del matrimonio. También resulta extraño que la acción no fuera transmisible al heredero o herederos de la persona activamente legitimada para su ejercicio. La regulación definitiva se debió seguramente a la legislación augustea, y los principios que sirven de fundamento a la misma son los siguientes:

1. Cuando la mujer moría durante el matrimonio, la *dos* quedaba en poder del marido para que éste pudiera atender con ella a los hijos, y cuando no tenía hijos para facilitar al viudo la posibilidad de un nuevo matrimonio. Fué respetada, sin embargo, la *patria potestas* (supra, § 188); la *dos profecticia* debía ser siempre restituida al *pater familias* de la mujer, si vivía.

2. Si la mujer vive, la *dos* debía serle restituida en todo caso para así proveer al propio mantenimiento y facilitarle también la posibilidad de contraer nuevo matrimonio.

3. Si las partes deseaban regular de otra suerte las relaciones

a que hemos hecho referencia, podían hacerlo mediante una estipulación.

219. Restitución de la dote.

En cuanto a la restitución de la dote las siguientes notas serán suficientes:

1. El marido debe restituir todo lo que le ha sido conferido como *dos* incluyendo en la restitución los aumentos y lucros que la *dos* haya experimentado. Estaba facultado, en cambio, para retener los frutos de las *dos* (supra, § 215).

2. En el caso de cosas enajenadas por el marido, éste se hallaba obligado a restituir su valor, y a indemnizar los perjuicios derivados del perecimiento o deterioro causados por su culpa.

3. Las cosas fungibles debían ser restituídas en tres períodos anuales (*annua bima trima die*), las demás cosas inmediatamente. Esta norma se remonta, sin duda, a la legislación justiniana, si bien pudo ser adoptada por la práctica cautelar republicana.

4. Las *quínque retentiones* en su forma clásica derivan de una ley de Augusto. El marido podía retener parte de la *dos* por una de las causas siguientes:

a) *propter liberos*: un sexto de la *dos* por cada hijo, sin que en ningún caso pudiera exceder la retención de tres sextos (una mitad).

b) *propter mores uxoris*: por conducta licenciosa de la mujer: un octavo de la *dos* en casos leves y un sexto en casos graves.

c) *propter impensas*: por gastos hechos en la *dos*.

d) *propter res donatas*. Como hemos dicho (§ 206) las donaciones entre cónyuges se hallaban prohibidas y, por esta razón, el marido podía reclamar la restitución de las donaciones que hubiese hecho en favor de su mujer. En tanto no le sean reintegradas, puede retener un importe equivalente de la *dos*.

e) *propter res amotas*. Cuando una mujer se apropiaba cosas pertenecientes al marido después de haberse divorciado de éste para recobrar así su dote mediante un acto de defensa privada, este acto no fué considerado como *furtum*. Las cosas apropiadas por la mujer no eran *res furtivae*, sino que eran llamadas *res amotae*. El pretor concedía la *actio rerum amotarum* al marido sin que esta acción implicase *infamia*; además, el marido, pudo retener la parte equivalente de la *dos propter res amotas*.

220. Derecho justiniano.

Justiniano reformó drásticamente la acción clásica para recuperar la dote. La *dos* no quedó nunca ya en poder del marido, sino que debía ser siempre restituída, y la correspondiente acción fué transmisibile a los herederos de la persona legitimada para ejercerla. Los fundos debían ser restituídos inmediatamente; las demás cosas después del plazo de un año. La *scrupulositas re-*

tentionum (supra, párrafo 219) fué totalmente suprimida. Ni siquiera el nombre clásico de la acción fué conservado. Justiniano declaró que la acción debía ser considerada como resultado de una *stipulatio tacita* y, por consiguiente, semejante a una *actio ex stipulatu*, pero esto no obstante, fué estimada al mismo tiempo una *actio bonae fidei* como la *actio rei uxoriae*. Los compiladores, consecuentemente, eliminaron la denominación *actio rei uxoriae* de los textos clásicos y la reemplazaron por la de *actio de dote*. Su *reverentia antiquitatis* y su sentido literario, no les permitieron insertar en los textos clásicos, la monstruosa *actio bonae fidei ex stipulatione tacita*. La acción justiniana es una *actio in personam* semejante a la acción clásica, pero fortalecida con una *hypotheca generalis* sobre los bienes todos del marido; además, como ya se ha dicho, fué concedida a la mujer una *rei vindicatio* (§ 216). La *actio rerum amotarum* (supra, § 219) experimentó algunas alteraciones en el Derecho prejustiniano y fué atribuída también a la mujer contra su marido. Finalmente, todas las *actiones famosae* (supra, § 79) entre marido y mujer quedaron abolidas.

F U E N T E S

- § 208. Vide D. (23.1) 10 [*nisi... fin*]; D. (23.3) 47; Paul. *Sent.* (2, 21b) 1.
§ 209. Vide Gayo, 2, 63; *Epit. Ulp.* 6.1 y 2; C.Th. 3. 13.4.
§ 210. Vide D. (23.3) 30 [*dum... convenisse*]; (23.3) 31; (23.3) 64 (espúrio). La tendencia clásica se manifiesta en la cuestión contenida en *Fr. Vat.* 115.
§ 211. Vide *Epit. Ulp.* 6.3; D. (23.3) 5 pr.
§ 214. Vide Paul, *Sent.* (2.21 b) 2; Gayo, 2.63; C. (5.14) 1.15; *Inst. Iust.* (2.8) pr.
§ 215. Vide D. (23.3) 7 pr. (totalmente espúrio pero, en la sustancia, clásico) y § 1 [*nisi... redduntur*]; *Fragm. Oxon.* (Seckel-Kübler, *Jurisprud. anteiust.* II, 1, pág. 163 [quia... sustinet].)
§ 216. Vide C. (5.12) 30 pr., 1; C. Th. (3.13) 3. 1; cf. C. *Just.* (5.19) 1 con Koschaker, Lc. 19.
§ 217. Vide Gellius, 4.3.2 (= Seckel-Kübler, *Jurisprud. anteiust.* 1.33); *Epit. Ulp.* 6.4; Gayo, 4.62; la problemática reconstrucción de la fórmula de Lenel: Lenel, *Edict.*, pág. 305.
§ 218. Vide *Epit. Ulp.* 6.4-7; *Laudatio Murdiae* (FIRA., III, núm. 70), L. 6.
§ 219. 1. Vide D. (23.3) 4; 10.1.2, 32, 65.
§ 219. 2. Vide D. (24.3) 66 pr. (23.3) 17 pr. [*sed... exhibit*].
§ 219. 3. Vide *Epit. Ulp.* 6.8.
§ 219. 4. Vide *Epit. Ulp.* VI, 9,10,12,14-17; D. (25.2) 1.
§ 220. Vide (5.13) 1; sobre la post-clásica *actio rerum amotarum*, vide C. (5.21) 2, interp. y *Epit. Ulp.*, 7.2.

BIBLIOGRAFÍA

§§ 207 y s. Para la bibliografía del siglo XIX, vide Windscheid, *Pand.* III, §§ 492 y s. Bibliografía moderna: Bonfante, *Corso*, I (1925), 283 y s.; Corbett, *Roman Law of marriage* (1930), 147 y s.; M. Lauria, "La dote romana" (1938), "Estratto dagli Atti dell'Accademia di scienze morali e politiche della Società reale di Napoli", vol. LVIII.

§ 208. Albertario, "Sulla dotis datio ante nuptias", *Studi*, I (1933), 317 y siguientes.

§ 209. Berger, "Dotis dictio in röm", *Bulletin de l'Académie des Sciences de Cracovie* (1909), 75 y s.; Lauria, l.c., 7 y s.; Daube, *Juridical Review*, LI (1939), 11 y s.; Berger, *Journal of Juristic Papyrology*, I (1945), 13 y s.; Riccobono, *Bull.* VIII-IX (1947), 39.

§ 210. E. Levy, *Der Hergang der röm. Ehescheidung* (1925), 12; Windscheid, *Pand.* III, 494, notas 12 y 13.

§ 211. Albertario, "Dos profecticia e dos adventicia", *Studi*, I (1933), 281.

§ 212. Beauchet, *Histoire du droit privé de la république Athénienne*, I (1897), 303; R. Taubenschlag, *The Law of Greco-Roman Egypt* (1944), 95.

§ 213. Albertario, "Subtilitas legum e moderamen naturalis iuris nel diritto dotale romano-giustiniano", *Studi*, I (1933), 369 y s.; H.J. Wolff, X, LIII (1933), 297, con referencias.

§ 214. Windscheid, *Pand.* III, 497, con referencias; Biondi en *Acta divi Augusti*, I (1945), 127.

§ 215. Koschaker, "Unterhalt der Ehefrau und Früchte der dos", *St. Bonfante*, IV (1930), 3 y s.; Albertario, "La connessione della dote con gli oneri del matrimonio", *Studi*, I (1933), 293 y s.; H.J. Wolff, Z., LIII (1933), 360 y s.; Beseler, Z., LXVI (1948), 337, 291 y s.; ¿Dos o donación? Erroneamente, Albertario, *Studi*, I (1933), 373; Lauria, l.c. 19; cf. Windscheid, *Pand.* III, 492.

§ 216. Respecto a los frutos, vide Koschaker, l.c. 5 y 12; sobre Derecho justiniano, vide Partsch, *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften* (1931), 345; Taubenschlag, *The Law of Greco-Roman Egypt* (1944), 96; sobre derecho continental común, Haenel, *Dissensiones dominorum* (1834), 266; Windscheid, *Pand.* III, 496.

§ 217. Solazzi, *La restituzione della dote nel diritto romano* (1899); E. Levy, *Privatstrafe und Schadensersatz* (1915), 35, con referencias; Biondi, *Iudicia bonae fidei*, I (1920), 173 y s.; Lenel, *Edict.* (1927), 113; Capocci, *Bull.* XXXVI (1928), 139; H.J. Wolff, Z., LIII (1933) 300 y s.

§ 218. Sobre "actio adiuncta filiae persona", vide Wolff, l.c., 301 y s.

§ 219. 2. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano* (1933), 201 y s.; Pflüger, Z., LXV (1947), 147 y s.

§ 219. 4c. Schulz, Z., XXXIV (1913), 57 y s.; Riccobono, *Annali Palermo* III-IV (1915), 409 y s.; J. Ph. Levy, *Les Impenses dotales en droit classique* (1937).

§ 219. 4e. Zanzucchi, *Riv. It.*, XLII (1906), 1 y s.; E. Levy, *Privatstrafe und Schadensersatz* (1915), 114 y s.; Schulz, *Epit. Ulp.* (1926), 32; Lenel, *Edict.* (1927), § 115.

§ 220. Tripiccone, *L'actio rei uxoriae e l'actio ex stipulatu nella restituzione della dote secondo il diritto giustiniano* (1920).

7. DERECHO MATRIMONIAL DE BIENES. «PARAPHERNA»

En un matrimonio libre, la mujer puede tener bienes de su exclusiva propiedad (supra, § 200). En este caso, tales bienes constituyen el objeto de una propiedad no sujeta a limitación alguna. La mujer es propietaria de estos bienes y puede administrarlos y disponer de ellos sin el consentimiento del marido. Desde luego puede también ceder al marido la administración de estos bienes propios. Se aplican más tarde en este caso las normas que regulan el *mandatum* o la *locatio conductio operarum*. Sólo una vez, en nuestros textos clásicos se denominan estos bienes *parapherna*, o *res quae extra dotem sunt*, pero los aludidos textos son espurios. Esto no obstante, la palabra ha hecho fortuna aunque no sea más que como un alarde de familiaridad helénica de nuestros juristas.

221. Res uxoris extra dotem.

En Derecho clásico se estableció la presunción de que todos aquellos bienes que la mujer ha adquirido durante el matrimonio, los ha adquirido de su marido, admitiéndose, desde luego, la prueba en contrario. Esta presunción es mencionada por primera vez en nuestras fuentes por Q. Mucio, y aunque el propósito de éste no fué otro que el de reproducir lo que venía siendo práctica de los Tribunales, se llamó, no obstante, *praesumptio Muciana*. Esto no quiere decir que todas las adquisiciones de la mujer durante el matrimonio se originasen en una donación de su marido, sino que se entendió así, por la doctrina sentada por el Derecho común europeo, y como las donaciones entre esposos eran nulas, el resultado de todo ello fué que las adquisiciones de la mujer durante el matrimonio se estimaron pertenecientes al marido. Era esta actitud consecuencia de la concepción patriarcal de los juristas. Sin embargo, no cabe duda que fué ya sugerida por los compiladores, los cuales, la insertaron en un texto del Digesto bajo el título de *donationibus inter virum et uxorem*.

222. Praesumptio Muciana.

F U E N T E S

§ 221. Vide D. (35.2) 95 pr.; (23.3) 9.3, primera frase.

§ 222. Vide D. (24.1) 51 [*et verius... habeat*]; [*evitandi... probasse*].

B I B L I O G R A F Í A

§ 221. Windscheid, *Pand.* III, § 507; Castelli, *Scritti giuridici*, I (1923), 1 y siguientes.

§ 222. Lenel, *Pal.* 2.64; *Index Interp.* ad D. (24.1) 51; Schulz, *History*, 205, núm. 1; Scherillo, *Studi Solmi*, I (1941), 174; Windscheid, *Pand.*, III, § 509.5.

8. FIN DEL MATRIMONIO

El matrimonio termina por divorcio (*divortium, repudium*), por ciertas alteraciones del *status* y por la muerte.

I. Divorcio (*divortium, repudium*)

223. Libertad de divorcio.

En Derecho clásico todo matrimonio, tenga el marido o no la *manus* sobre la mujer, puede ser disuelto por acuerdo de los cónyuges o por simple notificación hecha por uno de ellos al otro cónyuge. Todos los acuerdos que tiendan a excluir o limitar el divorcio son nulos y no es posible estipular una penalidad que castigue el divorcio. Esta ilimitada e ilimitable libertad de divorcio, mereció gravísimos reparos de los modernos moralistas y juristas, los cuales creyeron ver en ella un signo claro de la decadencia romana. La verdad es, como ya hemos dicho anteriormente (§ 180), que esta libertad es la piedra angular en que se basa la concepción humanitaria que del matrimonio tuvo el Derecho clásico. Así resulta establecido claramente en nuestras fuentes.

El Emperador Alejandro declaraba en un rescripto del año 223:

C. (8.38) 2: "Libera matrimonia esse antiquitus placuit. Ideoque pacta, ne licerit divertere, non valere et stipulationes quibus poenae inrogarentur ei qui divortium fecisset, ratas non haberi constat".

Hallamos la misma decisión en el *responsum* de Paulo:

D. (45.1) 134.1: "... quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta".

Esta opinión es, probablemente, falsa, pero a pesar de ello clásica en lo substancial. El mismo autor de los llamados *scholia Sinaitica* declara:

§ 6. ἄπορον γὰρ τὸν γάμον διηνεκαῦς τῆς ἁμονοίας δεόμενον διὰ τῆς ποenas καὶ μὴ διαθήσει συνίστασθαι.

(Traducción: "absurdum enim, matrimonium perpetuae concordiae indigens poena et non consensu consistere".)

Este texto es especialmente valioso, porque en la época de su autor, tal principio no regía ya o, por lo menos, no regía de modo absoluto. Constituye, pues, una prueba del profundo arraigo que dicho principio tuvo en la ética y en el Derecho de Roma.

La *societas* puede ser renunciada en todo tiempo y cualquier limitación de este derecho del socio por virtud de un acuerdo, es nula. La libertad plena de divorcio fué la inevitable consecuencia, pues la libertad personal resulta mucho más afectada en el matrimonio que en la *societas*. Conscientes, como fueron los juristas romanos, de los límites del Derecho en contraste con los juristas griegos y orientales, se dieron perfecta cuenta de que el instru-

mento propio para evitar en los matrimonios las lamentables consecuencias de la caprichosa voluntad de los cónyuges, no puede ser el Derecho, pues éste no puede imponer, por mucho que lo pretenda, una vida pacífica y ejemplar a los cónyuges. El Derecho puede, ciertamente, conservar los matrimonios en el sentido estrictamente jurídico de la palabra, pero la ética y la comunidad política no tienen el más leve interés en mantener matrimonios que sean meros armazones legales. En la gran mayoría de los casos, la forzada subsistencia del matrimonio, produce como consecuencia la irreprimible propensión de los cónyuges al concubinato o a otras relaciones ilegítimas, para no hablar de los múltiples expedientes ideados por las partes y por sus abogados a fin de eludir los preceptos de la Ley.

No disponemos de datos seguros concernientes a los efectos sociales de la clásica libertad de divorcio en Roma. Ciertamente que en el último siglo de la República el número de divorcios fué muy superior al de los tiempos antiguos, pero ello no implica necesariamente una decadencia de la moralidad. El desenvolvimiento de la personalidad individual del hombre y de la mujer, aumenta, inevitablemente, las dificultades que plantea una vida matrimonial permanente. Un buen ejemplo de ello es el matrimonio de Cicerón con Terencia, la cual, en muchos aspectos, fué superior a su marido. Además, los efectos propios de los tiempos revolucionarios produjeron singulares daños en el matrimonio, sobre todo, en aquel estrato social que era la cantera de donde procedían las figuras de la política. El marido de Turia declaraba (lin. 27) :

224. Estabilidad del matrimonio.

“Rara sunt tam diuturna matrimonia, finita morte, non divertio-interrupta: nam contigit nobis ut ad annum XXXXI sine offensa perduceretur”.

De todas suertes, los matrimonios de cuarenta años son siempre raros. En el período del Principado, la duración de los matrimonios fué normal y en las inscripciones de la época hallamos referencias a matrimonios de larga duración. Trimalción, presentándose como un auténtico romano, dice (Petron. Cena, 74.16) : “Se me ha sugerido el divorcio por no tener hijos, pero he declinado separarme porque soy un buenazo y no quiero parecer frívolo” (*dum bonatus ago et nolo videri levis*). La gravitas romana respetaba más la sanción consuetudinaria que la prohibición y los obstáculos legales.

Las penas por castigar los divorcios basados en causas frívolas fueron desconocidas del Derecho republicano. Pero el deber del marido de restituir la dote, actuaba en cierto modo como una

225. Penas impuestas en caso de divorcio.

penalidad. Cicerón pasó por momentos de grave dificultad económica cuando hubo de restituir la dote de Terencia. Y lo mismo ocurrió a su yerno Dolabella cuando se disolvió el matrimonio de éste con Tulia. La *retentio propter liberos* (supra, § 219) producía un efecto semejante. Solamente en un caso fué prohibido el divorcio por Augusto. Una liberta que hubiera contraído matrimonio con su patrono, no podía divorciarse sin el consentimiento de su marido y en caso de infracción de esta regla, el matrimonio quedaba disuelto, pero la mujer perdía el *conubium* preciso para poder contraer un nuevo matrimonio. La legislación cristiana autorizó el divorcio basada en ciertas razones y estableció algunas penalidades en caso de infracción. No vamos a seguir aquí el desenvolvimiento de estas normas. Lo importante es advertir que el Derecho justiniano mantuvo el principio clásico hasta el punto de considerar válido el divorcio prohibido y sancionado con determinadas penas, permitiéndose a los cónyuges contraer nuevo matrimonio. Fué el Derecho canónico el que abandonó este principio.

226. Divorcio impuesto por los padres.

Cada uno de los dos cónyuges podía promover el divorcio. Cuando se hallaban sometidos a la *patria potestas*, sus padres tenían derecho a disolver el matrimonio de su hijos — incluso un *bene concordans matrimonium* — sin que fuese requerido el consentimiento de éstos. Este principio patriarcal se hallaba en flagrante conflicto con la *humanitas*, pero — como ya se ha dicho anteriormente (§ 188) — los juristas clásicos respetaron siempre el ámbito propio de la *patria potestas*. Esta norma arcaica fué derogada por Antonino Pío o por Marco Aurelio.

227. Forma del divorcio.

El divorcio tenía lugar en los tiempos clásicos por convenio no formal o por declaración de uno de los cónyuges. En ambos casos se exigía la cesación de la vida en común. Una excepción a esta regla fué establecida por la *lex Iulia de adulteriis*. El marido venía obligado a divorciarse de su mujer adúltera pues, en otro caso, incurría en el delito de *lenocinium*. Para la práctica del divorcio en este caso era requerida la presencia de siete testigos. Pero aun en tal supuesto, una declaración no formal era bastante para disolver el matrimonio, si bien insuficiente para eludir la pena establecida.

En la época post-clásica se introdujo el uso de redactar un documento que formalizase el divorcio, y más tarde este requisito se convirtió en exigencia legal. Justiniano mantuvo este precepto, pero los compiladores del Digesto permitieron la declaración hecha ante siete testigos generalizando de este modo la regla contenida en la *lex Iulia* antes mencionada. Probablemente quisieron hacer obligatoria una declaración escrita firmada por siete testigos.

II. Alteración del status

El matrimonio es disuelto, además, por ciertas alteraciones sufridas en el *status*, sobre todo por la *capitis deminutio maxima* y *media* (supra, § 123). El matrimonio es, además, disuelto cuando el marido de una liberta, ingresa en la clase senatorial (vide supra, § 191) y cuando el marido de una mujer cualquiera ingresa en el ejército (hasta Severo; vide supra, § 191).

228. Alteración del status.

III. Muerte

Finalmente, el matrimonio se disuelve por la muerte. Cuando uno de los cónyuges se hallaba ausente durante largo tiempo, de tal modo que resultaba dudoso si vivía o no, el otro cónyuge, probablemente, podía disolver el matrimonio por una declaración hecha "a quien pueda tener interés". La conclusión de un nuevo matrimonio era, con toda seguridad, una manifestación suficiente de la intención de disolver el anterior.

229. Muerte y ausencia.

IV. Efectos jurídicos de la disolución del matrimonio

La restitución de la dote ha sido suficientemente estudiada anteriormente (supra, §§ 217 y s.). Hemos dicho ya (§ 200), que la mujer no tiene derecho a exigir del marido que éste la mantenga durante el matrimonio. Tampoco tenía tal derecho una vez disuelto el matrimonio aun cuando la disolución hubiera sido causada *culpa mariti*. Esta regla negativa no es, en modo alguno, una consecuencia necesaria de la libertad de divorcio, aunque los juristas romanos, como tal la estimasen. Entendieron que el mantenimiento de la viuda o de la mujer divorciada, se hallaba suficientemente asegurado por la *dos* y la *donatio ante nuptias* (supra, § 204). En el caso de que una y otra fueran insuficientes, argüían los juristas que la mujer o los padres de ésta debían haber estipulado una mejor garantía antes de celebrarse el matrimonio. Este *laissez-faire*, pone de manifiesto, de nuevo, el hecho de que los juristas romanos proveían para los *beati possidentes*.

230. Mantenimiento de la mujer.

Cuando el matrimonio se disolvía por divorcio, la *manus mariti* (en tanto ésta existió) no cesaba automáticamente. Si había tenido lugar una *coemptio* (supra, § 195) era precisa una *remancipatio* y en caso de *confarreatio* (supra, § 194) se requería una *diffarreatio*. El marido podía ser obligado a efectuar estos actos.

231. Fin de la manus.

Una vez disuelto el matrimonio cada uno de los cónyuges podía, libremente, contraer otro. Sin embargo, cuando el matrimonio se disolvía por la muerte del marido, la mujer, de acuerdo con el Edic-

232. Tiempo de espera.

to del pretor, debía guardar un tiempo de luto (diez meses) antes de contraer nuevo matrimonio. Esta prohibición no se dió para evitar la *turbatio sanguinis*, pues si ésta hubiera sido su finalidad, también se hubiera exigido la espera, cuando el matrimonio se hubiera disuelto por causa de divorcio. La mujer tenía que dejar transcurrir completamente dicho plazo, incluso cuando la hubiese nacido un hijo poco después de morir el marido. En el período post-clásico el tiempo de luto fué fijado en un año. Los deberes de la mujer durante este plazo de espera fueron mitigados por un senadoconsulto anterior al año 240. Los compiladores estimaron que esta disposición había suprimido completamente el luto obligatorio. Consiguientemente, el período de espera no pudo tener ya otro objeto, que el de evitar la *turbatio sanguinis*. Para ello transformaron los textos clásicos adaptándolos a este fin y extendiendo la obligatoriedad del período de espera a la mujer divorciada. En conclusión, puede añadirse que la idea de evitar la *turbatio sanguinis* causada por un segundo matrimonio (una vez disuelto el primero por divorcio o por muerte del marido), fué tenida en cuenta en la época republicana y clásica, pero a ella se refirió el Derecho pontifical, no el Edicto pretorio.

F U E N T E S

§ 224. Vide las siguientes inscripciones (el número de años de los matrimonios se halla expresado por las cifras que figuran entre paréntesis): ILS. 1397 (31); 1259 (40); 1526 (44); 1612 (24); 1756 (38); 7789 (51); 1763 (45); 8140 (80); 8393 (41); 8401 (60); 8430a (15 y 28).

§ 226. Vide Paul, *Sent.* (5.6) 15; C. (5.17) 5 pr. [*nisi... fecerit*].

§ 227. Vide D. (24.2) 2 pr. § 1; C. (5.17) 6; *Nov. Theod.* XII pr. = C. (5.17) 8 pr.; D. (24.2) 9.

§ 231. Vide Gayo, l. 137a.

§ 232. Vide D. (3.2) 11. 1-3 (gravemente interpolado).

B I B L I O G R A F Í A

§ 224. Friedländer-Wissowa, *Sittengeschichte*, I, 283 y s.; W. Kroll, *Die Kultur der Ciceronischen Zeit*, II (1933), 38, 47 y s., 52 y s.

§ 225. Sobre la *liberta*, vide E. Levy, *Der Hergang der röm. Ehescheidung* (1925), 137 y s.; Solazzi, *Bull.* XXXIV (1925), 295 y s.; Corbett, *Roman Law of Marriage* (1930), 243; Volterra, "Sul divorzio della liberta", *St. Riccobono*, III (1936), 203 y s.

§ 226. Solazzi, *Bull.* XXXIV (1925), 1 y s.; Levy, l.c. 145; G. Longo, *Bull.* XL (1932); Kaser, *Z.*, LVIII (1928), 83; Taubenschlag, *Law of Greco-Roman Egypt* (1944), 106.

§ 227. Levy, l.c.; Solazzi, l.c. 312 y s.; Corbett, *Roman Law of Marriage* (1930), 211.

§ 229. E. Levy, "Verschollenheit und Ehe in antiken Rechten", en *Gedächtnisschrift für Emil Seckel* (1927), 145 y s.; Kunkel, l.c. 2272.

§ 231. Kaser, l.c. con referencias.

§ 232. Karlowa, *ZfRG.*, IX (1870), 229 y s.; Windscheid, *Pand.* III, 512; Corbett, l.c. 249; Volterra, "Un'osservazione in tema di impedimenti matrimoniali", *Studi Albertoni*, I (1933), 401 y s.; "Osservazioni sull'obbligo del lutto nell'editto pretorie", *Riv. It.* VIII (N.S., 1933), 1 y s.; Rasi, *Scritti Ferrini*, I (1947), 393 y s., con referencias; Kübler, *PW.*, XIII, 1607.

APÉNDICE. CONCUBINATO

El *concubinatus* clásico es una unión autorizada, aunque ilegítima, de varón y mujer, siendo esta última definida como "femina quae cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat, femina pro uxore", una mujer soltera que vive con alguien como si fuera casada. La designación oficial de esta mujer es la de concubina: y así, una inscripción grabada en una lápida sepulcral, menciona a una liberta Lysistrata, *concubina divi Pii*. Otras denominaciones, no oficiales, son también usadas: *amica*, *hospita*, *focaria*.

233. Terminología.

La concubina romana es esencialmente diferente de la *meretrix* y las diferencias aparecen algunas veces subrayadas en nuestras fuentes. Tener una concubina no es contrario a la moral romana (incluso buenos emperadores como Antonino Pío y Marco Aurelio, tuvieron concubinas). Para la mujer tampoco es un estigma deshonroso ser concubina. Concubinato con mujeres libres y esclavas se daba ya en la época republicana, pero se hizo más frecuente durante el Principado. Contra lo que Augusto pretendía, se recurrió al concubinato en los casos en que el matrimonio era legalmente prohibido. Así los soldados a quienes estaba prohibido el matrimonio, recurrieron al concubinato (supra, § 191).

234. Carácter social.

El *concubinatus* obtuvo reconocimiento social en el período clásico. La legislación augustea no lo permitía ni lo regulaba, y ni siquiera lo consideró digno de mención. No se desarrolló como una especie de matrimonio, sino que fué siempre una relación ilegítima semejante a otra cualquiera. Los hijos de una concubina fueron hijos ilegítimos (*spurii*); una concubina no podía cometer *adulterium*. Las donaciones entre los cuasi-cónyuges fueron válidas. Fué Caracalla, el emperador de los soldados, el que prohibió las donaciones hechas por un soldado a su concubina (no viceversa). Se planteó a los juristas clásicos, la cuestión de determinar en qué condiciones se permitía el concubinato. La respuesta sencilla fué que el *concubinatus* era permitido (aparte la necesidad de una autorización imperial) solamente con aquellas mujeres con las que resulta permitida otra relación ilegítima cualquiera. La legislación

235. Carácter jurídico.

augustea prohibió relaciones ilegítimas con ingenuas y mujeres respetables, castigándolas con la pena del *stuprum*. Relaciones ilegítimas fueron permitidas con libertas y con mujeres de mala reputación. A este grupo de mujeres se refiere Ovidio en su *Ars amatoria*:

1. 33. Nos Venerem tutam concessaque furta canemus
Inque meo nullum carmine crimen erit.

Con esta clase de mujeres es permitido el concubinato.

236. Concubinato y monogamia.

Teniendo en cuenta lo dicho, no puede sorprender a nadie que un hombre pudiera tener dos concubinas a un mismo tiempo, pues el *concubinatus* romano no era una unión monogámica. Incluso al marido fué permitido tener concubina, pues podía mantener una relación ilegítima sin que ésta fuese jamás considerada como *adulterium*. (Su relación con una mujer casada habría en cambio constituido *adulterium* y la mantenida con una mujer soltera *ingenua* y *respetable* hubiera sido un *stuprum*.) Como ya se ha dicho (§ 189) los romanos mantuvieron siempre el principio de la monogamia, pero entendiéndolo de modo que un hombre no pudiera tener simultáneamente dos mujeres legítimas. Si la mujer legítima no está dispuesta a tolerar que su marido tenga una concubina, puede divorciarse y puede también estipular una pena antes del matrimonio o en el matrimonio mismo, para el supuesto de que su marido tuviese en el futuro una concubina.

En un sepulcro hallado en Concordia (Gallia Cisalpina), un marido fué enterrado con su mujer y su concubina. La lápida sepulcral muestra la cabeza del marido y a derecha e izquierda de la misma, las cabezas de dos mujeres. La inscripción dice así: *P. Cervonius P.F. Marinus testamento fieri iussit sibi et Cinciai Sex. F. Secundai uxori Chiai concubinai*. Cuando Cervonius otorgó su testamento, evidentemente su mujer vivía aún.

237. ¿Concubinatio poliándrico?

Tampoco fué prohibido el concubinato poliándrico, pero el muy discutido sepulcro de Allia Potestas no constituye una prueba de su existencia. Allia fué una liberta que vivía en concubinato con su patrono. Se evita cuidadosamente la denominación de *uxor*. Los *duo iuvenes* amantes mencionados en la inscripción y que vivían en la misma casa, no fueron ciertamente los hijos de Allia (los hijos hubieran sido mencionados en las *laudes*); tampoco fueron los hijos legítimos del patrono; si lo hubieran sido el patrono no habría podido decir, como reza la inscripción, que no conocía a nadie que pudiera encargarse de ejecutar su testamento. De todo ello resulta, pues, que los aludidos dos jóvenes vivían en la casa de Allia pero no que fueran los amantes de ésta.

238. Concubinatus y matrimonium.

Desde el punto de vista jurídico el concubinato difería esencialmente del *matrimonium*, aunque de hecho resultaban fácilmente

confundibles. Al ser permitidos matrimonio y concubinato (supra, § 235), solamente la intención de las partes podía distinguir uno del otro. Esta carencia de clara separación entre matrimonio y concubinato, parece intolerable, pero la inercia del Gobierno y del Derecho romano en materia de *status*, es bien conocida y constituye una verdadera característica de ambos. El registro de nacimientos fué introducido por Augusto (supra, § 126) y ni él ni sus sucesores, lo completaron con un registro de matrimonios.

En la época post-clásica, el *concubinatus* sufrió una notable transformación. La Iglesia consideró pecaminosa toda relación ilegítima, y adoptó, consecuentemente, una actitud hostil frente al concubinato. No hemos de exponer el desenvolvimiento de estas ideas y nos limitaremos a consignar un sucinto esquema de lo que fué el Derecho justiniano al tiempo de redactarse el Digesto (533 d. de J.C.) y establecerse las correspondientes normas mediante la interpolación de los textos clásicos.

239. Derecho post-clásico.

1. El *concubinatus* no fué permitido con mujeres ingenuas y respetables (supra, § 235).

2. Constantino había prohibido al marido tener una concubina y esta prohibición, fué adoptada por Justiniano. Un hombre soltero puede tener varias concubinas al mismo tiempo. Solamente en las *Novellae* de Justiniano fué suprimido el concubinato poligámico.

3. Las condiciones del concubinato fueron asimiladas a las del matrimonio. La mujer debe tener una edad mínima de doce años y la concubina de un hombre no puede ser concubina del hijo de éste o de su nieto.

4. La infidelidad de una concubina no es considerada como *adulterium*.

5. Una liberta que sea concubina de su patrono no puede abandonarlo sin consentimiento del mismo. (Vide supra, § 225). La infracción de esta norma incapacita a la liberta para celebrar nuevo matrimonio y, tal vez, para entrar en una nueva relación *concubinaria*.

6. Los hijos de una concubina gozan de ciertos privilegios, como veremos posteriormente (infra, §§ 253, 278).

7. La sucesión ab-intestato era reconocida en favor de la concubina solamente en las *Novellae* de Justiniano.

F U E N T E S

- § 233. Vide D. (50.16) 144; CIL., VI, 8972 = ILS. 1886; CIL, V, 4923; cf. *Statute Rules and Orders*, 1939, núm. 1221, ss. 14 y 43; 1940, núm. 1469.
§ 234. Vide Sueton, Vespasiano 21; SHA., Pío 8.9; Marco, 29.10.

- § 235. Vide C. (5.16) 2; D. (25.7) 1.1.
§ 236. Vide D. (45.1) 121.1; C. (5.26) 1; CIL., V, 1918.
§ 237. Vide CIL. VI, 37965 = Bücheler-Lommatzch, *Carm. Lat. epigr. suppl.* (1926), 1988.
§ 239. Vide D. (48.5) 35 pr. [*Excepta... concubina*]; (25.7) 3 [*et m... fecit*]; [*sine... committere*] *stuprum committit*; D. (25.7) 1.4 [*nisi... sit.*]; (25.7) 1.3 [*quia... est*]; (25.7) 1 pr. Los compiladores olvidaron insertar *an* ante de *ab invito*; suprimase la interrogante [*ego... habere*] y tendremos el texto clásico.

BIBLIOGRAFIA

- §§ 233 y s. P.M. Meyer, *Der römische Konkubinat nach den Rechtsquellen und den Inschriften* (1895); Kübler, Z., XVII (1896), 357 y s.; Costa, *Bull.* XI (1898), 233; Mitteis, Z., XXIII (1902), 304 y s.; Castelli, "Il concubinato e la legislazione Augustea", *Bull.* XXVII (1914), 55 y s. = *Scritti giuridici* (1923), 143 y s.; J. Plassard, *Le Concubinat Romain sous le Haut Empire* (1921); Volterra, *St. Riccobono*, III (1936), 212; ACL., *Bologna*, I (1934), 134; Sargenti, *Il diritto privato nella legislazione di Constantino* (1938), 183; Esmein, *Le Mariage en droit canonique*, II (1935), 125 y s.; Friedländer-Wissowa, *Sittengeschichte*, I (1919), 64 y s.; 218; 278; 304; Solazzi, "Il concubinato con l'oscuro loco nata", *SD.* XIII-XIV (1947-8), 269 y siguientes.
§ 237. Bücheler-Lommatzch, *Carm. Lat. epigr. suppl.* (1926), con referencias; Castelli, *Scritti giur.* (1923), 101 y s.; Brugi, *Atti Veneto*, LXXIII (1914), II, 415; Zocco-Rosa, *La laudatio Albiae* (1914).
§ 239. Bonfante, "Nota sulla riforma giustiniana e la legislazione del concubinato", *St. Perozzi* (1925), 285; Castelli, "Concubinato", l.c.

CAPÍTULO IV

PADRES E HIJOS

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho clásico del matrimonio es una impresionante creación de la *humanitas* romana y, por serlo, nos parece de una modernidad sorprendente. El Derecho clásico concerniente a padres e hijos es todo lo contrario. El Derecho antiguo, duro y patriarcal, subsiste en lo que afecta a las relaciones paterno filiales y la influencia del movimiento humanitario, si bien resulta apreciable también en este campo, no afecta a la raíz del Derecho arcaico. La *patria potestas* continúa siendo la institución central del Derecho concerniente a padres e hijos. La idea de una *materna potestas* no es ni siquiera tomada en consideración por los juristas romanos ortodoxos, no obstante, las sugerencias que en favor de la misma les brindaban el Derecho provincial y la costumbre. Las relaciones jurídicas entre padres e hijos, salvo en lo referente a la *patria potestas* resultan insuficientemente desenvueltas. Ciertamente que la dureza de la antigua *patria potestas* fué algo mitigada, pero esta suavización tropezó con serias oposiciones y fué llevada a cabo mediante artificiosos expedientes por la aversión que sintieron los juristas hacia toda reforma drástica. La *patria potestas* fué considerada como el *paladium* del romanismo (supra, § 188), y los juristas clásicos se mostraron siempre orgullosos de esta rígida concepción de la *patria potestas* romana (infra, § 254). Así pues, en contraste con el Derecho romano del matrimonio, el que se refiere a los padres y a los hijos, presenta una nota de indudable arcaísmo, lo que hizo que resultara anacrónico dentro de la misma época clásica. Solamente por influjo cristiano, este Derecho fué humanizado mediante unas reformas ya largo tiempo reclamadas.

240. Generalidades.

BIBLIOGRAFÍA

Taubenschlag, *The Law of Greco-Roman Egypt* (1944), §§ 4, 5.

2. COMIENZO DE LA «PATRIA POTESTAS»

241. Patria potestas creada por nacimiento.

El hijo legítimo, al nacer, queda sometido a la *potestas* de su padre. Hijo legítimo es el concebido en un *matrimonium iustum*; si era concebido fuera de matrimonio, el hijo era ilegítimo aun cuando hubiese nacido dentro del matrimonio.

Con respecto a la prueba de la legitimidad no hubo presunciones en Derecho clásico. La máxima *pater is est quem nuptiae demonstrant*, solamente una vez aparece en nuestras fuentes, y si Paulo realmente escribió esta sentencia, lo hizo comentando el texto del Edicto pretorio, “parentem... in ius sine permissu meo ne quis vocet”, significando con ello que el pretor no ha de indagar si el actor era, en verdad, el hijo legítimo del demandado, sino que debe contentarse con averiguar el hecho de si dicho actor ha nacido o no dentro del matrimonio. Pero esto no implica una presunción general de que el hijo nacido dentro de matrimonio sea hijo legítimo del marido (a reserva de la contraprueba). De todos modos, el texto en su conjunto, parece espurio porque los juristas clásicos no son aficionados a enunciar máximas sibilinas. En cuanto al tiempo de la concepción, tampoco el Derecho clásico estableció presunciones y la regla de Derecho común continental, que establece que la concepción debe tener lugar entre los 182 días y los 300 que preceden al nacimiento, no es clásica.

242. Patria potestas creada por actos jurídicos.

Aparte los casos artificiales mencionados por Gayo (1.65 y s.), el Derecho clásico conoció solamente un acto jurídico generador de *patria potestas*, el llamado *adoptio* (*optio* = elección, opción), el cual puede ser *adoptio* de un *homo sui iuris* (*adrogatio*) o *adoptio* de un *homo alieni iuris* (*adoptio* en sentido estricto). La legitimación de un hijo ilegítimo, por los padres de éste (distinta de la *adoptio*) no existió en Derecho clásico. Cuando los padres contraían matrimonio, el hijo no adquiría la legitimidad automáticamente, pues la *legitimatío per subsequens matrimonium* fué desconocida en Derecho clásico (introducida en Derecho inglés por la *Legitimacy Act.* de 1926). También la legitimación *per rescriptum principis* fué desconocida. Como hemos dicho (§ 191) los soldados no podían contraer matrimonio; hasta que Septimio Severo abolió la prohibición, solamente les era accesible el concubinato. Los hijos nacidos de la concubina de un soldado eran hijos ilegítimos (*supra*, § 235). Por regla general con la *missio honesta* de un soldado, la ciudadanía romana era conferida a los hijos de éste, pero no por ello quedaban sometidos a la *patria potestas* de su padre (*vide* Gayo, 2, 135a).

El único objeto de la *adoptio* es el de crear la *patria potestas*. No puede aplicarse a la consecución de otras finalidades. Una mera relación de parentesco entre padre e hijo, sin *patria potestas*, no puede crearse por la adopción. Por esta razón la mujer no podía adoptar, pues no podía tener *patria potestas* y la *materna potestas* no existió (supra, § 240). Una *adoptio in fratrem* conocida por el Derecho extranjero fué expresamente rechazada por el romano.

243. Fin de la *adoptio*.

La *adrogatio* tenía lugar mediante una resolución adoptada en los *comitia curiata*. Era, pues, originariamente, un genuino acto legislativo, aunque muy pronto degeneró en una mera formalidad, cuando fueron representadas las diez curias por los correspondientes lictores. Esta formalidad fué, sin embargo, mantenida durante todo el período clásico. Los *comitia* eran convocados antiguamente por el *pontifex maximus* y en los tiempos clásicos (al asumir el Emperador el pontificado máximo), por su delegado. La fórmula de la propuesta rezaba así:

244. La *adrogatio* como acto legislativo.

"Gellius 5.19.9: "Velitis iubeatis, uti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset, utique ei vitæ necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est. Haec ita, uti dixi, ita vos Quirites rogo".

La propuesta (como una propuesta legislativa cualquiera hecha en los *comitia*) fué llamada *rogatio* y dió el nombre de *adrogatio* a toda la ceremonia. La explicación de Gayo (1.99: "dicitur *adrogatio*, quia et is qui adoptat, rogatur... et is qui adoptatur...") no es exacta. Seguramente el *pontifex* no hacía la propuesta sin contar con el consentimiento del *adoptans* y del *adoptandus*. Es posible que ambos compareciesen en los *comitia* y manifestasen allí su consentimiento, pero ni su presencia ni su consentimiento fueron legalmente exigidos. Aunque la resolución de los *comitia* pasó a ser una mera formalidad, las formas propias del acto legislativo se mantuvieron y, por esta razón, la propuesta del magistrado presidente y el voto de la Asamblea, fueron los dos únicos requisitos exigidos legalmente. La regla según la cual la mujer no podía ser adrogada no se explica por su incapacidad para participar en los comicios, pues la presencia de la *adroganda* en ellos no fué nunca esencial. Los pontífices republicanos no quisieron que hubiese familias sostenidas por la adopción de mujeres y rehusaron sistemáticamente formular propuestas de adrogación de aquéllas según se desprende del texto de Gayo, 1.101 (*nam id magis placuit*).

Al no exigirse la presencia del *adoptans*, fué perfectamente posible la *adrogatio* de un póstumo (después de muerto el *adoptans*). Cuando un testador instituía a alguien su heredero bajo

245. *Adrogatio per testamentum*.

la condición de que éste adoptase el *nomen gentile* del testador, la persona instituída podía cumplir la condición, aceptar la herencia y acudir a los pontífices para conseguir la *adrogatio*. El delegado del *pontifex maximus* podía entonces hacer una propuesta usando la fórmula acostumbrada, si bien con las modificaciones que exigía la especialidad del caso:

“Velitis iubeatis, uti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias eius natus ante testamentum a L. Titio factum” (supra, § 244).

Ciertamente es éste un acto artificial, pero no lo es en mayor grado que otras creaciones de la jurisprudencia pontifical. Octavio (más tarde el Emperador Augusto) fué adrogado por Julio César después de la muerte de éste y es demasiado conocido el legalismo de Augusto, para sospechar siquiera que hubiera incurrido con este acto en una infracción legal. Esta forma de *adrogatio* se nos ofrece raramente, pues los pontífices eran, en tales casos, reacios a formular la correspondiente proposición. Las obras jurídicas callan sobre este supuesto, pero el hecho de que no figure mencionado en una obra elemental como es la de Gayo, no debe sorprendernos, ni puede causar extrañeza tampoco, la circunstancia de que en el Digesto se silencie también esta especie de *adrogatio*, pues si los compiladores realmente la hallaron mencionada en los textos clásicos, tendrían seguramente buen cuidado de suprimir la mención.

246. De decreto collegii.

Siendo como fué la *adrogatio* un acto legislativo, resultaba intrascendente la circunstancia de que el pontífice presentase la proposición con o sin el consentimiento del *collegium pontificum*, como era también irrelevante el hecho de que un cónsul formulase una proposición ante los *comitia centuriata* con o sin consentimiento del Senado. Por regla general el pontífice presentaba la propuesta, *de decreto collegii*, pero según Cicerón tal requisito no fué cumplimentado en la *adrogatio* de Clodio. Por esta omisión (entre otras; vide infra, § 250.4) Cicerón discutió la validez de tal *adrogatio* (*De domo*, 14.38), si bien como uno de tantos temas retóricos.

247. Detestatio sacrorum.

Normalmente a la *adrogatio* precedía una *detestatio sacrorum*, esto es, una declaración hecha por el *adoptandus* ante los testigos, renunciando a su *sacra familiaris*. Pero este acto no afectaba a la validez de la *adrogatio* y, por esta razón, Gayo ni siquiera lo menciona.

248. Adrogatio limitada a la ciudad de Roma.

Finalmente, debe advertirse que la *adrogatio* sólo puede tener lugar en la ciudad de Roma, ya que los *comitia* sólo allí pueden

reunirse. Cuando las partes vivían en una provincia podían dirigirse a los pontífices mediante carta o valiéndose de un representante, y los pontífices podían en tal caso proceder a la *adrogatio* porque, como ya queda dicho (supra, § 244), la presencia de las partes no era legalmente requerida.

La *adoptio* en sentido estricto (supra, § 242), esto es, *adoptio* de un *homo alieni iuris*, no fué un acto menos artificial que el anterior, creado por la jurisprudencia cautelar de la antigua República. Primeramente debía procederse a la extinción de la *patria potestas*, lo cual se conseguía mediante la triple venta por *mancipatio* (la venta única de una hija o de un nieto fué suficiente), de acuerdo con el principio establecido en las Doce Tablas (IV. 2): "Si pater filium ter venum duuit, filius a patre liber esto". A este acto seguía una *in iure cessio* mediante la cual el *adoptans*, reclamaba al *adoptandus* como hijo suyo. La jurisprudencia republicana tardía, se habría contentado con una *in iure cessio*, pero la jurisprudencia de la época antigua no se atrevió a extinguir la sagrada *patria potestas*, sin la autorización del Código decemviral.

249. Acto de adopción.

Con respecto a los requisitos de la *adoptio* hemos de distinguir de nuevo entre *adrogatio* y *adoptio strictu sensu* (supra, § 242).

En el caso de *adrogatio*, no existen reglas legales, pues como se trata de un acto legislativo (vide supra, § 244), los *comitia* eran soberanos. Cuando el acuerdo de los *comitia curiata* se convirtió en una mera formalidad (supra, § 244), era el *pontifex* quien en realidad decidía discrecionalmente sobre la formulación de la propuesta. Hubieron normas tradicionales y de ellas se apartaban los pontífices tan sólo en casos de excepción.

250. Requisitos de la adrogatio.

1. El *adoptandus* debe ser *sui iuris*. Originariamente un *homo alieni iuris* pudo ser adrogado, pero cuando se desarrolló una forma especial de adopción para el *homo alieni iuris*, la *adrogatio* fué aplicada con exclusividad a los *homines sui iuris*.

2. Las mujeres no podían ser adrogadas, como ya hemos dicho (§ 244) y esta exclusión se mantuvo durante todo el período clásico. Una importante consecuencia fué la de que nadie podía adoptar a su hija ilegítima, ni podía adrogarla. La *adoptio* en sentido estricto, tampoco era aplicable a la hija, puesto que todo hijo ilegítimo era *sui iuris*.

3. Los impúberes no fueron adrogados durante la República ni en los primeros tiempos de la época clásica. Los pontífices, para evitar posibles perjuicios a los impúberes rehusaban, formular la correspondiente propuesta en favor de ellos. Esto constituyó solamente una práctica pontifical y Antonino Pío, como *pontifex maximus* estableció, mediante una epístola dirigida a los pontífices,

la posibilidad legal de la *adrogatio* de un *impubes* con tal de que fuesen adoptadas ciertas medidas cautelares.

4. El *adrogans* debe ser *pubes*, pero no hubo norma que estableciese como requisito obligado, el de la diferencia de edad entre *adoptans* y *adoptandus* y el primero pudo ser incluso más joven que este último. La máxima de Cicerón (*De domo sua*, 14.36): “*ut adoptio fili quam maxime veritatem illam suscipiendorum liberorum imitata esse videatur*” no constituyó jamás un principio inviolable para los pontífices. Clodio fué más viejo que su *pater adoptans* y pudo muy bien, por su edad, haber sido padre de éste, como observaba Cicerón (*De domo* 13.35 *in fine*). Fué ésta una de las causas por las que Cicerón impugnó la validez de tal *adrogatio*, pero su argumentación adolece de inconsistencia (supra, párrafo 246). Cierto que esta *adrogatio* fué muy rara (resulta muy significativo que en el caso de Clodio fuese Julio César *pontifex maximus*), pero indudablemente válida.

5. Una persona que tiene hijos legítimos puede adrogar, si bien los pontífices sintieron repugnancia siempre, en proponer estas adrogaciones, por consideración a los hijos legítimos. Cuando el *adoptans* tenía una edad por la que cabía esperar que pudiese tener hijos legítimos, los pontífices, rehusaban la *adrogatio*. El límite de edad fijado en los 60 años no rigió nunca en la época clásica.

6. El *adoptans*, si los pontífices lo exigen, debe protestar bajo juramento, la bondad de las razones en que funda la adrogación (*iusiurandum calumniae*). La fórmula del juramento fué elaborada por Q. Mucius Scaevola, pero no nos ha sido conservada.

En la adopción de un *homo alieni iuris*, el magistrado que pronuncia su *addictio* en la *in iure cessio*, pudo haber desempeñado una función muy semejante a la del *pontifex* en la *adrogatio*. Los magistrados consideraron la *addictio* en este caso, como una mera formalidad, confiando lo sustancial del acto a la discreción de las partes. La razón fué, seguramente, no querer los magistrados interferirse con la *patria potestas* del padre del *adoptandus*. Hombres y mujeres impúberes y púberes, pudieron ser adoptados. También los esclavos pudieron serlo en la época republicana, mientras que en el principio, los magistrados rehusaban la *addictio* en tales casos. Tampoco se exigió que el *adoptans* fuera mayor que el *adoptandus*, pues la idea de una artificiosa *imitatio naturae*, fué siempre extraña a este género de adopción.

Debemos insistir una vez más (supra, § 243) en que el efecto de la *adoptio* clásica, fué siempre la creación de una *patria potestas* del *adoptans* sobre el *adoptandus*. Cuando este último era *homo*

251. Requisitos de la adopción en sentido estricto.

252. Efectos de la *adrogatio* y de la *adoptio*.

sui iuris, los hijos sometidos a su potestad quedaban ahora sujetos a la *potestas* del *adoptans*, y si el *adoptandus* tenía mujer sometida a su *manus*, esta *manus* se transfería también al *pater adoptivus*; el patrimonio se convertía igualmente en objeto de propiedad del *adoptans*.

Este Derecho arcaico y petrificado fué objeto de una enérgica reforma llevada a cabo en el período post-clásico. La *adrogatio* tenía lugar ahora por *rescriptum principis*, y la *adoptio* de un *homo alieni iuris* por un convenio (entre *adoptans*, *adoptandus* y el padre de este último) ante el tribunal. La *adrogatio* de la mujer fué permitida. El *adoptans* debía ser dieciocho años mayor que el *adoptandus*, pues *adoptio naturam imitatur*, como declaraban los compiladores, recordando la fórmula ciceroniana (supra, § 250). La *adrogatio* por rescripto imperial era generalmente denegada, si el *adoptans* no había cumplido sesenta años. En cuanto a la adopción, existía ahora una legitimación especial de hijos ilegítimos por el padre de éstos. Un padre puede legitimar sus hijos nacidos de concubina, bien *per subsequens matrimonium* o *per rescriptum principis*. Por otra parte, la adopción de un hijo ilegítimo por su padre, fué prohibida.

253. Derecho post-clásico.

FUENTES

- § 241. Vide Gayo, 1.55, primera frase; D. (2.4) 5; (1.6) 6; (1.5) 12 [et *ideo... esse*]; (38.16) 3.11-12.
§ 243. Vide Gayo, 1.104.
§ 244. Vide Cicerón, *De lege agrar.* 2.31; Gayo, 1.97-9. 104; Gellius, 5.19. 1-10.
§ 248. Vide Gayo, 1.100; *Epit. Ulp.*, 8.4.
§ 249. Vide Gayo, 1.97-9, 132.
§ 250. 1. Vide Gayo, 1.99.
§ 250. 3. Vide Gayo, 1.102, primera frase; Gellius, 5.19.10.
§ 250. 4. Vide Gayo, 1.106 (espurio).
§ 250. 5. Vide D. (1.7) 17.3; Gellius, 5.19.5,6 (cf. Cicerón, *De domo*, 13. 34 *in fine*; 14.36); D. (1.7) 15.2.
§ 250. 6. Gellius, 5.19.6.
§ 251. Vide Gayo, 1.100-2; Gellius, 5.19.11-14; *Inst. Iust.* (1.11) 12.
§ 252. Vide Gayo, 1.107; Gellius, 18.6.9; Gayo, 2. 159, es inexacto.

BIBLIOGRAFÍA

- § 241. Windscheid, *Pand.* I (1906), § 56b; Stobbe-Lehmann, *Deutsch. Privatrecht*, IV (1900), 878 y s.; Pollock y Maitland, *History*, II (1911), 398.
§ 242 y s. Mommsen, *Staatsrecht*, II (1887), 37; III (1887), 86 y s.; Gunnar Bergman, *Beiträge zum röm. Adoptionsrecht* (1912). Sobre *adrogatio libertorum*, vide Lavaggi, *SD.*, XII (1946), 115. Cosentini, *Annali Catania*, II (1948).

§ 243. Sobre *adoptio in fratrem*, vide Schulz, *Gedächtnisschrift f. Seckel* (1927), 105; Marongiu, "L'affratellamento", *St. Solmi*, II (1941), 261 y s.; vide, además, Cassin, *L'Adoption à Nuzi* (1938), 38, 311.

§ 244. Mommsen, *Staatsrecht*, II, 38; III, 303 y s.; Solazzi, *Rend. Lomb. LXXIV* (1940-1), 575 sobre Gayo 1.101.

§ 245. Mommsen, *Staatsrecht*, III, 39; Lefas, "L'Adoption testamentaire à Rome", *NRH.*, XXI (1897), 712 y s.

§ 246. Mommsen, *Staatsrecht*, II, 37, núm. 3; Rostowzeff, *Tesserarum Urbis Romae et Suburbi Plumbearum Sylloge* (1903), núm. 98; *Tesserarum plumbearum urbis Romae et suburbii*, ed. Rostowzeff (1903), Tab. II, 17 (cuadro de un *collegium pontif.* ejecutando una *adrogatio*).

§ 247. Mommsen, *Staatsrecht*, III, 38; Wissowa, *Religion und Kultus der Römer* (1912), 512.

§ 249. Mommsen, *Staatsrecht*, III, 36; W. Erbe, *Die Fiducia* (1940), 170 y siguiente.

§ 250. G. Beseler, "Die *adrogatio impuberis* in klassischer Zeit", *Subsiviva* (1929), 1 y s.

§ 253. Windscheid, *Pand.* III (1906), §§ 522-4; Bergman, l.c. 1 y s.; Castelli, *Scritti giur.* (1923), 165 y s. (*adrogatorio feminarum*), 197 y s., 189 y s. (*adrogatio per scriptum*); Monier, *St. Albertoni*, I (1935), 253 y s. (*adoptio plena*); Albertario, "La donna addottante", *Mnemisyra Poppoulia* (1934), 17 y s. = *AG.*, CXII (1934); Bellelli, *SD.*, III (1937), 140; H. Janeau, *Recherches sur la légitimation en droit romain; de l'adrogation des liberi naturales à la légitimation per reserit du prince* (1947); Lavaggi, "Una riforma ignorata di Giustiniano. *Adrogatio plena e minus plena*", *S.D.*, XII (1946), 45 y siguientes.

3. DERECHOS DEL «PATERFAMILIAS» EN LA PERSONA DE SUS HIJOS

254. Carácter
arcaico.

El arcaico carácter de la clásica *patria potestas*, se refleja en el extraordinario poder que el padre tiene sobre la persona de sus hijos *in potestate*. Afirma Cicerón (*Pro Plancio*, 12.29) que el padre debe ser reverenciado por sus hijos como si fuera un dios ("quem veretur ut deum, neque enim multo secus est parens liberis"). Shakespeare, siguiendo a Cicerón, dice en *El Sueño de una noche de Verano*, I. I. 46 y s.:

Teseo. — ¿Qué dices, Hermia? Piensa, hermosa muchacha,
que para ti, tu padre debe ser como un dios;
Él creó tus encantos, sí, y para él solo
eres como una cera
que él moldea pudiendo
deformar o conservar tu figura.

El *status* de un hijo *in potestate* fué semejante al de un esclavo. La *patria potestas* no fué, en modo alguno, una especie de guarda o tutela. No se extingue cuando el hijo es mayor, sino que subsiste mientras el padre vive, a menos que éste abdique, mediante un

acto especial, de su poder sobre el hijo (*emancipatio*). Este amplio e ilimitado poder, no constituyó una peculiaridad del Derecho romano. Gayo (1.55) dice:

“Quod ius proprium civium Romanorum est (fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus) idque divi Hadriani edicto, quod proposuit de his, qui sibi liberisque suis ab eo civitatem Romanam petebant, significatur. [nec me praeterit Galatarum gentem credere in potestate parentum liberos esse]”.

La afirmación resulta cierta relativamente al Derecho helénico, pero debe tenerse en cuenta que Gayo no conocía el Derecho primitivo. Un comentarista post-clásico pudo añadir que el derecho de los *Galatae* conoció esta *potestas*. En realidad, quiso referirse al derecho de los *Galli* (no al de los *Galatae*, en Asia Menor destinatarios de una de las epístolas de San Pablo) recordando una observación de César (*Bell. Gall.* 6.19.3):

“Viri in uxores sicut in liberos vitae necisque habent potestatem”.

Por otra parte, la *patria potestas* germánica, no fué menos dura y rígida que la romana. No es el rigor de la *patria potestas* romana lo que sorprende por excepcional, sino que lo que realmente asombra es el hecho de haberse mantenido, con leves mitigaciones, en la época clásica a despecho de la corriente humanitarista. Ello requiere una explicación, pues la referencia al conocido conservatismo de los romanos, no es bastante convincente. El profundo respeto del romano a la autoridad y a la disciplina, fué un sentimiento que inspiró siempre a los juristas de Roma. La casa romana fué para ellos la más alta escuela de disciplina y la *patria potestas* ilimitada, una exigencia ineludible. Además, la gran estimación que sintieron por la libertad individual, les vedó toda intromisión en el régimen interno de la *domus romana*. El Derecho privado limitaba su ámbito de aplicación hasta el umbral mismo de la *domus*: “Mi casa es mi castillo”, o como Cicerón dice (*In Vatiniū*, 9.22), *domus exsilium est*.

Descendamos ahora a los detalles.

Al padre incumbe la doméstica disciplina y ello implica incluso el derecho de matar a los hijos como acto supremo de poder. Esta *potestas vitae necisque*, expresamente mencionada en las Doce Tablas (IV. 2), fué considerada por los juristas como la médula de la *patria potestas* romana, según se desprende de la fórmula propia de la *adrogatio* (supra, § 244). Este derecho se mantuvo durante todo el período clásico e incluso Constantino, lo menciona

255. *Potestas vitae necisque*.

como vigente aún en su época. Fué suprimido por Valentiniano y Valente. Los emperadores romanos clásicos restringieron su ejercicio. Trajano impone al padre que castiga a su hijo *contra pietatem* la obligación de emanciparle y Adriano castigó con la *relegatio*, a un padre que, con ocasión de la caza, había matado a su hijo.

256. Hijos recién nacidos.

El padre tiene derecho a exponer o matar a su hijo recién nacido. Fué Valentiniano quien abolió esta facultad.

257. Venta de los hijos.

Originariamente el padre tuvo el derecho de vender a sus hijos. Cuando los vendía al extranjero (*trans Tiberim*, como reza la fórmula), el hijo vendido se convertía en esclavo. Estas ventas cayeron en desuso muy pronto, así que Constantino pudo declarar, aunque indudablemente con error, que “nuestros antepasados nunca permitieron a un padre privar de libertad a su hijo”. Cuando un padre vende a su hijo dentro de las fronteras del Estado romano, el hijo adquiere un *status* especial (*in mancipio est* o *in causa mancipii est*). El hijo, en este caso, era libre *quoad ius publicum*, y continuaba siendo ciudadano romano, pero *quoad ius privatum*, su *status*, era muy semejante a la situación propia de un esclavo. En el período clásico, esta venta tenía lugar solamente, en el caso de *noxae datio* (supra, § 73.3). Fuera de este caso, se recurría a la venta del hijo, únicamente *dicis causa*, por ejemplo, al adoptar a un *homo alieni iuris* (supra, § 249). La *humanitas* venció, pero en el período post-clásico, se restableció el derecho de vender a los hijos recién nacidos.

258. Derecho a desposar y a dar en matrimonio a los hijos.

Antiguamente, el padre pudo desposar y dar en matrimonio a sus hijos sin el consentimiento de éstos. Como ya se ha dicho (§§ 183, 186), la *humanitas*, abolió este derecho en la época clásica, e impuso el requisito del consentimiento de los hijos. El período post-clásico, causa de nuevo una reacción. El padre pudo desposar a su hija y darla en matrimonio con tal que el marido no fuese persona indigna.

259. Derecho a disolver el matrimonio.

El padre tenía derecho a disolver el matrimonio de sus hijos, derecho que fué abolido por el Emperador Antonino Pío o Marco Aurelio (supra, § 226).

260. Datio tutoris y substitutio pupillaris.

El padre tenía derecho a nombrar un tutor o un heredero a sus hijos. De ello nos ocuparemos posteriormente (infra, párrafos 286, 458).

261. El padre no es tutor legítimo.

Para concluir, debe subrayarse, una vez más (supra, § 254), que la *patria potestas*, no tuvo una misión de guarda o de custodia y que el padre, no puede ser considerado como un *tutor legitimus* de su hijo. Un *filius impubes* sometido al poder paterno, no era capaz de obligarse en virtud de un acto jurídico ni siquiera con el consentimiento paterno, pues no existió la llamada *interpositio*

auctoritatis patris (infra, § 302). Menos aún, pudo el padre actuar como representante legal de su hijo.

FUENTES

§ 255. Vide *C. Th.* (4.8) 6, pr. cf. *C. Iust.* (8.46) 10; *D.* (37.12) 5, primera frase (48.9) 5.

§ 256. Vide *C. Th.* (9.14) 1.

§ 257. Vide Gayo, 1.116, 117, 138, 141; aún considerando como espúrio 1.141 (Solazzi, "Glosse a Gaio I", *St. Riccobono*, I, 164; Beseler, *St. Albertoni*, I, 435), las palabras *sed... mancipantur* son, en lo sustancial, clásicas. *C.* (7.16) 1; *C. Th.* (4.8) 6 pr.

§ 261. Vide *D.* (45.1) 141, 2; *Inst. Iust.* (8.19) 10, última frase; *D.* (50.12) 2.1 [*sina... auctoritate*]; (37.1) 7.2 [*et... filio*]; [*aut pater*].

BIBLIOGRAFÍA

§§ 254 y s. Cornil, "Contribution à l'étude de la *patria potestas*", *NRH.*, XXI (1897), 416 y s.; Wenger, "Hausgewalt und Staatsgewalt im röm. Altertum", *Miscellanea F. Ehrle*, I (1924), 33 y s.; Schulz, *Principles*, 198; Kaser, *Z.*, LVIII (1938), 62 y s.; Roberti, *St. Albertoni*, I (1935), 259.

§ 254. Sobre Derecho germánico, vide A. Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, II (1886), 431; vide además, Westrup, *Introduction to Early Roman Law*, III. 1 (1939), 148 y s., 162 y s.

§ 255. Albanese, "Note sull'evoluzione del *ius vitae ac necis*", *Scritti Ferrini*, III (1948), 343 y s. (no convincente); Volterra, "Il preteso tribunale domestico in diritto romano", *Riv. It.* 1948, págs. 103 y s.; Düll, *Z.*, LXIII (1943), 52 y s.

§ 257. Mommsen, *Schr.* III. 5 y s.; Pampaloni, *Bull.* XVII (1905), 123 y s.; Steinwenter, *RE.*, XIV, 1010; Schulz, *Principles*, 199.

§ 261. Sobre el padre considerado como "tutor natural" de los hijos, vide Windscheid-Kipp, *Pand.* III (1906), p. 62; Lee, *Introduction to Roman-Dutch Law* (1946), 37.

4. INCAPACIDAD PATRIMONIAL DEL HIJO SOMETIDO A POTESTAD

Un hijo sometido a potestad, es semejante a un esclavo y no tiene propiedad alguna, pues lo adquirido por él, automáticamente revierte en el patrimonio de su padre. Es posible que en tiempos prehistóricos, hubiese en Roma una comunidad doméstica y que padres e hijos fuesen considerados como co-propietarios de los bienes todos de la casa. Si tal comunidad doméstica llegó a existir, desapareció muy pronto y en los juristas, no hallamos la más leve traza de ella.

El hijo sometido a potestad no puede ser propietario. Este dogma se hallaba profundamente arraigado en las mentes de los juristas de la República tardía y del Principado, si bien había

262. No hay comunidad doméstica.

263. El dogma clásico y el *peculium profectitium*.

caído ya en desuso al final de la época republicana, por hallarse en flagrante conflicto con las exigencias y realidades del momento. La incapacidad patrimonial del hijo fué artículo de fe para los juristas, los cuales se limitaron a lo sumo, a adoptar medidas de compromiso, que complicaron mucho el Derecho concerniente a esta materia. Los juristas de entonces, prefirieron recurrir a estos artificios que abandonar el dogma sagrado, y dejaron que los juristas de la época post-clásica, llevasen a cabo la reforma tanto tiempo necesitada. Cuando un hijo adulto no vivía ya en la casa de su padre, éste no podía otorgarle la propiedad separada de determinados bienes, por ejemplo, la de los adquiridos por el hijo mismo mediante su trabajo. El hijo puede administrar los bienes que le han sido entregados (*peculium*, literalmente "propiedad de un ganado") lo mismo que un propietario e, incluso, puede disponer de ellos y afectarlos al pago de sus deudas, pero a pesar de todo esto, el padre continuaba siendo el único propietario legal de estos bienes y podía privar de ellos al hijo discrecionalmente, aun en el caso de que dichos bienes hubiesen sido adquiridos por el hijo con su propio trabajo (*adimere peculium*). Cuando el padre moría, el *peculium* pasaba a formar parte del patrimonio que a su muerte dejaba y cuando moría el hijo, no podía éste tener herederos testamentarios ni *ab intestato*. Esta artificiosa y, en sus detalles, intrincada institución, existía ya en el período republicano.

264. *Peculium
castrense.*

Bajo el Principado, cuando existió ya un gran ejército permanente, el sistema expuesto, fué completado con el reconocimiento de un peculio especial llamado *peculium castrense* (en contraste con él, el *peculium* a que nos hemos referido anteriormente es denominado *peculium profectivum*, si bien esta denominación es post-justiniana). Un hijo sometido a potestad, al ingresar en el servicio militar y vivir durante largo tiempo lejos de Roma y de Italia, no podía reducirse a la escasa posibilidad económica que le ofrecía un *peculium profectivum*. Las constituciones imperiales iniciaron una reforma que fué luego completada por los juristas. Los bienes que el soldado adquiría durante su servicio militar (y, después de Severo, las donaciones que recibía por razón de este servicio) constituían una propiedad especial, en la que el hijo tenía unas posibilidades mayores que las que le otorgaba la mera tenencia de un *peculium profectivum*. El propietario de un *peculium castrense* fué el padre, manteniéndose con ello la ortodoxia del antiguo principio. El hijo puede, sin embargo, administrar los bienes del peculio castrense y disponer libremente de ellos, no solamente inter vivos si que también (a diferencia de lo que ocurre con el *peculium profectivum*) por testamento y el padre, no puede

privar al hijo de estos bienes como podía privarle de los que constituían el *peculium profecticium*. Así pues, en este caso, la propiedad del padre, fué un *nudum ius*, pero tuvo, a pesar de ello, un alcance práctico: (1) cuando el hijo dejaba de ser soldado, pues el *peculium castrense* cesaba también entonces. Fué Adriano quien admitió la posibilidad de que los soldados licenciados tuviesen un *peculium castrense (veterani)*; (2) cuando el hijo moría intestado, pues en tal caso los bienes peculiares revertían en el patrimonio paterno *iure peculii* sin que tuvieran acceso a dichos bienes los herederos abintestato del soldado.

Estas normas de compromiso y artificiosas, fué el máximo a que llegaron los juristas clásicos. Hubiera sido fácil reconocer la propiedad del *peculium castrense* en el soldado y los juristas, desde la época de Adriano, hubieran podido provocar la reforma pertinente mediante constituciones imperiales, pero su actitud doctrinaria no les permitió dar este paso.

En la época post-clásica, el Derecho clásico fué gradualmente reformado y el arcaico principio arrojado por la borda. En el Derecho justiniano fué reconocida la capacidad patrimonial del hijo sometido a potestad. El hijo era dueño de sus adquisiciones, aunque el padre tuviese el derecho de administrarlas y el de usufructo sobre ellas. Los bienes que el hijo adquiría del padre, constituían, como en Derecho clásico, el *peculium profecticium*. El *peculium castrense* existió también y fué completado con un *peculium quasi castrense*. La exposición de toda esta reforma cae fuera de los límites que nos hemos impuesto.

265. Derecho post-clásico.

FUENTES

§ 263. Vide Gayo, 2.86-7.

§ 264. Vide *Epit. Ulp.* 20.10; D. (49.17) 2; *Inst. Iust.* (2.12) pr. sobre, *numerantur*.

BIBLIOGRAFÍA

§§ 263 y s. G. Mandry, *Das gemeine Familiengüterrecht*, I (1871); II (1876), anticuado, pero todavía muy valioso; Windscheid, *Pand.* III (1906), §§ 515 y s.; Micohier, *Pécule et capacité patrimoniale*, II (1922); Kaser, *Z.*, LVIII (1938), 85 y s.

§ 263. Albertario, "Libera administratio peculii", *Studi*, I (1933), 139 y s.; G. Longo, "Libera administratio peculii", *Bull.* XXXVIII (1930), 29 y s.

§ 264. H. Fitting, *Das castrense peculium* (1871); Appleton, *NRH.*, XXXV (1911), 593 y s.; Albertario, *Studi*, I (1933), 159 y s.; Guarino, "L'oggetto del castrense peculium", *Bull.* XLVIII (1941), 41 y s.

§ 265. Archi, "In tema di peculio quasi castrense", *St. Besta*, I (1939), 117 y siguientes.

5. OBLIGACIONES DEL HIJO «IN POTESTATE»

266. El principio.

La incapacidad del hijo para tener bienes propios, no implica necesariamente su incapacidad legal para obligarse. Es esto comprensible, si se tiene en cuenta que la incapacidad patrimonial del hijo, produce como consecuencia, que todas las adquisiciones que éste realiza, ingresen automáticamente en el patrimonio del padre, y en cambio la incapacidad del hijo para ser deudor, no podía determinar que el padre quedase obligado por los actos de aquél. Sin embargo, parece lógico eximir al hijo de toda obligación si no se reconoce propiedad alguna en su favor. Fué éste, indudablemente, el principio republicano y clásico, pero con una importante excepción.

267. Responsabilidad contractual.

1. Originariamente, un hijo *in potestate* no podía obligarse mediante contrato. En el Derecho clásico, continuó vigente este principio con respecto a la *filiafamilias*, en cambio un hijo sometido a potestad podía obligarse mediante contrato. Un hijo podía ser demandado y condenado en un proceso civil, pero la ejecución del mismo (incluída la ejecución en su persona; supra, párrafo 43) era imposible a menos que el hijo tuviese un *peculium castrense*.

268. Responsabilidad delictual.

2. Los hijos sometidos a potestad, lo mismo que los esclavos, no son responsables por sus delitos, *manente potestate*.

En ambos casos las acciones deben intentarse contra el padre.

269. Acciones adiecticiae.

1. Respecto a las obligaciones contractuales de un *filiusfamilias* el pretor otorgaba en ciertas condiciones, al acreedor, una acción contra el padre. Citemos, por ejemplo, la *actio de peculio*.

Cuando un padre otorga a su hijo un *peculium profectivum*, el padre, como ya se indicó, continúa siendo el dueño de los bienes peculiares. Supongamos ahora que el hijo ha prometido a alguien mediante una *stipulatio*, pagarle 100. El acreedor puede demandar al hijo, pero, *durante potestate*, no había posibilidad de ejecución contra él. En tal caso, el pretor añadía a esta acción, otra contra el padre (*adiicit actionem*), mediante la cual, este último, podía ser condenado en una suma igual, al importe del *peculium*. La fórmula rezaba, probablemente, así:

“Si paret L. Titium, qui in potestate Numerii Negidii est, Aulo Agerio centum dare oportere, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio centum dumtaxat de peculio condemnato”, etc.

El Edicto del pretor otorgaba varias de estas acciones mediante las cuales, cuando el hijo se había obligado por virtud de un contrato, el acreedor podía demandar también al padre. Desde el tiempo de los glosadores, estas acciones fueron llamadas *acciones*

adiecticiae qualitatis o *actiones adiecticiae* (*quia adiciuntur actionibus in filium*); sobre la base de estas acciones, los juristas clásicos tejieron una intrincada red de normas en cuya exposición, no podemos entrar.

2. El padre fué responsable por los delitos cometidos por el hijo, hallándose éste sometido a su potestad. Pero fué la suya, una responsabilidad exclusivamente noxal, la cual quedó expuesta en el § 73. El *noxae datus* se hallaba ahora *in causa mancipii* (supra, párrafo 257). La *noxae datio* de una hija, no fué practicada ya en época clásica por razones humanitarias. Gayo menciona únicamente la *noxae datio* de un hijo.

270. Actio noxalis.

En principio, no existieron obligaciones provistas de acción entre padre e hijos, pero a partir del siglo II a. de J.C., fué reconocida una obligación recíproca de mutuo mantenimiento impuesta por constituciones imperiales, siendo la *extraordinaria cognitio* el medio procesal idóneo para reclamar la efectividad de estas obligaciones. En Derecho clásico, el padre no estaba obligado a constituir dote en favor del marido de su hija.

271. Obligaciones entre padre e hijo.

FUENTES

- § 267. Gayo, 3.104; *Fr. Vat.* 99; D. (44.7) 39; (45.1) 1, 141, 2 [*impubere*].
§ 268. Gayo, 4.77, primera frase y D. (44.7) 14 y (5.1) 57 están interpolados.
§ 271. Vide Gayo, 4.78 hasta *nasci potest.*

BIBLIOGRAFÍA

- § 267. Perozzi, *Ist.* I (1928), 428 y s.; Silber, *Röm. Privatrecht* (1928), 310.
§ 268. Siber, *Naturalis obligatio* (1925).
§ 269. Kunkel, §§ 165 y s.; Lenel, *Edic.* (1927) §§ 101 y s.
§ 271. Mondry, l.c. I 279 y s.; Albertario, *Studi*, I (1933), 251 y s.; Kunkel, § 184.6; Castelli, *Scritti giur.* (1923), 129 y s.

6. FIN DE LA «PATRIA POTESTAS»

La *patria potestas* terminaba:

272. Extinción.

1. Por muerte o *capitis deminutio* (supra, § 123) del padre o del hijo. La mera ausencia, no extinguía la *potestas*.

2. La *potestas* sobre una hija terminaba por el hecho de adquirir ésta la condición de Vestal y la *potestas* sobre un hijo, por adquirir éste la condición de *flamen Dialis*.

3. La *potestas* sobre una hija se extingue también por quedar ésta sometida a la *manus mariti*. La coexistencia de la *manus* y

la *potestas*, aunque es perfectamente concebible, no fué admitida por los juristas. La consecuencia de ello es que cuando el marido de una *uxor in manu* muere, la mujer se convierte en *sui iuris* y no cae de nuevo en la *potestas* de su padre.

4. La *potestas* sobre una hija terminaba también por la venta de ésta *in causam Mancipii* y la *potestas* sobre un hijo por la triple venta de éste (supra, § 249). En tal caso después de la primera y segunda venta, el hijo se hallaba *in causa Mancipii* e *in potestate patris*. La coexistencia de estos dos poderes, era tan poco consonante con las tendencias clásicas, que en el único supuesto que *in causam Mancipii esse*, entrañaba un poder efectivo y no simplemente formal, como por ejemplo en la de la *noxae datio* (vide supra, § 257), los sabinianos llegaron a afirmar la cesación de la *patria potestas* sobre un hijo después de la primera venta de éste (Gayo, 4.79).

5. Finalmente, la *patria potestas* termina por la *adoptio* y la *emancipatio*, pues ambas tenían lugar por la venta del hijo *in causam Mancipii* (si era hijo por la triple venta). En cuanto a la emancipación, el hijo solía ser remancipado a su padre por el adquirente, después de la tercera *Mancipatio*. El padre luego concedía la libertad al hijo mediante *manumissio*, adquiriendo así el padre la condición de patrono de su hijo emancipado (*parens manumissor*).

273. Efectos jurídicos.

En lo que se refiere a los efectos de la extinción de la *patria potestas*, hay tres posibilidades:

1.^a El hijo queda sometido a una nueva *potestas* o a una *manus*. En caso de adopción, el hijo continuaba *in potestate patris adoptivi*. Cuando el hijo estaba *in potestate* de su abuelo y éste moría, pasaba el hijo a estar sometido a la *potestas* de su padre, si éste vivía aún y no había sido emancipado por el abuelo.

2.^a El hijo quedaba libre de *potestas* y adquiría, como los romanos dicen, una *potestas* sobre sí mismo, *in suam tutelam et potestatem pervenit*. Esto es, adquiría la condición de *sui iuris* (= *suae potestatis*).

3.^a No ocurría ninguno de los casos anteriores si el hijo moría o sufría una *capitis deminutio maxima* o *media* (supra, § 123).

274. Responsabilidad contractual y delictual.

Para terminar, queremos añadir unas notas concernientes a la responsabilidad por contratos celebrados y delitos cometidos durante la *potestas*.

1. Como queda dicho (supra, § 267), un *filiusfamilias* (no una *filiafamilias*) respondía por las obligaciones contractuales. Cuando el hijo se hacía *sui iuris*, podía ser demandado por ellas, (si las obligaciones quedaban extinguidas por *capitis deminutio*,

podían éstas ser restablecidas mediante una *in integrum restitutio*) siendo ahora posible ya la ejecución, si bien, la ejecución en la persona, resultase en algunas ocasiones prohibida (el llamado *beneficium competentiae*; infra, § 793).

2. Cuando un hijo o hija *in potestate* cometía un delito, como ya hemos dicho (supra, § 268), no eran responsables *durante potestate*, pero lo eran en cambio cuando se hacían *sui iuris*, según el principio *noxa caput sequitur*.

3. Las *actiones adiecticiae* (supra, § 269) entabladas contra el anterior *paterfamilias*, no resultaban afectadas por la extinción de la *potestas*, pero en el caso de la *actio de peculio* hubo un plazo límite (*actio de peculio annalis*; vide supra, §§ 82 y s.).

4. La *actio noxalis* se extinguía al cesar la *potestas*. Si el hijo pasaba a estar sometido a una *potestas* distinta, la acción era ahora ejercitable contra el nuevo *paterfamilias*, pues: *noxa caput sequitur*.

F U E N T E S

§ 272. Vide Gayo, 1.127, primera frase; 1.128; D. (23.2) 10, totalmente espúrio; Gayo, 1.130; 1.136; 1.132; 4.79 (Gayo 1.138 es defectuoso); 1.134.

§ 273. Vide Gayo, 1.127.

§ 274. Vide D. (14.5) 5 pr.; Gayo, 4.77.

B I B L I O G R A F Í A

§ 272. W. Erbe, *Die Fiducia* (1940), 170 y s.; Lévy-Bruhl, *Nouvelles Études* (1947), 80 y s.; Goethe, *Faust* I: "Du must es dreimal sagen"; Grimm, *Deutsche Rechtsaltertümer*, I (1899), 286.

§ 274. Mandry, l.c. I, 414 y s. Sobre *beneficium competentiae*, vide Lenel, *Edict.* (1927), 278; A. Levet, *Le Bénéfice de compétence* (1927), 61 y s.

7. RELACIONES ENTRE PADRES E HIJOS ADEMÁS DE LAS QUE ORIGINA LA «PATRIA POTESTAS»

I. *Hijos legítimos*

El hijo está obligado a guardar *obsequium* y *pietas* con respecto a sus padres. Ello produce, como consecuencia, las siguientes normas:

275. *Obsequium*
y *pietas*.

1. El hijo no debe demandar a sus padres ante los tribunales sin obtener la previa autorización del pretor.

2. El hijo no debe entablar *actiones famosae* contra sus padres (supra, § 79).

3. El hijo no debe ejecutar a los padres en la persona de éstos (el llamado *beneficium competentiae*, infra, § 793).

276. Educación.

El derecho del padre a educar a su hijo (si éste no se halla sometido a su poder) no aparece mencionado en nuestras fuentes. En lo que se refiere al derecho de la madre, el Emperador Antonino Pío estableció que la madre, podía tener al hijo bajo su guarda y cuidado personal, cuando el hijo no era convenientemente atendido por el padre. La educación corresponde muy extensamente a la madre, sobre todo después de muerto el padre, pero aquélla está obligada legalmente a recabar el permiso de quien tiene el derecho a educarle y, en particular, el permiso del tutor.

277. Alimentos.

Las reclamaciones por alimentos entre padres e hijos fueron permitidas a partir del siglo II d. de J.C.

II. Hijos ilegítimos

278. Hijos ilegítimos.

El parentesco entre los hijos ilegítimos (*spurii, vulgo quaesiti*) y la madre, fué probablemente el mismo que existía entre ésta y sus hijos legítimos. El parentesco legal entre el hijo ilegítimo y su padre, no fué, en principio, reconocido, y el padre no estaba, por tanto, obligado a mantener al hijo nacido de su concubina. Adriano otorgó la *bonorum possessio ab intestato* a los hijos ilegítimos de soldados (infra, § 415). Indudablemente, el hijo ilegítimo, no constituyó en esta época un problema social. Es significativo que Augusto no permitiera la inscripción de los hijos ilegítimos en el registro de nacimientos. Fué Marco Aurelio quien hizo accesible este registro a dichos hijos (supra, § 126). Incluso las llamadas "fundaciones alimentarias" les conceden muy escasa consideración. En la fundación que se menciona al comienzo de la tabla de Velleia, se procuran alimentos a 245 muchachos hijos legítimos, a 34 muchachas hijas legítimas, a un muchacho hijo ilegítimo y a una muchacha hija ilegítima. Los juristas clásicos no consideraron seriamente este problema porque evidentemente no caía dentro del horizonte de sus atenciones. La disposición de Justiniano (Novella 89, praef.) es perfectamente veraz: "Naturalium liberorum nomini in legislatione Romana olim opera data non erat neque ulla ei humanitas favebat, sed tamquam peregrinum et plane alienum a re publica existimabatur".

F U E N T E S

§ 276. Vide D. (43.30) 1.3 y 3.5.

§ Vide C. (5.25) 1-4.

§ 278. Adriano, *epistula*: FIRA., I, núm. 78 con Berger, *Journal of Juristic Papyrology*, I (1945), 28; Fundación de Velleia: Bruns, *Fontes*, núm. 145a; FIRA, III, núm. 116.

BIBLIOGRAFÍA

§ 275. Bonfante, *Corso*, I (1925), 278.

§ 276. Taubenschlag, *Law of Greco-Roman Egypt* (1944), 113 y s.; Jolowicz, *JRS. XXXVII* (1947), 87.

§ 277. Albertario, *Studi*, I (1933), 251 y s.; Taubenschlag, *St. Riccobono*, I (1936) 507 y s.; *Law of Greco-Roman Egypt*, 107, 114.

§ 278. E. Weiss, *Z.*, XLIX (1929), 260 y s.; *PW.*, IIIA, 1889; H.J. Wolff, "The background of the post-classical legislation on illegitimacy", *Seminar. III* (1945), 21.

CAPÍTULO V

INSTITUCIONES TUTELARES

1. INTRODUCCIÓN

279. Juicio va-
lorativo.

El Derecho clásico referente a tutela no merece, en verdad, la acerba crítica de que ha sido objeto por parte de muchos estudiosos, los cuales no conocieron el verdadero alcance del Derecho de aquella época. Apreciado en su conjunto el derecho tutelar, constituye una creación nada despreciable. Fué cuidadosamente elaborado y atendió a muy variados intereses. Fué humano, liberal y nada burocrático. Tales son los más destacados rasgos de este Derecho, que se halla regido por tres principios supremos.

280. Principios.

1. La tutela clásica es la guarda o cuidado de una persona necesitada de protección. Originariamente en Derecho romano, el tutor ejercía una autoridad que le era otorgada en interés propio y en el de la familia, pero este principio perdió su vigencia en los últimos días de la República y en Derecho clásico, solamente algunas leves supervivencias nos recuerdan el primitivo *munt* (para usar del término propiamente germánico) que tuvo un tiempo el tutor romano. En la época antigua Servio Sulpicio (cónsul el año 51 antes de Jesucristo) definía la tutela como “*vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem sexumve sua sponte se defendere nequit*”. La parte más importante de esta definición, es la de que contiene la diferencia específica (*ad tuendum*, etc.). La *patria potestas* es también una *vis ac potestas in capite libero*, pero es un poder que se confiere en el propio interés del padre, mientras que la tutela clásica tiene un carácter desinteresado y altruista.

2. El tutor clásico es una persona privada y no un funcionario. Desempeña su cargo en principio sin que se dé interferencia alguna del Estado en la autoridad del tutor. Este sistema no burocrático, es muy conforme al espíritu liberal que inspira el Derecho privado romano. Por regla general, el tutor es un pariente próximo o un amigo de la familia, pues la idea de un tutor profesional fué ex-

traña a los juristas ya que los hijos ilegítimos no llegaron a constituir un problema social (supra, § 278).

3. Existe un Tribunal encargado de la protección de los pupilos sobre el que pesa el primordial deber de proveer de tutor siempre que sea legalmente necesario.

Ciertamente que el Derecho clásico de tutela, adolece de graves defectos. Algunas de sus partes ofrecen unos rasgos arcaicos, especialmente la *tutela mulierum*, la cual, desgraciadamente no fué abolida por los juristas de la época clásica. Otro grave defecto, es la exclusión de las mujeres para el desempeño de la tutela, no obstante ser éstas las que por imperativo natural, cuidan de los impúberes. Resulta, pues, por ejemplo, que una viuda, no puede ser tutora de sus hijos y como no existe la *materna potestas* (supra, § 240), ha de ser otra persona la que ejerza, en caso de viudez de la mujer, el cargo de tutor. Finalmente, el Derecho clásico, en lo que respecta a sus características técnicas, ofrece una gran complicación. Los diferentes estadios histórico-legales — Derecho de las Doce Tablas y leyes posteriores, Derecho pretorio y consular, Derecho de los *senatusconsulta* y constituciones imperiales — hubieran debido ser coonestados y ordenados. Tales defectos fueron en parte atenuados en la era post-clásica. En conjunto, el Derecho del *Corpus Iuris* fué muy superior al Derecho germánico medieval y, por ello, no resulta sorprendente, que el desenvolvimiento jurídico europeo, a partir del siglo XIII, acuse en todas partes una clara influencia romana.

El Derecho clásico no posee un término general que exprese las funciones propias de quien está encargado de guardar o proteger a quien necesita de protección; distingue entre *tutor* (protector) y tutela de una parte, y *curator* (curador) y *cura* de otra. En la exposición que sigue, ambas instituciones deben ser cuidadosamente distinguidas.

281. Terminología.

No resulta tarea fácil precisar el Derecho clásico de la tutela basándonos en fuentes seguras, a pesar de que la exposición que hace Gayo en su *Instituta* nos haya sido conservada completamente. Las diferentes fuentes del Derecho clásico — *leges*, *senatusconsulta*, *constitutiones principum* — no se conservan y las citas de estas fuentes son descuidadas, aparte de que muy importantes detalles pueden haberse perdido por causa de las abreviaturas de los textos clásicos hechas por los autores del período siguiente. Además, la época post-clásica reformó gran parte del Derecho clásico y la reforma se llevó a cabo mediante interpolaciones. Solamente una cuidadosa crítica de los textos puede permitir la restauración del Derecho clásico. En el curso de los últimos cincuenta

282. Estado de las fuentes e investigación moderna.

años, parte considerable de esta restauración se ha llevado a cabo por Siro Solazzi a través de numerosas obras. En las líneas que siguen nos limitaremos a consignar los rasgos fundamentales del Derecho clásico de tutela.

F U E N T E S

§ 280. Vide D. (26.1) 1 pr. El texto está corrompido (los compiladores han eliminado *tutela mulierum*) y el original no puede ser restaurado con certeza. Las palabras *al tuendum... nequit* no pueden ser suprimidas, pues ello implicaría, el que la definición resultase deficiente, habida cuenta de que la *patria potestas* es una *potestas in capite libero*. Vide Kübler, *St. Besta*, I (1939), 75; Z., LIX (1939), 562; H.J. Wolff, *St. Riccobono*, III (1936), 461, núm. 124; Beseler, *Scritti Ferrini*, III (1948), 284.

B I B L I O G R A F Í A

§§ 279 y s. Rudorff, *Das Recht der Vormundschaft*, I (1832); II (1833); III (1834); Windscheid, *Pand.* III (1906), 113 y s. Bibliografía moderna: Bonfante, *Corso*, I (1925), 403 y s.; E. Sachers, PW., VIIA, 1497 y s. (una muy útil visión de conjunto, con muchas referencias); R. Taubenschlag, *The Law of Greco-Roman Egypt* (1944), 119 y s.

§ 280. 1. Solazzi, *Istituti tutelari* (1929), 1 y s.; A. Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, II (1886), 480 y s.; Pollock y Maitland, *History*, I (1911), 323; II (1911), 444; H. Mitteis, Z. (germ. Abe.), LXIII (1943), 179 y s.; Molitor, Z. (germ. Abt.), LXIV (1944), 112 y s.

§ 281. Sobre la diosa romana *Tutela*, vide PW., VIIA. 1599 y s.

2. IMPÚBERES

283. Pupilos.

Los impúberes que no se hallan sometidos a uno de los tres géneros clásicos de potestad (*potestas, manus, mancipium*), necesitan que se les nombre un guardián, el cual es llamado tutor. El término *pupillus* ("pequeña muñeca" del Lat. *pupus*) se usa en algunas ocasiones como sinónimo de *impubes*, y otras para designar un *impubes* que tiene o debe tener un tutor.

284. Pubertad.

Impúberes en Derecho clásico son las personas jóvenes que no han alcanzado la edad de la pubertad. Las mujeres son púberes al cumplir los doce años de edad. En el caso de los varones, la pubertad fué, conforme a la costumbre romana, objeto de reconocimiento por la familia, y era celebrada con una fiesta familiar en la que el púber vestía la *toga virilis*. Algunas veces el púber era inscrito en un registro público. Al final de la república, se manifestó la tendencia a fijar la pubertad de los varones, al cumplir éstos los 14 años de edad, criterio que fué adoptado por la escuela de los pro-

culeyanos, en tanto que los sabinianos eran partidarios de mantener la vieja costumbre. A partir del siglo segundo a. de J.C., existió otra doctrina, según la cual, un muchacho era legalmente *pubes* cuando tenía 14 años y lo era en realidad. Todas estas opiniones tan diversas, tuvieron sus partidarios en las distintas escuelas de Derecho que hubo hasta Justiniano, pero parece que la práctica, siguió la tercera doctrina e incluso el sabiniano Gayo se contentó con los 14 años. La doctrina proculeyana fué confirmada por Justiniano.

F U E N T E S

§ 283. Vide Gayo, 1.142, 189.

§ 284. Vide Gayo, 1, 196; 1, 40; 2, 112, 113; *Epit. Ulp.* 11.28; cf. *lex Urson.*, cap. 98; *lex Pap. Pop.*, *Epit. Ulp.*, 16, 1.^a; *C. Th.* (2.17) 1.1 (N.B. *viros non sera pubertate*); *C. Iust.* (5.60) 3; *Inst. Iust.* (1.22) pr.; *Michigan Papyri*, VII (1947), núm. 433: el registro de varones que han vestido la *toga virilis*.

B I B L I O G R A F Í A

§§ 283, 284. Pernice, *Labeo*, I (1873), 206 y s.; Rotondi, *Scritti giur.*, III (1922), 488.

3. LOS TRES GÉNEROS DE LA «TUTELA IMPUBERUM»

El Derecho clásico distingue tres géneros de *tutela impuberum* según el modo como ésta es deferida:

285. Tres géneros de la tutela *impuberum*. Terminología.

I. *Tutela testamentaria*. En este caso el tutor es designado por el testamento del padre del pupilo.

II. *Tutela legitima*. El tutor en este supuesto, es designado directamente por las Doce Tablas.

III. *Tutela decretalis*. El tutor es nombrado por Decreto del magistrado.

La *tutela testamentaria* (*tutor testamentarius*) y la *tutela decretalis* (*tutor decretalis*) no son expresiones clásicas, pero son indispensables en esta exposición. Justiniano llamaba *tutor dativus* al tutor designado por un magistrado (*C. Iust.* 1.3.51 pr.; nunca en *Inst. Iust.*) terminología desdichada, que debe evitarse siempre. Gayo (1.154) llama a un *tutor mulieris* designado nominativamente en el testamento del marido "tutor dativus" (en contraste con el "tutor optivus", vide infra, § 314). El autor post-clásico del *Epit. Ulp.* sin entender a Gayo llamó a todo tutor nombrado en testamento *tutor dativus* (*Epit. Ulp.* 11.14).

El modo de originarse la tutela, determina fundamentalmente el carácter de ésta, y por ello la materia tutelar habrá de ser estudiada en relación con el respectivo origen de cada tutela.

I. *Tutela impuberum testamentaria*

286. Tutela impuberum testamentaria.

El Derecho del padre a designar en su testamento tutor para sus hijos sometidos a potestad, se fundaba, según los juristas, en las Doce Tablas. La madre no poseía este derecho porque no existe una *materna potestas* (supra, § 240). El padre no debe interferirse en la *potestas* de otra persona. Supongamos que *A* tiene en su poder un hijo *B* y un nieto *C* (hijo de *B*). *A* no debe designar tutor para *C* puesto que a la muerte de *A*, *C* queda sometido al poder de *B* (supra, § 273). El padre utiliza una cierta fórmula cuyo modelo es la del *legatum per vindicationem* (infra, § 555) o el de la *heredis institutio* (infra, § 443). La persona nombrada es tutor automáticamente, en el instante en que el testamento entra en vigor, sin que se requiera confirmación por la autoridad, ni aceptación por parte de la persona designada. Este último puede, ciertamente, rechazar la tutela (*se abdicare tutela*). Este género de tutela ha conservado su arcaico carácter de *munt* (supra, § 280), ya que entrañaba un verdadero derecho del tutor, pero no el correlativo deber a actuar como tal. Desde el tiempo de Claudio, el *tutor testamentarius* se hallaba obligado a ejercer sus funciones y el antiguo *ius se abdicandi* fué sustituido por un mero *ius se excusandi* (infra, § 292).

II. *Tutela impuberum legitima*

287. Tutela impuberum legitima.

En defecto de *tutor testamentarius* las Doce Tablas deferían la tutela a la persona, que siendo varón, fuese al mismo tiempo el heredero más próximo del pupilo, a tenor del mencionado código decemviral (*heres legitimus*, vide infra, §§ 389 y s.).

Las jurisprudencias inglesa y francesa han censurado acremente esta norma, considerando que el nombramiento de tutor en favor del heredero más próximo del pupilo viene a ser algo *quasi agnum committere lupo ad devorandum*. El temor de que el heredero presunto del pupilo pueda abusar de su posición como tutor incluso causando la muerte del pupilo para convertirse en heredero de éste, es realmente infundado y se revela únicamente en Persio, 2.12. Hallamos esta misma regla en el Derecho común continental y en otros Derechos y el recelo inglés no tiene, en nuestra opinión, fundamento alguno.

El *tutor legitimus* es automáticamente tutor en el momento mismo en que surge la necesidad de la tutela. A diferencia del

tutor testamentarius no tiene derecho a abdicar del cargo, si bien puede transferir la tutela a otra persona mediante una *in iure cessio*. Se originó esta norma, cuando todavía la *tutela decretalis* era desconocida o, por lo menos, no practicada como institución normal. El Derecho de esta época, quería que hubiese tutor en todo caso y no podía permitir al *tutor legitimus* abdicar de su cargo, sino únicamente transmitirlo a otra persona. Si no había alguien a quien poder transmitir la tutela, el *tutor legitimus* continuaba siéndolo. Esta obligatoria prosecución en el cargo, no resultaba dura, por no estar el tutor obligado a ejercer la tutela, ya que la *tutela legitima*, lo mismo que la *testamentaria*, al menos originariamente, fué un mero *munt* (supra, § 286). La arcaica tutela legítima se mantuvo, a diferencia de la testamentaria, durante todo el período clásico. Indudablemente el *tutor legitimus* no tenía el *ius se abdicandi*. Hubiera correspondido a las tendencias que se manifestaban en esta época, haberle conferido este derecho para dar de este modo mayor ocasión de aplicar la más moderna *tutela decretalis*. Pero esto no ocurrió. El *tutor legitimus* no tuvo el *ius se excusandi*, por no estar obligado a desempeñar sus funciones.

La *tutela legitima adgnatorum* sobre mujeres fué abolida por Claudio, así que subsistió únicamente la tutela legítima del patrono sobre su liberta (infra, § 395). Además, el *tutor legitimus* sobre pupilos varones, perdió (aunque no sepamos cuándo) el derecho a transmitir la tutela a otra persona mediante la *in iure cessio*.

III. *Tutela impuberum decretalis*

A falta de tutor *testamentarius* o *legitimus*, el *impubes* quedaba, según la Ley de las Doce Tablas, sin tutela. No sabemos si en tal caso los cónsules y más tarde el *praetor urbanus*, intervenían en el nombramiento de tutor. Esta intervención no parece muy verosímil. Se ha afirmado que debió hacerse esta designación, porque de lo contrario, el *pupillus* hubiera quedado huérfano de amparo. En la Alemania medioeval y en el siglo XIII, muchos menores quedaron sin tutores y es muy probable que lo mismo ocurriese en Roma en los antiguos tiempos de la República.

La disposición más antigua fué la *lex Atilia*, la cual ordenaba al *praetor urbanus*, el nombramiento de un tutor cuando el *impubes* careciese de *tutor testamentarius* y de *tutor legitimus*. Un tutor nombrado de este modo, era llamado *tutor Atilianus*.

La *lex Atilia* fué probablemente un plebiscito y Atilius un *tribunus plebis*. La fecha de la ley es desconocida, pero como Livio, en su referencia del *senatusconsultum de Bacchanalibus* (186 a. J.C.) menciona un

288. Tutela decretalis antes de la Ley Atilia.

289. Lex Atilia.

tutor Atilianus (39.9.7), la *lex Atilia* debe ser anterior al año 186. Es sabido que Livio apoya sus referencias en fuentes muy veraces.

290. *Lex Iulia et Titia.*

Una *lex Iulia et Titia* (31 a. de J.C.) extendió a provincias la aplicación de la *lex Atilia*, autorizando a los gobernadores de provincias para proceder a nombrar tutores.

Actualmente, a la vista de los papiros, no puede haber duda de que la fórmula "*lex Iulia et Titia*" se refiere a una ley única rogada por los cónsules Iulio y Titio y no a dos leyes (una *lex Iulia* y otra *lex Titia*). En 31 a. J.C., Octaviano (desde su adopción por Cayo Julio César, su nombre fué C. Julio César) fué cónsul por tercera vez y en el mismo año M. Titio L.F. cónsul *suffectus* de mayo a octubre. Así pues, el año 31 a. J.C. debe ser aceptado como la fecha de la ley. El hecho de que ésta sea en ocasiones citada abreviadamente como *lex Titia* o *lex Iulia* no es extraño. Theoph. *Paraphras*, 1, 20 pr., es pura fantasía.

291. *Lex Salpensana y lex Ursonensis.*

No poseemos la *lex Atilia* ni la *lex Iulia Titia*, aunque Gayo (1.185) nos da un resumen de su contenido. Felizmente disponemos del capítulo 29 de la *lex Salpensana* — una ley del *municipium* latino de Salpensa (España) que corresponde a la época de Domiciano — y que se ocupa de la *tutoris datio*. Recientemente ha sido hallado el capítulo 109 de la *lex coloniae Genetivae Iuliae sive Ursonensis* publicada por Antonio después de la muerte de César. Ambas leyes adoptan según toda probabilidad, como modelo, la *Lex Atilia*. Con la ayuda de estos materiales nos hallamos en condiciones de establecer las normas contenidas en la *lex Atilia* y en la *lex Iulia Titia*.

292. Normas de las *leges Atilia y Iulia Titia.*

a) Debe ser nombrado tutor *cui tutor non erit incertusve erit*, esto es, cuando un *pupillus* no tiene tutor o es legalmente incierto si lo tiene o no (vide Gayo 1, 187).

b) Un tutor es nombrado únicamente si alguien (*quivis ex populo*) comparece para postular el nombramiento (*postulare*) proponiendo una determinada persona (*nominare*).

c) Conforme a la *lex Atilia*, el tutor debe ser nombrado por el *praetor urbanus de maioris partis tribunorum plebis sententia*, de acuerdo con la *lex Iulia Titia*, por el gobernador de provincia. El magistrado debe pronunciar su decreto *causa cognita*, probablemente — como se establece en la *lex Salpensana* — dentro de un plazo de diez días.

d) La forma de este decreto se nos revela en los documentos egipcios. El magistrado declaraba *illum tutorem do*, añadiendo *quo ne ab iusto tutore tutela abeat*. La finalidad de esta última cláusula, que reproduce exactamente el texto de las *leges* (como muestra la *lex Salpensana* y la *lex Ursonensis*), fué la de que

en el caso de haber un tutor testamentario o legítimo, no quedase éste privado de la tutela por efecto del nombramiento. En tales casos, el decreto era válido, pues de lo contrario, nadie habría concertado negocios jurídicos con el *tutor decretalis*. Sin embargo el tutor nombrado (*tutor adiunctus*), era depuesto tan pronto como el magistrado comprobaba la existencia de un *tutor testamentarius* o *legitimus*.

e) *Tutor decretalis* “tam iustus tutor esto quam si is adgnatus proximus tutor esset”, esto es, como si fuese un *tutor legitimus*. En un documento egipcio, el magistrado declaraba, conforme a lo dicho, *M. Longum legitimum tutorem do.* ¿Por qué no dice la ley, simplemente, *iustus tutor esto*? Porque en esta época, el *tutor testamentarius* tenía aún el *ius se abdicandi* (supra, § 286) y el legislador no abrigaba deseo alguno de conferir tal derecho al *tutor decretalis*. Ciertamente que la posición del *tutor decretalis* no fué, a pesar de las palabras contenidas en la ley, absolutamente idéntica a la del *tutor legitimus*. Este último no tenía *ius abdicandi*, pero, por otra parte, tampoco estaba obligado a ejercitar las funciones propias de su cargo (supra, § 287). El *tutor decretalis* se hallaba en cambio, desde un principio, obligado a actuar como tutor, pues la finalidad del nombramiento no podía ser la de otorgar un mero título. Por esta razón, la persona a quien el magistrado intentaba nombrar tutor, podía excusarse alegando ciertas razones (*causae excusationis*) las cuales eran examinadas y aceptadas o rechazadas, por el magistrado. Incluso un tutor ya nombrado, podía alegar una excusa y si el magistrado la hallaba fundada, dicho tutor era dimitido del cargo.

La *lex Atilia* y la *lex Iulia Titia* se mantuvieron en vigor durante todo el período clásico. La relación contenida en la *Instituta* de Justiniano (1.20.3) es inexacta, como han mostrado bien a las claras, algunos documentos egipcios. Además del *praetor urbanus*, los cónsules pudieron (a partir de Claudio) nombrar tutor. Desde el Emperador Marco, hubo un especial *praetor tutelarius* (el término *tutelararis* es post-clásico). Los *Italici iuridici* también fueron competentes por disposición de este último Emperador, para proceder a estos nombramientos. En los *municipia* latinos (supra, § 134), los *duoviri* podían nombrar tutores, mientras que en los *municipia* romanos, los magistrados municipales, únicamente pudieron formular propuestas. En Urso (una *colonia civium Romanorum*), los *duoviri* estaban facultados para la designación de tutores según han demostrado, con toda evidencia, fragmentos recién descubiertos. En las provincias, los gobernadores, pueden delegar la facultad de nombrar tutor en otras autoridades. Los detalles co-

293. Magistrados clásicos.

rresponden más bien que al derecho de tutela, a la historia del derecho administrativo.

294. Procedimiento ante los magistrados.

En el curso del período clásico las normas concernientes al procedimiento seguido ante los magistrados, tuvieron un desarrollo gradual, especialmente en lo que se refiere al *ius se excusandi*. Aunque es muy interesante su estudio, no podemos hacerlo en esta obra.

295. Tutela decretalis ajena al fin de las leyes Atilia y Iulia Titia.

La *lex Atilia* y la *lex Iulia Titia*, ordenaba a los magistrados, nombrar tutor cuando no hubiera *tutor testamentarius* o legal, pero la *tutela decretalis* no se limitaba, en su aplicación, a estos casos. La máxima *tutorem habenti tutor non datur*, no es clásica. En la época republicana, el *praetor urbanus* se consideraba competente para nombrar un tutor aunque ya existiese otro tutor legítimo o testamentario, si bien sólo conocemos un caso en que el pretor haya usado de este poder, aquel en que el tutor pretendía accionar contra el pupilo o viceversa. Este tutor era llamado *tutor praetorius* por ser designado por el pretor sin autorización legal. En la época clásica los magistrados, no eran competentes para nombrar tutor sin hallarse autorizados por *lex*, *senatusconsultum* o *constitutio principis*. Así, conforme a un *senatusconsultum*, el *praetor urbanus* puede designar un tutor, cuando el *tutor testamentarius* ha sido removido del cargo o se ha excusado. El *tutor legitimus* no podía intervenir en tal supuesto, porque el testador, mediante su designación, había revelado claramente su intención de excluir al tutor legítimo. Además, ya hemos observado anteriormente que hubo la tendencia a arrumbar un poco la antigua tutela legítima (supra, § 287). Esta misma tendencia condujo a la confirmación de un nombramiento inválido de tutor testamentario. Cuando un padre había otorgado un testamento válido que contenía, sin embargo, una *datio tutoris nula* (por inobservancia, por ejemplo, de la forma prescrita), el nombramiento podía ser confirmado por los magistrados, a tenor de las constituciones imperiales. Este tutor era, en verdad, un *tutor decretalis* y no un *tutor testamentarius*, pero excluía al *tutor legitimus* del mismo modo que lo excluía el *tutor testamentarius*. Aunque el *tutor legitimus* no era privado de su tutela, no podía ejercer su poder de administración, pues tal poder era reconocido únicamente al *tutor confirmatus*. Los casos en que tal confirmación era permitida, no fueron determinados por ninguna norma abstracta. Los Emperadores procedieron a confirmar casos concretos y los magistrados, ayudados por sus juristas, generalizaron y completaron las decisiones imperiales mediante una labor interpretativa.

FUENTES

§ 285. *Tutela legitima* y *tutor legitimus* son expresiones clásicas: Gayo, 1, 155; 165. El término *tutela testamentaria* no aparece nunca en Gayo. *Inst.* (cf. Gayo, 1. 155 *tutor testamentarius*); los pasajes del Digesto que los contienen (*Voc. Iur. Rom.*, V, 1021, 14 y s.) son espúrios. *Tutor dativus* aparece en el Digesto una vez solamente (*Voc. Iur. Rom.*, II, 18.24): D. (46.6) 7, interpolado.

§ 286. Vide *Epit. Ulp.* 11.14; Gayo, 1.144, 146, 189. Forma de la *datio tutoris*: Gayo, 1.149; 2.289; cf. Gayo 2. 117, 193. *Abdicatio* y *excusatio*: BGU., 1113, L. 8 (Mitteis, *Chrest.*, núm. 169; FIRA, III, núm. 31, con una traducción latina; Gayo, 1. 182 (N.B., referido solamente a la *tutela testamentaria*); *Fr. Vat.* 223 *in fine.*, cf. FIRA, III, núm. 30 (*excusatio tutoris testamentarii*).

§ 287. Vide Gayo, 1.155, 164, 165. *In iure cessio*: Gayo, 1.168, 169; *Epit. Ulp.* 11.17 (referido únicamente a la *tutela mulierum*). *Lex Claudia*: Gayo, 1, 157, 171.

§§ 289, 290. Vide Gayo, 1.185.

§ 291. Cap. 29 de la *lex Salp.* (Bruns, *Fontes*, núm. 30; FIRA, I, número 23) resulta de comprensión difícil, porque su autor ha reelaborado, con poca destreza, un modelo anterior (*lex Atilia* o *lex Urson*); vide D. Gradenwitz, "Die Stadtrechte von Urso, Salpensa, Malaca" (*Heidelberg*, SB., Phil. hist. Kl. 1920, 17. Abhandl.); F. Schulz, *St. Solazzi* (1948), 451 y s. Traducción inglesa: Hardy, *Three Spanish Charters* (1912), 83 y s. Para los nuevos fragmentos de la *lex Ursonensis*, vide d'Ors, "Los bronceos de El Rubrio", *Emerita*, *Boletín de lingüística y filología clás.* IX (1941), 138 y s.; J. Mallon, "Les Fragments de El Rubrio et leur appartenance à la lex Coloniae Genetivae Iuliae", *Emerita*, XII (1944), 1 y s.; los textos fueron reimpresos en *Rev. Archaeol.* XXVI (1946), núms. 120-2 y *Année épigr.* Vide Schulz, l.c.

§ 292. Vide *P. Oxy.*, IV, 720 (= FIRA, III, núm. 24); además, el documento publicado por Sanders, *Z. f. d. neutestamentliche Wissenschaft*, XXXVII (1938, publicado en 1939), págs. 191 y s. (las observaciones de Sanders sobre *legitimus* son equivocadas) = *L'Année épigr.* 1947, núm. 12; cf. FIRA., III, núm. 25. Estos documentos se ocupan del *tutor mulierum*, pero la forma de una *datio tutoris impuberum* fué la misma.

§ 294. Vide *Fr. Vat.* 149, 150 (cf. D. 27.1, 6.2 y 12 con Schulz, *History*, 273, núm. 12); *Fr. Vat.* 186 [*vel... curator*], 189.

§ 295. D. (26.1) 6.2; Gayo, 1.184; 1.182 (referido únicamente a la *tutela testamentaria*); D. (26.3) 1 pr. § 1.

BIBLIOGRAFÍA

§ 285. Solazzi, *Studi sulla tutela*, I (1925), 1 y s.

§ 286. Solazzi, *Istituti tutelari* (1929), 12 y s.; 155 y s.; Bonfante, *Corso*, I (1925), 427; Beseler, *Z.*, L (1930), 443 (inacceptable); Sachers, *PW.*, VIIA. 1508, 1532; Lévy-Bruhl, *St. Solazzi* (1948), 318 y s.; Guarino, *ibid.* 31. Sobre BGU., 1113, vide Solazzi, "L'abdicatio tutelae e BGU. 1113", *Rend. Lomb.* XLVIII (1915), 985 y s.

§ 287. Sachers, l.c. 1505, 1533, 1534; Solazzi, *La legge delle XII Tavole sulla tutela* (1928). Sobre el criticismo inglés, vide *Leges Henrici*, 70, 19; Libermann, *Gesetze der Angelsachsen*, I (1903), 589, con referencias; For-

tescue, *De Laudibus legum Angliae* (ed. Chrimes, *Cambridge Studies in English Legal History*, 1942), C. 44; Coke, *Inst.* I, 88b (ed. 1794, I, § 123); Blackstone, *Commentaries*, bk. I, cap. 17, núm. 1; Jolowicz, *JRS.*, XXXVII (1947), 88.

§ 288. Mitteis, *RP.*, I (1908), 41 núm. 4 (erróneo); A. Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, II (1886), 484.

§ 289. Kübler, "Privatrechtliche Kompetenzen der Volkstribunen in der Kaiserzeit", *Festschrift zu O. Hirschfelds 60. Geburtstag* (1903), 51; Solazzi, "La lex Atilia nel Digesto", *Studi sulla tutela*, I (1925), 29 y s.; Sachers, l.c. 1512.

§ 290. Sobre los modos de citar las *leges* romanas, vide Mommsen, *Röm. Staatsrecht*, III (1887), 315; sobre el consulado de Octaviano, vide Fitzler-Seeck, *PW.*, X, 327; sobre el consulado de Titio, vide Hanslik, *PW.*, VIA, 1561; ILS., 891, 6123. Sobre la cuestión de si la *lex Iulia et Titia* es una *lex* o dos *leges*, vide Taubenschlag, *PW.*, XII, 2392; *Law of Greco-Roman Egypt* (1944), 131; Biondi en *Acta divi Augusti*, I (1945), 199, con completas referencias.

§ 291. Sobre el cap. 29 de 1. *Salp.*, vide Mommsen, *Schr.* I (1905), 330; sobre la *lex Ursonensis*, Schulz, *History*, 88.

§ 292 a) Mommsen, l.c. 233.

§ 292 d) Mommsen, l.c. 233 (erróneo).

§ 293. P. Joers, *Untersuchungen zur Gerichtsverfassung der röm. Kaiserzeit* (1892), 4 y s., 31 y s., 66 y s.; Solazzi, "Console e pretore urbano nella datio tutoris", *AG.*, LXXXV (1921), 279 y s.; *Istituti tutelari* (1929), 54 y s.; Sachers, *PW.*, VIIA, 1518 y s.; D'Ors, *Emerita*, IX (1941), 145, con referencias; K. Schneider, *PW.*, VII, 1608; sobre el término *praetor tutelarius*, vide Schulz, *History*, 247.

§ 294. Sachers, l.c. 1534 y s.

§ 295. Beseler, *Z.* (1930), 443; Solazzi, "Sulla regola tutorem habenti tutor dari non potest", *Rend. Lomb.* 1919, págs. 227 y s.; "La conferma del tutore", *Rend. Lomb.* 1920, págs. 359 y s.; *Istituti tutelari* (1929), 54 y s.; Sachers, l.c. 1511 y s.; 1520 y s., 1524.

4. FUNCIONES DEL «TUTOR IMPUBERIS»

296. Libertad del tutor.

El *tutor testamentarius*, lo mismo que el *tutor legitimus*, desempeñaban sus funciones discrecionalmente y sin estar sometidos a la intervención del magistrado. En la época de la *lex Atilia* el pretor, ciertamente, comenzó a fiscalizar la actuación del *tutor decretalis*, cuando recibía quejas sobre dicha conducta y probablemente fiscalizó también en casos semejantes, la actuación del tutor testamentario y la del tutor legítimo. En el período clásico se establecen normas concernientes a la tutela que el tutor debe observar, pero estas normas son escasas y la intervención del magistrado limitada, en consonancia con la tendencia liberal propia del período clásico que deja al tutor las manos libres. La tendencia burocrática del período post-clásico fué restringiendo gradualmente la libertad del tutor.

El tutor tiene legalmente reconocido un poder sobre la persona del pupilo, pero este poder difiere del de la *patria potestas*. Conforme a los usos clásicos, un pupilo *in tutela*, no está *in potestate*, sino que es más bien *sui iuris* (= *suae potestatis*, vide supra, § 273). Los juristas republicanos, no tienen en cambio escrúpulo, en llamar *potestas* a la tutela (supra, § 280). El tutor carece de *potestas vitae necisque* y del *ius vendendi* (vide supra, §§ 255 y s.). No puede dar al pupilo *in adoptionem* ni puede consentir una *adrogatio* del pupilo. Así pues, el poder sobre la persona del pupilo implica, únicamente, el derecho a determinar el domicilio de éste, así como todo lo concerniente a su educación y mantenimiento. Las reclamaciones que se formulen con ocasión de la administración del tutor, pueden ser deducidas ante el magistrado, pero resulta significativo que el título del Digesto que se ocupa de esta materia (27.2), contenga considerable material post-clásico (el fragmento primero no se ocupaba originariamente de la tutela), y que los correspondientes títulos del *Codex Iustinianus* (5.49 y 5.50) reproduzcan únicamente escasos rescriptos del siglo tercero. El tutor administra los bienes del pupilo con sujeción a las siguientes normas.

297. Poder del tutor sobre la persona del pupilo.

1. El *tutor legitimus* no estuvo, como ya se ha dicho (supra, § 286) obligado a administrar personalmente los bienes del pupilo. Si el tutor deseaba asumir la administración, los cónsules exigían (supra, § 293) antes de conferirle ésta, una garantía para asegurar la integridad del patrimonio pupilar, una *cautio rem pupilli salvam fore*. El Edicto del pretor no exigía la prestación de esta *cautio* al *tutor legitimus*, lo que demuestra que fueron los cónsules y no el *praetor urbanus* quienes impusieron al *tutor legitimus* la obligación de prestar la *cautio*. Los demás magistrados a quienes competía la vigilancia de la tutela (supra, § 393), parece que siguieron el ejemplo de los cónsules. La *cautio* no era exigida al *tutor testamentarius*, pues este tutor fué designado nominativamente por el padre ("fides eius et diligentia ab ipso testatore probata est"). El pretor declaraba en su edicto, que en el caso en que el padre hubiese nombrado a varios tutores, la administración efectiva de los bienes pupilares, correspondería a aquel que se hallase dispuesto a prestar la *cautio*. El *tutor decretalis* fué también, por regla general, eximido de esta obligación de prestar garantía, porque el magistrado tiene medios para cerciorarse de la fidelidad y solvencia del tutor antes de proceder a su nombramiento. La *lex Atilia* (como demuestra la *lex Salpensana*) guardaba silencio sobre la *cautio*.

298. *Cautio rem pupilli salvam fore*.

2. El tutor puede administrar y disponer de los bienes del pupilo discrecionalmente, *domini loco* (con tal que hubiere sido admi-

299. Libertad del tutor.

tido por el magistrado para administrar). Puede enajenar los bienes del pupilo por *mancipatio* y por *traditio*. La opinión de Mitteis según la cual, el pretor, no podía enajenar por *mancipatio*, es, a todas luces, errónea. Podía también el tutor cobrar lo que se debiera al pupilo, así como demandar a los deudores de éste. No habían reglas fijas de aplicación general y observancia obligatoria para el tutor y los juristas discutían solamente sobre casos concretos. Desde luego, incumbe al tutor realizar las inversiones más provechosas para el pupilo, sin que se hallase obligado a que estas inversiones hubieran de ser forzosamente en tierras. El deber del tutor de hacer un inventario de los bienes del pupilo al comienzo de la administración, parece clásico, según toda probabilidad.

300. Oratio Severi.

Una nueva tendencia se origina en un *senatusconsultum* del año 195 d. de J.C., dado bajo Septimio Severo y cuya *oratio* nos ha sido conservada. Se prohíbe al tutor enajenar y gravar *praedia rustica vel suburbana* pertenecientes al pupilo, a no ser que el padre hubiese autorizado tal enajenación en su testamento. Si la enajenación o el gravamen eran necesarios para pagar deudas del pupilo, el tutor debe recabar del *praetor urbanus*, un permiso especial. El tutor pudo enajenar también *praedia urbana*, por no ser éstos considerados bienes muy seguros en atención al peligro de incendio a que se hallaban expuestos. No podemos describir con detalle el desenvolvimiento ulterior de estos principios. Una disposición de Constantino en el año 326 d. de J.C. señala la victoria final de la burocracia. El tutor no puede ya enajenar bienes del pupilo (salvo aquellos de escaso valor o superfluos) sin el consentimiento de la autoridad. También Justiniano prohíbe al tutor disponer de los bienes pupilares sin la autorización oficial.

301. Principio de la representación indirecta.

3. Por lo que se refiere al aspecto técnico de la administración de los bienes pupilares, debe tenerse muy en cuenta que la representación directa, es desconocida en Derecho clásico. Los actos jurídicos realizados por el tutor, afectan únicamente a la persona de éste y así por ejemplo, cuando el tutor vende una cosa perteneciente al pupilo, es el tutor y no el pupilo el que queda obligado contractualmente y adquiere los derechos todos que derivan del contrato, y también cuando el tutor compra una cosa para el pupilo, es el tutor y no este último el que resulta propietario de la cosa comprada. Es al final de la tutela, cuando estos derechos y deberes, deben transferirse al pupilo mediante actos especiales. Es éste el clásico principio de la representación indirecta, el cual rige sin excepciones en la época clásica. Las excepciones que hallamos en las fuentes, son seguramente de origen post-clásico.

4. Hay tres modos de producir directamente derechos y obligaciones en la persona del *pupillus*:

a) El tutor ordena a un esclavo del pupilo realizar un determinado acto jurídico. Lo que el esclavo adquiría por efecto de este acto, pasaba directamente al *pupillus* (supra, § 262). Para las obligaciones originadas en un contrato del esclavo se dieron las *actiones adiecticiae* (supra, § 269).

301 a). Actos realizados por los esclavos del pupilo.

b) El *pupillus* mismo puede celebrar actos jurídicos con el consentimiento del tutor (*tutore auctore, interpositio tutoris auctoritatis*). El consentimiento no formal del tutor era suficiente, pero debía ser manifestado en el momento de celebrarse el acto jurídico. Cuando, por ejemplo, se celebraba un contrato de venta por un *pupillus, tutore auctore*, las acciones derivadas de este contrato (*actio empti, actio venditi*) se dan a favor y en contra del pupilo. Este modo, era utilizado únicamente, cuando el *pupillus* ya no era un *infans (infantia maior)*. En el Derecho clásico los *infantes* son los niños que todavía no pueden hablar, *qui fari non possunt*. Fue Justiniano el que designó a los hijos como infantes cuando todavía no habían cumplido la edad de siete años, introduciendo así una terminología paradójica. Las distinciones establecidas entre los impúberes *infantia maiores (infantiae proximi-pubertati proximi)* no son clásicas.

302. Actos del pupilo tutore auctore.

c) El *pupillus* podía celebrar actos jurídicos sin la interposición de la *auctoritas* por su tutor, si el acto implicaba un provecho para el pupilo y en tanto lo implicase. Pero aun en este caso se exigió que el *pupillus* fuese *infantia maior* (aunque no se puede comprender, por qué no se permitía legalmente adquirir la propiedad de una manzana por ejemplo, a un niño que no pudiese hablar). Cuando el acto implicaba al mismo tiempo provecho y perjuicio para el *pupillus*, el Derecho clásico estableció lo siguiente:

303. Actos del pupilo sin la auctoritas.

I. El deudor del *pupillus* paga a éste lo que le debe sin intervención del tutor. El *pupillus* se convierte en propietario del dinero pagado, pero esto no obstante, subsiste la obligación del deudor. Si el tutor demanda al deudor del pupilo, éste puede negarse a efectuar un segundo pago sólo en cuanto el *pupillus* hubiese resultado enriquecido por el primero.

II. Una persona otorga un préstamo (*mutuum*) a un *pupillus* sin la *auctoritas* del tutor. El pupilo adquiría la propiedad del dinero prestado, pero el contrato era nulo y no se daba acción legal alguna contra el prestatario.

III. Cuando el *pupillus* compra bienes sin la *auctoritas* del tutor, adquiría la *actio empti*, pero no estaba obligado a pagar el precio, pues el vendedor carecía de la *actio venditi* (son los llamados

negotia claudicantia). Si el tutor demandaba al vendedor, exigiéndole la entrega de los bienes vendidos, el vendedor podía rehusar esta entrega si no se le ofrecía el precio convenido. Cuando el vendedor hubiese entregado ya la mercancía sin haber recibido el precio, no contaba con recurso contractual alguno en favor suyo.

El problema de la extensión de las acciones que se dan contra el pupilo para que éste restituya el enriquecimiento por el experimentado, está todavía *sub iudice*, porque las fuentes utilizables se hallan gravemente interpoladas. Muy cierto que los juristas clásicos no fueron nunca propicios a otorgar estas acciones, y con razón, porque convenía que todos se abstuviesen de negociar con los impúberes sin estar asistidos éstos de los *tutores*.

F U E N T E S

§ 298. Gayo, 1, 199, 200 (probablemente no genuino, pero en lo sustancial y en conjunto, clásico).

§ 300. Vide D. (27.9) 1 pr.-2.

§ 301. Vide Gayo, 2.95; *C. Iust.* (5.37) 26.3; D. (41.1) 13.1 [*Et tutor... ignorantibus*].

§ 302. Vide Gayo, 3.107, 109 [*et qui... est*]; [*sed in his... facta est*]; D. (26.8) 3; (26.8) 9.5-6.

§ 303. Vide Gayo, 2.83, 84; 3.91; *Inst. Iust.* (1.21) pr.

B I B L I O G R A F Í A

§ 297. Kübler, "Die vormundschaftliche Gewalt im röm. Recht", *St. Beszt.* I (1939), 75 y s.; Sachers, PW., VIIA. 1543; Beseler, *Scritti Ferrini*, III (1948), 284.

§ 298. Lenel, *Edict.* (1927), §§ 121, 238; Solazzi, *Istituti tutelari* (1929), 88 y s.; Sachers, l.c. 1569.

§ 299. Pernice, Z. XIX (1898), 123; Kübler, l.c. 77 y s., 81 y s. (contra Mitteis, RP., I, 208); Sachers, l.c. 1544 y s.

§ 300. Bachofen, "Das Veräußerungsverbot der oratio Severi", *Ausgewählte Lehren des röm. Civilrechts* (1848), 119 y s.; Sachers, l.c. 1550; Brasiello, *St. Solazzi* (1948), 689; reconstrucción de la *oratio*, pág. 723 (difícilmente aceptable).

§ 301. Kübler, l.c. 84 y s. con referencias; Kunkel, § 58; Sachers, l.c. 1549.

§ 302. Sobre *infantes*, vide Windscheid, *Pand.* I (1906) § 54, nota 4.5 con referencias; Tumedei, *Distinzioni postclassiche riguardo all'età. Infantiae proximus e pubertati proximus* (1922); Albertario, *Bull. XXXIII* (1933), 81 y s. (1923), 71 y s.; "Infanti proximus e pubertati proximus", *Studi*, I (1933), 81 y s.

§ 303. Sobre *negotia claudicantia*, vide Windscheid, *Pand.* II (1906), § 321, núm. 23. Acciones contra el pupilo por enriquecimiento de éste: H. Siber, *Röm. Privatrecht* (1928), 45, 222, 316 (probablemente exacto); "Das angebliche rescriptum divi Pii über Bereicherungsklagen gegen Mündel", Z, LIII (1933), 471; G.H. Maier, *Praetorische Bereicherungsklagen* (1932), 3 y s., 5

(inútil); Albertario, *Studi*, IV (1946). Vide, además, van Oven, "Handelingen door den pupil zonder bijstand van den voogd verricht", *Tydskrif vir hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 1939, págs. 87-129.

5. RESPONSABILIDAD DEL «TUTOR IMPUBERIS»

El Derecho clásico conoce cinco recursos diferentes contra el *tutor impuberis*.

I. *Accusatio suspecti tutoris*

Era ésta una *actio popularis* (supra, § 76) que se daba únicamente contra el *tutor testamentarius*. Si la sospecha resultaba confirmada, el tutor era destituido. El tutor testamentario podía abdicar (supra, § 286) y podía también ser destituido. La acción se funda, según los juristas clásicos, en las Doce Tablas.

304. *Accusatio suspecti tutoris*.

II. *Actio rationibus distrahendis*

Era ésta una acción penal *in duplum* que se da únicamente contra un *tutor legitimus*. La expresión *rationes distrahere* aparece únicamente en la literatura jurídica y significa con toda probabilidad "intervenir las cuentas". El tutor legítimo no tiene el *ius abdicandi* (supra, § 287) y por esta razón no puede tampoco ser destituido. Sin embargo, con la acción aludida puede el pupilo exigir de su tutor la rendición de cuentas y si de ellas resulta que el tutor había utilizado en su propio provecho bienes del pupilo, era condenado a pagar el doble del valor de los perjuicios ocasionados. Esta acción se remonta también a las Doce Tablas.

305. *Actio rationibus distrahendis*.

III. *Actio tutelae*

Originariamente no hubo una acción especial ejercitable contra el *tutor decretalis*. La *lex Atilia* guardaba silencio sobre este punto (como lo prueba la *lex Salpensana*). Se estimó que la *causae cognitio* que precedía al nombramiento, era garantía suficiente de protección para el pupilo atenuando mucho el peligro de un tutor infiel. En el comienzo del último siglo a. de J.C. aparece una acción nueva llamada *arbitrium* (o *actio*) *tutelae*. Esta acción no puede ser anterior a la *lex Aebutia* que introdujo el procedimiento formulario (supra, § 26), ni tampoco anterior a la *lex Atilia* (supra, § 289), pues al principio se dió únicamente contra el *tutor decretalis*. En Derecho clásico se puede ejercitar también contra el *tutor testamentarius*. Es, en cambio, problemático, si se pudo uti-

306. *Actio tutelae*.

lizar esta acción contra el *tutor legitimus*. El ejercicio de la acción, se hallaba condicionado al hecho de la efectiva *gestio tutoris* y por esta razón se asemeja a la *actio negotiorum gestorum* (vide infra, § 1.064). No procede, en cambio, ejercitarla, cuando el tutor causa perjuicio al pupilo por mera omisión, por no administrar los bienes del pupilo. La fórmula de la acción contenía la cláusula *ex fide bona* (supra, §§ 60 y s.), lo que inevitablemente implicaba responsabilidad en el tutor por *dolus, culpa (culpa in faciendo)* y omisión de *diligentia*, cualquiera que fuese la forma de expresión de esta idea utilizada por los juristas clásicos.

IV. *Actio tutelae utilis*

307. *Actio tutelae utilis.*

La *actio tutelae* presuponía la *gestio* y no era aplicable al caso en que el tutor no actuaba como tal. Desde la época del emperador Marco, se dió una *actio tutelae utilis* contra el *tutor cessans*, pero únicamente en el supuesto de que fuese *tutor testamentarius* o *decretalis*, pues el *tutor legitimus* no estaba obligado a administrar personalmente (supra, § 287).

V. *Destitución del tutor*

308. *Destitución Curator impuberis.*

El *tutor decretalis* puede ser depuesto en todo tiempo por el magistrado que le nombró. El *tutor testamentarius* puede ser removido por efecto de una *accusatio suspecti tutoris* (supra, § 304) y posiblemente también por un simple acto del magistrado (*remotio simple*). Un *tutor legitimus* no podía ser removido, pero podía evitarse que perjudicase al pupilo, mediante el recurso de nombrar un *curator impuberis* o un *tutor adiunctus* confiriendo a éstos el poder de administrar, y convirtiendo así la tutela del *tutor legitimus* en un *nudum ius*. No existió la *interpositio auctoritatis curatoris*, ni hubo una *actio tutelae* contra un *curator*, pues la *actio negotiorum gestorum* era suficiente. El *tutor adiunctus* podía ser nombrado a un *tutor legitimus*, sólo en tanto se autorizaba el nombramiento por *lex, senatusconsultum, o constitutio principis* (supra, § 295).

F U E N T E S

§ 304. Vide Gayo, 1.182, referente sólo al *tutor testamentarius*.

§ 305. Vide Paul, *Sent.* (2.30) 1; D. (27.3) 2 [*per quam... poena est*], vide supra, § 73, 4.

§ 306. Vide Gayo, 1.191; 4.62.

BIBLIOGRAFÍA

§ 304. R. Taubenschlag, *Vormundschaftsrechtliche Studien* (1913), 27 y siguientes; Berger, Z, XXXV (1914), 39 y s.; Solazzi, *Istituti tutelari* (1929), 207 y s.; Sachers, PW., VIIA, 1556 y s.

§ 305. Sachers, l.c. 1563.

§ 306. Lenel, *Edict.* (1927), § 124; Lauria, "Periculum tutoris", *St. Riccobono*, III (1936), 285 y s.; Solazzi, SD., IV (1938), 135 y s.; Sachers, l.c. 1565 y s.; Pflüger, Z, LXV (1947), 182 y s.

§ 307. Lenel, *Edict.* pág. 818, núm. 10; Sachers l.c. 1568.

§ 308. Sobre la simple *remotio*, vide Sachers, l.c. 1561; sobre *tutor adiunctus* y *curator impuberis*, vide Sachers, l.c. 1524 y 1526; Solazzi, *Curator impuberis* (1917).

6. IRRACIONALIDAD DE LA «TUTELA MULIERUM» CLÁSICA

La tutela sobre las *feminae puberes* (que solemos llamar tutela de las mujeres, *tutela mulierum*) que no se hallan sometidas a la *patria potestas*, a la *manus* o *in mancipio*, se da durante toda la época clásica como revelan documentos fehacientes. En tiempo de Diocleciano, todavía se halla vigente, y fué derogada en el siglo IV o V, por lo que no aparece en el *Codex Theodosianus* ni en el *Corpus Iuris* justiniano. Los compiladores de la época de Justiniano, suprimieron la *tutela mulierum* en los textos clásicos y la sustituyeron por la *tutela impuberum*. Los materiales utilizables son comparativamente escasos, pero suficientes sin embargo para conocer el Derecho clásico en sus detalles esenciales.

La *tutela mulierum* clásica ofrece un especial interés para el historiador del Derecho. Es verdad que la tutela de las mujeres existe también en otros Derechos, por ejemplo en el griego y en el germánico, pero comparando el "señor" griego (κύριος) y el *Vogt* o *Montwalt* germánicos de una parte, y el "protector" romano (*tutor*) de otra, se revela de un modo claro, el peculiar carácter de la *tutela mulierum* romana. La elevada posición social de la mujer en Roma (comparada con la que ocupa en Grecia y en Germania), influye en la institución durante los primeros tiempos de la República, y el movimiento humanitario (vide supra, § 180) juega un papel efficacísimo en la obra de liberalizar esta tutela. Es oportuno plantear la cuestión de cómo pudo conservarse la *tutela mulierum* a través de todo el período clásico, siendo así que su abolición se sentía como una necesidad desde el final de la República. La respuesta es, sin embargo, bastante sencilla. Durante los turbulentos tiempos de las postrimerías de la República, los romanos no estimaron oportuno abolir esta especie

309. Concepto de la tutela mulierum y fuentes.

310. Tutela mulierum y ius liberorum.

de tutela y tampoco se podía esperar su supresión, de las medidas legislativas francamente reaccionarias ordenadas por Augusto. Por el contrario, la *tutela mulierum* aparece todavía en las *leges Iulia et Papia Poppaea*. Una mujer, quedaba exenta de la tutela, si había dado a luz tres hijos (o cuatro si era liberta y se hallaba sometida a tutela legítima). Ello guardaba relación muy estrecha, con las normas inspiradas en la política demográfica, pues a éstas se debe la conservación de esta anticuada tutela durante el período clásico, no obstante ser escasamente eficaces (supra, § 182). Los Emperadores dispensaron frecuentemente de la tutela concediendo el *ius liberorum* como un privilegio. En la época cristiana se abandonó la política demográfica de Augusto por el influjo de las corrientes ascéticas que tanto influyeron en el concepto del matrimonio, por lo que la *tutela mulierum* perdió su último soporte ideológico.

311. Infirmitas
sexus.

Como fundamento racional de la *tutela mulierum* hallamos en la oración ciceroniana *pro Murena* (12.27) expresado lo siguiente: “Mulieres omnes propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt”. Esta fórmula tiene probablemente su origen en la filosofía griega, pues parece realmente una traducción del tan conocido pensamiento de Aristóteles:

Politica 1260a (I, cap. V) : ὁ μὲν γὰρ δοῦλος ὅλως οὐκ ἔχει τὸ βουλευτικόν, τὸ δὲ θῆλυ ἔχει μὲν, ἀλλ’ ἄκυρον, ὁ δὲ παῖς ἔχει μὲν, ἀλλ’ ἀτελής.

Hagamos la versión latina de la frase transcrita: las traducciones inglesas no resultan fácilmente inteligibles): “servus nullum omnino consilium habet; femina habet quidem sed infirmum; puer habet quidem sed immaturum”. Evidentemente la *infirmitas consilii* de Cicerón es una traducción de βουλευτικόν ἄκυρον.

Esta idea es falsa con respecto a la mujer romana de la época de Cicerón y Cicerón mismo lo sabía muy bien, pues su propia mujer administraba independientemente su patrimonio. No obstante, la idea se repite en los retóricos (Val. Max. 9.1.3: *imbecillitas mentis*; Séneca, *Controv.* 1.6.5: *imbecillitas*; Séneca *ad Marciam* in princ.; *infirmitas muliebris animi*) y Gayo la reproducía (1, 144 *propter animi levitatem*). Como quiera que sea, después de las *leges Iulia et Papia Poppaea* este razonamiento era absurdo. Si la *infirmitas sexus* hubiere sido la razón que inspiró la *tutela mulierum*, el *ius liberorum* habría sido un castigo y no un premio, ya que su concesión no podría suprimir la *infirmitas*. No puede causar sorpresa el hecho de que en un pasaje de las *Instituta* de Gayo (1, 190), se rechace de un modo expreso esta razón tradicional, y aunque la paternidad de este pasaje atribuida a Gayo es dudosa, el texto

refleja la verdad y es muy notable, porque en la época post-clásica la antigua frase se repetía, sin duda por influjo de las concepciones cristiano-orientales.

La tutela de la mujer no puede justificarse utilizando argumentos referidos a la *infirmetas sexus* si nos fijamos en el último siglo de la República y en todo el período clásico. Tampoco fué éste el motivo decisivo para los legisladores de las Doce Tablas. Nunca éstos se entretuvieron en especular si la mujer es “por naturaleza” capaz o incapaz de administrar sus bienes. Por otra parte la consideración de los intereses familiares, no fué la razón prevalente, como muestra con claridad la tutela testamentaria (infra, § 314). Una mujer necesitaba de protección lo mismo que un *pupillus* y por esta causa requería un protector (*tutor*) el cual, originariamente, tenía el mismo poder que el *tutor impuberis*. Una mujer necesitaba protección, pero no por naturaleza ($\Phi\upsilon\sigma\epsilon\iota$) sino por efecto de las convenciones sociales imperantes a la sazón ($\theta\acute{\epsilon}\sigma\epsilon\iota$). Fué dogma de la antigua moral romana, que el puesto propio de la mujer, estaba en la casa y que la mujer, no podía participar en la vida pública. Por esta razón se hallaba excluída de los *comitia*, del Senado y de la magistratura. Incluso en la época de las Doce Tablas una mujer romana no se hallaba (como se hallaba una mujer decente griega) excluída de la vida social doméstica. No se hallaba tampoco legalmente excluída de la vida de los negocios ni le estaba prohibida la comparecencia ante los Tribunales. Sin embargo, un decoro convencional, exigía que la mujer, no participase en la vida pública. Esta exigencia de la etiqueta fué siempre observada, entre otras razones, porque la mujer carecía de la necesaria experiencia en los negocios y no conocía el Derecho, no porque estuviesen naturalmente incapacitadas para conocerlo, sino porque no convenía al decoro de la mujer el aprendizaje de esta disciplina. Catón el Censor, tan entusiasta de las antiguas costumbres romanas, dice a este respecto: “Si las mujeres se mantuviesen dentro de su propia esfera de actuación, no se interesarían tanto por las cuestiones legales.

312. El lugar propio de la mujer es la casa.

Livio, 34.2.8 y s.: “Equidem non sine rubore quodam paulo ante per medium agmen mulierum in forum perveni. Quod nisi me verecundia singularum magis maiestatis et pudoris quam universarum tenuisset, ne compellatae a consule viderentur, dixissem: Qui hoc mos est in publicum procurrendi et obsidendi vias et viros alienos appellandi? istud ipsum suos quaeque domi rogare non potuistis?... quamquam ne domi quidem vos si sui iuris finibus matronas contineret pudor, quae leges hic rogarentur abrogarenturque, curare decuit”. (N.B.)

Esta es la verdadera razón que inspira la tutela de las mujeres; no la *infirmitas sexus* o la creencia en ella, sino el imperio de la costumbre. La vida pública es esfera donde se desenvuelve la actividad exclusiva del hombre y es el campo propio del *officium* del varón. Es significativo el hecho de que un *senatusconsultum Velleianum* (dado bajo Nerón) que prohibía a las mujeres constituirse en fiadoras, contenga como justificación de esta medida la frase: *cum eas virilibus officiis fungi non sit aequum*. Fué un glosador post-clásico el que refirió esta consideración a la *imbecillitas sexus*.

313. Emancipación de las mujeres.

De todos modos, la emancipación de las mujeres durante la última centuria a. de J.C., dió al traste con la antigua costumbre romana. La mujer en Roma no se contentó ya con la rueca, el huso y los cuidados de la casa (*οὐ θαλασίαν οὐδὲ οἰκονομίαν Φρονεῖν*, Plutarco, *Antonius*, 10.5). Comienzan las mujeres a tomar parte en la vida pública, si bien continúan excluidas de los *comitia*, del Senado y de las magistraturas. Basta recordar a este propósito, la actividad desplegada por Terencia para sofocar la conspiración de Catilina. Incluso en la conspiración contra César, participó una mujer (Porcia). Caecina Severus, pronunció (el año 20 d. de J.C.) una violenta oración contra las actividades políticas de las mujeres de los gobernadores de provincia (Tácito, *Ann.* 3.33). Además, las mujeres actuaron como abogados, porque les fué permitida esta actividad hasta mediados del último siglo a. de J.C. Hubo una comedia de Titinio (probablemente más antiguo que Terencio) con el título "La mujer jurista" (*iuris perita*), de la cual, desgraciadamente, sólo conservamos fragmentos insignificantes. La conducta de la dama-abogado C. Afrania (que murió el 48 a. de Jesucristo), forzó al *praetor urbanus* a privar a las mujeres de la facultad de *postulare pro aliis* (Lenel, *Edict.* § 15). Sobre todo las mujeres comenzaron a la sazón a participar en los negocios. Terencia, la mujer de Cicerón, constituye un buen ejemplo de ello pues administró sus propios bienes con independencia absoluta y valiéndose tan sólo de la ayuda de sus libertos. Terencia no estaba *in manu* y tampoco su tutor es mencionado. Así pues, la antigua base de la *tutela mulierum* desaparece y su justificación por la *infirmitas sexus*, resulta realmente ridícula, si se tiene en cuenta los cambios que experimenta la vida de la mujer en Roma al final de la República. Cicerón escribió a Terencia al comienzo de la guerra civil con César (*Ad fam.* 14.7.2): "Te exhortaría a que fueses valerosa si no me constase que lo eres más que muchos hombres". Y el marido de Turia declaraba (2.15):

“Repentinis nuntiis ad praesentia et imminetia pericula evocatus tuis consiliis conservatus sum”.

Tal fué la realidad de la vida romana, en contraste con lo que afirmaron profesoralmente los filósofos helenísticos y los retóricos. La tutela de la mujer era, al final de la República, una institución absolutamente irracional. Los juristas clásicos lo comprendieron así (Gayo, I, 190) y procedieron en consecuencia, a despecho del filisteísmo de los profesores helenísticos.

FUENTES

§ 309. Vide *Fr. Vat.* 325, primera frase (Diocleciano); D. (18.1) 27 que, originariamente, se ocupa de la *tutela mulieris*, como lo demuestra el *Fr. Vat.* 1; D. (26.2) 1 pr., *tutor mulieris* ha sido suprimido, como revela Gayo 1.144, *Fr. Vat.* 229, primera frase.

§ 310. Vide Gayo, I, 145, 194.

§ 311. Vide Gayo, I, 144, 190; *Epit. Ulp.* 11. 1.

§ 312. Vide Corn. Nepos praef. 6-7; ILS., 8403; Laudatio Murdiae, libros 20 y s.; CIL. VI, 10230; ILS. 8394; D. (16.1 2.1 y 2; § 2 es espúrio.

§ 313. Sobre C. Afrania: Val. Max. 8.3.2; D. (3.1) 1.5.

BIBLIOGRAFÍA

§§ 309 y s. Sobre la *tutela mulierum*, vide Bonfante, *Corso*, I (1925), 407 y s. Taubenschlag, *Vormundschaftsrechtliche Studien* (1913), 69 y s.; *Archives d'histoire du droit oriental*, II (1938), 293 y s. (materiales); *Law of Greco-Roman Egypt* (1944), 128 y s.; Sachers, PW., VIIA 1588 y s.

§ 309. Savigny, *Vermischte Schriften*, I (1850), 262 y s.; Mitteis, *Grundzüge* (1912), 252; Taubenschlag, *Vormundschaftsrech. Studien*, 85; Solazzi, *Rend. Lomb.* LI (1918), 586 y s.; “Sulle tracce del tutor mulieris”, *Studi sulla tutela* (1925), 16 y s.; Sachers, l.c. 1598.

§ 310. Kübler, Z., XXX (1909), 154 y s.; XXXI (1910), 176 y s.; Steinwenter, PW., X 1281; Sachers, l.c. 1598; Biondi en *Acta divi Augusti*, I (1945), 179.

§ 311. Solazzi, “Infirmetas aetatis e infirmitas sexus”, AG., CIV (1930), 1 y s. Sobre Gayo, 1.190, Solazzi, 29; Beseler, *Beiträge*, V (1931), 2 y s. Sobre *fragilitas sexus*, vide materiales en *Thes. L. L.* VI, 1230.65; sobre la *imbecillitas sexus*, ibíd. VII, 415. 43. Sobre la *fragilitas sexus* en los papiros, vide Taubenschlag, *Vormundschaftsrechtl. Studien*, 85.

§ 312. Gide, *Étude sur la condition privée de la femme* (1885); Warde Fowler, *Social Life at Rome in the Age of Cicero* (1908); Schroff, PW., XIV, 2300 y s.; W. Kroll, *Die Kultur der Ciceronischen Zeit*, II (1930), 26 y s. Sobre el *senatusconsultum Vellaeianum*, vide Albertario “Providentia”, *Athenaeum*, VI (1928), 171; Beseler, *Beiträge*, II (1911), 106; Solazzi, “Infirmetas aetatis”, l.c. 19.

§ 313. W. Kroll, l.c. 26 y s., 32 y s.; sobre C. Afrania, vide Münzer, PW. III, 1589; sobre la comedia de Titinio, vide Schanz-Hosius, *Geschichte der röm. Literatur*, I (1927), 142 y s.; Weinstock, PW., VIA, 1540 y s.; sobre Terencia Weinstock, PW., VA. 710 y s.

7. LOS TRES GÉNEROS DE «TUTELA MULIERUM»

La tutela de las mujeres, lo mismo que la de los impúberes, tenía un triple origen: o era creada por testamento o basada directamente en las Doce Tablas o creada en virtud de nombramiento oficial.

I. *Tutela mulierum testamentaria*

314. Tutela mulierum testamentaria.

El padre puede nombrar tutor en testamento por virtud de su *patria potestas* y un marido puede también nombrarlo para su mujer *in manu*. Este último, solamente puede designar un tutor genérico: *Titiae uxori meae tutoris optionem do (tutor optivus)*. A tenor de esta forma de designación, la mujer podía elegir un tutor para toda clase de negocios en los que necesitaba de la *auctoritas* de éste, o para una especie de negocios o también, únicamente, para un negocio determinado. No sabemos cuándo y cómo fué introducida la *tutela optiva*, pero seguramente existía ya en el año 186 de J.C. Evidentemente la mujer escogía como tutor una persona de la que no era lógico esperar que plantease dificultades en la prestación de la *auctoritas*. Especialmente cuando la mujer elegía tutor *in unam rem*, la elección recaía en persona que le hubiese previamente prometido dar su consentimiento. El tutor testamentario de la mujer, tuvo el *ius abdicandi* y lo conservó a diferencia del tutor testamentario de los impúberes (supra, § 286), durante todo el período clásico. Por esta razón no necesitó del *ius se excusandi*.

II. *Tutela mulierum legitima*

315. Tutela mulierum legitima.

En defecto de un tutor testamentario el más próximo heredero de la mujer (*proximus adgnatus* o su patrono) es el *tutor legitimus* de ésta. Como quiera que la *uxor in manu* era *filiae loco* (supra, § 197), el hijo podía ser su próximo *adgnatus* y, consiguientemente (como en los derechos griego y germánico), su tutor. El *tutor legitimus* no tenía el *ius abdicandi*, pero podía ceder la tutela a otra persona mediante una *in iure cessio*, facultad que conservó a diferencia del *tutor legitimus impuberum* (supra, § 287), durante el período clásico. Claudio abolió la *tutela adgnatorum*, pero no la *tutela patroni* (supra, § 287).

III. *Tutela mulierum decretalis*

316. Tutor mulierum e lege Iulia et Titia.

A falta de tutor testamentario y legítimo podía ser nombrado el tutor por un magistrado a tenor de lo dispuesto en las leyes *Atilia* y *Iulia Titia* (vide supra, §§ 289 y s.).

La *lex Atilia* mencionaba de modo expreso el *tutor mulierum*, como demuestran los nuevos fragmentos descubiertos de la *lex Ursonensis*. El capítulo 29 de la *lex Salpensana*, se refería también a la *tutela mulierum*, aunque su autor ha redactado tan torpemente su texto, que los investigadores modernos han sido inducidos al error de creer, que la tutela de las mujeres, fué intencionadamente omitida.

En nuestros documentos egipcios el *tutor mulieris* es siempre nombrado *ex lege Iulia et Titia et ex senatus consulto*. En cuanto a este último, es tal vez el *senatusconsultum* citado por Gayo (1.173-82). Un *tutor mulieris* era designado únicamente cuando se solicitaba su nombramiento ante el magistrado. Sólo la mujer podía formular esta solicitud y no *quivis ex populo* (supra, § 292).

El *tutor mulieris* (semejante en esto al *tutor impuberis*, supra, § 295) no era nombrado sin más en defecto del tutor testamentario y legítimo, sino (dejando aparte el *tutor praetorius*, supra, § 295) solamente cuando autorizaba tal nombramiento una *lex*, un *senatusconsultum*, o una *constitutio principis*. Así un *tutor dotis constituendae causa* pudo ser nombrado por el *praetor urbanus* cuando el *tutor legitimus* era *impubes*, mudo o loco, de acuerdo con la *lex Iulia de maritandis ordinibus* y un *senatusconsultum*. Es ésta, la arcaica figura de un tutor incapaz de actuar como tal tutor, lo que viene a ser como una supervivencia del primitivo *munt* (supra, § 280) que había desaparecido de la esfera propia de la *tutela impuberum* mucho tiempo antes (Gayo, 1, 167, *puberem*). Tiene especial importancia el hecho que el Senado permitiese a una mujer, solicitar el nombramiento de un nuevo tutor cuando el suyo se hallaba ausente. Ello implica una decadencia de esta especie de tutela, pues los juristas interpretaron liberalmente el principio, estimando que una corta ausencia del tutor, era motivo suficiente para que la mujer pudiese interesar el nombramiento de otro. Consiguientemente, una mujer podía comparecer ante el Tribunal, declarar que su tutor se hallaba ausente y solicitar del magistrado el nombramiento de otro tutor proponiendo al efecto, la persona que previamente le hubiera prometido dar sin dificultad alguna su consentimiento. Esta interpretación resulta correcta solamente si se admite que los juristas clásicos, estaban convencidos de la irracionalidad de la tutela de las mujeres (supra, §§ 309 y s.) y que hicieron cuanto estuvo a su alcance, por convertir dicha tutela en una mera formalidad. En todos estos casos, el antiguo tutor no quedaba desposeído de su tutela por el nombramiento del nuevo, y éste funcionaba como *tutor adiunctus* (supra, § 308).

§17. Tutor adiunctus.

FUENTES

§ 314. Vide Gayo, 1.144, 145, 148-54; *Epit. Ulp.* 11.1 (texto post-clásico, pero clásico en su esencia); *Epit. Ulp.* 11. 17 (únicamente referido a la *tutela mulierum*).

§ 315. Vide Gayo, 1.155, 157, 165, 168, 171; *Epit. Ulp.* 11. 17.

§ 316. Vide Gayo, 1.185; *Epit. Ulp.* 1.18. Sobre la *lex Salp.* y los nuevos fragmentos de la *lex Ursonensis*, vide supra. 291. Vide FIRA, III, núms. 24, 25 y el documento publicado por Sanders. *Z. f. d. neutestamentliche Wissenschaft*, XXXVII (1938), publicado en 1939), 191 y s. = *L'Année épigr.*, 1947, número 12.

§ 317. Vide Gayo, 1. 173 [*quo... desinit*]; 174, 176-81; D. (26.1) 6.2.

BIBLIOGRAFÍA

§§ 314 y s. Sanchers, PW., VIIA, 1590 y s., con referencias.

§ 314. Solazzi, *Aegyptus*, II (1921), 174.

§ 316. Sobre *lex Salp.* c. 29, vide Mommsen, *Schr.* I, 330 y s.; erróneamente D'Ors, *Emerita*, IX (1941), 145. Para los documentos, vide Taubenschlag, *Studi Bonfante*, I (1930), 390; *Law of Greco-Roman Egypt* (1944), 131; Solazzi, "Il consenso del tutor mulieris alla sua nomina nei papiri e nei testi romani", *Aegyptus*, II (1921), 155 y s.

§ 317. Sobre Gayo, 1.173, vide Solazzi, *Istituti pupillari* (1929), 15; "Glosse a Gaio", *St. Riccobono*, I (1936), 184; Beseler, *Z.* L (1930), 443. Sobre el *tutor impubes*, vide Solazzi, "L'età del tutore", *Riv. It.* LXIV (1920); Bonfante, *Corso*, I (1925), 408, 429. Solazzi, *Aegyptus*, Lc.

8. FUNCIONES DEL «TUTOR MULIERIS»

318. Auctoritas interpositio.

Antiguamente las funciones de un *tutor mulieris* no diferían de las propias del *tutor impuberis*, pero en la época clásica, la diferencia entre ambas clases de tutela fué muy considerable. El *tutor mulieris* no tenía poder alguno sobre la persona de la mujer o sobre el patrimonio de ésta. Esto no obstante, la mujer necesitaba de la *auctoritas* de su tutor para realizar válidamente determinados actos jurídicos. La *auctoritatis interpositio* fué ahora la función propia de esta especie de tutela. Pero aun con respecto a la *auctoritas*, la posición de la mujer era privilegiada si se comparaba con la del *pupillus*. La mujer no necesitaba de la *auctoritas* para enajenar una *res nec mancipi* (infra, § 605) porque el modo de transmisión de ésta no era formal. Así también la mujer, puede otorgar un préstamo sin recabar el consentimiento del tutor, porque este contrato se ejecutaba mediante *traditio* de una *res nec mancipi* y así también cuando el deudor pagaba lo que debía a la mujer, ésta, no solamente adquiría la propiedad del dinero pagado,

sino que el deudor quedaba liberado de su débito, ya que la pre-tensión de la mujer figuraba en la categoría de las *res nec mancipi*. Además, la mujer era capaz de otorgar un testamento *tutore auctore*, mientras que el *pupillus* no podía otorgarlo ni siquiera con el consentimiento de su tutor.

Estas limitadas funciones del *tutor mulieris* quedaron aún más restringidas, cuando se permitió a la mujer recurrir al magistrado en el caso de que el tutor le negara su consentimiento. El magis-trado podía compeler al tutor a prestar su *auctoritas*, aun tra-tándose de un *tutor legitimus*, si había una razón de peso para forzarle. Esta presión oficial se ejerció incluso en el período anti-guo de la República, cuando una mujer deseaba celebrar *confarreatio* o *coemptio* (vide supra, §§ 194 y s.). La jurisprudencia cautelara, haciendo uso de esta posibilidad, creó un remedio por cuya virtud, una mujer podía fácilmente liberarse de un tutor importuno.

Una mujer podía celebrar una *coemptio* con un hombre *dicis causa* y si su tutor rehusaba la necesaria *auctoritas*, acudía la mujer al magistrado, el cual podía compeler al tutor a que prestase la *auctoritas* denegada. Por efecto de esta *coemptio* la mujer pa-saba a estar sometida a la *manus* de su marido, y con ello se extin-guía la tutela (supra, § 309). El marido mancipaba luego la mujer a B (el cual, por supuesto, había sido elegido previamente por la mujer), así que ésta se hallaba ahora *in causa mancipii* (supra, pá-rrafo 257); B manumitía luego a la mujer pasando así a ser pa-trono de ésta y, por tanto, su *tutor legitimus* (supra, §§ 287, 315). Este procedimiento conserva todo el sabor de la jurisprudencia republicana antigua y se origina en un tiempo, en que el magistrado no puede aún forzar la *auctoritatis interpositio* de modo normal.

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, resulta claro que en la época clásica la *auctoritatis interpositio* se había convertido en una mera formalidad. El tutor daba su consentimiento siempre, ya que sabía que si lo rehusaba, el magistrado tenía poder para obligarle a prestarlo. Solamente la *auctoritas* del *tutor legitimus*, conservó aún cierta importancia, habida cuenta que el magistrado, únicamente le podía obligar *ex magna causa*. Por esta razón el *senatusconsultum Velleianum* (dado bajo Nerón, infra, § 975) que prohibía a las mujeres constituirse en fiadoras, no distinguía entre las mujeres *in tutela* y las mujeres libres de ella (por efecto del *ius liberorum*, supra, § 310). La *tutela mulierum* ya no significa una protección para la mujer, desde el momento en que el tutor, da su consentimiento sistemáticamente.

319. Tutor fidu-
ciarius.

320. Auctorita-
tis interpositio
mera formalidad.

F U E N T E S

- § 318. Vide Gayo, 2.80-5; 1.192; 2.113, 118; *Fr. Vat.* 45; *Epit. Ulp.* 11.27.
§ 319. Vide Gayo, 1.190 *in fine*, 192; 1.114-115.

B I B L I O G R A F Í A

§ 318. Solazzi, "Glosse a Gaio, Seconda Puntata", Studi Pavia, *Per il XIV centenario delle Pandette e del Codice di Giustiniano* (1933), 319 y s.; Sachers, PW., VIIA, 1596 y s.; Volterra, "Sulla capacita delle donne a far testamento", *Bull.* XLVIII (1941), 74 y s.

9. RESPONSABILIDADES DEL «TUTOR MULIERIS»

321. No es responsable.

No procedía contra él, el ejercicio de la *accusatio suspecti tutoris* y de la *actio rationibus distrahendis* (supra, §§ 304 y s.) porque el tutor no tenía la administración del patrimonio de la mujer. La *actio tutelae* (supra, § 306) pudo haberse dado contra el *tutor mulieris* para hacer efectiva la responsabilidad por su negligencia en la prestación del consentimiento, pero realmente no sucedió así. Por el contrario, los juristas quisieron facilitar al tutor, el cumplimiento de su misión y, para ello, estimaron procedente eximirle de toda responsabilidad. De esta suerte, podía prestar su consentimiento siempre con la seguridad de que no se le derivaría perjuicio alguno por ello. La tendencia de los juristas a minimizar la importancia de esta anticuada institución de la *tutela mulierum* es, pues, evidente. Desde luego las acciones *de dolo* o la *actio legis Aquiliae*, son ejercitables contra el tutor como contra cualquiera otra persona.

F U E N T E S

- § 321. Vide Gayo, 1, 191.

B I B L I O G R A F Í A

- § 321. Taubenschlag, *Law of Greco-Roman Egypt* (1944), 133.

10. «CURA MINORUM»

322. Su necesidad para protección del menor.

La tutela sobre los varones terminaba con la pubertad (supra, § 284). En Derecho clásico, ésta se alcanzaba al cumplir la edad de catorce años. Un joven que no se hallase *in potestate pa-*

tris era prematuramente independiente incluso para nosotros. Pero esta norma se remonta a tiempos primitivos y en ellos un joven de 14 años, puede razonablemente ser considerado como un adulto. En el Derecho medieval teutónico puede el varón ser independiente a los 12 años. Así ocurre en el Derecho tardío anglosajón. Y en este mismo Derecho anglosajón más antiguo, puede un varón tener plena independencia a los diez años. En una civilización ya madura, con sus mayores exigencias y complicaciones, el término de 14 años, puede parecer demasiado prematuro y si bien los romanos lo sintieron así prontamente, su liberalismo les vedó elevar esta edad límite. Por otra parte la protección del menor se conseguía por otros medios.

Una *lex Laetoria* de la primera década del siglo segundo a. de Jesucristo, otorgaba una especial protección a las personas que no hubiesen todavía cumplido los 25 años (*minoris viginti quinque annis*). En nuestra exposición les llamaremos *minores* o *menores*.

§23. *Lex Laetoria* (no *Plaetoria*).

El verdadero nombre de la ley es *lex Laetoria* y no *Plaetoria*, como se cree comúnmente. Conocemos una *lex Plaetoria de iurisdictione* (Bruns, *Fontes*, p. 45; FIRA, I, p. 80; G. Rotondi, *Leges publicae*, p. 245) y una *lex Plaetoria de dedicatione* (CIL., VI, 3732; Rotondi, l.c. p. 478), pero la ley concerniente a los *minores* es llamada *lex Laetoria* solamente una vez, en la *lex Iulia municipalis* (Bruns, l.c. núm. 18, lin. 112; FIRA, I, página 149). Todos los demás pasajes en que aparece el nombre de la ley — entre ellos el del *Cod. Theod.* 8.12. 2 y documentos oficiales (vide R. Taubenschlag, *Law of Greco-Roman Egypt*, p. 135) — contienen la denominación de *Laetoria*. Cuando hallamos en Cicerón, *De nat. deor.* 3.30.74 y *De off.* 3.15.61 “*Plaetoria*”, es porque el editor ha sustituido la palabra “*Laetoria*” de los manuscritos por “*Plaetoria*”. Por todo ello, un elemental sentido crítico, nos fuerza a no aceptar el nombre de *Plaetoria*. La *lex Iulia municipalis*, documento publicado por Antonio y sacado de los papeles de César, contiene muchas deficiencias e incorrecciones y no posee autoridad alguna en esta materia. Sería absurdo corregir el nombre en todos los demás pasajes por tener solamente en cuenta esta inscripción.

La *lex Laetoria* protegía a todos aquellos que no habían cumplido aún los veinticinco años, incluyendo por consiguiente a los que habían iniciado el año vigésimoquinto de su edad. Era éste un punto discutido, pero en la actualidad no ofrece duda y se halla corroborado lo dicho por una *oratio Claudii* (FIRA, I, pág. 286).

§24. Significación de *minor XXV annis*.

Las personas que habían alcanzado la edad de la pubertad pero no habían cumplido todavía sus 25 años, eran llamados por los juristas *minores viginti quinque annis* (*Ablativus comparationis*), o *minores vi-*

§25. Terminología.

ginti quinque annorum (Genetiv. comp.). La rúbrica del Edicto se titula *De minoribus XXV annis*, y comienza con estas palabras: "Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicitur". Por esta razón los juristas hablan algunas veces de *minores quam XXV annis*. *Iuvenis, adolescens, adultus* en lugar de *minor XXV annis* son términos de uso post-clásico. La edad de 25 años es denominada en nuestras fuentes, *aetas legitima*. Esta expresión ya fué usada en la época clásica (*Fr. Vat.* 69 por un testador) pero los juristas clásicos la emplearon muy contadas veces.

326. *Actio legis Laetoriae.*

La *lex Laetoria* otorgaba protección a todos los menores, ya fueran éstos varones o hembras, *sui iuris* o *in potestate*, también a las mujeres menores, sin tener en cuenta si éstas se hallaban sometidas a tutela o no lo estaban. La protección que la ley concedió a los menores, consistió, en una acción especial, que se podía ejercitar contra todo aquel que hubiera fraudulentamente conseguido un provecho, por efecto de la inexperiencia del menor (*circumscribere*). Esta acción, que existía aún en la época clásica, fué una acción penal popular (*supra*, §§ 72 y s.) y, por tanto, una *actio noxalis* (*supra*, § 73). La condena implicaba infamia. Es todo lo que sabemos de esta acción. El pretor, debió proponer una fórmula en su Edicto, y los juristas tratarían de ella en sus comentarios edictales. Los compiladores eliminaron cuidadosamente estas disquisiciones hasta el punto, de que no nos es posible conocer, siquiera el lugar que ocupaba en el Edicto la fórmula propuesta.

327. ¿ Dos acciones leg. Laetoriae?

La llamada *lex Iulia municipalis* parece mencionar dos acciones: lin. 112... "queive lege Plaetoria ob eamve rem, quod adversus eam legem fecit fecerit, condemnatus est erit". En todo caso, cuesta trabajo admitir la existencia de dos acciones sustancialmente diferentes, y lo más probable es, que se quiere significar una sola acción, aunque la expresión usada sea tautológica. Como ya queda dicho esta *lex* fué un documento publicado apresuradamente.

328. *Exceptio legis Laetoriae.*

La *actio legis Laetoriae* fué el remedio único concedido por la Ley. El pretor añadió otros dos remedios:

1. Una excepción contra la acción de una persona que se había fraudulentamente aprovechado de la inexperiencia del menor. Esta excepción no fué designada expresamente en el Edicto, sino contenida en la excepción general "si in ea re nihil contra legem senatusve consultum factum est" (*Lenel, Edict.* § 279). Los juristas se ocuparon, ciertamente, de esta *exceptio legis Laetoriae*, pero, desgraciadamente, nada sabemos de sus comentarios.

329. *In integrum restitutio.*

2. El pretor prometía una *in integrum restitutio* (*supra*, § 117), discrecionalmente y no tan sólo en los casos de fraude. El Edicto

rezaba de esta suerte: “Quod cum minore viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam”.

Estos tres remedios (*actio, exceptio e in integrum restitutio*) implicaban serios inconvenientes para el menor, pues aniquilaban o menguaban considerablemente, el crédito de éste y era difícil que persona alguna se aventurase a celebrar negocios con él. Así en el *Pseudolus* de Plauto, V. 303 (primera representación en el año 191 a. de J.C.) un menor se queja de su situación:

Perii, annorum lex me perdit quinavicinaria, Metuunt credere omnes.

No obstante sus inconvenientes, estos remedios se mantuvieron en vigor y es preciso llegar a la época del Emperador Marco, para que hallemos establecido otro más eficaz. El menor puede comparecer ante el pretor (y en las provincias ante el gobernador) para solicitar el nombramiento de un *curator (cura minorum)*. Es muy posible que el pretor, ocasionalmente otorgase este *curator* con anterioridad al Emperador Marco, pero fué una constitución de este último, la que convirtió la *cura minorum* en institución legal.

Nuestra información única sobre la introducción de la *cura minorum* nos es dada por los llamados *Scriptores Historiae Augustae* (Capitolinus, Marcus Antoninus Philosophus, 10.12). El autor — escritor post-clásico y no jurista — no es fidedigno en cuanto a los detalles, especialmente cuando éstos se refieren a materia jurídica. Pero su información contiene, indudablemente, un núcleo veraz. El texto dice así:

“...de curatoribus vero, cum ante non nisi ex lege Laetoria, vel propter lasciviam vel propter dementia darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis”.

Para todo lector imparcial la significación del texto es la siguiente: Mientras con anterioridad al Emperador Marco, el menor recibía un *curator* a tenor de la *lex Laetoria*, únicamente en el caso de estar loco o de ser pródigo, conforme a la constitución del Emperador citado, el menor debía recibir un *curator* en todo caso, esto es, si lo solicitaba *non redditis causis*, esto es si el compareciente no alega locura ni prodigalidad.

El autor incurre en error al creer que el *curator furiosi* y el *curator prodigi* fueron dados *e lege Laetoria*. Aparte esto, su relato es correcto pues antes del Emperador Marco, solamente se otorga un *curator* al menor, cuando éste estaba loco o era pródigo, y fué el emperador el que ordenó que se le diera un *curator* también en otros casos. Toda otra interpretación del texto se halla en conflicto con su verdadero sentido.

La *cura minorum* clásica fué fundamentalmente diferente de la tutela.

1. La *cura* fué siempre optiva y nunca obligatoria como la tutela. El *curator* era nombrado solamente en el caso de reque-

330. Inconvenientes de estos remedios.

331. Introducción de la *cura minorum*.

332. El difícil texto de Vita Marci.

333. *Cura minorum* optiva.

rirlo el menor: *inviti adulescentes curatores non accipiunt*. Indudablemente en la época clásica no hubo excepción alguna a esta regla; incluso en el caso de que alguien deseara demandar a un menor, el *curator* no podía ser designado contra la voluntad del *minor*. El actor o el magistrado podían ciertamente urgir a éste para que solicitase un *curator*, pero si se obstinaba en su negativa, no había recurso alguno y el actor debía demandar al menor aunque éste se hallase desprovisto de *curator*.

334. Curator de las mujeres sujetas a tutela.

2. Las mujeres aun hallándose sujetas a tutela, pueden solicitar el nombramiento de un *curator*. La tutela de las mujeres se convirtió en una mera formalidad (supra, §§ 319, 320), y por esta razón la mujer necesitó consejo y ayuda efectiva en sus asuntos.

335. Consensus curatoris.

3. No hubo una *auctoritatis interpositio curatoris* (supra, párrafo 302). Un menor varón, disfrutaba de plena capacidad legal aun en el caso de que tuviera un *curator*. En cuanto a la mujer menor *in tutela*, se dieron restricciones las cuales, ya fueron mencionadas anteriormente (§ 318). Pero el menor puede consultar al *curator* cuando desea celebrar algún negocio y pedirle su consentimiento (*consensus*). Si bien todos los pasajes en que tal *consensus* es mencionado parecen espurios, esto no obstante, el consentimiento debió existir, pues de otra suerte la *cura minorum* habría estado totalmente desprovista de contenido. Los juristas mencionan este *consensus* raramente por no tener efectos propiamente legales. Aunque el *curator* dé su consentimiento, el magistrado tenía libertad para otorgar la *actio* y la *exceptio legis Laetoriae* y también la *in integrum restitutio*. Ahora bien, ordinariamente rehusaba la concesión de estos recursos, cuando el *curator* había dado su consentimiento. De esta suerte el crédito del menor fué restablecido.

336. El curator como administrador del patrimonio.

4. El *curator* no tenía derecho a administrar el patrimonio del menor, pues en otro caso la *cura minorum* habría sido una *quasi-tutela*. Es opinión común, la de que un *curator mulieris* tenía el derecho de administración, pero esta afirmación resulta altamente inverosímil. Los juristas minimizaron los efectos de la *tutela mulierum* y en la época clásica, un *tutor mulieris* se hallaba privado del derecho a administrar el patrimonio de la mujer. Durante el período clásico no se advierte reacción alguna contra este estado de cosas y, por consiguiente, un *curator mulieris* no pudo convertirse automáticamente, en administrador del patrimonio femenino. Por supuesto, un menor puede conferir al *curator*, la administración de todo su patrimonio o de parte de él, y el magistrado mismo puede, a requerimiento del menor, ordenar al *curator* que asuma la administración de los bienes del menor. En

especial la mujeres de provincias, por lo general ignorantes de las complejidades que ofrecen los negocios, e inexpertas para administrar sus propios patrimonios, debieron frecuentemente confiar al *curator* la administración de éstos y ello es la razón que determina que la administración del *curator* aparezca reiteradamente mencionada en nuestras fuentes. Los textos que se refieren a la administración del *curator*, de un menor varón son, en parte, evidentemente espurios y en parte sospechosos. No obstante, incluso el menor, pudo haber tenido el derecho de otorgar la administración a su *curator* (posiblemente con la intervención del magistrado) y pudo muy bien haber hecho uso de este derecho, pues en otro caso el desenvolvimiento post-clásico de esta institución al que tenemos que referirnos, resultaría ininteligible. Ha sido objetado que el *curator minoris* no puede haber carecido del derecho de administración ya que sin él, la *cura minoris* habría sido una institución de muy menguado alcance, pero la objeción deriva más bien de un prejuicio burocrático. La burocracia, como es sabido, es propensa siempre a intervenir en todo, actúa y pondera la importancia de sus tareas, pero la época clásica no fué precisamente la época de la burocracia y el *curator* no fué nunca un funcionario, fue más bien, si se nos permite la expresión, un "tío bondadoso" designado oficialmente, o un buen amigo (Pollock y Maitland, II, 441) que se contentaba con ser ocasionalmente consultado por el menor o con administrar a instancia de éste su patrimonio.

5. Por lo que se refiere a la responsabilidad del *curator*, las acciones que se dan contra el *tutor impuberum* (supra, §§ 304 y s.) no son ejercitables contra el *curator*. Cuando éste actuaba como administrador, puede serle exigida responsabilidad mediante la *actio negotiorum gestorum* o la *actio mandati*.

Tal fué la verdadera *cura minorum* romana y clásica. Eximir a un joven de la tutela en una edad temprana (los 14 años era un límite de edad que resultaba prematuro ya en el período clásico antiguo) y otorgarle la posibilidad de solicitar el nombramiento de un curador o de un buen amigo que pudiera aconsejarle y administrar su patrimonio si el menor lo deseaba, fué una idea ingeniosa que revela de nuevo, el espíritu irreprimiblemente individualista del Derecho romano. Fué precisamente por esta razón, por la que la burocrática época post-clásica, no pudo apreciar en su recto alcance la institución clásica. La *cura minorum* fué posteriormente asimilada a la *tutela impuberum*, aunque una *quasi-tutela* que gravitase sobre el menor hasta que éste cumplierse los 25 años, resultase francamente absurda. La *cura minorum* ya no fué optiva. El *Epitome Gai*, 1.8 revela claramente el Derecho

337. Responsabilidad del *curator*.

338. Carácter de la *cura* clásica y desenvolvimiento post-clásico.

del siglo quinto. Los compiladores justinianos desearon convertir la *cura minorum* en obligatoria, como lo prueba su interpolación en D. (4.4) 1.3, y solamente por inadvertencia, dejaron subsistir los textos clásicos, que contradecían esta tendencia. Sin embargo, los redactores de la *Instituta* (1, 23, 2), mantuvieron el principio clásico fundamental *inviti adulescentes curatores non accipiunt*. No se consiguió una perfecta amalgama de la *tutela impuberum* con la *cura minorum* y es posible, que ni siquiera fuese intentada, pero es indudable, que los textos clásicos quedaron gravemente interpolados. En mucha parte estas interpolaciones, no deben ser atribuidas a los compiladores justinianos, sino a la escuela jurídica post-clásica (fines del siglo tercero y comienzos del cuarto). El estado de nuestras fuentes es, por tanto, realmente lamentable, y únicamente mediante un buen método crítico podrá conseguirse la restauración del verdadero Derecho clásico. Desgraciadamente la página de la *Instituta* de Gayo que contenía la exposición referente a la *cura* no nos ha sido conservada. Los portaestandartes en este campo de la investigación, fueron E. Albertario y S. Solazzi. Una exposición detallada del desarrollo post-clásico no es propia de este lugar.

F U E N T E S

- § 329. Vide D. (4.4) 27.2.
- § 333. Vide C. (5.31) 1 y 6.
- § 336. Vide C. (5.37) 12 [*vel... curatoribus*]; *Fr. Vat.* 110.
- § 338. Vide *Epit. Gaii*, 1.8; D. (4.4) 1 [*Hoc ediotum... opitulationem*]; [*Apparet... gerentibus*]; C. (2.21) 3 [*hunc contractum... fecisti*].

B I B L I O G R A F Í A

- §§ 322 y s. Obra moderna y ejemplar: S. Solazzi, *La minore età* (1912); Berger, PW., XV, 1860 y s., con referencias.
- § 322. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I (1895), 382; Heusler, *Institutionen des deutsch. Privatrechts*, I (1885), 55; F. Liebermann, *Gesetze der Angelsachsen*, II, 1 (1906), 589.
- § 323. Weiss, PW., Supl. V, 578 y s.; Berger, l.c. 1867.
- § 324. Berger, l.c. 1865.
- § 325. Berger, l.c. 1860 y s.; Weiss, l.c. 579; Solazzi, l.c. 285 (*adultus*); Albertario, *Studi*, I (1933), 513 y s.
- §§ 326, 327. Savigny, *Vermischte Schriften*, II (1850), 336; Duquesne, *Mélanges Cornil*, I (1926), 217 y s.; Debray, *Mélanges Girard*, I (1912), 265 y s., 305; Lenel, *Edict.* (1927), 80.
- § 328. Debray, l.c. 282 y s.; Lenel, *Edict.* 513.
- § 329. Lenel, *Edict.* 116.
- § 330. Costa, *Bull.* II (1889), 72 y s.
- §§ 331, 332. Berger, l.c. 1869, con referencias.

§ 335. Berger, l.c., 1875 y s., 1880.

§ 336. Berger, l.c. 1873 y s., con referencias.

§ 337. Lenel, *Edict.* 319.

§ 338. Solazzi, *Minore età* (todo el libro, y especialmente 239 y s.); Albertario, *Studi*, I (1933), 407 y s., 427 y s., 475 y s. 499 y s., 511 y s.; Archi, *L'Epitome Gai* (1937), 221 y s.; Berger, l.c. 1871 y s., 1876, 1881 y s., 1884.

11. «CURA FURIOSI»

El Derecho clásico referente a los locos, era notablemente primitivo. Desgraciadamente no nos es conocido, ya que no disponemos de la importante página de la *Instituta* de Gayo concerniente a esta materia. Con todo el primitivismo de que adolece ésta parte el Derecho de Roma es evidente.

339. Carácter y fuentes.

Conforme a las Doce Tablas la persona y el patrimonio de un *furiosus* se hallaban *in potestate* del *proximus adgnatus* o de la *gens*. Los juristas clásicos, evitaban aquí el empleo de los términos *potestas* y tutela (supra, § 297) y designaban al *proximus adgnatus* como “curator furiosi” (pues la *cura* de la *gens* ya había desaparecido). Un procedimiento por el cual una persona, pudiera ser declarada incapaz, no existía a la sazón. El *furiosus* caía automáticamente bajo la *potestas* del *adgnatus* y quedaba libre de ésta cuando recuperaba la razón. Las personas mentalmente afectadas, que se hallaran *in potestate patris* o *in tutela*, no eran sometidas a la *cura furiosi*.

340. Cura legitima

Si no había *curator legitimus* (no existía *cura furiosi* testamentaria), el pretor (y en provincias el gobernador), podía nombrar un *curator*. Aunque las fuentes utilizables se hallan en estado muy deficiente, existió sin duda una *cura furiosi decretalis* (vide supra, § 285), si bien no hubo una ley semejante a la *lex Atilia* (supra, § 289) que contuviese las normas a que había de ajustarse el nombramiento de un *curator*. Los magistrados actuaban discrecionalmente y pudo ocurrir con frecuencia que un *furiosus* no tuviese *curator*. Los tiempos primitivos muestran poca compasión hacia los locos y los consideran más bien como una carga que se confía a los parientes o amigos del enfermo, encerrándose a éste en los casos peligrosos en prisión, ya que en esta primitiva sociedad no existen asilos.

341. Cura decretalis.

Un *curator furiosi* tenía que cuidar de la persona y bienes del loco. Semejante al *tutor impuberum* (supra, § 299), el *curator legitimus* fué *vice domini* y, por consiguiente, facultado *iure civili* para disponer del patrimonio del loco. Sin embargo, el *furiosus* y no el *curator* fué considerado propietario de los bienes. La idea de un *curator* fiduciario, fué extraña al pensamiento romano (su-

342. La administración por el *curator legitimus*.

pra, § 213), y la frase de Cicerón (Tusc. 3.5.11): “*furiosum dominum esse rerum suarum vetant duodecim tabulae*” es, como sucede con frecuencia, de alcance puramente retórico.

343. Administración por el curador decretalis.

Un *curator furiosi decretalis* podía disponer del patrimonio del loco solamente *iure praetorio*.

344. Incapacidad del furiosus.

Un *furiosus* carecía de capacidad legal, tuviese o no *curator*. Todo *negotium* celebrado por el *furiosus* era nulo *iure civili* aunque el estado mental de éste fuese ignorado por la otra parte. Los delitos cometidos por el *furiosus* hacen responsable a éste del pago de multa o reparación de daños, si bien esta norma fué admitida con repugnancia en la época clásica.

345. Quid est furor?

La protección otorgada a la persona que sufre una afección mental y a la que participaba en relación jurídica con ésta o en conflicto con ella, era a todas luces insuficiente. Los juristas no tuvieron un concepto claro de las anomalías mentales. Aunque los médicos griegos de la época clásica, poseyeron extensos conocimientos en esta materia y sus escritos fueron conocidos en Roma, los juristas no pararon su atención en ellos. La cuestión fundamental de cuando una persona debe ser considerada como un *furiosus* no fué nunca dilucidada por los juristas y se dejó a la libre apreciación de magistrados y jueces. Para los juristas clásicos fué ésta una *quaestio facti* y por serlo, se mantuvieron fieles al principio de los *iurisconsulti* republicanos expresado así por Aquilio Gallo:

“*Nihil hoc ad ius; ad Ciceronem, inquebat Gallus noster, si quis ad eum quid tale rettulerat, ut de facto quaeretur*” (Cicerón, *Topica*, 12.51).

Así, esta importante cuestión fué discutida por Cicerón y por los oradores forenses y *quid sit dementia* fué un problema muy debatido en las escuelas de retórica. Nada bueno podía salir de estas discusiones, aunque los *rhetores* conocieran y utilizaran la literatura médica. Los juristas clásicos nada tuvieron en cuenta de estas discusiones, en cambio los post-clásicos demuestran en las interpolaciones por ellos efectuadas, haber sido influenciadas por ellas.

346. Intervalos lúcidos.

Los médicos de entonces sabían que en algunas especies de enfermedades mentales se daban los llamados intervalos lúcidos.

Caelius Aurelianus, *De morbis chronicis*, 1.5.151 (una traducción latina de la obra griega de Soranus, escrita en la primera mitad del siglo segundo de J.C.): “*Est autem insania sive furor nunc iugis nunc temporis interiecti requie levigatus*”.

Aretaeus 1. 7 (p. 79 ed. Kühn): *μανίη δὲ καὶ διαλείπει*.

Los *rheto*res enseñaban a sus discípulos la alegación "id genus furoris fuisse ut intermissionem haberet". Cuando hallamos esta idea en nuestras fuentes legales, los textos son de origen post-clásico o están interpolados. Esto no quiere decir, que los intervalos lúcidos fueran totalmente desconocidos en la práctica de la época clásica, y sí solamente que los juristas clásicos, no se ocuparon de ellos en sus escritos.

Además, encontramos en las obras retóricas, los términos *dementia* y *demens* usados indistintamente o en lugar de *furor* y *furiosus*. Este uso fué introducido en los escritos jurídicos clásicos y dió lugar a la falsa creencia, de que los juristas clásicos conocieron dos especies de locura. En realidad, estos juristas usaron únicamente los términos *furor* y *furiosus*. De los libros de Derecho distintos del *Corpus iuris* solamente en el C. Th. (9.43) 1, aparecen los términos *dementia* y *demens* (metafóricamente estos términos son usados en muy pocos textos). En el *C. Iust.* figuran solamente en las disposiciones que emanan de Justiniano. Constituye este hecho en sí mismo, un poderoso argumento contra el clasicismo de los pocos pasajes del Digesto en que estos términos aparecen. En algunos de ellos la interpolación puede ser fácil y satisfactoriamente aprobada. El uso del término *mente captus* fué también evitado por los juristas clásicos.

347. *Dementia* y *furor*.

En los antiguos tiempos de la época post-clásica la *cura-legítima* desapareció porque el *adgnatus* ahora necesitaba la confirmación oficial de su cargo.

348. Desaparición de la *cura-legítima*.

FUENTES

§ 340. Vide XII Tab., V. 7a y 7b.

§ 341. Vide D. (27.10) 13; (1.18) 13.1.

§ 342. Vide Gayo, 2.64; D. (47.2) 57.4, interpolado [*sed. et... possunt*] pero, sustantivamente, clásico; (40.1) 13 [*tradendum*] «*mancipandum*», [*traditus*] «*mancipatus*».

§ 344. Vide Gayo, 3.106; D. (44.7) 1.12; (44.4) 16 [*quem... existimabat*] [*in id... processit*]. Delitos: D. (9.2) 5.2 hasta *verissimum*; (1.18) 14 hasta *pertinebit*.

§ 346. Vide Paul, *Sent.* (3.4a) 5; *Epit. Gai.* (2.2) 3; D. (5.1) 12.2 [*perpetuo*]; C. (5.70) 6 (*antiquitas* significa jurisprudencia post-clásica).

§ 347. Vide D. (4.8) 27.5 [*vel demente*], cf. D. (4.8) 47.1-47 pr.; (5.2) 2 [*vel demens*], c. *Inst.* (2.18) pr.

§ 348. Vide *Epit. Ulp.* 12.1 (N.B. *dantur*).

BIBLIOGRAFÍA

§§ 339 y s. Audibert, *Études sur l'histoire du droit Romain*, I. *La Folie et la prodigalité* (1892); H. Krüger, *Z.*, XIV (1893), 260; Bonfante, *Corso*, I (1925), 473 y s.

§ 340. De Visscher, "Potestas et Cura", *St. Perozzi* (1925), 399 y siguiente = *Études de droit Rom.* (1931); Guarino, *SD.* X (1944), 374 y s., 406 y s.

- § 344. Beseler, Z., LVII (1937), 12 y s.; Pernice, *Labeo*, I (1873), 238 y s.
§ 345. I. L. Heiberg, *Geisteskrankheiten im klass. Altertum* (1927).
§ 346. Solazzi, "I lucidi «intervalla» del furioso", AG. LXXXIX (1923); Lenel, "Intervalla insaniae", *Bull.* I (1924), 227 y s.; Lanfranchi, *Il diritto nei retori Romani* (1938), 197 y s.; De Francisci, *Bull.* XXX (1921), 154 y s.
§ 347. Solazzi, "Furor vel dementia", *Rivista di antichità Μουσείον*, II (1924); Lenel, Z., XLV (1925), 514 y s.; Lanfranchi, l.c.
§ 348. Audibert, "Comment la curatelle légitime se transforma en curatelle dative", *NRH.*, XV (1891), 310 y s.; Solazzi, "Interpolazioni in Ulp. XII", *Rend. Lomb.* LV (1922); Bonfante, *Corso*, I, 479.

12. «CURA PRODIGI»

349. Fuentes.

El Derecho clásico referente al pródigo no puede ser determinado de modo preciso con las fuentes de que disponemos. No tenemos la correspondiente exposición de Gayo en su *Instituta*. El texto contenido en el post-clásico *Epitome Ulpiani* (12.1-3) está muy lejos de ser clásico y el de las también post-clásicas *Sententiae Pauli* (3.4a. 7) es corto e insuficiente. Los pasajes del *Corpus iuris* están, en cambio, plagados de interpolaciones. Sin nuevas fuentes, no es posible conseguir certeza en este punto. No obstante, el Derecho clásico, debió ser fundamentalmente lo que resulta de las siguientes consideraciones:

350. Las Doce Tablas.

1. Las Doce Tablas establecían (no disponemos del texto), que una persona que dilapidaba el patrimonio que había heredado por sucesión *ab intestato* de su padre o abuelo, quedaba sometido a la protestas de un *proximus adgnatus* o de la *gens* después de haber sido declarado *prodigus* por un magistrado (originariamente los cónsules, más tarde el *praetor urbanus* y los gobernadores de provincias). El magistrado decretaba una *interdictio bonorum*: "tibi ea re commercioque (*endiadis*) interdicto". En Derecho clásico el *proximus adgnatus* fué llamado *curator prodigi* (supra, § 340) y fué un *curator legitimus*.

351. Derecho Pretorio.

2. Más tarde (sin que podamos precisar la fecha) el pretor decretaba una *interdictio bonorum* en los dos siguientes casos: a) Cuando un liberto dilapidaba su patrimonio (el Derecho protegía la expectativa sucesoria del patrono); b) cuando un *ingenuus* dilapidaba el patrimonio que hubiese heredado por testamento de su padre o abuelo. En ambos casos el pretor designaba un *curator* discrecionalmente. Era éste un *curator honorarius*.

352. Antonino Pío.

3. Por último, Antonino Pío dispuso que debía ser dado un *curator* también en otros casos de prodigalidad. Conforme a esta disposición, el pretor, decretaba una *interdictio bonorum* y nombraba un *curator*. También esta *cura* fué llamada *cura honoraria*.

El *curator legitimus* fué — lo mismo que el *curator furiosi legitimus* — *iure civili vice domini* y, por consiguiente, facultado para administrar y disponer del patrimonio. El *prodigus* era incapaz de enajenar sus bienes; le estaba prohibido igualmente otorgar testamento y celebrar un contrato del que derivasen obligaciones para él y no podía realizar estos actos, ni siquiera con el consentimiento del *curator* ya que, como hemos dicho reiteradamente, no hubo nunca una *interpositio auctoritatis curatoris* (supra, párrafos 302, 335). Muy probablemente, estuvo prohibido al pródigo aceptar una *hereditas*, ya que este acto podía implicar una asunción de obligaciones. Los detalles no nos son conocidos. Por ejemplo, cuando un *prodigus* celebraba un contrato de venta ¿era éste un *negotium claudicans*? (supra, § 303). ¿Fué un *prodigus* capaz de otorgar el llamado testamento pretorio? (infra, § 436).

353. Efectos de la *cura-legitima*.

El *curator honorarius* tenía derecho también de administrar y disponer del patrimonio del pródigo, pero únicamente *iure praetorio*. Los actos que el pródigo realizaba, eran válidos *iure civili*, pero las enajenaciones y contratos en cuanto generaban obligaciones para él, resultaban nulos *iure praetorio*.

354. Efectos de la *cura honoraria*.

En todo caso, la *cura prodigi* no terminaba automáticamente cuando el *prodigus* dejaba de serlo, y sí únicamente cuando el magistrado revocaba la *interdictio bonorum*.

355. Fin de la *cura prodigi*.

La difícil y fundamental cuestión de las circunstancias en que una persona puede ser considerada *prodigus* no fué tratada por los juristas clásicos. Para ellos era ésta una *quaestio facti* que estaba al margen de lo que constituía el objeto habitual de su estudio (supra, § 345).

356. Quien es pródigo.

La época post-clásica, intentó la fusión del *ius civile* con el *ius honorarium*, produciendo una grave confusión en los textos clásicos. La *cura legitima* — semejante a la *cura furiosi legitima* (supra, § 348) — desapareció en los primeros tiempos del período post-clásico, cuando fué precisa la confirmación del *proximus adgnatus* en su cargo por el magistrado.

357. Desarrollo postclásico.

FUENTES

Vide Gayo, 1.53; Paul. *Sent.* (3.4a) 7; *Epit. Ulp.* 12.1-3; 20.13; D. (45.1) 6 [tradere] «mancipare»; «lege» bonis; (29.2) 5.1 (espurio); (27.10) 1 pr. [quod... curatorum]; (26.5) 12.2

BIBLIOGRAFÍA

Audibert, *Études sur l'histoire du droit Romain, I. La folie et la prodigalité* (1892); "Comment la curatelle légitime se transforma en curatelle da-

tive", NRH., XV (1891), 310 y s.; H. Krüger, Z., XIV (1893), 260 y s.; Ivo Pfaff, *Zur Geschichte der Prodigalitätserklärung* (1911); Mitteis, "Zu der Stelle des Ulpian, 27.10.1 pr.", *Berichte der Verhandlungen der Kgl. Sächs. Gesellschaft der Wiss. Phil.-Hist. Klasse*, LXII (1910), 265; Beseler, *Beitr.* II, 99 y s.; E. Weiss, Z., XXXIII (1912), 488; De Visscher, "Potestas et Cura", *Studi Perozzi* (1925), 399 y s. = *Études de droit Romain* (1931), 5 y s.; "La Curatelle et l'interdiction des prodigues", *Mélanges Cornil*, II (1926), 539 y s.; *Études*, 21 y s.; Collinet, "L'Origine du decret de l'interdiction des prodigues", *Mélanges Cornil*, I (1926), 147 y s.; Solazzi, "Interpolazioni in Ulp. XII", *Rend. Lomb.* LV (1922); "Interdizione e cura del prodigo nella legge delle XII tavole", *St. Bonfante*, I (1930), 45 y s.; Beseler, *Byzantinisch-Neugriechische Jahrbücher*, VI (1928), 554 y s.; Berger, *St. Riccobono*, I (1936), 597.

TERCERA PARTE

DERECHO DE SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE

INTRODUCCIÓN

Los Derechos y deberes de una persona, no se extinguen por regla general, con la muerte de ésta. Ciertamente existen excepciones a esta regla y así, la *patria potestas* y la *manus mariti* se extinguen con la muerte del padre y del marido, respectivamente. El usufructo termina con la muerte del usufructuario y las acciones penales (supra, § 73) se extinguen igualmente, por la muerte del deudor. Las obligaciones accesorias derivadas de una *sponsio*, de una *fidepromissio*, cesan también con la muerte del fiador (Gayo, 3.120). Con todo, el número de estas excepciones es muy corto si se compara con la cantidad de derechos y deberes que sobreviven a la muerte de su titular o del sujeto obligado. Las normas que regulan el destino de estos derechos y deberes después de la muerte del titular o del sujeto obligado, constituyen el llamado "derecho de sucesión por causa de muerte" o, más brevemente "derecho sucesorio".

358. Concepto del Derecho de sucesión.

La idea de un derecho de sucesión concebido como unidad sistemática, la encontramos por primera vez en la *Instituta* de Gayo (2.97-3.87). Aunque esta exposición acusa considerables defectos, es notable si se la estima como un primer intento. La *Instituta* de Justiniano (2.6-3.12) sigue el mismo sistema adoptado por Gayo, sistema que no alcanzó completo desarrollo hasta llegar a la jurisprudencia jusnaturalista (siglos XVII y XVIII) la cual continúa el desarrollo del Derecho sucesorio, estudiándolo en estrecha conexión con el Derecho de familia.

La jurisprudencia clásica mostró por el Derecho sucesorio una clara predilección y lo trató con suma delicadeza. Esto no obstante, la proyección del mismo, produce en una mente moderna innegable extrañeza, por constituir un verdadero despliegue de habilidad jurídica. Esta parte del Derecho clásico, es muy complicada y, en cierto modo, confusa. Por otra parte, los juristas clásicos no se esforzaron mucho en simplificarla. La atracción que sentían por

359. Carácter técnico y fuentes.

el detalle y los problemas dificultosos, fué para ellos tan fuerte y les absorbió de tal suerte al elaborar esta sutil obra jurídica, que olvidaron completamente la máxima: *simplicitas legum amica*. La necesidad de unificar y simplificar el Derecho, fué sentida durante mucho tiempo, pero se eludió el necesario trabajo para conseguirlo y se confió a la edad sucesiva, la tarea de realizar ambas cosas, sin que tampoco fuera dable entonces su consecución, por no disponerse del ocio y la capacidad precisos, para llevar a cabo esta empresa. Los compiladores de Justiniano — los autores del *Codex Iustinianus*, el *Digesto* y la *Instituta* — no intentaron la reforma. Después de haber sido realizadas las compilaciones, Justiniano dictó algunas importantes medidas, encaminadas a conseguir la necesaria reforma, y se confió a las escuelas de Derecho y a la práctica, la misión de aplicarlas, unas veces de acuerdo, y otras en abierto contraste, con el Derecho de las compilaciones. Teniendo en cuenta el hecho de que numerosos textos clásicos recogidos en las citadas compilaciones, resultaban oscuros y contradictorios por haber sido mutilados e interpolados, la conclusión que de todo ello se desprende es que la unificación y simplificación del Derecho sucesorio romano, empresa tan cara a Justiniano, no se llegó a lograr y que desde el siglo XII, en que el Derecho justiniano fué estudiado y cultivado como Derecho vivo, el Derecho sucesorio romano ha ofrecido siempre enormes dificultades para el jurista.

Pero precisamente esta característica del Derecho romano de sucesión hace de éste un campo particularmente interesante para los historiadores. Lo laberíntico de este Derecho, exige un concienzudo análisis histórico. Se dispone de abundantes materiales. Todos los factores que contribuyen a la evolución jurídica romana en esta materia, son claramente perceptibles, especialmente el rigor de la jurisprudencia romana y sus limitaciones y omisiones. La frase de Bonfante que transcribimos no es pues exagerada:

“Nessun istituto del diritto, romano rispecchia più luminosamente il carattere organico del diritto. L'eredità è il vero campo di battaglia e di studio dei principi generali e eccezionali”.

El Derecho romano de sucesión es indudablemente el signo más claro de la vocación jurídica de Roma.

Después de haber expuesto el carácter del Derecho clásico de sucesión desde un punto de vista técnico, vamos a tratar ahora de exponer la ideología que le sirve de fundamento. Acusa ésta un carácter extremadamente liberal y, por tal razón, opera como un modelo estimulante del movimiento liberal del continente en

el siglo XIX. Este liberalismo aplicado al Derecho de sucesión creó los siguientes principios.

El testamento (*testamentum*) aparece en la historia jurídica de Roma en fecha muy antigua, hasta el punto de ser ya conocido por las Doce Tablas. El Código Decemviral se inspiraba, ciertamente, en el Derecho de Atenas, pues el Derecho ático, por lo menos desde Solón (594 a. de J.C.), conoció ya las disposiciones testamentarias. Pero si bien la idea fué griega en su origen, la realización de la misma acusa un auténtico estilo romano. El Derecho solónico permitía el testamento, únicamente en defecto de hijos legítimos. Esta restricción no fué adoptada por los legisladores romanos, pero la libertad del testador fué contenida dentro de límites flexibles. El testamento romano original fué el *testamentum calatis comitiis*. Este testamento podía otorgarse solamente, cuando el *pontifex maximus* formulaba la correspondiente propuesta ante los *comitia* y, por consiguiente, cuando el *pontifex* no aprobaba el contenido del testamento, podía rehusar la formulación de la necesaria propuesta ante los comicios (supra, § 244). Pero estas restricciones desaparecieron muy pronto y a partir del siglo tercero a. de J.C., el ciudadano romano, gozaba de una libertad ilimitada para disponer, por testamento, de su patrimonio. La costumbre romana imponía al buen *pater familias* la necesidad de hacer uso de esta libertad y a no vivir un solo día después de haber alcanzado la edad de la pubertad sin otorgar testamento. Los juristas se esforzaron siempre en mantener en vigor los testamentos (*favor testamenti*). La idea preponderante fué la de sustituir la sucesión intestada, siempre que fuera posible por la sucesión testamentaria y ello porque la primera era inevitablemente esquemática y rígida, mientras que ésta última podía tener en cuenta las circunstancias que concurrían en cada caso concreto. Si observamos el lento desenvolvimiento de los testamentos y de la libertad testamentaria en el Derecho germánico, esta peculiaridad, lejos de ser casual, es lógica consecuencia del fuerte individualismo del pueblo romano. La *lex Voconia* (169 antes de J.C.) por cuya virtud, los ciudadanos pertenecientes a la primera clase del censo no podían instituir herederos a las mujeres, revela ciertamente, una reacción antiliberal (fué defendida por Catón el censor). Se mantuvo vigente en la época clásica, pero sus efectos quedaron muy reducidos, merced al expediente ideado por los juristas de un *fideicommissum hereditatis* en favor de las mujeres, el cual sólo técnicamente difería de la *institutio heredis*. La libertad de otorgar legados fué también restringida por varias leyes, y últimamente por la desdichada *lex Falcidia* (40 a. de J.C.)

361. Predominio del testamento. Libertad del testador.

que permitía invertir en legados solamente las tres cuartas partes del patrimonio. En las últimas décadas de la República, la libertad del testador, fué limitada por la concesión a ciertos próximos parientes, de una porción patrimonial, de la que el testador no podía privarles por testamento (*portio debita*) y que en Derecho clásico se cifró en la cuarta parte de su porción intestada. La *lex Papia Poppaea* (supra, § 182) introdujo otras restricciones, pero de todas suertes, la libertad en Derecho clásico, fué muy amplia. En el Derecho justiniano la *pars debita* fué incrementada. Por otra parte, las restricciones impuestas por la *lex Papia Poppaea* ya no existían, así que en el Derecho del *Corpus iuris*, la libertad del testador, continúa siendo una de las características más relevantes del Derecho sucesorio romano.

362. Pactos sucesorios.

Los pactos sobre la sucesión no tienen fuerza vinculativa en la época clásica, pues la libertad para regular la sucesión por causa de muerte no debe ser disminuída por ninguna causa. Este principio liberal no admite excepciones.

a) Un pacto entre A y B por el cual A nombre a B o a C heredero o legatario (o por el cual A y B se nombran recíprocamente herederos o legatarios) es nulo. Esta norma, es tanto más notable, cuanto que en el Derecho griego, tales pactos fueron válidos, especialmente en materia de matrimonio y adopción. No es menos significativo que el testamento mancipatorio (infra, § 432) aunque en realidad es un pacto hereditario, nunca implica una atadura para el testador, el cual puede revocar en todo momento su disposición aun sin recabar el consentimiento de la otra parte (el *familiae emptor*).

b) Un contrato por el cual una persona prometía otorgar o no otorgar, revocar o no revocar un testamento, era nulo.

c) Se prohíben los testamentos mancomunados. Las disposiciones contenidas en esta especie de testamentos son interdependientes en muchos casos, así que si uno de los testadores muere, el otro no puede ya revocar sus propias disposiciones. Fué ésta la razón de no permitirse en Derecho clásico los testamentos mancomunados.

363. Libertad de heredero y legatario.

El individualismo liberal tiende a reconocer una gran libertad en el heredero y en el legatario.

a) Cuando hay varios co-herederos cada uno de éstos puede exigir la división de la herencia común en todo tiempo y el testador no puede privarles de este derecho ni limitarlo.

b) Heredero y legatario son perfectamente libres de disponer de los bienes adquiridos por herencia o legado y toda medida del testador prohibitiva de este derecho se considera nula. El testador

no puede prohibir la enajenación de las cosas adquiridas por herencia.

c) Las sustituciones fueron mantenidas dentro de muy estrechos límites. Un testador no puede instituir a Ticio y nombrar sustituto a Seio de este modo: "Titius heres meus esto; post mortem Titii (o *post decem annos*) Seius mihi heres esto". En la época clásica, el testador puede obligar a Ticio a transmitir a Seio el patrimonio heredado mediante un *fideicommissum hereditatis*, pero no podía constituir un *fideicommissum familiae*. Una disposición de esta especie: "A sea mi heredero; después de su muerte pase el patrimonio a su hijo mayor, después de la muerte de éste también a su hijo mayor y así sucesivamente", sería nula en Derecho clásico pues el *fideicommissarius* debe ser una *persona certa* (supra, § 561) y vivir al tiempo de la muerte del testador. Las vinculaciones son desconocidas totalmente. El Derecho clásico responde, pues, a las exigencias más radicales de los revolucionarios franceses, los cuales combatieron apasionadamente las sustituciones hasta conseguir su abolición (*Code civ.* 896).

Vide Portalis, *Discours* (Loché, *La Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, I (1827), 314): "Sans doute on a bien fait, pour la liberté de la circulation et pour le bien de l'agriculture, de proscrire ces substitutions absurdes qui subordonnent les intérêts du peuple vivant aux caprices du peuple mort, et dans lesquelles, par la volonté de la génération qui n'est plus, la génération qui est se trouve constamment sacrifiée à celle qui n'est point encore. Il est prudent de soumettre à des règles la faculté de tester et de lui donner des bornes... Vide, además, *Exposé des motifs*" (Loché, l.c. XI, 1827, 358 y s.).

El liberal principio de igualdad (*la loi inviolable de l'égalité*, como Mirabeau la llama), rechaza en la sucesión intestada toda prioridad de los varones sobre las hembras y excluye la primogenitura y otras instituciones similares (como la segundogenitura). Además exige que una razonable porción de la herencia, se otorgue a ciertos próximos parientes, todo lo cual pugna con la libertad de disposición en materia testamentaria. Las reglas concernientes a la sucesión intestada que aparecen en las Doce Tablas, no distinguen entre varones y hembras; hijos e hijas perciben partes iguales de la herencia paterna. Esta disposición resulta sorprendentemente progresiva, si se compara con otros Derechos continentales no románicos de la Edad Media. La primogenitura y otras instituciones semejantes fueron siempre extrañas al Derecho romano. Una ley republicana, posiblemente la *lex Voconia*, disminuyó los derechos de las mujeres, pero solamente dentro de

384. Principio de igualdad.

la segunda clase de los herederos ab intestato (infra, § 392). En el conflicto entre el principio de igualdad y el de libertad testamentaria, quedó victorioso el último y solamente al final de la República, fué reconocida la *pars debita* a ciertos próximos parientes (infra, § 480).

365. Impuesto sobre la herencia.

Finalmente, la repugnancia romana a establecer un impuesto sobre la herencia, es consecuencia del sentido liberal que caracteriza el Derecho sucesorio romano. Este impuesto fué introducido por Augusto y halló una fuerte oposición. El impuesto alcanzó el cinco por ciento, pero quedaban exentos del mismo, los próximos parientes y las herencias de cuantía reducida.

366. Efectos económicos del Derecho sucesorio romano.

El liberal Derecho de sucesión que después de la Revolución Francesa influyó cada vez más en la legislación continental, produjo en ocasiones lamentables efectos. Los fundos hubieron de ser parcelados o gravados con muchas cargas, produciendo ambos fenómenos la consecuencia de la desaparición del pequeño terrateniente y la aparición de grandes latifundios.

Supongamos un terrateniente con cuatro hijos. En Derecho romano puede instituir heredero a uno de éstos, hallándose obligado a otorgar a los restantes la *debita portio* (en la época de Justiniano un tercio justamente de la respectiva porción intestada). Así pues, si ciframos el valor de la tierra en 120, el heredero tiene que pagar 10 a cada uno de sus hermanos y si no tenía dinero para pagarles podía vender una parte del fundo o gravar éste con hipoteca. Si no optaba por ninguno de estos dos recursos podía también vender todo el fundo y perdía la independencia propia de un terrateniente al dejar de serlo. Si el padre no había otorgado testamento, sus cuatro hijos resultaban co-propietarios de los bienes hereditarios, cada uno de ellos por una cuarta parte. Como ya se ha dicho (§ 363), cada hijo podía exigir en todo tiempo la división. Si la división de la tierra era impracticable por resultar las porciones excesivamente reducidas, podía uno de los hijos quedarse con todo el fundo, pagando a sus hermanos la suma de 90 que representa las tres cuartas partes del valor de todo el predio, según el valor que le hemos asignado. La consecuencia inevitable es la de quedar los fundos divididos o gravados con hipotecas o la de ser adquiridos por los grandes capitalistas.

No sabemos si en la antigüedad el Derecho sucesorio romano produjo estos efectos. Mientras la *debita portio* no fué establecida, un propietario de fundos rústicos podía instituir heredero a uno de sus hijos, desheredando a los demás y concediéndoles pequeños legados. Es dudoso si aquél normalmente actuaba como *homo oeconomicus* y no más bien como padre que no muestra preferencia por ninguno de sus hijos. Después de haber sido reconocida la *debita portio*, aumentó el peligro y el liberal Derecho romano fué

quizás, por lo menos en Italia, uno de los factores que condujo a la desaparición de los pequeños propietarios y al aumento de los *latifundia*. No sabemos nada sobre los efectos económicos del Derecho sucesorio romano. Las vacías declamaciones sobre el incremento de la *latifundia*, nada nos dicen. Los juristas romanos no se ocupan de estos problemas y los mismos gobernantes romanos, no se dieron cuenta del peligro económico que entrañaba aquel Derecho sucesorio. La literatura existente sobre la historia económica del Imperio romano, apenas si ha abordado este problema.

F U E N T E S

§ 361. Vide Doce Tablas, V. 3; sobre *lex Voconia*, Gayo, 2.274. Gellius 20.1.23. Vide además Plutarco, *Cato maior*, IX.6.

§ 362. Vide D. (17.2) 52.9; (38.16) 16; (45.1) 61; C. (2.3) 15; (2.4) 34 I y s.; (5.14) 5; (6.20) 3; (8.38) 4. Testamento mancomunado fué permitido por Diocleciano a los soldados, C. (2.3) 19.

§ 363. Vide Gayo 2.238, 287.

B I B L I O G R A F Í A

§§ 358 y s. Una moderna y amplia exposición de todo el Derecho de sucesión no existe todavía. Son indispensables aún: Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, II (1876); Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, III (1906), 184 y s. Manigk, PW. VIII, 622 y s. es insuficiente.

§ 358. Sobre la cuestión sistemática, vide Schwarz, Z., XLII (1921), 604, 606.

§ 359. Bonfante, *Corso*, VI (1930), 78.

§ 360. Schulz, *Principles*, 156; Hedemann, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrh.* II, 1 (1930), 47 y s.

§ 361. Sobre el Derecho de Solón, vide Beauchet, *Histoire du droit privé de la république Athénienne*, III (1897), 426; Kübler, PW., VA. 968. Sobre la *lex Voconia*, vide Steinwenter, PW., XII, 2418. Sobre el predominio del testamento, Schulz, l.c.

§ 362. Windscheid, *Pand.* III, 529 núm. 2; 564 núm. 3; 568; Vismara, *Storia dei patti successori*, 2 volúmenes (1941); Re, "Del patto successorio. Studio di legislazione comparato", *Studi e documenti di storia e diritto*, VII, VIII. Sobre el Derecho griego, vide Mitteis, *Grundzüge* (1911), 241 y s.; Kreller, *Erbrechtliche Untersuchungen* (1920), 223 y s.; Taubenschlag, *Law of Greco-Roman Egypt* (1944), 156.

§ 363a. Schulz, *Principles*, 150 y s.; Hedemann, l.c. 62.

§ 363b. Windscheid, *Pand.* III, 678, 3.

§ 363c. Windscheid, *Pand.* III, 554.4, 637; Hedemann, l.c. 53 y s.

§ 364. Hedemann, l.c. 66 y s.; V. Woess, *Das röm. Erbrecht und die Erbanwärter* (1911), 65 y s.; Kübler, Z., XLI (1920), 15 y s.

§ 365. Sobre la *lex de vicesima hereditatum* de Augusto, vide Biondi en *Acta divi Augusti*, I (1945), 219, con referencias; De Laet, *L'Antiquité classique*, XVI (1947), 29.

§ 366. Hedemann, l.c. 79 y s.; Max Weber, *Dir röm. Agrargeschichte* (1891), 67 y s.

CAPÍTULO I

NOCIONES FUNDAMENTALES

1. «SUCCESSOR, SUCCESSIO, SUCEDERE»

367. Concepción clásica de la sucesión.

En el lenguaje jurídico clásico *succedere*, lo mismo que en español “suceder”, significa ocupar el lugar anteriormente ocupado por otra persona o cosa, y especialmente, el sub-entrar de un heredero *in locum* o *in ius defuncti*. Cuando se usa el vocablo en su estricto sentido, su significación es que el heredero viene a ocupar la posición del *defunctus*. En relación con el Derecho privado, al cual se refiere exclusivamente este libro, significa que el *successor*, subentra en bloque en los derechos y deberes del *de cuius* (*) en tanto estos derechos y deberes sobreviven a la muerte del *de cuius* (supra, § 358).

368. La concepción de Cayo.

Gayo, al ocuparse en su *Instituta* (2.18 y s.) de la adquisición de cosas, distingue entre la adquisición de cosas singulares (2.97: *quemadmodum singulae res adquirentur*) y la adquisición en bloque de una pluralidad de cosas (2.97, 191: *quibus modis per universitatem res nobis adquirentur*), considerando esta última como *successio* (2.157; 3.77; 3.82). En esta concepción de la *successio* hace Gayo las siguientes subdivisiones: (1) La sucesión del heredero (tanto la sucesión *iure civili*, como la que tiene lugar *iure praetorio*); (2) Otros casos de *adquirere per universitatem*, así por ejemplo, cuando el *pater adrogans* adquiría por *adrogatio* el patrimonio del hijo adoptado (Cayo, 3.82 y supra, § 252). Los autores modernos designan estos dos géneros de sucesión con las frases “*successio mortis causa*” y “*successio inter vivos*”, pero Gayo no usa de estas expresiones. La palabra *successio* usada por Gayo significa un modo de adquirir las cosas (especialmente un *adquirere per universitatem*, esto es, en bloque) y no implica asunción de deudas, pues el *pater adrogans* no “sucede” en las deudas del hijo adoptado. De todos modos es dudoso, si este concepto de la *successio* fué el corriente entre los juristas clásicos o más bien peculiar de Gayo. En todo caso no es muy feliz. Supongamos que alguien vende los bienes guardados en un almacén trans-

(*) *De cuius* (en inglés, francés, italiano y español es la expresión corriente para designar el *defunctus*) constituye una abreviatura de *is de cuius hereditate quaeritur* (o *agitur*); vide *Inst. Iust.* (3.2) 6; D. (38.8) 1.11; (38.6) 5 pr.

mitiendo la propiedad de los mismos por la entrega de las llaves al comprador. Este último adquiere las mercancías *uno actu*, en bloque (*per universitatem*), y sin embargo Gayo, difícilmente hubiera aceptado que fuese ésta una forma de *successio*.

Otra cosa es también cierta. Cuando una persona adquiría la propiedad de una cosa singular o de varias cosas, por efecto de una compra-venta (*mancipatio* o *traditio*), de donación, de legado o de usucapio, los juristas clásicos no consideraban nunca esta adquisición como una *successio* y, por tanto, no decían jamás que en tales supuestos, el nuevo propietario “sucedió” al anterior.

369. No hay sucesión singular.

Los juristas post-clásicos, influenciados sin duda por Gayo, aplicaron el término *successio* al *adquirere singulas res*. No sintieron escrúpulo alguno en considerar al comprador, al legatario, etc., como verdaderos sucesores y llamaron a esta sucesión, *successio in unam rem*. Lo que Gayo denominó simplemente *successio*, fué designado por ellos *successio in universum ius, in universitatem* o usando de otras expresiones similares. Los juristas modernos, de acuerdo con ellos, distinguen entre sucesión “universal” y sucesión “singular”, pero estos conceptos y expresiones son totalmente desconocidos de los juristas clásicos, no aparecen en la *Instituta* de Gayo y cuando los encontramos en nuestras fuentes, los textos son post-clásicos o se hallan interpolados. La nueva terminología no fué establecida con carácter absoluto y tajante y en algunos pasajes del *Corpus Iuris*, incluso en aquellos que están interpolados, *successor* equivale a heredero. En conclusión, podemos afirmar que el concepto post-clásico de *successio*, así como la distinción entre sucesión universal y singular, son tan oscuros como innecesarios.

370. Concepto post-clásico de la sucesión.

F U E N T E S

§ 367. Vide Gayo, 4.34 hasta *directas actiones* (la sugerencia de Ambrosino, l.c. p. 96, es inaceptable); D. (50.17) 42.

§ 368. Vide D. (41.1) 62 [*ad heredem*]; (23.5) 1.1 [*secundum... est*].

§ 370. Compárese Gayo, 3.82 con *Inst. Iust.* (3.10) pr.; Gayo, 3.77 con *Inst. Iust.* (3.12) pr. Vide, además, D. (43.3) 1.13 [*in locum... successum*]; (39.2) 24.1a [*successores... continentur*],

B I B L I O G R A F Í A

C. Longo, “L'origine della successione particolare nelle fonti di diritto romano”, *Bull.* XIV (1902), 127 y s., 224 y s.; XV (1903), 283 y s.; Bonfante, *Scritti giuridici*, I (1916), núms. V-IX, XV; Corso, VI (1930), 1 y s.; acertadamente contra Bonfante, Ambrosino, “*Successio in ius, successio in locum*,”

successio", S.D., XI (1945), 64-192; Catalano, "Successio in universum ius", *Ann. Catania*, I (1946-7), 314 y s., atinadamente contra las exageraciones de Ambrosino. Para material, vide VIR, V. 732, 734 y s.; *Ergänzungsindex*, 188 y s. Sobre sucesión en general, vide Windscheid, *Pand.* I (1906), § 64.2.

2. «HERES, HEREDITAS»

371. Concepto del *heres*.

En Derecho clásico, *heres* es un *successor mortis causa ex iure civili*. Sucede *uno actu in locum defuncti*, lo cual, en lo que se refiere al Derecho privado, significa que sucede en todos aquellos derechos y deberes del *de cuius* que sobreviven a la muerte de éste. Puede haber varios herederos, cada uno por una fracción de la herencia (ejemplo *A* por un tercio; *B* por dos tercios). El *heres* limitado a una cierta y determinada cosa perteneciente a la herencia, resultaba incompatible con el concepto romano de *heres*. Un testador no puede, por ejemplo, designar a *A* como heredero de su propiedad rústica y a *B* como heredero de su disponibilidad pecuniaria. El *heres* asume las deudas del *de cuius* y cuando son varios los herederos cada uno de ellos responde por una fracción del pasivo. Si, por ejemplo, *A* es *heres* por un tercio y *B* por dos tercios, y el *de cuius* debía 90, *A* deberá 30 y *B* 60. Cualquiera otra limitación de la responsabilidad del heredero, es incompatible con el concepto clásico de éste. El testador no puede disponer que su *heres A* sea responsable únicamente por determinadas deudas y, sobre todo, la responsabilidad de un *heres* no puede limitarse al importe del patrimonio heredado. Si, por ejemplo, *A* es heredero único y el *de cuius* debía 100, *A* debe también los 100 aun cuando el valor de lo heredado sea únicamente de 60. No existen en Derecho clásico medios para restringir la responsabilidad del heredero, reduciendo ésta a la cuantía de la *hereditas*.

372. Responsabilidad ilimitada por las deudas.

Este inexorable principio de la responsabilidad ilimitada del *heres* clásico, constituye una peculiaridad del Derecho romano. En otros Derechos, hallamos más o menos destacada la idea de que las deudas del *de cuius*, constituyen una carga que grava el patrimonio heredado y, consiguientemente, la de que el heredero no tiene nunca que pagar más de lo que importa el valor de dicho patrimonio. El principio clásico requiere pues una explicación. Ésta ha sido intentada por Bonfante y sus seguidores creyendo que se trataba de una supervivencia del Derecho prehistórico romano. En la época prehistórica, se decía, el *heres* romano sucedía al cabeza o jefe de la *gens* o de la casa, el cual poseía una especie de soberanía sobre una u otra. El *heres* sucedía en esta soberanía, y por ello en las obligaciones del anterior soberano. "Sed hoc divinare est et relinquatur pertinacibus." Esta teoría defendida con pasión por Bonfante, no ha sido probada ni se podrá probar con ayuda del material

disponible actualmente. Todas las reglas jurídicas aceptadas como supervivencias, pueden ser explicadas de modo diferente y mucho más sencillo. Si esta teoría fuera exacta, no se explicaría por qué la responsabilidad ilimitada sobrevivió largo tiempo una vez superada la época prehistórica. La referencia a la *vis inertiae* y al conservatismo de los romanos, no aclara suficientemente la cuestión. La responsabilidad del *heres* debe ser explicada dentro de la estructura propia del Derecho clásico.

De hecho, la responsabilidad del *heres* puede explicarse sin la ayuda de argumentos especulativos. Lo que siembra perplejidad en las mentes modernas es la consideración siguiente.

Si el *de cuius* viviese aún, sus acreedores podrían reclamar la satisfacción de sus créditos dirigiéndose contra su patrimonio y si éste resultaba insuficiente, no tendrían más remedio que arrostrar la consiguiente pérdida. ¿Por qué la muerte del deudor debe proporcionar a los acreedores una situación mejor? La responsabilidad ilimitada del *heres* implica una ventaja injustificada, puesto que ahora el acreedor puede obtener satisfacción no solamente de la herencia, sino también del patrimonio propio del heredero. Es preciso buscar, pues, una explicación a esta extraña responsabilidad.

Este modo de argumentar es perfectamente correcto desde el punto de vista propio del Derecho moderno que no admite la ejecución en la persona del deudor, pero resulta erróneo si se tiene en cuenta el punto de vista propio del Derecho romano republicano y clásico (supra, § 43). Un deudor se hallaba sujeto a la ejecución en su propia persona por el importe de su deuda y así si debía 100, por el importe de 100, sin que pudiera objetar que el valor de su patrimonio era solamente de 60. Supongamos ahora que el deudor muere y sucede un *heres in locum defuncti*. Es perfectamente lógico que el *heres* esté sujeto a la ejecución personal en la misma extensión en que lo estaba el *de cuius*, es decir, por el importe total de la deuda, lo que implica una responsabilidad ilimitada. Si la ejecución en la persona del heredero fuese permitida únicamente por el importe de la deuda, en tanto en cuanto ésta resulta cubierta por los bienes heredados (*dumtaxat de hereditate*), su responsabilidad sería menor que la del anterior deudor y la situación del acreedor vendría empeorada por efecto de la muerte del deudor originario. El hecho de que la responsabilidad del *heres* no se limite al valor de los bienes heredados, queda así plenamente explicada. Es ello una consecuencia lógica y necesaria del concepto del *heres* como *successor in locum defuncti* en tanto la ejecución en la persona es el modo primario y fundamental de la ejecución, como lo fué en la época republicana y en el período clásico en que rigió el procedimiento ordinario (supra, § 43). Los juristas clásicos pudieron haber relegado la ejecución en la persona a plano secundario. En la época de Augusto la *lex Iulia de cessione bonorum* autorizaba al deudor (concurriendo ciertos requisitos) a eludir la ejecución en su persona mediante la cesión de sus propios bienes a sus acreedores. Se pudo conceder al *heres* la posibilidad de evitar la ejecución en su persona por una deuda del *de cuius*, abandonando la herencia. Esta conclusión no se

desprende sin embargo de una interpretación liberal de la *lex Iulia*. Habría sido precisa una ley (*lex, senatusconsultum, constitutio principis*) y esta ley no existió nunca. La *cessio bonorum* de la *lex Iulia*, fué estimada como un privilegio excepcional y no como punto de partida de un nuevo desarrollo del Derecho de ejecución. La ejecución personal parecía aún demasiado importante para aceptar que fuese restringida. Fué Justiniano quien mediante la concesión del *beneficium inventarii* abrió el camino de la limitación de la responsabilidad del heredero por el importe del patrimonio heredado. En Derecho justinianeo la *cessio bonorum* fué tan frecuente que la ejecución personal fué postergada a segundo término, y aparece raramente mencionada en el *Corpus iuris*.

373. *Institutio heredis* y atribución de ventajas.

De lo dicho resulta con evidencia, que la designación de un *heres* por testamento no implica necesariamente la atribución de una ventaja. Supongamos que el testador no tenía patrimonio activo y sí solamente débitos. En tal caso, una *institutio heredis* es perfectamente válida y la persona designada, sucede *in locum defuncti*, dando virtualidad a todas las demás disposiciones contenidas en el testamento (*tutoris datio, manumissio testamento*). Ocasionalmente, se dice en nuestras fuentes, que un *heres* que no consigue con la herencia ventaja alguna, recibe únicamente el *inane nomen heredis* (Gayo, 2.224, *C. Iust.* 3. 29.3), pero esta expresión no es muy exacta. Si un testador desea atribuir una ventaja a alguien, no debe instituirle heredero, puesto que un *heres* es siempre, por lo menos potencialmente, responsable de las deudas del *de cuius*. Debe por tanto optar por otro medio: *legatum, fideicommissum, donatio mortis causa, modus, manumissio testamento*. En estos casos, de los que nos ocuparemos posteriormente, el que recibe la atribución patrimonial (dejando a un lado la irregular figura del *fideicommissum hereditatis*) no responde de las deudas del *defunctus*.

374. El *heres* no es un perpetuador ni un representante del *defunctus*.

En Derecho primitivo se halla muy difundida la idea de que el padre sobrevive en sus hijos y como éstos son sus herederos el padre se dice, perdura en éstos. Según esta concepción el heredero es un continuador corporal de su padre y perpetúa la personalidad de éste. En el desenvolvimiento del Derecho sucesorio romano esta idea no influye en lo más mínimo. El heredero testamentario es, como se ha dicho (§ 361), el predominante, y considerarle como un perpetuador de la personalidad del testador sería absurdo. En nuestras fuentes esta idea aparece solamente en una ocasión, en una de las *Novellae* de Justiniano (*Nov.* 48 pref.), pasaje que tiene un alcance puramente retórico. En el siglo XIX el hegelianismo intentó resucitar esta vieja idea, la cual cuenta en la actualidad con algunos defensores. Idea semejante a ésta es la que considera

al heredero como un representante del *de cuius*, pero también tal concepción es completamente extraña a los juristas clásicos.

La palabra *hereditas* es usada en una doble acepción por los juristas clásicos. Significa (1) *successio mortis causa ex iure civili*, esto es, la sucesión misma y el derecho a suceder (*ius successio-nis*); (2) el patrimonio de la persona difunta (*bona defuncti*). Poseemos textos que prueban el uso de ambas acepciones, en cambio, los juristas clásicos, jamás emplearon el término *hereditas* como una unidad comprensiva de los bienes y deudas del *de cuius*.

375. *Hereditas.*

La *hereditas* (= *successio*) es *hereditas ex testamento, ab intestato* o *contra testamentum*; expondremos más tarde estos géneros de sucesión (§§ 381, 426, 459).

Un *heres* sucede a veces automáticamente al morir el *de cuius* o también cuando se abre el testamento. Otras veces se requiere un acto especial de aceptación. En este último supuesto los juristas clásicos distinguen entre *deferre hereditatem* (ofrecimiento de la herencia) y *adire hereditatem* (aceptación de la herencia).

376. *Deferre hereditatem adire hereditatem.*

Nuestros manuales distinguen entre *delatio* y *adquisitio hereditatis*, terminología que no es enteramente clásica. Los términos *delatio* y *adquisitio hereditatis* no aparecen en las fuentes clásicas. La expresión *deferre hereditatem* es clásica en cambio. *Acquirere hereditatem* es también clásica, pero no significa adquisición en contraste a la *delatio*. *Accipere hereditatem* no significa "aceptar una herencia ofrecida" sino "recibir (obtener) una herencia".

FUENTES

§ 375. Para *hereditas* = *successio*, vide Gayo, 2.14; D. (50.17) 62 [*universum*]; (50.16) 24 [*universum*]; para *hereditas* = *bona defuncti*, vide Cicerón, *Topica*, 6.29; D. (36.3) 5.3; (26.7) 39.3.

§ 376. *Adquisitio hereditatis* aparece en D. (36.1) 67 pr., pero el texto es espurio: Beseler, *Beitr.* IV (1920), 187; Z., XLVI (1926), 141; LII (1932), 42; LIII (1933), 38. En cuanto al uso clásico, vide D. (50.16) 151; (41.1) 10.1; (28.7) 13.

BIBLIOGRAFÍA

§ 372. Los escritos de Bonfante, vide supra, 367-70. Bibliografía. Además Rabel, Z., L (1930), 295 y s.; Korosec, *Die Erbenhaftung nach. röm. Recht*, I (1927); Siber, "Geschichtliches und Rechtsvergleichendes über die Haftung für Nachlassschulden", *Acta Academiae Universalis Jurisprudentiae Comparativae*, I (1928), 986 y s. Certeramente, contra Bonfante, Ambrosino, SD., XI (1945), 184; Volterra, *Bull.* XLVIII (1941), 76. Para la ejecución en la persona, vide V. Woess, Z., XLIII (1922), 485 y s. Sobre el *beneficium inventarii*, vide Windscheid, *Pand.* III (1906), § 606. Sobre el Derecho griego,

vide Pringsheim, Z., XLI (1920), 349 y s.; Taubenschlag, *Law of Greco-Roman Egypt* (1944), 163, con referencias; sobre Derecho germánico Gierke, "Grundzüge des deutschen Privatrechts", § 117 (Holtzendorff-Kohler, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, I, 1915, 291).

§ 374. Windscheid, *Pand.* III (1906), § 528; Mitteis, RP. I (1908), 93 y s.; Bonfante, *Scritti*, I (1916), 158 y s.; Solazzi, "Contro la rappresentanza del defunto", *Riv. It.* 1916; Saleilles, "Le Principe de la continuation de la personne du defunt par l'héritier en droit romain", *Festschrift für Otto Gierke* (1911), 1015 y s.; Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, III (1946), 2218, con referencias; Solazzi, *Diritto ereditario romano*, I (1932), 199 y s.

3. «BONORUM POSSESSOR, BONORUM POSSESSIO»

377. Concepto de la *bonorum possessio*.

En Derecho clásico el *bonorum possessor* es el *successor mortis causa ex iure praetorio* (honorario). El término produce cierta confusión, porque este *possessor* no es un *possessor rerum* (infra, párrafo 751). Es la persona a quien el pretor otorga la *successio iuris praetorii*. El *bonorum possessor* puede conseguir la *possessio rei* poniendo la herencia bajo su poder efectivo, pero adquiriría la *bonorum possessio* inmediatamente por el solo efecto del decreto del pretor. Semejante al *heres*, el *bonorum possessor* es un *successor mortis causa* y sucede *uno actu in locum defuncti*; ahora bien, el *bonorum possessor*, es únicamente un *successor iure praetorio*, lo que implica algunas singularidades.

Supongamos que Sempronio ha prestado 100 a Ticio y que luego muere Sempronio. Si Seio es *heres* de Sempronio, puede demandar a Ticio con la usual *formula certae creditae pecuniae* (supra, § 30): "Si paret Titium Seio centum dare oportere", etc. Si Seio no era *heres* y sí únicamente *bonorum possessor*, no puede demandar a Ticio con esta fórmula, puesto que Seio no es *creditor iure civili*. En tal caso tendrá que emplear una fórmula ficticia (supra, § 49): "Si Seius Sempronio heres esset, tum si pareret Titium Seio centum dare oportere", etc.

378. Especies de *bonorum possessio*.

El pretor puede otorgar la *bonorum possessio* a un *heres*, quien de este modo venía a disfrutar de los recursos pretorios y de los que le eran concedidos por el *ius civile*. En este caso, el pretor otorgaba la *bonorum possessio* sobre el soporte o la base del *ius civile* (*adiuvandi iuris civilis gratia*). También podía el pretor, conceder la *bonorum possessio* a un *non-heres*, el cual en este caso dispone solamente de los recursos pretorios. Si en este último caso no había *heres*, el pretor se limitaba a colmar la laguna existente en el *ius civile* (*supplendi iuris civilis gratia*), pero si lo había (A es *heres* y B *bonorum possessor*), se producía el conflicto de dos derechos y, en tal caso unas veces es el *bonorum possessor* considerado legal-

mente superior al *heres* (la *bonorum possessio* es llamada entonces *bonorum possessio cum re* y el pretor actúa en esta hipótesis *corrigendi iuris civilis gratia*). Otras en cambio, el *heres* es considerado superior al *bonorum possessor* (la *bonorum possessio* es llamada en tal caso *bonorum possessio sine re*). Hemos de señalar después, aquellos casos en que la *bonorum possessio* era *cum re* y aquellos otros en que era *sine re*, pero debemos hacer constar inicialmente que *sine re* no significa *sine effectum* como erróneamente creía el post-clásico autor de *Epitome Ulpiani* (23.6). La *bonorum possessio sine re*, concede al *possessor* los recursos pretorios.

La *bonorum possessio* es conferida (1) *secundum tabulas testamenti*, es decir, a la persona instituída heredera en un testamento; (2) *ab intestato, si tabulae testamenti non extabunt*; (3) *contra tabulas testamenti*. Más tarde nos ocuparemos de los detalles de estas tres formas de *bonorum possessio* (§§ 436, 404, 468). La *bonorum possessio* nunca se otorga automáticamente a una persona como sucede con la *hereditas* (supra, § 376); la *bonorum possessio*, únicamente puede adquirirse por un decreto del pretor, mediante el cual éste otorga la *bonorum possessio* a quien la solicita. Por esta razón, no puede ser clásica la distinción entre *bonorum possessio decretalis* y *bonorum possessio adictalis*. La expresión *bonorum possessio decretalis*, aparece solamente en un texto interpolado.

Petere o *adgnoscerere bonorum possessionem* significa “comparecer ante el magistrado para solicitar la *bonorum possessio*”. La expresión *adgnitio bonorum possessionis* aparece en los escritores clásicos solamente una vez, D. (38.15) 5 pr. (espurio). *Deferre bonorum possessionem* equivale a *deferre hereditatem* (supra, § 376). *Dare bonorum possessionem* significa “otorgar *bonorum possessio* mediante decreto”. *Bonorum possessio decretalis* aparece en un solo pasaje, D. (38.9) 1.7, el cual se halla evidentemente interpolado. [*Decretalis*]; [*nodum... quia*]. Esta expresión no se halla en *Instituta* de Just., *C. Iust.*, *C. Theod.*, *Nov. Posttheodosianae*, ni en los materiales del *Index-Complementario*. *Bonorum possessio edictalis* aparece tan sólo dos veces: D. (29.2) 30.1 y (38.6) 1.4; ambos textos son espurios.

379. Terminología clásica.

En las páginas siguientes, nos limitaremos a tratar de la *bonorum possessio* del Edicto pretorio codificado por Juliano y Adriano (supra, § 25). Nuestro conocimiento del Derecho anterior y de su evolución histórica, es escaso y su desarrollo post-clásico, está requiriendo con urgencia un riguroso análisis crítico.

380. Derecho republicano y post-clásico.

F U E N T E S

§ 377. Vide Gayo, 3.32; 4.34; D. (50.17) 117; (37.1) 2; (50.16) 119; (37.1) 3.1 *Hereditatis... bonorumve «Bonorum»*.

§ 378. Vide D. (1.1) 7.1; Gayo, 3.33b, 34 (*remota bonorum possessio-
ne = bonorum possessio set aside*); 3.35, 36; *Epit. Ulp.* 28.1.

§ 379. Vide D. (37.1) 3.3.

B I B L I O G R A F Í A

No existe todavía una obra moderna y crítica, sobre el Derecho de la *bonorum possessio*. K. F. Fabricius, *Hist. Forschungen I. Ursprung und Entwicklung der bonorum possessio bis zum Aufhören des ordo iudiciorum privatorum* (1837); B. W. Leist, *Die bonorum possessio*, 2 vols. (1844, 1848); Glück-Leist, *Erläuterung der Pand.*, Serie der Bücher, 37-8, I-V (1870-9); Alibrandi, *Opere*, I, 65 y s.; C. Arnd, "La bonorum possessio sine re", *Memorie della R. Accademia di scienze, lettere ed arti in Modena*, Serie III, vol. XII (Sección de Ciencias), 1914; Bonfante, *Corso*, VI (1930), 416 y s.; Lenel, *Edict.* (1927), 342 y s. Para los documentos que contienen una *adgnitio bonorum possessionis*, vide Taubenschlag, *Law of Greco-Roman Egypt* (1944), 162. Sobre *bonorum possessio decretalis*, vide Solazzi, AG., C (1928), 17 y s.

CAPÍTULO II

SUCESIÓN INTESTADA

1. INTRODUCCIÓN

Se abre la sucesión intestada cuando es legalmente cierto que no existe un testamento válido y eficaz. En este momento, que llamaremos "momento relevante" la herencia (*hereditas y bonorum possessio*) es ofrecida a cierta o a ciertas personas.

381. El momento relevante.

Supongamos que el *de cuius* ha otorgado un testamento válido, en el cual instituye a A y B herederos. Muerto el *de cuius*, A rehusa la herencia y algunos días después B, hace lo mismo. En el momento en que B rehusa la herencia, es cierta la inexistencia de un testamento eficaz y la herencia es ofrecida entonces a los sucesores *ab intestato*.

Si una persona no existe en el momento relevante, no puede ser heredero *ab intestato*.

Supongamos que el testador tiene un hijo A y un hermano B, e instituye *heres* a su amigo F. Cuatro semanas después de la muerte del testador, F rehusa la herencia. A vivía en el momento de la muerte de su padre, pero murió tres semanas después del fallecimiento sin dejar hijos. El único heredero *ab intestato* es B. El heredero de A no puede reclamar la herencia.

Cierto que la *bonorum possessio ab intestato* puede ser reclamada y obtenida habiendo un testamento válido, pero en tal caso es una *bonorum possessio sine re* (Gayo, 3.35,36; supra, § 378).

382. Fuentes.

El Derecho clásico brota de algunas fuentes muy variadas especialmente de las Doce Tablas, de la *lex Voconia* de 169 a. de J.C., del Edicto pretorio, de dos *senatusconsulta*, de la *lex Iulia de maritandis ordinibus*. No hemos de ocuparnos aquí, de la significación originaria de las normas establecidas en el Código Decemviral, las cuales probablemente diferían de las que le atribuyó la jurisprudencia posterior. En cuanto a estas normas, adoptamos el sentido que les fué atribuido por los juristas clásicos. En cuanto al

edicto, nos limitaremos al codificado por Adriano (supra, § 25), por ser éste el único que conocemos suficientemente.

BIBLIOGRAFÍA

La Pira, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano* (1930).

2. SUCESIÓN INTESADA EN LA ÉPOCA DE LAS DOCE TABLAS Y LA «LEX VOCONIA»

383. *Heredes legitimi.*

Las personas designadas por las Doce Tablas como herederos *ab intestato* son llamadas *heredes legitimi* y se distribuyen en tres clases.

I. *Sui*

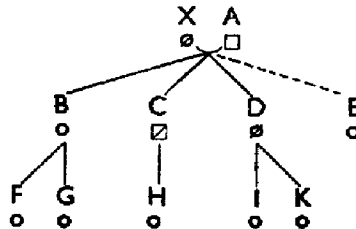
384. *Sui heredes.*

Los *sui* son aquellas personas que se *hollarían in potestate* o *in manu* del *de cuius* si éste viviese todavía. No se exige parentesco de sangre con el *de cuius* ni este parentesco es por sí solo suficiente. La *uxor in manu* y el *filius adoptivus* pertenecen a los *sui* no obstante no ser consanguíneos. En cambio un hijo emancipado del *de cuius* es consanguíneo de éste y, sin embargo, no es un *suus*. Como ya se ha dicho antes (§ 364), las Doce Tablas no establecen diferencia alguna entre varones y hembras y tampoco la establecen las leyes posteriores. Ni siquiera la *lex Voconia* se atreve a desviarse de esta línea liberal, característica del antiguo derecho sucesorio.

385. Principio de la representación.

Cuando hay una pluralidad de *sui*, se aplica el principio de la representación, por cuya virtud, los descendientes de un hijo son excluidos por su padre, pero representan al padre cuando éste no es *suus* o cuando no vive ya en el momento relevante.

Tomemos el siguiente caso:



A la muerte del *de cuius* X viven las personas siguientes: su mujer A, *in manu*; su hijo B y los hijos de éste F y G; el hijo H de su hija premuerta C; los hijos I y K de su hijo D, premuerto; y su hijo emancipado E. A es *filiae loco* (supra, § 197) y por consiguiente *sua*; F y G son excluidos por su padre B; H no es *suus* del *de cuius* sino del marido de C; E es emancipado y por consiguiente no *suus*. Así pues A, B, I, K son *heredes legitimi*, A y B por un tercio cada uno, I y K por un sexto también cada uno.

No sabemos si este principio de la representación se aplicó ya en la época de las Doce Tablas, pues este código no hace mención expresa del mismo. En todo caso tal principio es muy antiguo y se mantiene durante mucho tiempo.

Un *suus* puede únicamente ser *heres legitimus* si existía ya en el momento de morir el *de cuius*, siendo suficiente que en este tiempo se hallase ya *en ventre sa mère* y naciese posteriormente: “*postumus suus conceptus pro iam nato habetur*” (supra, § 124).

Los *sui* son automáticamente *heredes*, sin que se requiera la aceptación por ellos de la herencia (*aditio hereditatis*; supra, § 376). Tampoco están facultados para *repudiar* ésta. De ello nos ocuparemos más adelante (infra, § 488).

Si el *de cuius* es una mujer, no existe la primera clase de herederos, pues la mujer, al no ser capaz de ejercer la *potestas* no puede tener *sui* (supra, § 240).

386. *Suus conceptus pro iam nato habetur.*

387. No hay *aditio* ni *repudiatio*.

388. La mujer no tiene *sui* herederos.

II. *Adgnatus proximus* y *patronus*

Si el *de cuius* es ingenuo y no existen *sui*, es *heres legitimus* el *proximus adgnatus*.

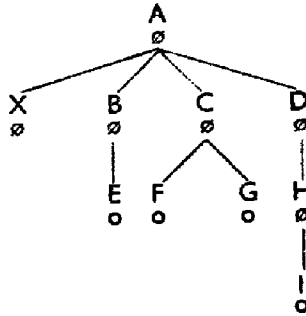
Adgnati en el sentido romano, son aquellas personas que juntamente con el *de cuius*, descienden de un ascendiente común y se hallarían en el “momento relevante” sometidos a la misma *patria potestas*, si el común ascendiente viviese aún. Las personas adoptadas se consideran *adgnatorum loco* y una *uxor in manu, filiae loco* (supra, § 197). Este concepto comprende también a los *sui*, pero la regla establecida en las Doce Tablas, se refiere únicamente a aquellos *adgnati* que no son *sui*. En esta clase de herederos no se aplica el principio de la representación y el agnado que en el “momento relevante” es el más próximo en grado excluye a los demás. Varios agnados del mismo grado suceden *per capita* y no (como ocurre en la primera clase), *per stirpes*.

389. *Proximus adgnatus.*

390. Concepto de *adgnati*.

391. Sucesión *per capita*.

Tomemos el siguiente ejemplo:



A la muerte del *de cuius* X viven las siguientes personas: E, hijo de B, hermano premuerto del causante; F y G, hijos de C, también hermano premuerto del causante, e I, nieto de D, hermano premuerto del causante. Todos ellos son *adgnati*, pues todos se hallarían bajo la *patria potestas* de su común ascendiente, A, si éste viviese aún. E, F y G son *heredes legitimi* (de tercer grado), I se halla excluido puesto que es de cuarto grado. E, F y G son *heredes per capita*, cada uno por un tercio.

392. Mujeres *adgnatas*.

En las Doce Tablas varones y hembras son reconocidos en esta segunda clase de herederos, en pie de absoluta igualdad. Una ley posterior admitió a las mujeres agnadas solamente en el caso de ser hermanas del *de cuius*. Esta ley es probablemente la *lex Voconia*, de 169 a. de J.C.

Las post-clásicas *Sententiae Pauli* (4.8.20), establecen:

“Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur; idque iure civili Voconiana ratione videtur effectum; ceterum lex XII tabularum sine ulla discretione sexus adgnatos admittit”.

El texto de este pasaje ha sido muy discutido, pero en realidad no es muy importante. Debe tenerse presente, que el autor, fué una jurista post-clásico y o no conoció el origen de esta regla y su referencia a la *lex Voconia* es una mera conjetura, o conoció que la fuente de esta regla fué la *lex Voconia* y *Voconiana ratione* es tan sólo una variante retórica de *lege Voconia*. Conocemos la tímida actitud de la jurisprudencia republicana respecto a las *leges*, y es indudable que los juristas no se atrevieran a realizar una innovación contraria a las Doce Tablas sin estar respaldados por una ley expresa.

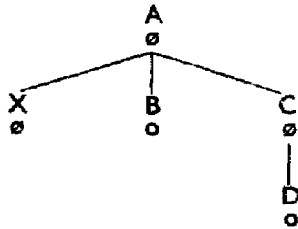
393. *Adgnatus conceptus pro iam nato non habetur*.

Un agnado podía únicamente ser *heres*, si vivía al tiempo de la muerte del *de cuius*; la regla *conceptus pro iam nato habetur* no se aplicaba a esta clase de herederos como se aplicó a la primera.

394. No hay *successio graduum*.

El *proximus adgnatus* — a diferencia de lo que ocurre con el *suus* (supra, § 387 — no es automáticamente *heres*, sino sola-

mente si acepta la herencia mediante una *aditio hereditatis*. Si la rehusa, la herencia no es ofrecida al *adgnatus* sucesivamente más próximo.



B es *proximus adgnatus*. Si rehusa la herencia ésta no pasa a D.

Si el *de cuius* es un liberto, no tiene agnados. Si tiene *sui*, son éstos sus *legitimi heredes*. En defecto de *sui*, la herencia se atribuye según las Doce Tablas al patrono, y si el patrono no vive ya, a los descendientes agnaticios del mismo. Debe tenerse presente que si un padre emancipa a su hijo es, por regla general, patrono de éste (*parens manumissor*, supra, § 272).

395. El patrono como *heres legitimus*.

III. *Gens*.

Las Doce Tablas (V. 5) disponían: “Si *adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*”. Gentiles son los miembros organizados de una *gens*, la *gens* como unidad (*gesammte Hand*), lo mismo que *municipes* significa *municipium* (supra, § 157). Si *adgnatus non est*, se atribuye la herencia a la *gens* como unidad. Si se toman las palabras literalmente, resultan evidentemente absurdas, pues la *gens* era una unión agnaticia y si no había agnados no podía haber *gens*. El verdadero significado de esta lacónica máxima es, que si el *proximus adgnatus* rehusaba la herencia, ésta era atribuida a la *gens*.

396. Sucesión de la *gens*.

Muchos autores rechazan esta interpretación por considerarla inconciliable con el texto de las Doce Tablas y con la regla *in legitimis hereditatibus successio non est*. Debe advertirse que esta regla aparece tan sólo en un texto post-clásico (*Epit. Ulp. 26.5*) refiriéndose a los herederos de la segunda clase. En la época post-clásica tal regla era absolutamente correcta. La sucesión de la *gens* había desaparecido ya y dentro de la primera clase, la sucesión a que la regla se refiere, no era posible, porque el *suius* no podía rehusar la herencia. En la época post-clásica, pues, esta regla general en apariencia, en realidad, únicamente podía referirse a la segunda clase de herederos. La opinión prevalente lleva a la absurda conclusión de admitir que si el *proximus adgnatus* rehusa

397. Examen de la regla *in legitimis hereditatibus successio non est*.

la herencia, ésta se convierte en *res nullius* y puede ser ocupada por cualquiera. ¡Y esto en una edad en que la gens estaba en el apogeo de su importancia! Es por tanto inaceptable esta opinión. Además, de seguir la interpretación popular, no se daría un solo caso en que la gens pudiera suceder.

398. Desaparición de la sucesión de la gens.

La sucesión de la gens subsistió hasta el final de la República y los juristas clásicos trataron de ella en sus escritos considerándola como institución viva. Debió desaparecer durante el período clásico cuando la gens organizada, dejó de existir. Los escritores post-clásicos declaran por esta razón, que esta sucesión había caído en desuso.

Gayo establece en dos pasajes de su *Instituta* que la sucesión de la gens no estaba ya vigente. Solamente uno de estos pasajes nos ha sido conservado (3.17), pero su extraña redacción hace dudosa la paternidad de Gayo. El *liber singularis regularum*, obra post-clásica atribuida a Ulpiano, declaraba igualmente que la sucesión de la gens había desaparecido ya (*Coll.* 16.4.2). En el post-clásico *Epitome Ulpiani* la sucesión de la gens es deliberadamente omitida. Las *Sententiae Pauli* (4.8.3), obra post-clásica también, dice:

“Intestatorum hereditas lege duodecim tabularum primum suis heredibus, deinde adgnatis et aliquando quoque gentilibus deferebatur”.
Aliquando significa aquí “finalmente”, “por último”.

IV. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA «HEREDITAS LEGITIMA»

399. Carácter agnaticio de la hereditas legitima.

La precedente exposición demuestra claramente que el derecho referente a la sucesión intestada, es un Derecho basado en la agnación. El parentesco de sangre no confiere derecho sucesorio. Una persona emancipada no puede ser *heres* de ninguna de las tres clases. La madre (si no es *uxor in manu*), no puede ser *heres* de sus hijos ni éstos pueden ser *heredes* de su madre. No existe tampoco la sucesión entre marido y mujer. La *uxor in manu* es *filiae loco* y puede, por consiguiente, suceder a su marido como *sua* de éste. Nadie puede suceder a la *uxor in manu* porque la mujer no puede tener patrimonio propio (*supra*, § 199).

F U E N T E S

- § 383. Vide D. (38.16) 11.
- § 384. Vide XII Tab., V. 4; Gayo, 3.1-3.
- § 385. Vide Gayo, 3. 7-8.
- § 386. Vide Gayo 3.4; D. (38.16) 6 [*neque*]; [*neque... cognatus*]; «non potest»; (38.16) 3.9, primera frase; (38.16) 4; *Epit. Ulp.* 26.3.
- § 389. Vide XII Tab., V. 4; Gayo, 3.9.

- § 390. Vide Gayo, 1.156; 3.10.
- § 391. Vide Gayo, 3.11; 3.15-16.
- § 392. Vide Gayo, 3.14.
- § 394. Vide Gayo, 3.12.
- § 395. Vide XII Tab., V. 8; Gayo, 3.40.
- § 396. Vide XII Tab., V. 5.

BIBLIOGRAFÍA

§ 383 y s. Michon, "La Succession ab intestat dans le plus ancien droit romain", NRH., XLV (1821), 119 y s.; La Pira, *La successione ereditaria intestada e contro il testamento* (1930), 163 y s.

§ 383. Mommsen, *Schr.* III (1907), 361; Lenel, Z., XLVI (1926), 31; Beseler, *Bemerkungen zu Z*, 1927 (1927), 4.

§ 384. Kirk, "Suus heres", Z., LVIII (1938), 161; Lepri, *St. Solazzi* (1948), 299, con referencias; V. Woess, *Das röm. Erbrecht und die Erbanwärter* (1911), 65 y s.; Kübler, "Das Intestaterbrecht der Frauen im alten Rom", Z., XLI (1920), 15 y s.; Brassloff, *Studien zur röm. Rechtsgeschichte*, I (1925), 35 y siguientes.

§ 386. Albertario, "Conceptus pro iam nato habetur", *Bull.* XXXIII (1928), 12 y s. — *Scritti*, I (1933), 16 y s.

§ 389. Lenel, "Die Rechtsstellung des proximus adgnatus und der gentiles im altröm. Erbrecht", Z., XXXVII (1916), 129 y s.; Carcaterra, *La successione intestata dell'adgnatus proximus nella legge delle XII Tavole* (1939).

§ 390. Guarino, "Questioni intorno a Gai, 3.10", SD., X (1944), 290 y s.

§ 392. Kübler, l.c. 24.

§ 396. Lenel, l.c.; Kübler, PW., VII, 1.176 y s.

§ 398. Beseler, *Scritti Ferrini*, III (1948), 269; Z LXVI (1948), 381.

3. «SENATUSCONSULTUM TERTULLIANUM» Y «ORFITIANUM»

Según un *senatusconsultum Tertullianum* (dado en tiempo de Adriano) la madre no agnada del *de cuius* (esto es, la madre que no se hallaba *in manu* del padre del *de cuius*) figuraba en la segunda clase de los herederos *ab intestato* (supra, § 389) si se hallaba en posesión del *ius liberorum* (supra, § 310). Los detalles son demasiado complicados para ser expuestos aquí. Toda la materia se halla necesitada de una atenta revisión. Como ya se ha dicho (§ 388), una mujer no puede tener *sui* (supra, §§ 384 y s.).

Un *senatusconsultum Orfitianum* (178 de J.C. permitía a los hijos suceder a su madre, en la primera clase de herederos (supra, párrafo 384). Este privilegio no fué extendido a los nietos.

El Derecho creado por estas disposiciones fué *vice iuris civilis* (Gayo, 1.4), pero los juristas clásicos, nunca consideraron estos géneros de sucesión como *hereditas legitima* (*heredes legitimi*). Reservaron este término para designar la sucesión intestada de

400. S. C. *Tertullianum*.

401. S. C. *Orfitianum*.

402. Terminología clásica y post-clásica.

las Doce Tablas (supra, § 384) y fueron los juristas post-clásicos quienes mediante numerosas interpolaciones, llamaron a la sucesión establecida por estos *senatusconsulta hereditas legitima*.

403. Conserva-
tismo clásico.

Lo que causa extrañeza en estas disposiciones no es que la sucesión se otorgue a los parientes consanguíneos, sino que el reconocimiento del derecho de éstos, se hiciese con repugnancia y de modo incompleto. Si un hijo puede suceder *iure civile* a su madre según el *senatusconsultum Orfitianum*, ¿por qué no pudo un hijo emancipado suceder a su padre? Tal vez los juristas clásicos hubieran respondido que el hijo emancipado podía muy bien solicitar la *bonorum possessio* (infra, § 405), pero tal respuesta no es en verdad muy satisfactoria.

F U E N T E S

§ 400. Vide *Epit. Ulp.* 26.8.

§ 401. Vide *Epit. Ulp.* 26.7. En el año 178 fueron cónsules Ser. Scipio Orfitus (con *f* y no con *ph*) y D. Velius Rufus; vide CIL, XVI (*Diplomata Milit.*, ed. Nesselhauf), núm. 128, p. 114; CIL, XIII, 6629, 6630.

§ 402. La interpolación de *legitiman* es clara en D. (38.17) 1.8; del mismo modo, la interpolación de *legitima* en D. (38.17) 1.9, primera frase; pero el uso no clásico lo hallamos solamente en el post-clásico *Epit. Ulp.* 26.7 y 8 y en las también post-clásicas *Sententiae Pauli*, IV, 9 y 10.

B I B L I O G R A F Í A

Vangerow, *Pand.* II (1876), § 408; La Pira, *La successione*, etc. (1930), 277 y s.; Beseler, *Bemerkungen zu Z 1927* (1927), 4; Lavaggi, "La successione della libertà e il SC. Orfitiano", *SD.*, XII (1946), 174 y s.

4. «BONORUM PESSISSIO AB INTESTATO»

404. Finalidad
de esta exposi-
ción.

Paralelamente a la sucesión in-testada *iure civili*, hubo en la época clásica una sucesión intestada *iure honorario*, *bonorum possessio ab intestato*. Conocemos poco el desarrollo de esta institución y debemos contentarnos con las reglas establecidas en el Edicto codificado por Juliano bajo el imperio de Adriano (supra, § 25). En la rúbrica *si tabulae testamenti nullae extabunt* (Lenel, *Edict.* página 355), el *praetor urbanus* (y el gobernador en las provincias) prometía otorgar *bonorum possessio* distinguiendo las siguientes clases de herederos.

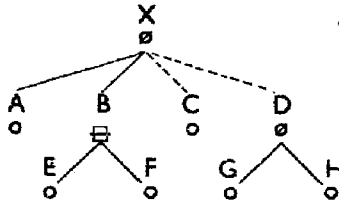
Clase I

405. Concepto
de los *liberi*.

En primer lugar la *bonorum possessio* era conferida a los *liberi* del *de cuius*. No poseemos el texto del Edicto, pero difícil-

mente pudo usar este texto del término *liberi*. Los juristas clásicos, al discutir esta cláusula del Edicto, emplearon la palabra *liberi* en un sentido técnico y más bien artificioso. *Liberi*, en este sentido, son los *sui* del *de cuius* (supra, § 384) y aquellas personas que serían *sui* si una *capitis deminutio* (supra, § 123) no lo hubiese impedido (con tal de que no se hallen sometidos a la *potestas* de otra persona). Los juristas designaban esta especie de *bonorum possessio* como *bonorum possessio unde liberi*, abreviatura de “*bonorum possessio ex illa parte edicti unde liberi ad bonorum possessionem vocantur*” (*unde* es especialmente frecuente en el lenguaje oficial).

He aquí el siguiente ejemplo:



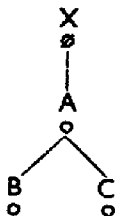
A la muerte del *de cuius* vivían las siguientes personas: A, hijo del *de cuius* X y sometido a la *potestas* de éste; E y F, hijos de la hija B, premuerta; C, un hijo emancipado; y G y H, hijos de D, hijo emancipado y premuerto. A es *suus* y, consiguientemente, pertenece a la clase de los *liberi*; E y F no son *sui* ni *liberi*; C no es *suus*, pero lo sería si no hubiera sufrido una *capitis deminutio* por emancipación. Pertenece, por tanto, a los *liberi*; G y H, no fueron nunca *sui* de X, pero lo hubieran sido si su padre D no hubiese sufrido una *capitis deminutio* por emancipación. Pertenecen también, por tanto, a la clase de los *liberi*.

Si el *de cuius* es una mujer, no puede haber *bonorum possessio unde liberi* porque la mujer no puede tener *sui* y consiguientemente (aunque sea paradójico) tampoco puede tener *liberi*. Incluso bajo el *senatusconsultum Orfitianum* (supra, § 401) los hijos no pueden reclamar la *bonorum possessio unde liberi*, y sí únicamente la *unde legitimi* (infra, § 414).

406. Una mujer no puede tener *liberi*.

Los *liberi* suceden conforme a las mismas reglas que rigen para los *sui* en la *legítima hereditas* (supra, §§ 384 y s.); varones y hembras se hallan equiparados; se aplica el principio de la representación. Los *liberi*, sin embargo, no adquieren *bonorum possessio ipso iure* (supra, § 378), mientras que los *sui* adquieren la *hereditas ipso iure*. El Edicto estableció una excepción al principio de la representación en la llamada “*nova clausula Iuliani de coniungendis cum emancipato eius*” (Lenel, *Edict.* § 146).

407. Forma de sucesión.



408. *Nova clausula* de Juliano.

Supongamos que X ha emancipado a su hijo A y retenido bajo su *potestas* a sus nietos B y C. B y C son *sui* de X. A, B y C son sus *liberi*. De acuerdo con el principio de la representación, A tendría derecho a la *bonorum possessio* excluyendo a sus hijos B y C. Pero conforme a la nueva cláusula, los tres consiguen la *bonorum possessio*, A por una mitad y B y C por una cuarta parte cada uno. La *ratio* de esta excepción no es dada en nuestras fuentes, pero fué con toda probabilidad la siguiente. La *bonorum possessio unde liberi* fué originariamente *sine re* (supra, párrafo 378), pero al final de la república o en los primeros días del Principado, se convirtió en *cum re*; únicamente en el caso previsto por Juliano la *bonorum possessio* otorgada al emancipado A, continuaba siendo *sine re*, pues en otro caso su *bonorum possessio* habría privado totalmente de sus derechos a los *heredes iuris civilis* B y C. Juliano otorgó al emancipado A, una *bonorum possessio cum re*, pero solamente por la mitad, reservando la otra mitad a los *sui* B y C. De esta suerte se evitaba la completa exclusión de los *heredes iuris civilis*. El caso inverso nos prueba que no fué otra la *ratio*. Supongamos que X ha emancipado a sus nietos B y C y retenido a su hijo A *in potestate*. En este caso la *bonorum possessio* es otorgada a A solamente, por obediencia al principio de la representación, ya que esta *bonorum possessio* no excluye a los *heredes iuris civilis*; B y C resultan excluidos, pero no son *heredes sui*.

409. *Collatio bonorum*.

Después de haberse convertido la *bonorum possessio* otorgada a los *liberi non sui* en *bonorum possessio cum re* — aunque no mucho después — se desarrolló la institución de la *collatio bonorum*. Cuando los *sui*, juntamente con *liberi non sui*, reclamaban la *bonorum possessio unde liberi*, la concesión incondicional de la *bonorum possessio* a los *non sui*, habría ocasionado un injusto y grave perjuicio a los *heredes sui*. Supongamos que el *de cuius* tenía dos hijos, A y B; y que ha emancipado a B y retenido a A bajo su *potestas*. A es un *suus*, B un *non suus*, pero como los dos son *liberi* pueden reclamar la *bonorum possessio* cada uno por una mitad. A, no tiene capacidad patrimonial, en tanto vive su padre, porque está sometido a la *potestas* de éste (supra, § 263) y todo lo que adquiere, revierte automáticamente en el patrimonio paterno y si subsiste al morir el padre, venía a integrar la herencia de éste

(dejemos ahora aparte el *peculium castrense*; supra, § 264). De esta suerte, el hijo emancipado B, participaba en la propiedad adquirida por A, y en cambio A no participaba en la propiedad adquirida por B después de su emancipación. Esto resultaba indudablemente injusto y, por esta razón el pretor declaró en su Edicto, bajo la rúbrica *de collatione bonorum* (Lenel, *Edict.* § 144) que no otorgaría la *bonorum possessio* a B, si éste no prometía dar a A una razonable parte de sus propios bienes, de B y poseídos por B en el momento de morir el padre. Esta promesa debía hacerse en forma de *stipulatio*: “quidquid moriente patre in bonis habui in boni viri arbitrato me collaturum”. Precedente de esta promesa (*cautio de conferendis bonis*) eran las *stipulationes praetoriae* (Lenel, *Edict.*, § 283 y supra, § 114). Los detalles de esta *collatio* no figuran en el Edicto, pero los juristas construyeron éste del modo siguiente: B, al perjudicar el derecho civil de A, mediante la *bonorum possessio*, se halla obligado a prometer a éste, una porción de su propio patrimonio. Esta porción es igual a la parte de A en la *bonorum possessio*. En el caso previsto, A reclama la *bonorum possessio* por una mitad y, consiguientemente B debe prometerle una mitad también del patrimonio que B posee como propio a la muerte de su padre. Si existen varios *emancipati* (por ejemplo A es un *suius*, B y C *emancipati*), cada uno de éstos tiene que prometer a A, la parte establecida. Para fijar la porción que debe ser satisfecha por cada uno de ellos, los demás emancipados, se consideran como no existentes, así que en este segundo caso B y C deben prometer a A la mitad de su respectivo y propio patrimonio. Es ésta la clásica noción de la *collatio*. Los estudiantes deben prevenirse contra el error de suponer que los *emancipati*, antes de participar en la herencia con los *sui*, deben conferir a ésta sus propios bienes.

Consideremos ahora otro caso en el que figuran dos *sui* y dos *emancipati*. El *de cuius* tiene cuatro hijos; dos de ellos, A y B, están sometidos a la patria potestad mientras que C y D han sido emancipados. A la muerte del padre, C tenía un patrimonio de 90 y D uno de 60. El valor de la herencia paterna es de 400. A, B, C y D son *liberi* y cada uno de ellos puede reclamar la *bonorum possessio* por una cuarta parte. En cambio C y D no pueden conseguir la *bonorum possessio* a menos que prometan a A y a B un tercio de su respectivo patrimonio. De este modo se llega al siguiente resultado:

A obtiene una cuarta parte de la herencia (= 100); además consigue de C un tercio del patrimonio de éste (= 30) y de D otro tercio de su patrimonio (= 20). A consigue por tanto, en total, 150.

B obtiene una cuarta parte de la herencia (= 100); de C un tercio de

su patrimonio (= 30) y de D un tercio también de su patrimonio (= 20), obteniendo B en total 150.

C obtiene una cuarta parte de la herencia (= 100); retiene de su propio patrimonio 90 — 60 (= 30); consigue pues la suma de 130 y un beneficio de 40 por efecto de la *bonorum possessio*.

D obtiene una cuarta parte de la herencia (= 100); retiene de su patrimonio 60 — 40 (= 20); en total 120, consiguiendo, por tanto una ganancia de 60, también por consecuencia de la *bonorum possessio*.

Con esta especie de *collatio* puede ocurrir que el *emancipatus* experimente una pérdida si solicita la *bonorum possessio*. En tal caso lo prudente será que se abstenga de solicitarla y si por inadvertencia no se abstiene, “de se queaeri debet: iura vigilantibus scripta sunt”.

Supongamos que un padre tiene tres hijos; A se hallaba *in potestate*, B y C habían sido emancipados. A la muerte del padre B poseía un patrimonio de 80, C no poseía patrimonio alguno y el valor de la herencia paterna era de 90. A, B y C son *liberi* y pueden, por consiguiente, reclamar la *bonorum possessio* por un tercio cada uno. Pero B debe prometer a A colacionar la mitad de su patrimonio, y así tendremos el siguiente resultado:

A conseguirá un tercio de la herencia (= 30) y adquirirá de B la mitad del patrimonio que éste posee (= 40), A obtendrá de este modo una suma total de 70.

B conseguirá una tercera parte de la herencia (= 30) reteniendo de su propio patrimonio 80 — 40 (= 40). Tendrá, pues, en total, 70 y experimentará, por tanto, una pérdida valuada en 10.

C obtendrá una tercera parte de la herencia (= 30).

410. *Collatio dotis*.

La *ratio* de la clásica *collatio bonorum* es, pues, clara: Cuando el derecho civil de un *suus* experimenta un perjuicio por efecto de la *bonorum possessio* solicitada por un *emancipatus*, éste se halla obligado a compensar al *suus* prometiéndole una parte del propio patrimonio. La misma idea inspira la clásica *collatio dotis*, la cual fué regulada en una rúbrica especial del edicto (*de collatione dotis*; Lenel, *Edict.* §§ 145, 283). Las fuentes utilizables se hallan en un estado poco satisfactorio.

Probablemente la regla clásica fué la siguiente: Supongamos que el *de cuius* tiene un hijo A *in potestate* y una hija B emancipada. B contrajo matrimonio (matrimonio libre; supra, § 180) en vida de su padre y se constituyó una dote en favor del marido por el padre, por la mujer misma o por un tercero. A la muerte del padre, subsistía aún el matrimonio. B podía reclamar la *bonorum possessio unde liberi* por una mitad. Si tenía patrimonio propio debía prometer la colación de parte del mismo, conforme a las normas que hemos expuesto. Ahora bien, la dote

no es patrimonio de la mujer. El propietario exclusivo de la *dos* es su marido (supra, § 213). La *dos* no se halla tampoco *in bonis uxoris*. Así pues, según el edicto *de collatione bonorum*, B no estaría obligada a *conferre dotem*. Por otra parte, B tiene a la muerte de su padre una expectativa sobre la *dos*, pues si el matrimonio se disuelve posteriormente por divorcio o por muerte del marido, la mujer recobra su dote (supra, § 218). Por estas razones el pretor, declaró en la rúbrica *de collatione dotis*, que la hija emancipada, tenía obligación de prestar al *suus* una *cautio de conferenda dote*; tenía que prometer *me dotem meam boni viri arbitrato collaturam*, lo que significa que si llega a recobrar la dote, habrá de entregar una parte de la misma (en el presente caso una mitad) al *suus*. Si la hija se hallaba todavía *in potestate patris* el edicto no se aplica. Veamos el siguiente ejemplo: El *de cuius* tenía un hijo A y una hija B, ambos sometidos a su *potestas*. B contraía matrimonio (matrimonio libre) en vida de su padre y el marido recibía la correspondiente *dos*. A y B son *sui liberi* y cada uno de ellos puede reclamar la *bonorum possessio unde liberi* por una mitad. B no está obligada a *conferre dotem* y con razón, pues en este caso la *bonorum possessio* de B, no perjudica el derecho reconocido a A *iure civili*. De todos modos, a tenor de un rescripto de Antonino Pío, B viene obligado *iure civili* a *conferre dotem*: el juez que tiene a su cargo la división de la herencia (*iudicium familiae erciscundae*, supra, § 86) impone a B la obligación de prestar a A una *cautio de conferenda dote*. La *ratio* que inspira esta *collatio* imperial, difiere de la que sirve de fundamento a la *collatio praetoria*. En este caso B adquiría una expectativa *vivente patre*, lo mismo que en el primer caso, pero la finalidad que se proponía la *collatio* imperial no era la de indemnizar al *suus* de la pérdida que éste sufría por efecto de la *bonorum possessio*. Después del rescripto de Antonino Pío, no se aplicó ya el Edicto ni era necesaria su aplicación. Cuando en el caso presente B reclamaba la *bonorum possessio*, el pretor se la otorgaba sin exigirle la prestación de una *cautio*. Pero si B demandaba la división de la herencia como *bonorum possessor*, ejercitando al efecto la *actio familiae erciscundae ficticia*, el juez le obligaba entonces a prestar la *cautio de conferenda dote*.

La idea de que los hijos (hijo o hija) deban colacionar lo que han recibido del padre por acto *inter vivos*, era completamente extraña al Derecho clásico. Si un padre tiene dos hijos (A y B) y habiendo emancipado a B, transfiere a éste la propiedad de una cosa, B, al reclamar la *bonorum possessio unde liberi*, juntamente con A, debe colacionar de lo adquirido todavía existente a la muerte del padre, lo mismo que de cualquiera otra propiedad que hubiese adquirido después de su emancipación. Si ambos hijos, A y B, hubieran sido emancipados, éste último no estaba obligado a *conferre donationem*. Esta norma es perfectamente justa. Si el padre consideró la donación como un pago adelantado de la futura parte

411. Colación de donaciones.

de B en la herencia, debía disponerlo expresamente en su testamento. A tenor de lo dicho, una hija en Derecho clásico, nunca venía obligada a colacionar bienes de su *dos profecticia* en favor de su hermano emancipado (supra, § 211).

412. *Collatio* post-clásica.

En la época post-clásica la *collatio* perdió su fundamento racional por haber desaparecido la incapacidad patrimonial del hijo de familia. No podemos detenernos en la exposición histórica de la *collatio* en el período post-clásico.

413. El patrono en la primera clase.

Y basta ya lo dicho a propósito de la *bonorum possessio unde liberi*. Cuando el *de cuius* era un *libertus*, el patrono podía reclamar en determinadas ocasiones la *bonorum possessio* juntamente con los *liberi*, en tanto fueran éstos, *liberi non naturales* (*filius adoptivus* y *uxor in manu*). En tal caso el patrono podría solicitar la *bonorum possessio* de la mitad de la porción que correspondía a los *liberi non naturales*.

Supongamos que un liberto tenía un hijo A y adoptaba como hijo a B. El patrono puede reclamar *bonorum possessio* por una cuarta parte, A por una mitad y B por la otra cuarta parte.

Clase II

414. *Unde legitimi*.

En el caso de no haber *liberi*, o si éstos no reclaman la *bonorum possessio*, el pretor otorgaba ésta a los *heredes legitimi*, esto es a aquellas personas que serían *heredes* según las normas de las Doce Tablas (*bonorum possessio unde legitimi*, vide supra, §§ 384 y siguientes). Las personas llamadas a heredar por el *senatusconsultum Tertullianum* y el *Orfitianum* (supra, §§ 400, 401) no eran *heredes legitimi* (supra, § 402), pero el pretor les otorgaba una *bonorum possessio unde legitimi*, esto es, “ex ea parte edicti unde legitimi ad bonorum possessionem vocantur”.

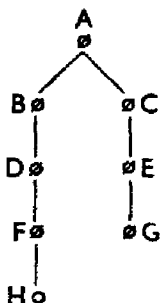
Clase III

415. *Unde cognati*.

La tercera clase comprende los *cognati* del *de cuius*, esto es, los parientes consanguíneos del causante. Los agnados, en tanto no son parientes consanguíneos (supra, § 390), son *cognatorum loco*. La *bonorum possessio unde cognati* es otorgada al *proximus cognatus* hasta el sexto grado, y al *cognatus* del séptimo grado, únicamente si el padre de éste y del *de cuius* fueron nietos de hermanos o de hermano y hermana.

Si G es el *de cuius*, H puede reclamar la *bonorum possessio unde cognati*. H es cognado en séptimo grado, pero su padre F y el *de cuius* G son nietos descendientes de los hermanos B y C. Si el *de cuius* hubiera

sido E, el hijo de H no podría reclamar la *bonorum possessio* no obstante ser cognado en grado séptimo.



La limitación fijada a consecuencia de la *bonorum possessio*, fué ciertamente razonable, pero el pretor estaba animado de un espíritu muy liberal (adoptó el límite establecido por la *lex Cincia* y por la *lex Furia testamentaria*). Esta concesión debió extenderse solamente hasta el cuarto grado, pero el liberalismo romano se opuso a que la herencia fuese atribuída al Estado. A tenor de la *epistula Hadriani*, la *bonorum possessio unde cognati* se otorgó también a los hijos ilegítimos de un soldado (supra, § 278).

Clases IV y V

En la cuarta clase figuraban el patrono y su familia cuando hubieran sufrido *capitis deminutio* (supra, § 123) y consiguientemente no perteneciesen a los *legítimi*. En la quinta clase figuraba el *patronus patroni*.

416. *Unde familia patroni. Unde patronus patroni.*

Clase VI

En esta clase, la *bonorum possessio* era otorgada al marido o a la mujer del *de cuius* (*bonorum possessio unde vir et uxor*).

417. *Unde vir et uxor.*

Clase VII

En esta clase figuran los *cognati* del patrono.

418. *Unde cognati manumissoris.*

Reglas generales

En lo que se refiere a los herederos pretorios de la primera clase, el pretor aplicó el principio *conceptus pro iam nato habetur* (supra, §§ 124, 386). Bastaba, por tanto, que estas personas fuesen *iam concepti* a la muerte del *de cuius*. En la época post-clásica, este principio se aplicó también a otras clases.

419. *Conceptus pro iam nato habetur.*

420. Tiempo-lí-
mite.

Las personas llamadas a la *bonorum possessio ab intestato*, deben reclamar ésta, dentro de un cierto plazo, el cual es por regla general de cien días: *intra dies centum quibus scierit potueritque*. A los padres e hijos del *de cuius*, les era concedido un año de plazo. Este tiempo límite, se hallaba expresamente fijado en el Edicto (Lenel, *Edict.* § 165).

421. *Successio ordinum*.

Si los miembros de una cierta clase no hacen uso de la *bonorum possessio* que les es ofrecida, se defería ésta a los miembros de la clase inmediata, en tanto éstos no pertenecieran también a la precedente (la llamada *successio ordinum*). La cláusula del Edicto que establecía este principio fué llamada *Edictum successorium* (Lenel, *Edict.* § 165).

Supongamos que el *de cuius* tiene un hijo A que se halla sometido a su *potestas*. La *bonorum possessio unde liberi* es ofrecida a A, pero éste no la reclama *intra annum*. En tal caso la *bonorum possessio* se ofrece a los *heredes legitimi*. A, como *suus* es también *heres legitimus*. ¿Se ofrecerá la *bonorum possessio* por segunda vez a A? Si A no reclama la *bonorum possessio* que ahora le es ofrecida, pasará a los *cognati*, pero A es también *proximus cognatus* y en tal caso ¿se ofrecerá la *bonorum possessio* a A por tercera vez? La opinión preponderante responde afirmativamente a esta pregunta, pero la respuesta exacta es precisamente la negativa. La oferta repetida, es totalmente injustificada y se halla en abierta contradicción con el tenor del Edicto, pues el pretor declara en el *edictum successorium* expresamente:

“Quibus ex edicto bonorum possessio dari potest, si quis eorum aut dari sibi noluerit aut intra dies centum quibus scierit potueritque non admiserit, tunc *ceteris* (N.B.) bonorum possessionem perinde dabo ac si prior ex eo numero non fuerit” (N.B.).

La opinión general, aunque errónea, se debe al D. (38.9) 1.11, texto claramente espurio.

422. *Successio graduum*.

En la tercera clase había también la llamada *successio graduum*. Cuando el *proximus cognatus* no reclamaba la *bonorum possessio*, ésta era ofrecida al cognado de grado más próximo.

423. *Bonorum possessio cum re, sine re*.

Para concluir, debemos subrayar que la *bonorum possessio ab intestato* otorgada conforme al Edicto fué, por regla general, una *possessio sine re* (supra, 378), esto es, no protegida frente a los *heredes*. Solamente la *bonorum possessio unde liberi* fué *cum re*, frente a los *heredes legitimi* (supra, § 420).

Supongamos que el *de cuius* tiene dos hijos, A y B, el primero *suus*, y este último *emancipatus*. B puede conseguir la *bonorum possessio* por una mitad y *cum re* con respecto a A. Supongamos ahora que el *de cuius* tiene únicamente un hijo emancipado que obtenía la *bonorum possessio unde liberi*. Esta *bonorum possessio* es también *cum re* en relación con

el *proximus adgnatus*. Supongamos finalmente que hubo sólo un *suus* que no solicitó la *bonorum possessio unde liberi*. Transcurrido el plazo de un año (supra, § 420) el *proximus adgnatus* solicitaba y obtenía la *bonorum possessio unde legitimi*. Esta *bonorum possessio* era *sine re*, porque el *suus* podía reclamar la herencia mediante la *hereditatis petitio*.

Examinemos ahora el siguiente caso: No existen *liberi* y el *proximus adgnatus* adquiriría la *hereditas iure civili* mediante una *aditio* (supra, párrafo 376), sin solicitar la *bonorum possessio unde legitimi*. Transcurrido el plazo de cien días (supra, § 420), el *proximus cognatus* podía reclamar y obtener la *bonorum possessio unde cognati*, pero ésta sería *sine re* ya que el *proximus adgnatus* tenía derecho a reclamar la herencia *iure civili* ejercitando la *hereditatis petitio*.

FUENTES

§§ 405-7. Vide Gayo, 3.26; *Epit. Ulp.* 28.8; D. (38.6) 5.1.

§ 409. Vide *Coll.* 16.7.2 (cf. Gayo, 3.20 y supra, § 242); *Paul. Sent.* (5.9) 4; D. (37.6) 1.24; (37.6) 2.5; (37.6) 3.2 [1.24 y 3.2 son textos no clásicos, aunque sustancialmente lo son].

§ 410. Vide D. (37.7) 1 pr. (una paráfrasis post-clásica).

§ 411. Vide C. (6.20) 4 [*dotem in medium*]; *si bonorum possessionem*; [*succedant*]; [*seu adventiciam*]; [*a patre... constitutam*]; [*his etenim... placuit*].

§ 413. Gayo, 3.40, 41.

§ 414. Vide *Spit. Ulp.* 28.7; D. (38.7) 2.4 [*legitimum*]; [*legitimam*]; vide la *agnitio bonorum possessionis* en un papiro del año 249 de J.C., XXXII (1911), 278; FIRA, III, núm. 61.

§ 415. *Epit. Ulp.* 28.7 y 9; D. (38.8) 1.3. Para la *lex Cincia*, vide *Fr. Vat.* 298; para la *lex Furia* *Fr. Vat.* 301, *Epistula Hadriani*: Mitteis, *Chrest.* número 373; FIRA, I, núm. 78, con Berger, *Journal of Juristic Papyrology*, I (1945), 28.

§§ 416-18. Vide *Epit. Ulp.* 28.7.

§§ 420-1. Vide D. (38.9) 1.10, 11 con Beseler, *Beiträge*, IV (1920), 158; V (1931), 66.

§ 422. Vide Gayo, 3.28: *successio graduum* en clase II?

§ 423. Vide Gayo, 3.37.

BIBLIOGRAFÍA

§§ 404 y s. Lenel, *Edict.* (1927), 155 y s.; La Pira, *La successione ereditaria intestata* (1930), 227 y s.

§ 408. Cosentini, "Breve nota sull'origine dell'edictum de coniungendis cum emancipato liberis eius" (discutiendo la paternidad de Juliano), *St. Solazzi* (1948), 219 y s., con referencias.

§ 409. Windscheid, *Pand.* III (1906), § 609, con referencias; Guarino, *Collatio bonorum* (1937); "Sul modo di attuazione della *collatio emancipati*", *SD.* IV (1938), 521 y s.; "Über den Begriff der Kollation", *Z.* LIX (1939), 509 y s.; Beseler, *Scritti Ferrini*, III (1948), 308 y s., no es aceptable.

§ 410. Lenel, *Edict.* 145; Guarino, "Collatio dotis", *Bull.* VIII-IX (1947), 259, difícilmente aceptable.

§ 411. Pringsheim, "Die *Collatio dotis an die emancipati*", SD., IV (1938), 533; Guarino, Z, LIX (1939), 533.

§ 412. Windscheid, l.c. §§ 609 y s.; Guarino, ll. cc. *passim*.

§ 414. Sobre los *heredes ex senatusconsulto Tertulliano y Orfitiano*, vide supra. § 402, y Beseler, *Bemerkungen zu Z 1927* (1927), 4 y s. Sobre el texto del Edicto, vide Lenel, *Edict.* § 157; Solazzi, *Studi Besta*, I (1939), 210.

§ 419. Albertario, "Conceptus pro iam nato habetur", *Bull.* XXXIII (1923), 14 y s. modificado en Soritti, I (1933), 18 y s.

§§ 420-1. Beseler, *Beiträge*, IV (1920), 158; V (1931), 66.

§ 423. C. Arnò, "La bonorum possessio sine re", *Memoria della R. Accademia di scienze, lettere ed arti in Modena*, Serie III, vol. XII (Sección de Ciencias), Extracto, págs. 18 y s.

5. «BONA-VACANTIA»

424. *Bona vacantia.*

Cuando nadie reclamaba la herencia *iure civili ni iure honorario*, se atribuía ésta según la *lex Iulia de maritandis ordinibus* de Augusto, al *aerarium populi Romani* (supra, § 148) como *bona vacantia*. Más tarde, probablemente ya bajo Tiberio (Tácito, *Ann.* 2.48), al *fiscus* (supra, 152). El *aerarium* y el *fiscus* no fueron considerados *heredes*, pero su posición era realmente muy similar a la de éstos. Algunas veces por privilegio especial, los *bona vacantia* eran atribuidos a un *municipium*.

FUENTES

Vide Gayo, 2.150; *Epit. Ulp.* 28.7 *in fine*; Pliny, *Epist. ad Traianum*, 84; *Edictum Claudii de civitate Volubilitanorum*, Chatelain, *Inscr. Lat. de Maroc*, I (1942), núm. 116 = FIRA., I, pág. 416.

BIBLIOGRAFÍA

Vangerow, *Pand.* II (1876), 564; Biondi en *Acta divi Augusti*, I (1945), 195, con referencias; Fitzler-Seeck, *PW.*, X, 354, núm. 2; Weiss, *PW.*, XII, 2363; Z, LIII (1933), 256; Beseler, Z, XLV (1925), 548; O. Hirschfeld, *Die Kaiserlichen Verwaltungsbeamten* (1905), 116; FIRA, I, 471 (concerniente a la *Forma Idiologi*, § 4).

6. SUCESIÓN INTESADA POST-CLÁSICA

425. *Sucesión intestada post-clásica.*

La sucesión intestada de la época clásica, experimentó notables modificaciones en el período siguiente. El *ius civile* y el *ius praetorium* se amalgamaron y fundieron progresivamente, pero en el Imperio Oriental, subsistieron estas dos especies de Derecho, al menos en principio. Un resumen del Derecho de Justiniano, tal

como fué en el año 533, se nos ofrece en la *Instituta* de este Emperador, 3.1-9. Este mismo Derecho sufrió una drástica reforma con la *Novella* 118 de Justiniano (543, de J.C. y algunas adiciones con la *Novella* 127 del año 548). La evolución post-clásica, requiere una exposición que no corresponde a la índole de este libro.

BIBLIOGRAFÍA

Windscheid, *Pand.* III (1906), §§ 569 y s.; La Pira, *La successione ereditaria* (1930), 296 y s.; Archi, *L'Epitome Gai* (1937), 317 y s.; Bossowski, "Die Novelle 118 Justinians und deren Vorgeschichte", *Festschrift, P. Koschaker*, II (1939), 277 y s.

CAPÍTULO III

SUCESIÓN TESTAMENTARIA

1. INTRODUCCIÓN

426. Concepto clásico del *testamentum*.

En Derecho clásico un testamento (*testamentum*) es un acto jurídico por el que una persona designa un heredero (*heres*). El testamento puede contener otras disposiciones además de la institución de heredero (legado, *exhereditio*, *datio tutoris*, *manumissio*), pero tales disposiciones, son consideradas como complementos o adiciones de la *institutio heredis* y sólo esta última fué requisito especial para la existencia de un testamento válido: "caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio" (Gayo, 2.229). Sin una *institutio heredis* no hay testamento válido y cuando ninguno de los herederos instituídos, aceptaba la herencia, todo el testamento (no únicamente las instituciones hereditarias) quedaba roto. Por otra parte, si el legado que se ordena en un testamento era nulo, su nulidad no afectaba a la institución de heredero (o de los herederos). Un testamento puede contener solamente una *institutio heredis*, pero no puede contener solamente legados. Si una persona deseaba hacer una donación *mortis causa* en favor de alguén, sin alterar la sucesión intestada, podía conseguir su propósito mediante una *donatio mortis causa* o los llamados *codicilli* (infra, §§ 543, 549, 574), pero estos actos no afectan al testamento.

427. Concepto republicano.

Este sencillo concepto del testamento rigió ya en los antiguos tiempos de la República. Es poco verosímil, ciertamente, que el testamento en la época de las Doce Tablas no contuviese otra cosa que legados. En todo caso no disponemos de prueba suficiente para demostrar la existencia de un testamento de esta especie y, por tanto, no procede discutir aquí esta cuestión.

428. Etimología de *testamentum*.

Como siempre la etimología nos ilustra poco. *Testamentum* deriva de *testari* y *testis*, pero no significaba "un acto jurídico confirmado por testigos". Del mismo modo que *ornamentum* significaba algo que *ornat*, *documentum* algo que *docet*, *monumentum* algo que *monet*, así también

testamentum significa algo (declaración oral o documento) que muestra, declara, prueba. *Testador* es una persona que declara y no un testigo.

Las definiciones del testamento que hallamos en nuestras fuentes son defectuosas, pues el genio de los juristas romanos no se revela precisamente en sus definiciones.

429. Definiciones romanas del *testamentum*.

Hemos de ocuparnos aquí, únicamente, del testamento como base o fundamento de la sucesión. Esto es, de lo que se refiere a la *institutio heredis*. Debemos describir las diferentes formas del testamento, la revocación de éste y las formas de *heredis institutio*. La adquisición de la herencia por el heredero instituido habrá de tratarse juntamente con la adquisición de la herencia por un *heres ab intestato*. Otros contenidos posibles del testamento, especialmente los legados, requieren una exposición aparte (infra, §§ 539 y siguientes).

430. Fin del capítulo III.

FUENTES

§ 429. Vide Gellius, 7.12.1 (Servius Sulpicius); *Epit. Ulp.* 20.1; D. (28.1) 1.

BIBLIOGRAFÍA

§§ 426 y s. Windscheid, *Pand.* III (1906), §§ 538 y s.; Kübler, PW., VA. 985 y s.; Biondi, *Successione testamentaria (Trattato di diritto romano)*, ed. E. Albertario, vol. X, 1943).

§ 426. Biondi, l.c. 17 y s., 179 y s.; Sanfilippo, *Studi sulla hereditas*, I (1937), 142 y s. (Extracto del vol. XVII del *Annali Palermo*); Vismara, *St. Besta*, III (1939), 303 y s.

§ 427. Lenel, "Zur Geschichte der heredis institutio", en *Essays in Legal History*, ed. P. Vinogradoff (1913); Solazzi, *Diritto ereditario romano*, I (1932), 89 y s.; Bonfante, *Corso*, VI (1930), 64 y s.

§ 429. Biondi, l.c. 19 y s.; Vismara, *St. Besta*, III (1939), 358 y s.

2. «TESTAMENTUM PER AES ET LIBRAM»

Hemos dicho ya (§ 361) que el testamento fué conocido en la época de las Doce Tablas. Hubo dos formas de testamento, el *testamentum calatis comitiis* y el *testamentum in procinctu*. El primero tenía lugar, como la *adrogatio* (supra, § 244), mediante un decreto de los *comitia curiata* o una moción o propuesta del *pontifex maximus*. Desde el momento en que se confió discrecionalmente al *pontifex* formular o no esta propuesta, la influencia pontifical en materia testamentaria fué muy relevante. El *pontifex* no hacía la propuesta sin contar con el consentimiento del testador y, por otra parte, el testador, necesitaba indispensablemente del

431. *Testamentum calatis comitiis e in procinctu*.

consentimiento del *pontifex*, ya que sin él éste rehusaría llevar la propuesta a los *comitia*. Por esta razón algunas de las reglas que deben observarse al hacer la *institutio heredis*, fueron creadas por la jurisprudencia cautelar de los pontífices. El *testamentum in procinctu* fué un testamento militar, pues *in procinctu* significa *in acie procincta*, es decir, equipado con las armas del combate, dispuesto para la batalla. Tenía lugar con la observancia de un rito que se celebraba al comenzar la batalla. Una declaración oral desprovista de forma dirigida a aquellos camaradas que estaban más próximos al testador, fué suficiente. Estos testamentos no fueron abolidos, sino reemplazados en la práctica por el testamento del bronce y la balanza (*per aes et libram*). Incluso el testamento militar cayó en desuso, al estar como estaba íntimamente relacionado con una forma ritual arcaica que en el siglo II a. de J.C. fué ya de rarísima observancia. En el último siglo a. de J.C. los soldados usaron de la forma ordinaria que era el *testamentum per aes et libram* (César, *Bell. Gall.* 1.89.4, aunque el texto se halla interpolado). El testamento militar clásico no tiene conexión alguna con el *testamentum in procinctu*.

432. Original carácter del *testamentum per aes et libram*.

El testamento por el bronce y la balanza no fué conocido en la época de las Doce Tablas. Gayo dice expresamente (2.101) que “en los comienzos (*initio*) existieron únicamente los dos testamentos que hemos descrito, apareciendo más tarde el testamento por el bronce y la balanza” (*accessit deinde*). La frase “en los comienzos” equivale a “las Doce Tablas” pues Gayo no tuvo posibilidad de conocer el Derecho anterior a este código. El testamento por el bronce y la balanza es un producto artificial de la antigua jurisprudencia cautelar romana y tenía lugar del modo siguiente: El testador enajenaba todos sus bienes presentes y futuros mediante una *mancipatio nummo uno* a otra persona (*familiae emptor*), la cual se convertía en propietaria de dichos bienes a la muerte del testador. Al realizar la enajenación, el testador daba instrucciones al *familiae emptor* referentes a la distribución que éste había de efectuar cuando el testador muriese, informaciones que solían hacerse oralmente en la *nuncupatio* o bien en las *tabulae testamenti* a las cuales se refería la *nuncupatio*.

Las fórmulas que debían pronunciarse por las partes al efectuar esta *mancipatio* nos han sido conservadas en la *Instituta* de Gayo (2.104). *Familia pecuniaque* significa sencillamente “bienes”. *Familiae emptor* significa *emptor familiae pecuniaeque*, esto es, comprador de todos los bienes. Vide Beseler, Z., LIV (1934), 323.

En rigor, esta *mancipatio* no es un testamento, puesto que no contiene la designación de un *heres*. El *familiae emptor* tampoco

es un *heres* (Gayo, 2.103, dice de él: *heredis locum optinebat*). No es un *heres* la persona o cada una de las personas, a quienes el *familiae emptor* tenía que entregar algo, de acuerdo con las instrucciones que le fueron dadas por el testador. La *mancipatio* no es un acto *inter vivos* sino *mortis causa*, ya que no producía efecto alguno antes de la muerte del testador y no pudo haber sido nunca de otra manera. Es inverosímil que en esta especie de testamento se enajenaran todos sus bienes presentes y futuros produciendo esta enajenación efecto inmediato, pues, en tal caso, el testador se hubiera constituido en una situación subordinada totalmente a la voluntad del *familiae emptor*. En realidad, la *mancipatio* se hacía en este caso de un modo condicional, haciendo depender su eficacia del hecho de la muerte del testador, mediante la cláusula *quo tu iure testamentum facere possis*. Al describir este acto como testamento, quedó suficientemente expresada la característica de que la *mancipatio* era eficaz al ocurrir la muerte del testador y no antes. Esta cláusula implicaba además, la posibilidad de que el testador revocase el testamento cuando lo tuviese por conveniente. Con la muerte del testador, el *familiae emptor* queda propietario de los bienes que le fueron enajenados, pero es un propietario fiduciario. Esta su condición, es puesta de relieve con las palabras “*familiam pecuniamque tuam endo madatela tua custodelaque mea esse aio*”. El *familiae emptor* deberá cumplir las instrucciones que le fueron dadas por el testador (*mandata*) y debe custodiar los bienes que por éste le han sido enajenados (*custodire*), lo que implica también el no poder el *familiae emptor* usar de estos bienes en beneficio propio.

Tal fué el original testamento mancipatorio. En realidad, era éste una enajenación *mortis causa* por efecto de la cual, el *familiae emptor* era designado como fiduciario y debía cumplimentar las instrucciones que le había dado el testador. La situación jurídica del fiduciario fué semejante a la de un ejecutor testamentario. Si los juristas republicanos hubieran conservado y desenvuelto esta idea, habrían posiblemente obtenido como resultado una construcción, de características iguales a las del Derecho sucesorio inglés, pero en realidad ocurrió todo lo contrario. La *mancipatio* fué privada de sus originales efectos; no se hizo ya enajenación de bienes al *familiae emptor* y éste dejó de ser, consiguientemente, un fiduciario o ejecutor, para convertirse en un simple testigo. La *mancipatio* degeneró en una mera formalidad (*dicis causa*) y el ejecutor testamentario desapareció completamente y ni siquiera tuvo noticia de él la ortodoxia clásica (infra, § 576). Por otra parte, la *nuncupatio* del testador y las *tabulae testamenti* fue-

438. El testamento *per aes et libram* en las postimerías de la República.

ron asimiladas al *testamentum calatis comitiis*. El desarrollo de este testamento nos es descrito por Gayo (2.103), desgraciadamente con omisión de detalles y sin proporcionar datos precisos. De todos modos, debemos tener presente que el testamento mancipatorio originario fué desconocido en la época de las Doce Tablas (supra, § 432) y que la forma tardía de este testamento debió aparecer en la segunda centuria anterior a J.C. y no antes, pues de no ser así, difícilmente hubiera conocido Gayo, particular alguno referente a su forma originaria.

434. Testamento ordinario clásico.

Durante el último siglo de la República, el testamento mancipatorio fué el único testamento romano y durante el período clásico el único testamento ordinario (del testamento extraordinario militar trataremos más adelante, § 435). A los ojos de los profanos en Derecho, este testamento no fué otra cosa que una declaración del testador hecha ante siete testigos (los cinco testigos requeridos en toda *mancipatio*, el *libripens* y el *familiae emptor*) de que una o más tablillas de cera, contenían su testamento, el cual, alguna vez, no necesariamente, era leído a los testigos. El acto fué interpretado de esta suerte por personas ajenas al Derecho como Cicerón. Los juristas, en cambio, aun a sabiendas de que la *mancipatio* era a la sazón un viejo drama (Gayo, 2.103: *dicis causa propter veteris iuris imitationem*), la conservaron reverentemente: el portador de la balanza debía hallarse presente en el acto y el *familiae emptor* debía pronunciar la fórmula como si fuese todavía ahora, como antaño, el fiduciario del testador. En resumen, todo el ritual había de ser escrupulosamente observado y si se omitía una parte importante del mismo, el testamento era irremisiblemente condenado *iure civili* a nulidad, por la doctrina ortodoxa de la jurisprudencia romana. Cabe dudar si en las provincias y después de la *constitutio Antoniniana*, del 312 d. de J.C. (supra, § 136) se mantuvo todavía en vigor esta *mancipatio mortis causa*. Los documentos de que disponemos, no proporcionan pruebas fidedignas y bien puede ocurrir que hagan referencia a un acto dándolo como celebrado, sin que en realidad hubiese tal acto tenido lugar. La disposición de Gordiano del año 242 de J.C. (C. 6.11.2) parece suponer que un testamento, puede ser otorgado *iure civili* con una simple declaración oral hecha ante siete testigos. Poseemos algunos testamentos mancipatorios, unos en latín y otros en traducción griega y, sobre todo las cinco tablillas de cera, tan magníficamente conservadas, del testamento del caballero Antonio Silvano otorgado en el año 142 de J.C.

F U E N T E S

§ 431. Vide Gayo, 2.101; para el ritual propio del *test. in procinctu*, vide *Schol. Veron. ad Vergil. Aen.*, 10.241 en *Servii grammatici quae feruntur in Verg. carm. commentaria*, ed. Thilo-Hagen, III, 2 (1902), 446; Bruns, *Fontes*, II (1909), 77 y s.; cf. Plutarch, *Coriol.* 9.

§ 432. Vide Gayo, 2.102, 104.

§ 433. Vide Gayo, 2.103.

§ 434. Vide C. (6.11) 2 [*bonorum possessionem*] «*hereditatem*» *deferri*.

B I B L I O G R A F Í A

§ 431. Kübler, PW., VA, 985 y s.; FIRA., I, 37, con referencias; Biondi, *Successione testamentaria* (1943), 35 y s.; Kaser, *Altröm Jus* (1949), 148.

§ 432. Weiss, Z., XLII (1921), 102 y s.; Beseler, Z. XLIII (1922), 585; Solazzi, *Diritto ereditario*, I (1932), 89 y s.; *Glossae a Gaio*, II (1933), 404; Kübler, l.c. 987, 996 y s.; Biondi, l.c. 39 y s.; Kaser, 149.

§ 434. E. Costa, *Cicerone giureconsulto*, I (1927), 218. Para el testamento de Ant. Silvano, vide Guéraud-Jouget, *Études de papyrologie*, VI (1940), 1 y s., también el texto en FIRA, III, núm. 47, comentario: Macqueron, "Le Testament d'Antonius Silvanus", RH., XXIV (1943), 123 y s. Para los demás documentos, vide FIRA., III, págs. 129 y s.; Taubenschlag, *Law of Greco-Roman Egypt* (1944), 145, con referencias.

3. TESTAMENTO MILITAR CLÁSICO

Un soldado podía otorgar un testamento ordinario *per aes et libram* y el testamento de Silvano al que acabamos de referirnos es un testamento de esta especie. A partir de la época de Julio César, se concedió a los soldados, por los Emperadores, privilegio especial en materia de testamentos por haber desaparecido, desde largo tiempo, el *testamentum in procinctu* (supra, § 431). Solamente poseemos el texto de una constitución de Trajano (o parte de ella) según la cual el soldado, no estaba obligado al otorgar su testamento, a observar forma alguna, libertad ésta muy peligrosa por cuanto que frecuentemente era difícil discernir un verdadero testamento de unas simples notas sin trascendencia. Trajano advirtió este peligro, pero no acertó a idear un método para distinguir una cosa de otra. En todo caso, el testamento militar caducaba transcurrido un año después de la *missio honesta* e inmediatamente después de la *missio inhonesta*.

435. Testamento militar.

F U E N T E S

Vide D. (29.1) 1 pr.; P. Fay. X, que no debe ser usado en la ed. princeps (1900), sino en *Scritti* de Ferrini, I (1929), 454; Gayo, 2.109, 114 *in fine*; D. (29.1) 24.

BIBLIOGRAFÍA

Arangio-Ruiz, Bull. XVIII (1906), 157 y s.; Calderini, *Atene e Roma*, XVIII (1915), 259 y s.; Kübler, PW., Va. 1000; Biondi, *Successione testamentaria* (1943), 73 y s., con referencias; Levy, Z., LVII (1937), 44; Solazzi, *Glosse a Gaio*, II (1933), 413 y s. Sobre Gnom. Idiol., vide FIRA., I, 475, con referencias.

4. EL LLAMADO TESTAMENTO PRETORIO

436. Testamento pretorio.

El pretor prometía en su Edicto (Lenel, *Edict.* §§ 149, 155), conceder la *bonorum possessio secundum testamentum* (supra, párrafo 378), a los herederos designados en un testamento mancipatorio o militar. En lo que se refiere a este último, el pretor hacía una simple referencia a las constituciones imperiales (no nos ha sido conservado el texto correspondiente del Edicto). En lo que se refiere al testamento mancipatorio el pretor declaraba que si se le presentaban “*tabulae testamenti non minus quam septem testium signis signatae*”, otorgaría la *bonorum possessio* al *heres* o a los *heredes* designados en las mencionadas tablillas. La terminología del Edicto es significativa, pues los siete “testigos” requeridos por el pretor, fueron los cinco testigos necesarios en toda *mancipatio*, el *libripens* y el *familiae emptor*. Al considerar el *libripens* y el *familiae emptor* como testigos, el pretor ponía de manifiesto que el viejo ritual, había perdido su importancia y que se otorgaría la *bonorum possessio*, aun en el caso en que la *mancipatio* no hubiese tenido lugar. Podemos hablar por tanto de un “testamento pretorio”, consistente en un documento que contenía la designación de un *heres* y que debía ser sellado por siete testigos. Este género de testamentos existió ya en la época de Cicerón, pero cuando se otorgaba la *bonorum possessio* sin que la *mancipatio* se hubiese efectuado, era aquella una *bonorum possessio sine re* (supra, § 378) y por consiguiente sin defensa alguna frente a un heredero intestado que podía reclamar la herencia *iure civili* mediante el ejercicio de la *petitio hereditatis*. Antonino Pío otorgó una *exceptio doli* al *bonorum possessor*, transformando la *bonorum possessio sine re* de éste, en una *bonorum possessio cum re*. En todo el período clásico, la *bonorum possessio* fué concedida únicamente *secundum tabulas testamenti*. Si se otorgaba un testamento oral ante siete testigos, el heredero no podía reclamar la *bonorum possessio* y la disposición de Gordiano (C. 6.11.2) que dispone lo contrario, se halla, evidentemente, interpolada.

FUENTES

Vide Gayo, 2.119, 120, 149a; *Epit. Ulp.* 28.6; C. (6.11) 2 [*bonorum possessionem*] «hereditatem» *deferri*.

BIBLIOGRAFÍA

Lenel, *Edict.* (1927), § 140; Kübler, PW. VA. 989; Biondi, *Successione testamentaria* (1943), 49 y s.

5. INEXISTENCIA DE TESTAMENTOS PÚBLICOS. FORMAS POST-CLÁSICAS

El llamado testamento público, esto es, el testamento otorgado ante una autoridad, fué desconocido en Derecho clásico. Aunque el Derecho sucesorio resultaba tan complicado, que difícilmente los profanos en Derecho podían conocerlo, los juristas mantuvieron sus puntos de vista liberales. El profano en Derecho, sólo podía otorgar testamento con la ayuda de un jurista y si prescindía de esta ayuda, corrían sus disposiciones testamentarias evidente riesgo. Fué una buena costumbre romana la de otorgar testamento asistido el testador de un jurista y no cabe duda que lo que nos refiere Cervidio Scaevola (D. 31.88.17), disimula una intención bastante cáustica, al referirse a un caso en que el testador alardea de haber otorgado su testamento “sine iuris consulto, rationem animi mei potius secutus quam nimiam et miseram diligentiam”, y al tener buen cuidado de consignar que este testamento fué nulo.

436a) Inexistencia de testamento público.

En la época post-clásica, el testamento mancipatorio cayó en desuso. Se fundieron el *ius civile* y el *ius praetorium*. En el Derecho justinianeo el testamento privado ordinario se otorgaba mediante una declaración oral o escrita hecha ante siete testigos. La *bonorum possessio secundum tabulas* se conservó no obstante, pero esta *b p.* se podía ahora conseguir, aun en el caso de no haber *tabulae* y sí solamente una declaración oral ante siete testigos. Además del testamento militar, se admitieron otros testamentos extraordinarios. También aparecieron testamentos públicos (*testamentum principi oblatum* y *apud acta conditum*). No podemos entrar en el estudio del desarrollo del testamento en la época post-clásica.

437. Formas post-clásicas.

FUENTES

§ 437. Vide C. (6.11) 2 [*bonorum possessionem*] «hereditatem» *deferri*.

BIBLIOGRAFÍA

§ 437. David, Z. LII (1932), 314 y s.; Kübler, PW. VA. 990, 1002; Kunkel, § 202; Biondi, *Successione testamentaria* (1943), 52 y s.

6. REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO

438. Renovación de un testamento.

Como ya se ha dicho (supra, § 362) el testamento romano podía ser revocado por el testador en todo tiempo, pero la duplicidad del Derecho testamentario romano (*ius civile* y *ius praetorium*), hacía esta materia sumamente complicada.

1. Un testamento mancipatorio válido (vide infra, § 446). Si el testador deliberadamente destruía las *tabulae testamenti*, el testamento conservaba a pesar de ello su validez *iure civili*. El *testamentum per aes et libram* fué jurídicamente un testamento oral. Las tablillas desempeñaban una función meramente probatoria y únicamente servían para simplificar la declaración oral (*nuncupatio*) proveyendo a ésta de un medio de referencia. En tal caso el heredero intestado podía conseguir la *bonorum possessio ab intestato* (supra, §§ 404 y s.) y esta *bonorum possessio*, después del rescripto de Atonino Pío (supra, § 436) fué *cum re* y, por consiguiente, protegida frente al *heres scriptus*.

2. Cuando se revocaba un testamento mancipatorio válido mediante un testamento pretorio, el primero conservaba su validez *iure civili*, pero el heredero designado en el testamento pretorio, podía reclamar la *bonorum possessio secundum tabulas supremas* (esto es, invocando el testamento pretorio) y a partir de Antonino Pío fué ésta una *bonorum possessio cum re*, es decir, protegida frente al heredero designado en el primer testamento.

3. Un testamento pretorio puede ser revocado por el testador mediante la deliberada destrucción de las tablillas que lo contienen ya que sólo *secundum tabulas* podía obtenerse la *bonorum possessio* por el *heres scriptus*. El mismo resultado se producía cuando las tablillas eran destruidas inadvertidamente por el testador o por otra persona o se extraviaban en un accidente. Si no habían *tabulae testamenti*, no se podía hablar de *bonorum possessio secundum tabulas*. Es ésta una consecuencia lógica, y los textos que establecen lo contrario, no pueden ser considerados clásicos.

Prescindimos aquí de la doctrina post-clásica referente a la revocación de testamentos.

F U E N T E S

§ 438. 1. Vide Gayo, 2.151, 151a.

§ 438. 3. Vide D. (37.11) 1.10 y 11. Los textos están gravemente interpolados y su forma original no puede ser restaurada; Ulpiano elude la *bonorum possessio*; cf. Beseler, Z., XLV (1925), 477 (reconstrucción difícilmente aceptable).

B I B L I O G R A F Í A

Biondi, *Successione testamentaria* (1943), 591 y s.

7. CARÁCTER DE LAS REGLAS CONCERNIENTES A LA «STITUTIO HEREDIS»

El testador al designar un *heres* está obligado a observar ciertas reglas que son muy características del Derecho romano en general y especialmente del Derecho sucesorio romano. Estas reglas no aparecen establecidas en una ley sino que fueron creadas por la jurisprudencia cautelar republicana y en una gran parte por los pontífices. Al otorgar un *testamentum calatis comitiis*, el *pontifex* debía presentar el documento testamentario. Este documento lo redactaba el testador, pero el pontífice debía aprobarlo y por esta razón, podía exigir éste la observancia de ciertas reglas. Estas reglas fueron aplicadas al testamento mancipatorio y luego incrementadas por la jurisprudencia cautelar. Así aparece un conjunto de normas que se desarrollaron progresivamente y que los juristas clásicos no se atrevieron nunca a abandonar.

439. Origen de estas reglas.

Tales reglas han sido objeto de censuras por parte de los autores modernos que las consideraron duras, arcaicas, injustas y, en parte, ininteligibles, pero esta crítica carece de justificación. La tendencia romana a la sencillez, la claridad y la libertad, se revela palmariamente en las normas a que nos referimos. El nombramiento de un heredero que era requisito vital del testamento (supra, § 426) debía hacerse de un modo claro y preciso. Conceder a un testador una amplia libertad y confiar al juez la misión de escrutar la intención verdadera del testador, a menudo oculta bajo frases oscuras y ambiguas, hubiera ocasionado disputas y litigios sin cuento. Los autores de estas reglas romanas querían forzar al testador por medios indirectos, a que éste otorgara su testamento siempre con la ayuda de un jurista. Las reglas tal vez adolecen de dureza para un testador que las ignora y corre por ignorarlas, el riesgo de infringirlas y consiguientemente de otorgar un

440. Crítica de estas reglas.

testamento carente de validez, pero para un testador prudente que es asesorado por un jurista, dichas reglas resultan acertadísimas, pues le obligan a usar de términos sencillos, expresivos y precisos. Si se consideran las normas aludidas desde este punto de vista, resultan admirables la sabiduría y el gran sentido de política legal que las inspiró.

441. Testamento militar.

El soldado al otorgar testamento no estaba obligado a observar estas reglas, ya que para el militar no era fácil la posibilidad de consultar a un jurista. La disposición de Trajano (supra, § 435), quiso librar al soldado del ritual mancipatorio. Al propio tiempo, el soldado quedó exento de la observancia de otras reglas. La contribución de los juristas clásicos en esta época es difícil de precisar por la carencia de fuentes fidedignas. En todo caso, es evidente que ciertas reglas, fueron obligatorias también para los soldados. En la exposición que sigue debemos ocuparnos solamente de aquellas reglas de cuya observancia se hallan dispensados los soldados al otorgar testamento.

Estudiaremos cada una de estas reglas en particular.

BIBLIOGRAFÍA

§ 439. Schulz, *History of Roman Legal Science* (1946), 19.

§ 441. Kübler, PW., VA. 1001; Levy, Z. LII (1932), 526, con referencias; Biondi, l.c. 74 y s.

8. FÓRMULA DE LA «HEREDIS INSTITUTIO»

442. Derecho republicano.

La institución de un *heres* debe hacerse en latín y precisamente empleando la palabra *heres*. No se permiten variantes de esta palabra porque pueden originar dudas sobre si el testador quiso o no en verdad hacer una *institutio heredis*. Así la expresión “Ticio debe tener todos mis bienes”, sería una fórmula inadecuada porque el *heres* sucede necesariamente también en las obligaciones del testador (supra, § 571). La idea de los juristas fué la de que el testador debe seguir el buen ejemplo dado por ellos mismos en sus rescriptos, y observar la *proprietas verborum*, esto es, designar las cosas con sus términos técnicos y unívocos.

443. Derecho clásico y post-clásico.

Dentro de esta limitación que acabamos de indicar, los juristas discutieron sobre la admisibilidad de otras variantes, pero la fórmula tradicional *Titius heres mihi esto* continuó siendo la frase ritual. Después de la *constitutio Antoniniana* (supra, § 136) esta exigencia formal, ya no pudo ser mantenida. Alejandro Severo permitió una *institutio heredis* en griego, ya en general, ya limi-

tando el uso de esta posibilidad, a determinadas partes del Imperio. Constantino abolió todo formalismo y declaró suficiente cualquier forma de expresión.

F U E N T E S

§ 442. Vide Gayo, 2.117, 281; *Epit. Ulp.* 21; 25.9; Gnom. Idioli, 8 (FIRA., 1.471); D. (28.5) 1.3; 1, 5-7, interpolado, vide *Index Interp.*

§ 443. Para la constitución de Alejandro Severo léase el texto dado por Mitteis, RP., I (1908), 282 núm. 60, o *Studien zur Palaeographie u. Papyruskunde*, ed. C. Wessely, XX (1921), núm. 35. La constitución de Constantino: C. (6.23) 15.

B I B L I O G R A F Í A

§§ 442, 443. Kreller, *Erbrechtliche Untersuchungen* (1919), 331; Uxkull-Gyllenband, BGU., V. 2, pág. 29 y s.; FIRA. III, núm. 51, con referencias; Maschi, "La solennità della heredis institutio", *Aegyptus*, XVII (1937), 197 y siguientes, 226 y s.; Sanfilippo, *Studi sulla hereditas*, I (1937), 142 y s.; Biondi, *Successione testamentaria* (1943), 58, 215 y s. Sobre el privilegio de Adriano (*graece testari*) otorgado a la *schola Epicurea* de Atenas, vide Schulz, *History* (1946), 121.

9. LUGAR DE LA «INSTITUTIO HEREDIS» EN EL TEXTO DEL TESTAMENTO

El testamento clásico debe comenzar con la *institutio heredis*. Todas las demás disposiciones testamentarias se consideraron como suplementarias y modificativas de la institución de heredero. La validez de estas disposiciones depende de la *institutio heredis*. La *institutio heredis* es, permitásenos la expresión, la piedra angular del testamento y para construir éste, ha de comenzarse por lo que es propiamente el cimiento del mismo. Éste fué el razonamiento empleado por los juristas de la República y la observación frecuente de tal práctica, convirtió ésta en una regla jurídica que fué mantenida hasta la época clásica. Las disposiciones que seguían a la institución se hallaban cubiertas por así decirlo por ésta, y así venían a formar parte integrante del testamento. Lo que precedía a la institución, no formaba propiamente parte del testamento y se consideraba nulo. Si el testador deseaba instituir heredero a su propio esclavo, debía comenzar por manumitirle, "Servus meus Stichus liber et heres mihi esto", pero este requisito no es una excepción de la regla ya que la manumisión en tal caso es una parte esencial de la institución misma. Otras especies de manumisión testamentaria (sin instituir heredero al esclavo) no podían disponerse antes de la institución de heredero. Labeo y Próculo afirma-

444. *Institutio heredis caput testamenti.*

ban que una *tutoris datio* (supra, § 285), podía ser hecha antes de la institución de heredero “quod nihil ex hereditate erogatur tutoris datione” (Gayo, 2.231), pero su opinión fué rechazada por la mayoría de los juristas. Se dice que Trajano autorizó la posibilidad de que el testamento comenzase con una *exheredatio* (infra, párrafo 464), pero el único texto de que disponemos en relación con esta cuestión es, con toda seguridad, espúrio.

Constantino, abandonó la antigua regla (supra, § 443). La época post-clásica no tiene el sentido de la arquitectura legal.

FUENTES

Vide Gayo, 2.229-31; *Inst. Inst.* (2.20) 34; Gayo, 2.186; D. (28.5) 9.14; (28.5) 1 pr. interpolado.

BIBLIOGRAFÍA

Biondi, *Successione testamentaria* (1943), 188 y s.; Maschi, *Aegyptus*, XVII (1937), 223 y s.; G. Vismara, “Appunti intorno alla heredis institutio”, *St. Besta*, III (1939), 301 y s.

10. PERFECCIÓN DEL TESTAMENTO

El requisito esencial para que un testamento se considere perfecto es el de que contenga la institución de *heredes*. Este principio determina las siguientes importantes reglas.

I. *Los codicilos no sustituyen al testamento*

445. Los codicilos no contienen institutio heredis.

El lugar propio para una *institutio heredis* es el testamento y no los *codicilli* (vide infra, § 543). Los codicilos no pueden contener una institución válida aún en el caso de que el testador haga en su testamento referencia expresa a los mismos. La institución testamentaria hecha en esta forma: *quem heredem codicillis fecero, heres esto* (el llamado *testamentum mysticum*) era nula en Derecho clásico.

II. *Exclusión de la pluralidad de testamentos*

446. Nemo cum duobus testamentis decedere potest.

1. Un testamento válido *iure civili* quedaba “roto” (*rumpitur*) por virtud de otro testamento posterior también válido *iure civili*. Es ésta una regla que merece elogio, pues si ambos testamentos se mantuviesen en vigor y el primero resultase derogado solamente en aquello que se opusiere al último, el juez habría de decidir la

extensión en que el primer testamento es compatible con el segundo. Esta tarea resulta frecuentemente difícil (conozco un testador que había redactado más de veinte testamentos adicionales) y en todo caso hubiera sido más lógico confiarla al propio testador. Los juristas modernos estiman arcaicas esta regla y propugnan su abolición, con lo que demuestran carecer de un elemental sentido político-jurídico.

Supongamos que un testador declara en su primer testamento:

“Titius heres et dare damnas esto centum Publico; Seius heres et dare damnas esto viginti Sempronio”.

En un testamento sucesivo el mismo testador declara:

“Cornelius heres et dare damnas esto triginta sorori meae Attiae”.

¿Cuál es la significación del segundo testamento? ¿Son Ticio y Seio reemplazados por Cornelio o es más bien Cornelio un coheredero con Ticio y Seio? En Derecho clásico no podían surgir estas enojosas cuestiones. Solamente el segundo testamento era válido y Cornelio, por tanto, el único heredero. Si el testador deseaba otra cosa debía haberse tomado el pequeño trabajo de rehacer el primer testamento. Tal es la disciplina romana en esta materia.

2. Si a un testamento válido *iure civili* sigue otro testamento pretorio, el primero no quedaba “roto”. El pretor otorgaba la *bonorum possessio secundum supreamas tabulas* (como se declara expresamente en el Edicto) y esta *bonorum possessio* era *cum re* a partir del rescripto de Antonino Pío (supra, § 436).

3. Cuando un testamento pretorio es seguido de un testamento mancipatorio válido, el primero no quedaba “roto”, pero el pretor otorgaba la *bonorum possessio* únicamente al heredero designado en el testamento mancipatorio (*secundum supreamas tabulas*).

4. Cuando un testamento pretorio era seguido de otro igualmente pretorio, el primero no quedaba “roto”, pero el pretor otorgaba la *bonorum possessio secundum tabulas supreamas*.

5. Estas reglas eran aplicadas, aunque el testamento válido sucesivo no entrase en vigor, especialmente en el caso de haber rehusado la herencia los herederos designados en el testamento posterior. En tal caso, el pretor no otorgaba la *bonorum possessio* a los herederos que figuraban designados en el primer testamento, porque la otorgaba, como ya se ha dicho, *secundum tabulas supreamas*.

Las reglas enunciadas no se aplican al testamento militar.

Es, por tanto, imposible, otorgar dos testamentos simultáneamente válidos. Un testador puede manifestar por escrito su voluntad redactando su testamento en dos o más tablillas, pero éstas constituirán siempre un solo testamento al que se referirá, en el caso del testamento mancipatorio, una y la misma *nuncupatio*.

III. *La suma de las porciones correspondientes a cada uno de los herederos instituidos debe absorber el total de la herencia.*

447. Rectificación de porciones. *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.*

Cuando un testador institúa varios herederos asignando a cada uno de ellos determinadas cuotas de la herencia, éstas cuotas deben agotar el caudal hereditario. Si la suma de las cuotas o porciones no absorbe toda la herencia, las cuotas deben ser rectificadas (aumentadas o disminuídas) mediante la oportuna construcción jurídica. Debe tenerse muy en cuenta que cuando la suma de estas porciones resultaba inferior al total de la herencia, el remanente de ésta de que no se dispuso, no se atribuía a los herederos intestados sino que acrecía a los mismos herederos instituidos. Esta regla fué expresada en forma de máxima en los tiempos post-clásicos: “*Nemo pro (o ex) parte testatus, pro (o ex) parte intestatus decedere potest*”. Los juristas clásicos no hicieron uso de esta máxima, pues en Derecho clásico no resultaba enteramente correcta, si se tiene en cuenta que la sucesión contra el testamento (infra, § 483), es en ocasiones una combinación de la sucesión intestada con la testamentaria. Cicerón, *De inventione* (2.21.63) pudo decir:

“*Supponatur enim ab heredibus haec ratio: Unius pecuniae plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt, nec unquam factum est, ut eiusdem pecuniae alius testamento alius lege heres esset*”.

Evidentemente no es ésta una norma legal, sino más bien una proposición sentada por una de las partes de un proceso.

En la colección justiniana de máximas D. (50.17) 7, leemos el siguiente texto:

“*Ius nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse, earumque rerum naturaliter inter se pugna est testatus et intestatus.*”

La forma retórica y barroca de este texto, revela claramente su origen post-clásico (*in paganis* = el no soldado; *decessisse* en lugar de *decedere*; *naturaliter*, aunque la regla dista mucho de ser natural; *pugna*); vide *Index Interp.*; David, *Studien zur heredis institutio ex re certa* (1930), 34. *Inst. Ius.* (2.14) 5; probablemente derivado de este texto;

“*...neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest*”.

La regla “*miles pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*” es igualmente espuria: D. (29.1), 6 cf. Beseler, *Studi Riccobono*, I. 297; D. (29.1) 19 pr. [*hoc est... decedere*]; D. (49.17) 19.2, cf. Beseler, locución citada 299. *Miles pro parte testari potest*, D. (29.1) 37 o *miles ex parte heredem instituere potest*, D. (29.1) 19 pr., es perfectamente correcto.

El Derecho clásico sólo conoce una regla referente a la *institutio heredis*: la designación de un heredero o de varios herederos, debe regular la sucesión exhaustivamente. Si una persona se decide a otorgar un *testamentum calatis comitiis* o *per aes et libram*, debe realizar el acto de un modo completo y acabado. No puede decir: Ticio sea mi heredero en la mitad de mi herencia y guardar silencio respecto a la otra mitad de la misma con la intención de que se atribuya esta mitad a sus herederos *ab intestato*. Mezclar aquí la sucesión intestada, produciría innecesarias dificultades ya que el parentesco habría de ser probado. Si el testador desea realmente que los sucesores *ab intestato* sean sus herederos en la mitad de su herencia ¿por qué no los instituyó en su testamento? Por esta razón, los juristas excluyeron a los sucesores *ab intestato* y optaron por elevar las respectivas cuotas de los herederos instituidos en el testamento. Así pues en el caso planteado, Ticio es heredero universal (*heres ex asse*). Este resultado no correspondía ciertamente a la intención del testador, pero los juristas no tuvieron en cuenta esta intención, precisamente para obligar al testador a evitar esta forma de institución. Una vez establecida por los juristas la norma aludida, el caso extremo a que nos hemos referido ocurriría en realidad muy raramente, pues el escriba profesional utilizado en los testamentos y mucho más los juristas, tendrían conocimiento de la expresada norma y prevendrían al testador del peligro que entrañaba el realizar nombramientos en la forma aludida. Podía ocurrir que por inadvertencia, las cuotas dispuestas no agotasen todo el caudal de la herencia, pero en estos casos la construcción jurídica no pugnaba, antes al contrario, se hallaba de acuerdo con la intención del testador.

Consideremos ahora los casos siguientes:

1. Un testador tenía tres hijos *in potestate*. Sin hacer referencia alguna a los mismos, instituye a cuatro amigos: A en un tercio, B en un cuarto, C en un quinto y D en un quinto. El testador no advierte que la suma de las cuotas fijadas es $59/60$ y no absorbe por tanto todo el caudal. ¿No sería justo otorgar el $1/60$ remanente a los sucesores intestados? La contestación es que en la época republicana y en la clásica, el testamento sería nulo ya que el testador, como veremos posteriormente, debía haber desheredado expresamente a los *sui*. Así pues, en el presente caso, toda la herencia iría a parar a los herederos intestados, esto es a los *sui*.

2. Supongamos que el testador ha desheredado a los *sui* e instituido a A, B, C y D como en el primer caso. ¿Qué ocurrirá con el $1/60$ remanente: ¿Deberá atribuirse a los sucesores *ab intestato*? En caso afirmativo lo adquirirían los *sui* pero no debe olvidarse que el testador los desheredó expresamente. Los juristas elevaban en este caso las cuotas de

los herederos instituidos, de suerte que A obtenía 20/59, B 15/59, C 12/59 y D 12/59. Esta solución responde probablemente a la intención del testador.

3. Supongamos que el testador carece de hijos e instituye a sus amigos, como anteriormente hemos indicado. Los juristas elevan también las cuotas, lo que resulta mucho más conforme a la intención del testador que atribuir 1/60 al *proximus adgnatus* el cual podía ser un pariente lejano del causante.

La famosa regla “*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*” queda perfectamente explicada y muy clara su justificación en las épocas republicana y clásica. Esta norma ha sido censurada por injusta o enigmática y se ha escrito mucho sobre ella. Se ha llegado a invocar, para explicarla, el Derecho prehistórico. Todo por ignorar la actitud básica, fundamental, de los juristas republicanos. Éstos no eran intérpretes dialécticos de las leyes, sino hombres dotados de un gran sentido práctico que se sentían honrados con la misión de desarrollar y mejorar el Derecho. Por ello deseaban que los testadores otorgasen sus testamentos de un modo claro y concreto para evitar litigios y dispendios. No pararon mientes en los casos extremos. Si el testador instituía a A en una mitad y nada disponía respecto a la otra, conforme a la construcción de los juristas, A era heredero universal. Este caso se daría en contadísimas ocasiones y los juristas tuvieron demasiado sentido práctico para construir el Derecho teniendo en cuenta tan sólo los supuestos más raros y excepcionales. Y si el supuesto raro se producía tanto mejor, pues la ejemplaridad intimidante de sus efectos, produciría un saludable y correctivo resultado.

El soldado que otorgaba testamento no estaba obligado a observar esta regla.

FUENTES

- § 445. Vide Gayo, 2.273. Interpolado: D. (28.5) 78; (28.7) 10 pr.
- § 446. Vide Gayo, 2.144; *Inst. Iust.* (2.17) 2.
- § 447. Vide D. (28.5) 13.1-4; (28.5) 79.1; *Inst. Iust.* (2.14) 5 y 7.

BIBLIOGRAFÍA

- § 445. Windscheid, *Pand.* III (1906), § 546 núm. 10; Beseler, *Z.*, XLIII (1922), 437; *Beiträge V* (1931), 47; Biondi, *Successione testamentaria* (1943), 620; Vismara, *St. Besta*, III (1939), 343 y s.
- § 446. Windscheid, l.c. § 565; Sanfilippo, *Studi sulla hereditas*, I (1937), 73 y s.; Miondi, l.c. 33.

§ 447. Windscheid, l.c. §§ 537, 552; Lenel, "Zur Geschichte der heredis institutio", en *Essays in Legal History*, ed. P. Vinogradoff (1913), 127 y s.; Bonfante, *Scritti*, I (1916), 140; Corso, VI (1930), 81; Rabel, Z., L (1930), 306, 308; Solazzi, *Diritto ereditario romano*, I (1932), 212 y s.; Sanfilippo, l.c. 187 y s.; Sciascia, "Miles pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest", *Seminar*, V (1947), 31 y s.

11. «HEREDIS INSTITUTIO EX RE CERTA»

Si un testador instituía a un heredero de este modo: "Titius mihi heres esto ex fundo meo Corneliano", la institución, aunque en sí misma no era absurda, regulaba la sucesión de un modo incompleto, pues el testador en tal caso no disponía del resto de su patrimonio ni ordenaba lo concerniente a la asunción de sus obligaciones. Si un testador designaba a Ticio y a Seio como herederos, de este modo: "Ticio debe ser heredero de mis bienes rústicos y Seio debe serlo del resto de mi patrimonio", también esta forma de institución, regulaba deficientemente la sucesión puesto que nada se indicaba tampoco respecto a las obligaciones del testador. En este último caso, el testamento debía ser suplido mediante una construcción jurídica, valorando el patrimonio inmobiliario por una parte y los bienes muebles por otra para, de esta suerte, teniendo en cuenta la proporción de ambas valoraciones, considerar a Ticio y a Seio responsables también proporcionalmente, de las obligaciones del testador. Pero esta construcción implicaba dificultades técnicas. Había de hacerse un inventario y fijar el valor de las dos partes de la herencia. Los juristas republicanos no quisieron discutir sobre dificultades innecesarias, que el testador podía evitar con un poco de cuidado. El testador — tal era la idea de estos juristas — debe meditar el acto que va a realizar; instituir a los herederos en porciones, de tal manera que la situación legal de los mismos, sea sencilla y clara. *Institutio heredis* y *legatum* son disposiciones esencialmente diferentes — la primera, a diferencia de la última, no es una donación (supra, § 373) — y, por consiguiente, no deben ser confundidas. Si en el segundo caso, el testador deseaba instituir a Ticio heredero de los bienes inmuebles, debía haber dispuesto de éstos en su favor, mediante un legado (*praelegatum*; infra, § 555). Por estas razones no fué permitido en el Derecho republicano, instituir un heredero *ex re certa*. Si se instituía, el testamento era considerado totalmente nulo por los antiguos juristas republicanos, pero en la época de Cicerón se mantuvo la validez de esta *institutio heredis favore testamenti* y solamente se consideró nula la limitación de la institución a la *res certa*. Esta regla

448. *Heres ex re certa.*

tuvo evidentemente un carácter ejemplar, pues los juristas supieron que su construcción no completaba la intención del testador. La norma republicana se mantuvo en todo el período clásico. Los juristas clásicos se ocuparon en darle cumplimiento y en mejorarla en sus detalles.

El Derecho clásico en esta materia puede ser ilustrado con los siguientes casos:

1. El testador instituía un heredero único: "Titius mihi heres esto ex fundo Corneliano". Los juristas consideraban las palabras *ex fundo Corneliano* como no escritas y Ticio era heredero universal. Cualquiera otra solución es imposible por virtud de la regla *nemo pro parte*, etc. (supra, § 447).

2. "Titius ex fundo Corneliano mihi heres esto, Seius ex fundo Iuliano". Ticio y Seio son considerados en este caso como herederos instituidos, cada uno de ellos en una mitad de la herencia.

3. "Titius mihi heres esto ex parte tertia fundi Corneliani, Seius ex besse (= 2/3) eiusdem fundi". Ticio es considerado instituido heredero en 1/3 de toda la herencia y Seio en los 2/3.

4. "Attius mihi heres esto fundi Corneliani, duo Titii fundi Iuliani heredes mihi sunt". Atio es considerado como heredero de una mitad de toda la herencia, los dos hermanos herederos cada uno de una cuarta parte.

5. "Titius heres mihi esto excepto fundo Corneliano". La excepción se tiene por no puesta y Ticio es considerado como *heres ex asse*.

449. Testamento militar.

En un testamento militar la limitación a una *certa res* era igualmente ineficaz, pero si se instituía una pluralidad de *heredes*, era mantenida como si fuese un legado. Si un soldado otorgaba el siguiente testamento: "Ticio debe ser mi heredero en los *bona castrensia*, Seio en los demás bienes", Juliano sugería una solución *muy complicada*. Ticio obtenía los *bona castrensia* y Seio el resto de los bienes; aquél resultaba responsable por las deudas que afectaban a los *bona castrensia* y éste por las deudas atinentes al resto del patrimonio. Esta opinión indudablemente prevaleció.

449 a). Derecho post-clásico.

En el período post-clásico la doctrina de la época anterior fué modificada en sus detalles, especialmente las limitaciones a las *certae res* fueron construídas en el caso de una pluralidad de *heredes* como normas o regulaciones que había de tener en cuenta el *index familiae erciscundae* (supra, § 86). Todos los pasajes clásicos que contienen esta construcción, son interpolados.

F U E N T E S

§ 448. Vide D. (23.5) 11 (genuino); (23.5) 9.13; evidentemente interpolado [*quasi sine partibus*], [*si modo... refragatur*]; (28.5) 75 [*excepto usu*]

fructu]; [*ea re*] «*exceptiones*»; (28.5) 1. 4 *Si quis*; [*aliquis solus*]; *Cod. Greg.* (3.8) 1.1 — nos ha sido conservado por la *lex Romana Visigothorum* del 506 d. de J.C. (N.B.) —; [*sane... potuisset*]; la *interpretatio* nada sabe de estas palabras (N.B.); léase el texto e *interpretatio* en Mommsen, Krüger, Studemund, *Collectio librorum iuris antejustiniani*, III (1890), 229 y s.

BIBLIOGRAFÍA

§§ 448, 449. M. David, *Studien zur heredis institutio ex re certa im klassischen römischen und justinianischen Recht* (1930); Kunkel, *Z. LI* (1981), 535 y s.; Beseler, *St. Riccobono*, I (1936), 294 y s.; Sanfilippo, *Studi sulla hereditas*, I (1937), 227 y s.

12. «CERTA PERSONA»

Solamente una *certa persona* puede ser instituída *heres*, esto es, solamente puede ser instituído heredero, aquella persona de cuya individualidad tenga el testador un preciso conocimiento en el momento de testar. La siguiente institución sería, por tanto, nula: “*Qui primus ad funus meum venerit heres mihi esto*”. En cambio esta otra sería válida: “*Ex cognatis meis qui nunc sunt, qui primus ad funus meum venerit heres mihi esto*”. Son éstos, casos que ofrecen un interés preponderantemente académico, pero el valor práctico de esta regla se pone de manifiesto en sus corolarios.

1. La persona llamada jurídica o legal no puede ser instituída *heres*. Como ya hemos dicho (§ 146), las denominadas actualmente personas jurídicas, eran consideradas por los juristas clásicos como una *Gesamthand* variable en su integración. Los titulares de los derechos pertenecientes a una persona jurídica, eran miembros de la misma que variaban con el transcurso del tiempo. Es evidente que un testador, puede conocer a todos los miembros que integran una persona jurídica en el momento de otorgar el testamento, aunque de hecho estos miembros son a veces tan numerosos que el conocimiento de los mismos por el testador resulta difícil. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un *municipium*. Pero aun en el supuesto de que el testador conozca efectivamente a todos los individuos o miembros que integran las personas jurídicas en el momento de testar, este conocimiento tampoco sería suficiente, pues la institución de una persona jurídica como heredero, no afecta solamente a quienes actualmente son sus miembros, sino que se extiende también a aquellos otros que integran la persona jurídica en el momento de adquirirse la herencia. La institución de una persona jurídica es pues institución de una *incerta persona* y, por tanto, nula. En Derecho clásico, se admitió una excepción en el caso del

450. *Certa persona*.

451. *Personas jurídicas*.

libertus de un *municipium* cuando el liberto instituía heredero al *municipium*, caso éste que fué introducido por un *senatusconsultum* (supra, § 159). Una persona jurídica privada, puede obtener por especial privilegio, la capacidad de ser instituída heredera (supra, párrafo 176). Además, el *populus Romanus* y el *fiscus* pueden también ser instituídos herederos, pero el estudio de esta materia no corresponde a la índole de este libro (supra, § 149).

452. Póstumos.

2. No menos importante es otra consecuencia. Una persona podía ser instituída heredero si existía al tiempo de hacerse la institución. *Postumi* — término éste que tiene una significación diferente en la sucesión intestada (vide supra, § 386), significa aquí persona nacida posteriormente al otorgamiento del testamento — no pueden ser, por regla general, instituídos herederos. Se admitieron, sin embargo, *iure civili* algunas excepciones en favor de los *postumi sui* del testador (supra, § 384) y *iure praetorio* también en favor de los *liberi* de éste (supra, § 405) siempre que unos y otros fuesen *iam concepti* al tiempo de otorgarse el testamento. Estas excepciones fueron necesarias como veremos oportunamente (infra, § 462). Los detalles son demasiado complicados para ser aquí expuestos y, por otra parte, los textos están gravemente interpolados.

453. Fin práctico de este requisito.

El requisito de que el instituído sea *persona certa* fué establecido por los juristas republicanos, no por razones teóricas sino por muy atendibles exigencias prácticas. Los juristas eran poco propicios a considerar como herederos a las personas jurídicas. No deseaban que éstas acumulasen riquezas y desplegasen un poder, que podía constituir un peligro para el Estado. La tradicional prevención de los romanos a las personas jurídicas (supra, § 157) fué, ciertamente, exagerada, pero debe tenerse en cuenta, que incluso los Derechos modernos atribuyen a las personas jurídicas una limitada capacidad de adquirir bienes por herencia. Además, los juristas, deseaban evitar en lo posible las substituciones. Sobre esto insistiremos más adelante (infra, § 456).

454. Derecho post-clásico.

El Derecho post-clásico abandonó totalmente la regla clásica aludida. Los póstumos podían ahora ser instituídos indistintamente, con tal que fuesen *iam concepti* al tiempo de hacer la institución hereditaria. Las personas jurídicas privadas, únicamente podían ser instituídas en virtud de privilegio.

F U E N T E S

§ 450. Vide Gayo, 2.238; *Epit. Ulp.* 22.4.

§ 451. Vide *Epit. Ulp.* 22.5.

§ 452. Vide Gayo, 2.242; 1.147.

§ 454. Vide *Inst. Iust.* (2.20) 25-8; C. (6.48) 1.

BIBLIOGRAFÍA

§§ 450 y s. Windscheid, *Pand.* III (1906), §§ 547 núm. 2; 535.2; Biondi, *Successione testamentaria* (1943), 113 y s.

§ 451. Biondi, l.c. 121 y s.

§ 452. Siber, *Röm. Privatrecht* (1928), 344; Albertario, "Conceptus pro iam nato habetur", en *Scritti*, I (1933), 14 y s., 18.50 (en esta edición revisada de su escrito, originariamente, *Bull.* XXXIII, 1923, 1 y s., Albertario ha aceptado el punto de vista de Siber); La Pira, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento* (1930), 67 y s.; Robbe, *I postumi nella successione testamentaria romana* (1937); Biondi, l.c., 114 y s.

13. SUBSTITUCIONES

I. *Substitutio vulgaris*

Un testador podía instituir heredero a una persona, subordinando la eficacia de la institución a una condición suspensiva. Por ejemplo *Titia heres esto si Sempronio nupserit*. Un género especial de institución condicional es la llamada *substitutio vulgaris*. Un testador instituye heredero a *A primo gradu* y a *B secundo gradu*, bajo la condición de que *A* no llegue a ser heredero porque no pueda serlo (por morir antes que el testador), o porque no quiera ser heredero y rehuse la herencia. La institución de *B* fué llamada *substitutio vulgaris*, porque esta especie de sucesión se admitió en todo caso, en contraste con la *substitutio pupillaris*, de que nos ocuparemos posteriormente (infra, § 459). La fórmula usual de la *substitutio vulgaris* es:

455. *Substitutio vulgaris.*

"L. Tittius heres esto cernitoque in diebus centum proximis quibus scierit potueritque. Quod ni ita creverit, exheres esto. Tum Maevius heres esto cernitoque in diebus centum quibus scierit potueritque".

Cernere hereditatem significa aceptar la herencia con una declaración formal (infra, § 497). Si Ticio no realiza la *cretio* en tiempo oportuno, queda excluido por efecto de la cláusula *quod ni* (= si non; vide Stolz-Schmalz, *Lat. Grammatik*, 1928, § 342) *ita creverit exheres esto* y despliega su virtualidad, la sustitución hecha en favor de Mevio.

Supongamos que el testador omite la cláusula *quod ni... exheres esto*. Ticio no efectúa la *cretio* sino que acepta la herencia mediante una *aditio* no formal (infra, § 496). Una interpretación angosta de la letra

condujo a los juristas clásicos al siguiente resultado: (1) Ticio es heredero. (2) La sustitución despliega sus efectos cuando es cumplida la condición (*si non creverit*). (3) Ticio y Mevio son herederos por una mitad de la herencia cada uno (Gayo, 2.177). Fué el Emperador Marco Aurelio el que otorgó a Ticio en tal caso, toda la herencia (*Epit. Ulp.* 22.34).

Como quiera que un testamento quedaba roto cuando ninguno de los herederos instituidos aceptaba la herencia (supra, § 426), las substituciones de este género fueron muy frecuentes en los testamentos romanos. Un sustituto puede ser nombrado para otro sustituto y así sucesivamente (“A sea mi heredero; si A no es heredero mío que lo sea B”, etc.).

II. *Semel heres, semper heres*

456. *Semel heres, semper heres.*

Un testador no puede instituir un *heres* bajo condición resolutoria o para un cierto período de tiempo. Los autores modernos han creado la máxima (extraña a nuestras fuentes, vide sin embargo D. 28.5.89) *semel heres, semper heres*. Si un testador declaraba: “Ticio sea mi único heredero, pero sólo por diez años” esta disposición vulneraría la regla *nemo pro parte testatus*, etc. (supra, § 446). Pero el objeto específico de la regla *semel heres*, etc. fué el evitar aquellas substituciones por virtud de las cuales, es designado un heredero para suceder al *heres primi gradus* después que éste ha sido heredero durante un cierto tiempo.

Las siguientes substituciones no eran permitidas en Derecho clásico:

1. “Mi mujer sea mi heredero; luego de su muerte sean herederos mis hijos”.
2. “Mi mujer sea mi único heredero. Mis hijos sean herederos míos cuando alcancen la edad de 25 años”.

Eran éstas las substituciones que inspiraron a los liberales franceses sus apasionadas peroratas tan hostiles a ellas (supra, § 363). La prudencia de los juristas republicanos evitó al Derecho republicano y al clásico estos perjuicios. Las substituciones cuya eficacia se producía en un futuro lejano, fueron también prohibidas por acatamiento del requisito de la *persona certa*, y aunque los sustitutos fueran *certaine personae*, no se permitieron substituciones de este género. El liberalismo republicano deseaba atribuir al heredero la plena libertad de disposición y ésta hubiera resultado gravemente perjudicada con el reconocimiento de las aludidas substituciones.

El liberalismo romano fué a este respecto radical. Las sustituciones hechas en favor de *personae certae*, no implican peligro serio y no hay razón, por tanto, que justifique su prohibición. Los juristas clásicos comprobaron la verdad de este aserto, pero por su excesivo conservatismo, no se decidieron a abandonar el viejo principio y crearon la institución híbrida del *fideicommissum hereditatis* (infra, § 561). El testador pudo ahora instituir heredero a A e imponerle un *fideicommissum* que consista en transmitir la herencia a B pasado que sea un cierto o incierto tiempo, por ejemplo, pasados diez años, después de la muerte de A, al cumplir B su mayor edad, etc. Hablando con rigor, B no es *heres* sino destinatario de un *fideicommissum*, pero su posición jurídica fué equiparada a la del *heres* (infra, § 568). No se puede hablar aquí del “daño de las sustituciones” puesto que el requisito de la *persona certa* es exigido también en los *fideicommissa* (Gayo, 2.287).

457. Sustitución fideicomisaria.

La regla *semel heres, semper heres* no se aplica al testamento militar.

III. *Substitutio pupillaris*

Un *pupillus* (supra, § 283) no podía otorgar testamento ni siquiera *tutore auctore*. La sucesión intestada habría entrado inevitablemente en juego, si el pupilo moría *intra pubertatem*, pero por la aversión tan característica de los romanos a la sucesión *ab intestato* (supra, § 361), se recurrió para evitar ésta, al expediente de la *substitutio pupillaris*. Era ya bien conocida en tiempo de Cicerón. Por virtud de la *patria potestas* un padre puede nombrar un heredero para su *filius impubes*, subordinando el nombramiento a la condición de que el hijo muera *intra pubertatem*.

458. *Substitutio pupillaris*.

Esta sustitución aparecía originariamente combinada con una *institutio pupilli* y una *substitutio vulgaris* (supra, § 455). La más antigua fórmula creada por la jurisprudencia cautelar republicana (este género de sustituciones no fué establecido mediante una ley) era ésta:

“Titius filius meus mihi heres esto. Si filius meus mihi heres non erit, sive heres mihi erit et is prius moriatur quam in suam tutelam venerit, tunc Seius heres esto”.

Esta fórmula entraña tres disposiciones diversas: (1) el *pupillus* era instituído incondicionalmente *heres patris*. (2) Seio era instituído *heres patris* a condición de que el hijo no fuese heredero por haber premuerto al testador. (3) Este mismo Seio era instituído *heres pupilli* a condición de que el hijo fuese *heres patris*, pero muriese *intra pubertatem*.

En el curso de su ulterior desarrollo, la *substitutio pupillaris* se independizó. Un testador podía omitir la *substitutio vulgaris* e incluso la *institutio pupilli*, desheredando a éste expresamente. En este caso la *substitutio pupillaris* vendría concebida en esta forma:

“Titius filius meus exheres esto. Si filius meus prius moriatur quam in suam tutelam venerit, tunc Seius heres esto”.

La sustitución pupilar se ordenaba utilizando tablillas especiales (*secundae tabulae*, expresión que no debe traducirse por la de “segundo testamento”; vide supra, § 446). El testador declaraba en sus *primae tabulae* que las *tabulae secundae* no debían ser abiertas mientras viviese el hijo y se hallase éste *intra pubertatem*. Los testadores temían que el sustituto al conocer la sustitución pudiese poner asechanzas a la vida del *pupillus*.

La doctrina clásica sobre la *substitutio pupillaris* aparece lúcidamente expuesta en la *Instituta* de Gayo (2.179 y s.). El sustituto es *heres pupilli* y no otra cosa; no es heredero del hijo y del padre. Esto resulta evidente en el supuesto de que el padre desherede al *pupillus*, pues en tal caso, el sustituto era heredero exclusivo del *pupillus*. Cuando el padre instituíra heredero a su hijo y nombraba un sustituto pupilar, este último era heredero exclusivo del *pupillus* y no del padre. Prueba de ello es, que en éste caso, el sustituto adquiriría los bienes del padre en tanto éstos se hallasen en la herencia del *pupillus*, circunstancia ésta que no hace al sustituto *heres patris*. Como *heres pupilli*, al sustituto iba a parar el patrimonio que el *pupillus* tenía a su muerte, incluyendo, naturalmente, los bienes que había éste adquirido al morir su padre. Tal fué la doctrina clásica y probablemente también la sustentada por los juristas republicanos. Ciertamente que no contamos con un texto fidedigno que contenga una doctrina republicana sobre este punto, diferente de la contenida en la *Instituta* de Gayo.

1. En las épocas republicana y clásica, la *substitutio pupillaris* se hacía, frecuentemente, con la siguiente fórmula: “Si filius meus intra pubertatem decesserit, tunc Seius mihi heres esto”. *Mihi* no significa aquí, que originariamente el sustituto fuese considerado como *heres patris*. La forma originaria de una sustitución pupilar combinaba la *substitución vulgaris* con la *substitutio pupillaris* (supra, § 458) así que el empleo de *mihi* está justificado. En la pura forma de una sustitución pupilar, *mihi* entraña una incorrección intrascendente, reconocida expresamente como tal por los juristas clásicos. Gayo por esta razón omitió la palabra *mihi*.

2. El sustituto es llamado *heres secundus* lo mismo que el *substitutus vulgaris*. El uso de esta expresión, no implica tampoco que el sustituto pupilar fuese considerado *heres patris*. *Heres secundus*

significa *heres secundo loco institutus*, pues un testamento no puede comenzar con una sustitución. Por la misma razón el sustituto pupilar es llamado *substitutus*, esto es, *sub-institutus, secundo loco institutus*.

3. El padre puede imponer legados al sustituto pupilar, aunque la norma vigente fué que un testador podía gravar con *legata* solamente a su propio *heres*. Es una excepción de la regla, pero la *substitutio pupillaris* es también otra excepción a la regla según la cual, el testador solamente podía designar heredero de su patrimonio. La excepción referente a los *legata* fué sugerida por la originaria combinación de la *substitutio pupillaris* con la *substitutio vulgaris* (supra, § 458). Es significativo que los *legata* no puedan ser impuestos al sustituto pupilar, cuando el padre hubiese desheredado a su hijo y no pueda hablarse en tal caso de una *substitutio vulgaris*.

FUENTES

- § 455. Vide Gayo, 2.174-7; *Epit. Ulp.* 22.34.
- § 456. Vide Gayo, 2.184; 2.287; D. (28.5) 34.
- § 458. Vide Gayo, 2.179-82; D. (37.11) 8.1.

BIBLIOGRAFÍA

- § 455. Windscheid, *Pand.* III (1906), § 557; Biondi, *Successione testamentaria* (1943), 245.
- § 456. Windscheid, l.c. §§ 554.4; 561; Biondi, l.c. 48; Guarino, *St. Solazzi* (1948), 45.
- § 458. Windscheid, l.c. § 558; Costa, *Bull.* VI (1893), 245 y s.; La Pira, *St. Bonfante*, III (1930), 273 y s.; H. J. Wolff, *St. Riccobono*, III (1936), 437 y s.; Vázny, *Bull.* XLVI (1939), 67 y s.; XLVII (1940), 31 y s.; Biondi, locución citada 252.

Los juristas post-clásicos sembraron confusión en la doctrina clásica tan sencilla y clara, introduciendo en ella la idea de que el sustituto era *heres patris* cuando el *impubes* había sido heredero de su padre. No podemos analizar aquí los textos referentes a la cuestión, tan gravemente interpolados, ni tampoco es de este lugar, el estudio de la *substitutio quasi pupillaris* justiniana.

CAPÍTULO IV

SUCESIÓN CONTRA EL TESTAMENTO

1. INTRODUCCIÓN

459. Ojeada general a los recursos clásicos.

El Derecho clásico referente a la sucesión contra el testamento resulta un tanto complicado y deben distinguirse en él tres instituciones diferentes:

1. La sucesión *iure civili* en el caso de *praeteritio* de los *sui* del testador.

2. La *bonorum possessio contra tabulas testamenti* (supra, párrafo 378).

3. La *querella inofficiosi testamenti*.

Estas tres instituciones revelan claramente la tendencia a limitar la libertad de disposición del testador. La finalidad de las tres es la misma, aunque resulten diferentes los medios que cada una de ellas utiliza para conseguirla. Los juristas de los siglos segundo y tercero d. de J.C., debieron haber terminado el desenvolvimiento histórico de las mismas, por la fusión de todas ellas en una sola, pero no fueron propicios a la empresa de unificar y simplificar el Derecho. Incluso en las compilaciones justinianas (*Codex Iustinianus*, *Digesto* e *Instituta*) no se emprendió seriamente la unificación y solamente la Novella 115 de Justiniano (542 d. de J.C.), revela un intento en tal sentido.

BIBLIOGRAFÍA

Windscheid, *Pand.* III (1906), §§ 575 y s. con referencias; F. v. Woess, *Das römische Erbrecht und die Erbanspruch* (1911), 131 y s.; La Pira, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento* (1930), 309 y s., 67 y siguiente, 95 y s.

2. SUCESIÓN «IURE CIVILI» EN CASO DE «PRAETERITIO DE SUI»

460. *Praeteritio* de los *sui*.

Cuando un testador dejaba de instituir o de desheredar a los *sui* (supra, § 384) el testamento era nulo, o modificado en favor de los *sui* silenciados por el testador (*praeterire*).

Para el estudio de los demás detalles deben distinguirse tres clases de *sui*.

1. Los hijos que se hallaban bajo la potestad del testador al tiempo de otorgarse el testamento, debían ser instituídos herederos o desheredados *nominatim*. *Nominatim* quiere decir “designados por sus propios nombres”: *Titius filius meus exheres esto*. En el caso de que el testador tuviese un solo hijo era suficiente la fórmula *filius meus exheres esto* (sin necesidad de hacer constar en ella el nombre del hijo). Si el hijo sometido a potestad no era instituído ni desheredado todo el testamento era nulo *iure civili* y se abría en tal caso, la sucesión intestada.

2. Las hijas y los nietos que se hallen bajo la potestad del testador, pueden ser desheredados mediante una cláusula general en la que no es preciso mencionar el nombre: *ceteri omnes exheredes sunt*. Si no eran instituídos ni desheredados, el testamento era, esto no obstante, válido y los preteridos obtenían una parte de la herencia (*scriptis heredibus in partem adcrescunt*). Si los herederos instituídos eran *sui* esta parte era la misma porción intestada; si los instituídos no eran *sui* (*extranei*) dicha parte era igual a la mitad de la herencia.

Gayo, 2.124 es muy breve y no muy claro, pero lo que nos quiere decir es, probablemente, lo siguiente:

a) El testador tiene dos hijos, A y B y una hija C. Instituye a A en dos tercios, a B en un tercio y no hace mención alguna de su hija. C recibe su porción intestada (una tercera parte, supra, párrafo 384) de A y de B, esto es, de A $\frac{2}{9}$ y de B $\frac{1}{9}$.

b) El testador tiene solamente una hija sometida a su potestad. Instituye a su amigo F heredero universal y silencia a su hija. La hija, en tal caso, obtiene de F la mitad de la herencia, esto es, una cuota inferior a su porción intestada, la cual sería de toda la herencia.

c) El testador tenía un hijo A y una hija B, ambos sometidos a su potestad. Instituye a A y a su amigo F, cada uno por una mitad y omite a su hija. B obtiene su cuota intestada (una mitad de A, esto es, una cuarta parte y de F la mitad de su parte, equivalente también a una cuarta parte, así que, en conjunto, recibe su cuota intestada completa (una mitad)).

d) El testador tenía dos hijos A y B, y una hija C. Instituye a A en una cuarta parte, a B en otra cuarta parte y a su amigo F en la mitad. C es preterida. C obtendrá en tal caso de A y B su porción intestada (una tercera parte) o sea, de A una dozaba parte y de B otra dozaba parte. De F recibe la mitad de su porción, esto es, una cuarta parte. C obtiene, por tanto, en total cinco do-

461. Examen de
in partem ad-
crescere.

zavas partes de la herencia, porción superior a su cuota intestada ($1/3 = 4/12$).

e) El testador tiene un hijo A y dos nietos, C y D, hijos de un hijo premuerto. Instituye a A y a C, cada uno en una mitad y D es preterido. D obtendrá su porción intestada, o sea una cuarta parte, de C (mitad de la parte de C).

En estos casos de *in partem adcrecere* hay en el fondo una combinación de la sucesión testamentaria con la intestada y, por consiguiente, una excepción a la máxima "nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest" (supra, § 447). Los juristas consideraron estos *sui adcrecentes* como *quasi scripti heredes* y les hicieron responsables del pago de legados (C. 6.28.4.1).

462. *Postumi sui.*

3. El tercer grupo está constituido por los *postumi sui* del testador, es decir por aquellos *sui* que estaban *iam concepti* al tiempo de otorgarse el testamento, y hubiesen nacido después de otorgado éste (supra, § 452). Si el testador dejaba de instituirles o desheredarles, el testamento era nulo, cualquiera que fuese el sexo de los *postumi* (*adgnatione postumi rumpitur testamentum*). No podemos entrar en los complejos detalles de esta materia.

463. Historia de las reglas.

Estas extrañas e intrincadas reglas requieren una corta explicación. Desgraciadamente no conocemos nada de su génesis, pues la misma observación de Justiniano (C. [6.28] 4.2), difícilmente puede significar que originariamente una *exhereditatio inter ceteros*, bastase para desheredar a hijos, hijas y nietos. En conjunto, las reglas aludidas, conservan un sabor arcaico, si bien no se remontan a la época de las Doce Tablas. Cabe preguntarse por qué se concedió tanta importancia al hecho de que un padre instituyese o desheredase a sus *sui*, y por qué no pudiera en cambio el padre elegir la vía más suave de silenciarlos.

464. Teoría de Bartolo.

La explicación que desde Bartolo se viene repitiendo debe abandonarse. Antiguamente, se dice, los *sui* eran copropietarios con el padre, de los bienes familiares. Por esta razón, el padre venía obligado a expropiar a los *sui* mediante un acto especial, bien desheredándoles expresamente con una *exhereditatio* o implícitamente instituyéndoles herederos en una porción inferior a su cuota intestada. Ciertamente la idea de una propiedad familiar había desaparecido mucho antes de ser formuladas estas reglas. Si la *exhereditatio* fuese una expropiación, su lugar adecuado habría sido el comienzo del testamento para dejar así la vía expedita a las instituciones. En realidad, la *exhereditatio* debe seguir a las instituciones. Además el pretor, como tendremos ocasión de indicar, requería también una institución o desheredación expresa de los *liberi*, los cuales no fueron jamás copropietarios de los bienes

familiares. Apelar por tanto al Derecho prehistórico no explica satisfactoriamente la regla.

Otra teoría debe ser descartada a pesar de su general aceptación. El padre, se dice, está obligado a instituir o a desheredar a sus *sui* como una prueba del respeto que siente por ellos (*honos institutionis vel exheredationis*). Pasarles en silencio, como si no existiesen, implicaría una grave afrenta hecha a los mismos. La explicación no satisface, porque en realidad los *sui* no tienen el más leve interés en que se les haga objeto de esta atención, antes al contrario, preferirían ser preteridos a ser estigmatizados con una *exhereditio nominatim facta*. Esta explicación debe pues ser rechazada igualmente.

En realidad, los juristas republicanos y clásicos nunca tuvieron la idea de que el padre estuviese obligado a instituir o desheredar a los *sui*. La máxima *sui heredes instituendi sunt vel exheredandi* fué elaborada por el autor post-clásico del *Epítome Ulpiani* (22.14). Gayo, anterior a él, nos expone una opinión diferente (2.123). De acuerdo con él, la sucesión contra el testamento no significa un castigo impuesto al padre por haber dejado éste de cumplir una obligación. Los juristas republicanos desearon siempre salvar la herencia para los *sui*, pero no se aventuraron a impugnar abiertamente el testamento del padre y, por esta razón, se abstuvieron de toda intervención en el testamento, cuando el testador los había instituido o desheredado. Ahora bien, si el testamento guarda silencio respecto a los *sui*, los juristas, en tal caso, intervienen en favor de éstos. Cuando un hijo era preterido (lo que constituía para los antiguos juristas el caso más importante), anulaban el testamento totalmente: en los demás casos optaron por una fórmula de compromiso. Examinadas a la luz de esta explicación las reglas referentes a la *praeteritio* resultan completamente inteligibles, pues representan un estadio en su desarrollo histórico el cual conduce lógicamente a la *querella inofficiosi testamenti*. Ambas instituciones muestran la misma tendencia a restringir la libertad de disposición del testador.

La explicación popular no reconoce la conexión ideológica que existe en la *querella* y el Derecho relativo a la *praeteritio*, sino que, por el contrario, sitúa ambas instituciones en abierto contraste una con otra.

En orden a la *querella*, se dice, que el testador venía obligado a proveer a su pariente más cercano con una parte sustantiva de la herencia (Derecho hereditario forzoso material); en el Derecho referente a la *praeteritio*, el testador debía rendir a dichos parientes más cercanos, un tributo puramente formal, esto es, el *honos*

465. *Honos institutionis vel exheredationis*.

466. La verdadera explicación.

467. Derecho hereditario forzoso, formal y material.

institutionis vel exheredationis (Derecho hereditario forzoso formal). De esta suerte se admitía en conclusión, una obligación del testador, que no podía explicarse. La distinción entre Derecho hereditario forzoso, material y formal es demasiado desdichada para que merezca ser mantenida.

F U E N T E S

§§ 460, 461. Vide Gayo, 2.123; 124, 127, 128; *Epit. Ulp.* 22.16, 17; Paul, *Sent.* 3.45.8.

§ 462. Vide Gayo, 2.130.

§ 464. Lugar de la *exhereditio* en el testamento: Gayo, 2.128. D. (28.5) 1 pr. está interpolado (supra, § 444).

B I B L I O G R A F Í A

§§ 460 y s. Windscheid, l.c. § 576; Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte*, II (1901), 885 y s.; v. Woess, l.c., 131 y s.; Beseler, *Beiträge*, II (1911), 33 y s.; Kübler, Z., XLI (1920), 28 y s.; La Pira, l.c. 67 y s., 95 y s.; Solazzi, *Diritto creditario rom.* I (1922), 220 y s., 227 y s.; Sanfilippo, *Studi sull'hereditas*, I (1937), 215 y s.

§ 462. La Pira, l.c., 67 y s.; Robbe, *I postumi nella successione testamentaria romana* (1937), 21 y s., 211 y s., 263 y s.; Solazzi, *Athenaeum*, VIII (1930), 45.

§ 463. v. Woess, l.c. 152 y s. (equivocado). En verdad las palabras *scimus etenim*, etc. en C. (6.28) 4.2 significan: "varones y hembras pueden ser igualmente desheredados, mientras que los *centumviri* otorgaban una *querella* si la desheredación no era justificada" (infra, § 477).

§ 464. Bartolo ad D. (28.2) 11; Karlowa, l.c. 886, con referencias; v. Woess, l.c. 138, con referencias; Westrup, *Introduction to Early Roman Law*, II (1934), 85; III. 1 (1939), 259.

§ 465. v. Woess, l.c. 140 y s.; Karlowa, l.c. 888. La teoría de Woess es pura fantasía; en los tiempos históricos una *exhereditio inter ceteros* no es condición de un testamento válido.

§ 467. Windscheid, l.c. 370.

3. «BONORUM POSSESSIO CONTRA TABULAS TESTAMENTI»

I. *Bonorum possessio* otorgada a los *liberi*

463. Principio.

El pretor prometía en su Edicto (Lenel, *Edict.* § 142) otorgar la *bonorum possessio contra tabulas* a los *liberi* (supra, § 405) a quienes el testador hubiera preterido sin instituirlos como herederos ni desheredarlos (conforme al Edicto los *liberi* varones, incluso los nietos, debían ser desheredados *nominatim*). Este género de *bonorum possessio* apareció al final de la República y al establecerla el pretor no se inspiró en el recuerdo de la comunidad

doméstica prehistórica. Semejante en esto a los autores de las reglas que acabamos de examinar (supra, § 466), el pretor deseaba conservar la herencia a los hijos del testador. Su Edicto marca la segunda etapa en este proceso evolutivo, pues el pretor al final de la República, sintió menos escrúpulo en la consecución del fin que habían perseguido sus predecesores. Consideremos ahora su regulación en detalle.

1. Si la *praeteritio* de los *liberi* hacía el testamento nulo *iure civili* (esto es si un hijo *in potestate* era preterido; supra, § 466), el pretor seguía la norma del *ius civile* porque así lo exigía la propia práctica pretoria. En tal caso otorgaba la *bonorum possessio ab intestato (unde liberi*; supra, § 405) y no la *bonorum possessio contra tabulas*.

469. El Derecho pretorio en detalle.

2. Cuando la *praeteritio* no hacía nulo el testamento *iure civili* (esto es cuando una hija o un nieto sometidos a su potestad, fuesen preteridos), les otorgaba la *bonorum possessio contra tabulas* con la cual conseguían los preteridos las cuotas propias de la *bonorum possessio unde liberi*, excluyendo totalmente a los herederos instituidos (*heres scripti*) que no fuesen *liberi*. De igual manera protegía a los *liberi* que no fueran *sui* (supra, § 405). Debe recordarse que la mujer (supra, § 406) no podía tener *liberi* en el sentido con que esta palabra fué usada por los juristas en relación con la materia de que tratamos. No se puede hablar de *bonorum possessio contra tabulas matris*.

3. Cuando un testador instituía a un hijo y pretería a una hija, el hijo no estaba facultado para pedir la *bonorum possessio contra tabulas*. Si la hija obtenía esta *bonorum possessio*, el hijo podía, por efecto de la misma, recibir su porción intestada, *commisso per alium edicto*, esto es se le aplicaba el Edicto por acto de otro (en este caso de su hermana).

4. El pretor cuando otorgaba la *bonorum possessio contra tabulas* mantenía la *exhereditatio*. Un hijo desheredado era, en lo que concierne a la *bonorum possessio*, considerado como inexistente. Es evidente que aunque la *bonorum possessio contra tabulas* confería las cuotas de la *bonorum possessio ab intestato*, en alguna ocasión, producía aquélla un efecto diferente del conseguido mediante la *bonorum possessio unde liberi*, pues en el caso de conseguirse la *bonorum possessio contra tabulas* se percibía, en algunos casos, más de lo que se percibía con la *bonorum possessio ab intestato*, ya que en aquélla las porciones de los hijos desheredados incrementaban el caudal a distribuir.

5. En una cláusula especial del Edicto, el pretor mantenía la validez de los legados dispuestos por el testador en favor de sus

próximos parientes, de su mujer o de su nuera (*De legatis praestandis*; vide Lenel, *Edict.* § 143).

6. La *bonorum possessio contra tabulas* fué siempre *cum re* (supra, § 378).

470. Sucesión testamentaria e intestada combinadas.

Nada más falso que afirmar que el testamento era todo él anulado por el pretor. Si se tiene en cuenta lo expuesto anteriormente, habrá de concluirse que las reglas indicadas constituyen una combinación de la sucesión testamentaria con la intestada, una excepción al principio “*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*” (supra, § 447). A primera vista, este Derecho pretorio, parece muy intrincado, pero si se consideran los casos que a continuación exponemos, se verá inmediatamente que es, por el contrario, sencillo y diestramente ideado, sobre todo si se recuerda lo dicho (§ 447) a propósito de la *bonorum possessio unde liberi*.

Si el testador pretería a un hijo suyo *in potestate*, el testamento era nulo *iure civili* y el pretor otorgaba la *bonorum possessio ab intestato (unde liberi)*. Este caso no ofrece dificultad alguna. Consideremos ahora los siguientes ejemplos de *bonorum possessio contra tabulas*.

a) El testador tenía un hijo A y una hija B, ambos *in potestate*. Pretería a su hija e instituía heredero a A en una cuarta parte y a su amigo F en tres cuartas partes del caudal. De acuerdo con el *ius civile* (supra, § 460), B conseguiría la mitad de la cuota de su hermano, es decir, una octava parte de la herencia, y de F la mitad de su parte, o sean tres octavas partes de la herencia. En total, recibiría por tanto la mitad del caudal hereditario, es decir, su cuota intestada completa, y su hermano A recibiría sólo una octava parte de la herencia. Si la hija obtenía la *bonorum possessio contra tabulas*, F no recibiría nada, la hija B una mitad de la herencia y su hermano A (*commissio per alium edicto*) la otra mitad.

b) El testador tiene un hijo A y dos nietos C y D, hijos de un hijo que le había premuerto. Instituía herederos a A y C, cada uno por una mitad, y omitía completamente a D. Si éste obtenía la *bonorum possessio contra tabulas*, recibiría una cuarta parte de la herencia, con lo que C vendría a recibir una cuarta parte también y A una mitad, pues de este modo tiene lugar la distribución en la *bonorum possessio unde liberi* (supra, § 407).

c) El testador tenía un hijo A y dos nietos C y D, hijos de otro hijo B, que había premuerto al testador. Éste desheredaba a A, instituía a F heredero universal y pasaba en silencio a C y D. C y D, podían pedir la *bonorum possessio contra tabulas* cada uno

por la mitad de la herencia, puesto que A debe ser considerado inexistente. Para concluir, procede hacer las siguientes observaciones adicionales:

1. La *bonorum possessio contra tabulas* se confería otorgando las porciones propias de la *bonorum possessio unde liberi*. Las normas referentes a la *collatio bonorum* y a la *collatio dotis* (expuestas anteriormente en los §§ 409 y s. al ocuparnos de la *bonorum possessio unde liberi*), se aplicaban también a la *bonorum possessio contra tabulas*. 471. *Collatio*.

Como materia de hecho, el título *De bonorum possessionibus* del Edicto, comenzaba con la *bonorum possessio contra tabulas* y en conexión con ésta, se ocupaba de la *collatio bonorum et dotis* (Lenel, *Edict.* págs. 342 y s.). Posteriormente, bajo la rúbrica *unde liberi*, el Edicto reproducía las reglas concernientes a la *collatio*, las cuales han sido expuestas anteriormente. En la presente obra, adoptamos el plan inverso, ocupándonos primeramente de la *bonorum possessio unde liberi* (supra, § 405), ya que no puede entenderse bien la *bonorum possessio contra tabulas* sin conocer previamente la *bonorum possessio unde liberi*.

2. Como toda *bonorum possessio* (vide supra, § 378), la *bonorum possessio contra tabulas* era concedida únicamente, si la persona con derecho a ella, la solicitaba en la forma debida. Esta postulación debe hacerse dentro de un cierto tiempo, como ya se ha indicado (supra, § 420). 472. Postulación necesaria.

II. «*Bonorum possessio contra tabulas*» otorgada al patrono del testador.

También anteriormente (§ 413) nos hemos referido a la *bonorum possessio ab intestado* concedida al patrono. Si un liberto otorgaba testamento y no disponía de la mitad de la herencia en favor de su patrono, podía éste reclamar la *bonorum possessio contra tabulas* por una mitad, pero nunca concurriendo con los *liberi naturales* del testador (llamados naturales para distinguirlos de los *fili adoptivi* y de la *uxor in manu*, la cual era *filiae loco*; supra, § 197). 473. *Dimidia pars*.

Supongamos que un liberto tiene solamente un hijo y lo deshereda instituyendo a su amigo F heredero universal sin dejar nada a su patrono. Éste puede reclamar la *bonorum possessio* por la mitad de la herencia, quedando la otra mitad en favor de F.

Un liberto tiene dos hijas, A y B e instituye a su amigo F heredero universal pretiriendo a sus dos hijas y no dejando nada al patrono. A y B pueden reclamar la *bonorum possessio contra*

tabulas cada una por la mitad de la herencia. Si la reclaman, el patrono quedaba totalmente excluido; por el contrario, si se abstendían de reclamar en tiempo oportuno, el patrono podía pedir la *bonorum possessio contra tabulas* por una mitad, quedando la otra mitad en favor de F.

474. Su carácter.

Este género de *bonorum possessio* que aparece en el último siglo de la República, y posiblemente con anterioridad a la *bonorum possessio* otorgada a los hijos, es interesante por representar un estadio sucesivo en el proceso de su desenvolvimiento histórico. El pretor concedía al patrono una parte fija de la herencia del liberto (*dimidia pars*) la cual podía ser reclamada incluso si el liberto lo había desheredado expresamente o habiéndolo instituido, le dejaba una parte inferior a la mitad de la herencia. La idea de una cuota fija que debía ser dejada a determinada persona, sirvió de base a la *querella inofficiosi testamenti*, como veremos inmediatamente (vide infra, § 480).

475. *Lex Papia. Pars debita.*

El Derecho concedido al patrono fué incrementado posteriormente por la *lex Papia* (Gayo, 3.42), pero no es oportuno ocuparnos aquí de esta cuestión. Solamente debe advertirse que los compiladores justinianos, interpolaron en principio *debita pars* para sustituir por ella la *dimidia pars*, ya que en este punto el Derecho Justiniano difería del clásico (*Inst. Iust.* 3.7.3).

F U E N T E S

- § 468. Vide Gayo, 2.135, 125; *Epit. Ulp.* 22.23.
§ 469. 1. Vide D. (28.2) 32; (38.6) 1.9.
§ 469. 2. Vide Gayo, 2.124, 125.
§ 469. 2, 3. Vide D. (37.4) 8.14; (37.4) 11.1.
§ 469. 4. Vide D. (37.4) 8 pr. 10.5.
§ 469. 5. Vide D. (37.5) 1 pr. (texto post-clásico, aunque sustancialmente clásico).
§ 473. Vide Gayo, 3.39-41; (38.2) 1 [*certae*] «*dimidiae*».
§ 475. Gayo, 3.42. Vide D. (38.3) 20.5 [*debitae*] «*dimidiae*». Derecho de Justiniano: *Inst. Iust.* (3.7) 3.

B I B L I O G R A F Í A

- §§ 468 y s. Lenel, *Edict.* (1927), §§ 142 y s.; Windscheid, *Pand.* III, 577; La Pira, l.c. 311 y s.; Sanfilippo, l.c. 219 y s.
§§ 473 y s. Ad. Schmidt von Ilmenau, *Das Pflichtteilsrecht des Patronus und des Parens Manumissor* (1868); La Pira, l.c. 376 y s.

4. «QUERELLA INOFFICIOSI TESTAMENTI»

476. Fuentes.

Este recurso señala la fase última del desenvolvimiento de la institución en el Derecho romano. Desgraciadamente nuestro co-

nocimiento de la *querella* clásica es muy deficiente. La *Instituta* de Gayo guarda silencio sobre ella y el corto título de las post-clásicas *Sententiae Pauli* (4.5) así como lo que conservamos del título *De inofficioso testamento* del *Codex Theodosianus* (2.19), constituye un material escaso. Debemos atenernos, pues, exclusivamente, a los textos contenidos en las obras jurídicas justinianeas, las cuales, como es sabido, se hallan gravemente interpoladas. No es extraño pues que los repetidos intentos para desenredar el embrollo y confusión reinantes en esta materia, no hayan tenido resultado satisfactorio hasta la fecha. Desde luego no se puede conseguir una certeza absoluta en conclusiones, basadas en fuentes no muy fidedignas y hay que resignarse por tanto a la duda, hasta tanto vengan a descubrirse fuentes nuevas, que arrojen luz sobre la cuestión planteada. En la siguiente exposición nos limitaremos a consignar las reglas fundamentales que nos interesan y que son más o menos clásicas, dejando aparte el estudio de aquellas que tienen un carácter indudablemente post-clásico.

Conocemos poco de la historia de la *querella*. Es probable que no apareciese antes del final de la República y tal vez más tarde. De todos modos aparece como institución estable en la época de Trajano. Su desenvolvimiento fué debido a la práctica del tribunal de los *Centumviri*.

477. Historia.

El punto de partida fué el *testamentum inofficiosum*, es decir, un testamento en que el testador infringía su *officium pietatis* al no proveer nada en favor de sus próximos parientes, especialmente en favor de sus hijos. En pocas palabras, un testamento estigmatizado por la opinión pública que lo considera como infracción de un deber. El Derecho castigaba esta ofensa a la moral, otorgando al lesionado por ella, un recurso (*querella*) que podía utilizar contra los herederos instituídos en el mencionado testamento (*scripti heredes*). Los detalles del desarrollo histórico no son conocidos por falta de fuentes. Debemos contentarnos con una exposición escueta de las reglas tal como éstas fueron aceptadas en la época de los Severos (primera mitad del siglo tercero de J.C.).

478. Concepto del *testamentum inofficiosum*.

1. Por lo que respecta a los parientes que tienen Derecho a ejercitar la *querella*, es evidente, que este recurso fué utilizable por los descendientes del testador y no únicamente por los *liberi* en el sentido con que emplean esta palabra los juristas al referirse al Edicto (supra, §§ 405, 406). Esto implica que el testamento de un padre o de una madre, puede ser impugnado por sus descendientes. Es menos cierto que en la época clásica, los ascendientes del testador y los hermanos y hermanas de éste, pudieran utilizar la *querella*. Las post-clásicas *Sententiae Pauli* conocieron solamente la

479. Quiénes pueden promover la *querella*.

querella de los *liberi* e iniciaron el título *De inofficiosi querella* (4.5) con esta definición:

“Inofficiosum dicitur testamentum, quod frustra liberis exheredatis non ex officio pietatis videtur esse conscriptum”.

Este texto no resulta muy concluyente porque poseemos únicamente el *Epitome* visigótico de las *Sententiae*. Parece, sin embargo, probable que ya en la época clásica los ascendientes, así como los hermanos y hermanas del testador, pudieron promover la *querella*.

480. *Quarta pars.*

2. No era permitido el ejercicio de la *querella*, cuando el testador dejaba a sus parientes una cuarta parte de la cuota intestada que a éstos correspondía. No estaba obligado a instituirles herederos en esta cuarta parte y podía muy bien concederles el importe de la misma, mediante legados o *donatio mortis causa*, lo mismo que un liberto podía dejar la *dimidia pars* a su patrono (supra, § 473) también en legados o en *donatio mortis causa*. Los juristas clásicos no tienen un término específico para designar esta *quarta*. No la llamaron nunca *portio legitima* por la sencilla razón de que la cuantía de esta porción fué fijada por la práctica judicial y no por una *lex*. El término post-clásico *portio legitima*, así como el inglés “legitim” deben evitarse siempre que nos refiramos al Derecho clásico.

481. Terminología no clásica.

Legitima portio o *legitima pars* significa en los escritos clásicos “la porción intestada reconocida en las Doce Tablas” y no otra cosa (supra, § 383). Los juristas clásicos no pudieron llamar “parte razonable” a la *quarta legitima pars* (así en *Instituta* de Justiniano, 2.18.3) porque los hijos emancipados y los herederos *ex senatusconsulto Orfitiano* y *Tertuliano* (supra, § 402) no fueron *heredes legitimi*. Tampoco pudieron llamar la *quarta debita portionis* (así D. 5.2.8.8), porque la porción intestada no fué una *portio debita*. Difícilmente la llamarían *pars debita* porque éste es un término que se origina en la *Pflichtteil* germánica. *Pars debita* aparece frecuentemente en el *Digesto* y en relación con la *bonorum possessio contra tabulas* otorgada al patrono (supra, párrafo 473), pero como ya se ha dicho anteriormente (§ 475), tal expresión ha sido interpolada en sustitución de *dimidia pars*.

482. Causas de desheredación.

3. No procedía ejercitar la *querella* cuando el testador tenía razones suficientes que justificasen no haber dejado nada, o haber dejado menos de la *quarta*, a sus próximos parientes. La decisión sobre si existían o no estas causas justificativas, correspondía al Tribunal, pues una lista enumerativa de las causas de desheredación fué desconocida en esta época. Si el Tribunal decretaba que el testamento constituía una infracción del deber del testador, no se anulaban por eso todas las disposiciones del testamento. Por

otra parte, el actor recibía su porción intestada completa y no únicamente como era lógico suponer, la *quarta*. El testamento era anulado solamente en lo preciso, para otorgar al actor su porción *ab intestato*. La *querella* seguía pues la pauta de la *bonorum possessio contra tabulas*. El actor podía reclamar su porción intestada completa, incluso cuando el testador le hubiese dejado una parte de su *quarta*. En tal caso no se limitaba su acción a pedir el suplemento, mediante la *querella ad supplendam quartam*.

a) El testador tiene tres hijos, A, B y C. Instituí a A y B cada uno en una mitad y desheredaba a C sin alegar razón justificativa. C puede demandar a A y a B con la *querella* y obtener de esta suerte su porción intestada (un tercio), esto es, de A un tercio de su porción igual a un sexto de la herencia y de B otro tercio también de su porción, equivalente a otro sexto de la herencia. Si C obraba así, cada uno de los tres hermanos recibía su cuota intestada (un tercio), pero si suponemos que C se contentaba con reclamar de A, en este caso, C recibía de A un sexto, A conservaba un tercio y B una mitad de la herencia. 484. Casos.

b) El testador tenía dos hijos, A y B y los desheredaba *sine iusta causa*, instituyendo a su amigo F heredero universal. A y B podían demandar a F con la *querella*. Si lo hacían, cada uno de ellos obtenía su porción intestada, que era la mitad de la herencia y F se quedaba sin nada. Supongamos que únicamente A reclama a F, mientras B respeta la voluntad de su padre. En tal caso A recibe su completa porción intestada equivalente a la mitad de la herencia y F conserva la otra mitad.

5. La *querella* clásica fué, como se ha dicho (§ 477), desarrollada por la práctica del Tribunal Centumviral. En los siglos primero y segundo de J.C. y al final de la República, este Tribunal era la palestra de los virtuosos de la retórica. Estas gentes no eran muy inclinadas a designar las cosas por sus verdaderos nombres. Eran propensos a la exageración, a la inexactitud y a la confusión. Así, cuando defendían al actor en una *querella inofficiosi testamenti* solían describir el testamento impugnado como un testamento hecho por persona que no estaba sana de mente (*a furioso factum*) imitando en esto, como en tantas cosas, los modelos griegos. Llamaban a esto *agere colore insaníae* o *non sanae mentis* (*color* en la jerga retórica, significa “pretexto” “expediente” “argumento”, vide *Thes. Linguae Lat.* II, 1721, 47 y s.; 1722, 23 y s.). Estas frases que podían impresionar a los miembros del Tribunal que no fuesen juristas, eran usadas sin escrúpulo alguno por los oradores. 485. *Color insaníae*.

“Rhetori concessum est sententiis uti falsis, audacibus, versu-

tis, subdolis, captiosis, si veri modo similes sint et possint movendos hominum animos qualicumque astu (destreza, habilidad) inreperere" (Gellius, 1.6).

Los juristas no podían ser influenciados por los recursos retóricos, pues sabían muy bien que *testamentum inofficiosum* y *testamentum a furioso factum* son cosas fundamentalmente diferentes. Por regla general, ignoraron la técnica retórica, pero en los tiempos post-clásicos esta ola de retoricismo llegó a desplegar sus perniciosos efectos en los escritos clásicos, y así, en algunos pasajes del *Digesto* (nunca en las *Sententiae Pauli* o en el *Codex Theodosianus*) hallamos la expresión *color insaniae*, si bien se trata, como es natural, de textos interpolados. Algunos autores han sido inducidos a error por estos textos y han creído en la influencia de los retóricos sobre los juristas romanos. En realidad, los juristas, en este aspecto como en tantos otros, no dieron importancia alguna a la pseudo-sabiduría de los oradores y de las escuelas retóricas: "ineptias ac stultitias non ferebant iracundiusque respuebant ingenuo liberoque fastidio" (Cicerón, *Brutus*, 67. 236).

El desarrollo post-clásico de esta institución recibió sin duda alguna las influencias retóricas, pero el estudio de esta cuestión no es aquí pertinente.

La *querella inofficiosae donationis*, si bien originada en el período tardo de la época clásica (Alejandro Severo), alcanzó completo desarrollo en el período post-clásico y, por esta razón, no nos incumbe su estudio.

486. *Querella inofficiosae donationis.*

F U E N T E S

- § 479. Vide D. (5.2) 1, completamente espurio.
§ 480. Vide D. (5.2) 8.6, cf. D. (38.2) 3.15 y 17; textos dudosos, vide Beseler, T, X (1930), 236 y s., vide, además, D. (5.2) 8.8 [*et si dicam... petere*].
§ 483. Vide C. (3.28) 22; Paul, *Sent.* 4.5.7 (espúreo).
§ 484. Vide D. (5.2) 15. 2; C. (3.28) 13; D. (5.2) 23.2, texto corrompido probablemente «non» adorescit.
§ 485. Vide D. (5.2) 2, completamente espurio; D. (5.2) 5 [*resque... ordinaret*].

B I B L I O G R A F Í A

§§ 476 y s. Windscheid, *Pand.* III (1906), §§ 575, 578 y s., con referencias; Eisele, Z., XV (1894), 256 y s.; Brugi, *Mélanges Fitting*, I (1907); v. Woess, *Das röm. Erbrecht und die Erbanwärter* (1911), 178 y s.; Beseler, *Beiträge*, II (1911), 34; H. Siber, *Röm. Privatrecht* (1928), 374 y s.; La Pira, *La successione ereditaria* (1930), 412 y s.; H. Krüger, Z, LVII (1937), 94 y s.; *Festschrift P. Koschaker*, II (1939), 256 y s.; *Bull.* XLVII (1940), 63 y s.; Timbal, RH, XIX/XX (1940-1), 386 y s.; Renier, *Étude sur l'histoire de la querella inofficiosi testamenti en droit romain* (1942).

§ 477. Vide H. Krüger, *Festschrift Koschaker*, 256 y s. Para el tribunal de los *centumviri*, vide Wlassak, PW., III, 1935; Wenger, CP. (1940).

§ 481. Sobre el término *portio legitima*, vide H. Krüger, *Bull.* XLVII, 72.

§ 483. Windscheid, l.c. § 584; La Pira, l.c. 449 y s.; Solazzi, *Diritto ereditario*, I (1932), 229 y s.; Sanfilippo, *Studi sull'ereditas*, I (1937), 194 y siguiente. Para la *actio ad supplendam quartam*, vide Windscheid, 584, núm. 1; La Pira, l.c. 470; Seckel-Kübler en su edición *Paul. Sent.* y 4.5.7; Beseler, *Beiträge*, II (1911), 33; v. Woess, l.c. 253 (equivocado).

§ 484. Windscheid, l.c. § 584, núms. 20 y s.

§ 485. V. Woess, l.c. 191 y s. (acrítico); Beseler, *St. Bonfante*, II (1930), 82; Schulz, *Principles* (1936), 129 y s.; La Pira, l.c. 531 y s. Sobre la actitud de los juristas republicanos y clásicos respecto a la retórica, vide Schulz, *History*, 54 y s., 119, 125, 259. Sobre el Derecho post-clásico, La Pira, 456 y siguiente.

§ 486. Windscheid, l.c. 586; Donatuti, "*L'origine della querella inofficisae donationis*", *St. Riccobono*, III (1936), 427 y s.; H. Krüger, Z, LX (1940), 83 y siguiente.

CAPÍTULO V

ADQUISICIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA

1. INTRODUCCIÓN

487. Ojeada de conjunto.

En los tres capítulos precedentes de esta parte, hemos expuesto las condiciones de las cuales depende la adquisición de la herencia. El objeto del presente capítulo, es la exposición de los principios relativos a la adquisición de la herencia en sí misma considerada y en conexión con ellos, también los concernientes a la repudiación de la herencia.

Ante todo debemos distinguir de nuevo entre *hereditas* y *bonorum possessio* (supra, §§ 377 y s.). En lo que respecta a esta última, solamente serán necesarias muy pocas notas adicionales porque ya hemos dicho reiteradamente que en Derecho clásico la *bonorum possessio* era siempre adquirida por decreto del pretor o del gobernador de la provincia. Por esta razón en rigor, no puede haber repudiación de la *bonorum possessio*, sino únicamente abstención de postularla ante el magistrado competente.

Con respecto a la adquisición y repudiación de la *hereditas* debemos distinguir entre *hereditas ab intestato* y *a testamento*. Aunque ambas tienen muchas notas comunes, es muy conveniente tratar con separación de cada una de ellas. La sucesión contra el testamento (supra, §§ 459 y s.) no requiere ulterior estudio. El actor victorioso en una *querella inofficiosi testamenti* adquiriría su porción *ab intestato* (supra, § 483) en virtud de sentencia del tribunal. La sucesión en caso de *praeteritio* (supra, § 460) se rige por las reglas propias de la sucesión testamentaria e intestada.

Distribuiremos esta materia en las cuatro siguientes secciones:

1. Adquisición y repudiación de la *hereditas ab intestato*.
2. Adquisición y repudiación de la *hereditas a testamento*.
3. La herencia durante el tiempo que media entre la muerte del *de cuius* y la adquisición (*hereditas iacens*).
4. Adquisición de la *bonorum possessio*.

2. ADQUISICIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA «HEREDITAS AB INTESTATO»

I. *Sui heredes*

Los *sui heredes* (supra, § 384) adquirirían el patrimonio del padre o del abuelo automáticamente, siempre que fuese legalmente cierta la inexistencia de un testamento válido y eficaz (supra, párrafo 381). Puede suceder esto en el momento de la muerte del *de cuius*, pero también posteriormente.

488. Principio general.

Supongamos que un testador ha otorgado un testamento e instituido en él heredero a su amigo F, desheredando a su único hijo A. Posteriormente a la muerte del testador, F rehusa la herencia haciendo el testamento inválido. Es en este momento cuando el *suus* A adquiere la herencia *ab intestato*.

El *suus* debe vivir (por lo menos *iam conceptus*) al tiempo en que F rehusa la herencia, y también al tiempo de morir el testador. Si A vivía al morir su padre pero moría antes de repudiar F la herencia, ésta correspondería a la persona que habría sido heredero *ab intestato* si A no hubiese nunca existido. Supongamos que B sea un nieto del testador (hijo de A), que no existe al morir éste. Cuando F rehusaba la herencia B existía ya, pero su padre A había muerto. B no puede heredar el patrimonio de su abuelo.

Como los *sui* adquirirían automáticamente la herencia, el *suus infans* (supra, § 302) o *furiosus* (supra, § 344) pueden también adquirirla. Por otra parte, esta adquisición era de carácter definitivo. Los *sui* no podían repudiar la herencia: *semel heres, semper heres* (supra, § 456). Por esta razón los *sui* fueron llamados *sui et necessarii heredes*. Si tenemos presente que el *heres* clásico respondía de las deudas del *de cuius*, *ultra vires hereditatis* (supra, párrafo 371), y que en esta época se daba una ejecución en la persona del deudor (supra, §§ 43, 372), la dureza de esta regla queda evidenciada. La finalidad del viejo Derecho republicano fué la de proveer al padre de un *heres*, sin parar mientes en los intereses de los *sui*. La aspereza y el rigor de la *patria potestas* se manifiestan aquí incluso después de la muerte de su titular.

489. *Sui et necessarii heredes*.

Pero este rigor del *ius civile* fué considerablemente atenuado por el pretor. No nos es posible fijar el momento en que intervino para conseguirlo, pero difícilmente pudo ser éste anterior al último siglo de la República. El pretor concedía al *suus* la posibilidad de “abstenerse de la herencia” y consiguientemente de liberarse de toda responsabilidad en orden a las deudas del padre. Los autores modernos suelen designar esta facultad con la denominación

490. *Beneficium abstinendi*.

de *beneficium abstinendi*, pero los juristas clásicos nunca emplearon un término fijo para designarla.

Facultas abstinendi: D. (29.2) 57 pr. *Potestas abstinendi*: Gayo, 2.160, 163. *Ius abstinendi*: D. (28.5) 87.1. *Beneficium abstinendi*, solamente una vez en los escritos clásicos: D. (29.2) 71.4.

Cuando un *suus heres* usaba personalmente de este *beneficium* (el *tutor impuberis* y el *curator furiosi* podían reclamar este derecho para el pupilo o el *furiosus*), el pretor le protegía frente a los acreedores, mediante una *denegatio actionis* (supra, § 17); además denegaba al *suus* las acciones que le hubieran correspondido con la herencia. El patrimonio era entregado a los acreedores, los cuales podían proceder a la *bonorum venditio* (supra, § 43). Los acreedores podían exigir del *suus* una declaración sobre si deseaba o no usar del expresado *beneficium*. El *suus* podía solicitar un *spatium deliberandi*, el cual podía ser fijado por el pretor. Este *beneficium* no podía ser solicitado si el *suus* se inmiscuía en los bienes de la herencia (*se immiscere bonis hereditariis*), esto es, si realizaba lo que podemos llamar *pro herede gestio* (infra, § 496); y en el caso de que el beneficio hubiera sido ya obtenido se pierde éste, si el *suus* se inmiscuye en la herencia. Una sola excepción fué reconocida por el pretor en favor del *suus pupillus* (Lenel, *Edict.* §§ 209, 210).

Podemos pues considerar el *ius abstinendi* como el derecho pretorio a rehusar la herencia, bien entendido, que el *ius civile* no queda alterado por el reconocimiento de este derecho. Cuando un *suus* se abstenía de mezclarse en el patrimonio hereditario, continuaba no obstante siendo *heres iure civile*. Una importante consecuencia de esto es que con la abstención aludida, la herencia no se transmite al próximo heredero *ab intestato*. Supongamos que el *de cuius* tiene únicamente un *suus* y que éste hace uso del *beneficium* aludido. No por esto la herencia es ofrecida al *proximus adgnatus*, por ejemplo al hermano del padre. En la época post-clásica la fusión de *ius civile* con el *ius honorarium* condujo al resultado opuesto, como demuestra un rescripto (probablemente interpolado) de Dioclesiano (C. 6.58.6). Que el *suus abstentus* fuese *heres*, se estimaba ahora como una variante estilística (*nudum nomen heredis*).

Solamente los *sui* adquirían la herencia de modo automático. Los demás herederos *ab intestato* la adquirían mediante un acto especial de aceptación. ¿Cómo puede explicarse esta diversidad de trato? Se ha intentado hallar la explicación, recurriendo de nuevo al Derecho prehistórico. Originariamente, se ha dicho, los *sui* eran copropietarios del patrimonio familiar, juntamente con su padre.

491. La teoría de la propiedad familiar.

Cuando el padre moría, los *sui* no adquirían el patrimonio, sino que continuaban siendo copropietarios con la sola novedad de que con la muerte del padre, quedaban libres de la *potestas* de éste. Esta idea subsistió largo tiempo después de haber desaparecido la propiedad familiar y determinó el principio según el cual, los *sui* adquirirían la herencia automáticamente. Esta explicación no es aceptable. Los juristas republicanos y clásicos se inspiraron en el deseo de proveer al padre de un heredero que no pudiese rehusar la herencia. Únicamente los *sui* podían ser herederos de esta especie. Los juristas consideraron los *sui* como *heredes necesarii*, lo que implicaba el que éstos adquiriesen la herencia *ipso iure*, ya que hubiera sido absurdo exigir una aceptación de la herencia en personas que no podían repudiarla. Ésta es la idea que se manifiesta con toda evidencia en el hecho de que un *servus cum libertate heres institutus* era también un *heres necessarius* (infra, § 502) y consiguientemente adquiría la herencia *ipso iure*, ahora bien, el liberto no fué considerado nunca copropietario de una propiedad familiar.

II. *Heredes voluntarii*

Todos los demás herederos *ab intestato* (*iuris civilis*) que no fuesen *sui*, adquirirían la herencia en virtud de un acto especial llamado *aditio hereditatis* (*adire hereditatem* = acudir, aproximarse a la herencia). Estas personas eran libres de aceptar o rechazar la herencia y, por esto, fueron llamadas (aunque tal vez no en la época clásica) *heredes voluntarii*.

492. *Heredes voluntarii.*

El término no fué realmente conocido por Gayo, el cual aceptó una distinción ilógica entre *heredes necesarii* y *extranei* (Gayo, 2.152). Cuando el término se nos ofrece en los escritos clásicos, los textos en que aparece, resultan sospechosos, sin excluir los Papin. *Fragmenta Paris*, § 18, nota añadida por un editor post-clásico de los responsa de Papiniano (Schulz, *History*, 219 y s., 237).

Este grupo comprende (dejando aparte las *gens*; supra, § 396) el *proximus adgnatus* (supra, § 389) y los herederos *ex senatus consulto Tertulliano* (supra, § 400) y *Orfitiano* (supra, § 401). Todos ellos son no-*sui* y en este sentido *extranei*.

Un *suus* adquiría la herencia en el momento de serle ésta ofrecida. Por lo que se refiere a los *heredes voluntarii*, debemos distinguir cuidadosamente entre el momento en que la herencia les era ofrecida y el momento en el cual, adquirirían la herencia. Autores modernos son propicios a distinguir entre *delatio* y *adquisitio hereditatis*, pero esta terminología no es clásica (supra, § 376). El *heres* no podía aceptar ni rehusar la herencia antes de serle

493. *Hereditas delata.*

ésta ofrecida. La herencia era ofrecida a un *heres voluntarius ab intestato*, cuando se tenía la certeza de la inexistencia de un testamento válido y eficaz y era entonces cuando se daba lugar a la sucesión intestada (supra, § 381). Por regla general ello ocurría a la muerte del *de cuius*, pero algunas veces también posteriormente, como cuando una herencia pasaba a un heredero después de haber sido repudiada por otro.

El *senatusconsultum Orfitianum* (supra, § 401) establecía expresamente que si los hijos rehusaban la herencia de la madre se aplicaba el *ius antiquum* (Bruns, *Fontes*, núm. 64), y la herencia pasaba al *proximus adgnatus* de la madre. El *senatusconsultum Tertullianum* contenía, probablemente, una cláusula similar. Cuando un *proximus adgnatus* rehusaba una herencia, ésta no era ofrecida al siguiente agnado más próximo (supra, § 394).

Como el *suus*, el *heres voluntarius* debe vivir al morir el *de cuius* y al tiempo de serle ofrecida la herencia (supra, § 488); no se aplica aquí la regla *nasciturus pro iam nato habetur* (supra, párrafo 393).

En el momento en que la herencia era ofrecida al *heres voluntarius* éste no adquiría la herencia sino simplemente el derecho a adquirirla (o a rehusarla). Puede transferir este derecho a otro por una *in iure cessio*, pero si el heredero moría sin ejercitar el derecho a adquirir la herencia, su heredero no estaba facultado para adquirirla. Fué Justiniano quien permitió bajo ciertas condiciones al heredero del heredero adquirir la herencia.

En Derecho clásico hubo dos modos de aceptar la herencia (*adire hereditatem*): *pro herede gestio* y *cretio*.

Originariamente sólo existió un modo, la *pro herede gestio*. *Gerere pro herede* significa "actuar como heredero". Como la aceptación se condicionaba al conocimiento que el heredero tuviese de la muerte del *de cuius*, todo acto del heredero en relación con el patrimonio hereditario era, por regla general, una *pro herede gestio*. Si, por ejemplo, el heredero solicitaba del pretor la *bonorum possessio ab intestato*, o si entablaba una reclamación contra los deudores hereditarios o vendía bienes del patrimonio heredado, todos estos actos tenían la significación de una *pro herede gestio*. Las fuentes proporcionan a este respecto un material abundante y lleno de sutilezas legales.

En Derecho clásico una herencia *ab intestato* podía ser aceptada mediante *cretio* (Gayo, 2.167), esto es, por una declaración formal que contuviese las palabras *hereditatem adeo cernoque*.

El uso de *cernere* es peculiar del lenguaje jurídico. *Cernere*, dice Varrón, *De lingua Lat.* 7.98, significa *constituere*; "Itaque

494. *Transmissio hereditatis delatae.*

495. *Aditio hereditatis.*

496. *Pro herede gestio.*

497. *Cretio.*

heres cum constituit se heredem esse dicitur *cernere*". La palabra *hereditas* significa aquí "sucesión" y no "patrimonio" (supra, párrafo 375); *cernere hereditatem* equivale a "establecer la sucesión".

Este acto no requiere la presencia de testigos como la *mancipatio*, pero por otra parte una *testatio* (una declaración ante testigos), era sin embargo indispensable, porque es absurdo exigir una declaración dentro de las cuatro paredes de una estancia sin estar nadie presente.

La *cretio* se originó en la sucesión testamentaria cuando el testador requería usualmente una aceptación formal (infra, § 506). Es significativo que Gayo se ocupe de la *cretio* en una sección relativa a la sucesión testamentaria y sólo incidentalmente diga que la *cretio* fuese también utilizable por los herederos *ab intestato*. Es dudoso si la *cretio* era obligatoria cuando el *filius familias* deseaba aceptar una herencia *ab intestato* (la cuestión podía surgir únicamente cuando fuese heredero de los bienes de su madre *ex senatus consulto Orfitiano*).

En la época post-clásica la *cretio* fué abolida. Los compiladores justinianos eliminaron los términos *cretio* y *cernere* de los textos clásicos, reemplazándolos en ocasiones por los de *aditio* y *adire*.

Pro herede gestio y *cretio* fueron los únicos modos clásicos de *aditio hereditatis*. Sin embargo, Gayo, 2.167, parece referirse a un tercer modo, al establecer que "potest aut cernendo aut pro herede gerendo vel etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri". Este texto es sospechoso. Una declaración no formal ante testigos pudo ser considerada como *pro herede gestio*.

497 a) ¿Existe un tercer modo de *aditio*?

La *pro herede gestio* y la *cretio* eran actos jurídicos que exigían lógicamente capacidad jurídica. Una mujer sujeta al *tutor mulieris* y un *pupillus infantia maior* (supra, § 302) podían realizar estos actos solamente *tutore auctore*. El *infans* y el *furiosus* eran incapaces de adquirir una herencia y el tutor *impuberis* o el *curator furiosi* no podían actuar en nombre de las personas sometidas a su custodia, por la sencilla razón de que la representación directa fué desconocida en Derecho clásico. Un pródigo sometido a *cura*, fué probablemente también incapaz de adquirir una herencia, ni siquiera con el consentimiento del *curator*, el cual, por otra parte, tampoco podía actuar en nombre del pródigo.

498. Capacidad jurídica.

Para la *repudiatio hereditatis* no se exigía formalidad alguna. La intención de no ser heredero, cualquiera que fuese la forma de su manifestación (*omittere, repudiare hereditatem*) era suficiente. La repudiación no formal, corresponde a la no formal *pro herede gestio*, la cual fué, originariamente, el único modo de aceptar una

499. Repudiación.

herencia. Era un acto jurídico semejante a la *aditio* y requería, por esto mismo, capacidad jurídica.

500. *Spatium
deliberandi.*

Iure civili no fué fijado un tiempo límite para aceptar o rehusar la herencia. Sin embargo, los acreedores, pudieron conminar al heredero para que declarase ante el pretor de un modo preciso, si deseaba o no aceptar la herencia. El heredero, por su parte, podía solicitar un *spatium deliberandi*, y si no aceptaba dentro de este plazo, se le consideraba excluido de la herencia. Si el heredero se negaba a comparecer ante el pretor, era éste quien fijaba un *spatium deliberandi*. Gayo, 2.167 hace referencia a este punto y su disquisición no es realmente muy cuidada.

F U E N T E S

- § 488. Vide Gayo, 2.152, 156; D. (38.16) 14; (38.16) 6 [*neque*]; [*neque bonorum... cognatus*]; «non» potest; *Inst. Iust.* (3.1) 7.
§ 489. Vide *Inst. Iust.* (3.1) 3; Paul, *Sent.* 4.8.5 [*quibus... necessaria*].
§ 490. Vide Gayo, 2.158, 159, 163; D. (29.2) 57 pr. «*suus et*» *necessariis*; C. (6.58) 6 [*vel hereditatem*]; *succedere* «non» potest.
§ 491. Vide Gayo, 2.157; D. (28.2) 11.
§ 493. Vide D. (50.16) 151; Gayo, 3.11-13.
§ 494. Vide Gayo, 2.35 hasta *esset*; 3.85 hasta *vocaretur*; C. (6.30) 7 = Consult. 6.19.
§ 496. Vide *Epit. Ulp.* 22.26.
§ 497. Compárese C. (6.30) 7 con Consult. 6.19; los compiladores eliminaron la *cretio*.
§ 497a. Vide Gayo, 2.167 [*vel etiam... hereditatis*].
§ 498. Vide Gayo, 1.176; D. (29.2) 8 pr. [*pupilla*] «*mulier*».
§ 499. Vide Gayo, 2.169; *Epit. Ulp.* 22.29; Paul. *Sent.* 4.4.1.
§ 500. Vide Gayo, 2.167.

B I B L I O G R A F Í A

- §§ 488 y s. Windscheid, *Pand.* III (1906), §§ 595 y s.; Bonfante, *Corso*, VI (1930), 182 y s.; Solazzi, *Diritto ereditario romano*, II (1933), 5 y s.
§ 490. Lenel, *Edict.* (1927), §§ 209, 210; Beseler, *St. Bonfante*, II (1930), 81 y s.; Solazzi, l.c. II, 221 y s.
§ 491. Solazzi, l.c. I (1932), 160 y s.; Schulz, *JRS.* XXXII (1942), 132, con referencias.
§ 492. Para los textos con *heres voluntarius*, vide Solazzi, l.c. II, 7.
§ 494. Garaud, "L'In iure cessio hereditatis", *RH.*, I (1922), 141 y s.; Ambrosino, *SD.*, X (1944), 3 y s.; De Martino, *St. Solazzi* (1948), 568 y s.; Guarino, *ibid.* 38.
§ 496. Solazzi, l.c., II 62 y s.; Sanfilippo, "La valutazione dell'animus nella pro herede gestio", *Ann. Catania*, 1948.
§ 497. Lévy-Bruhl, *NRH.*, XXXVIII (1914), 153 y s.; Buckland, *T.* III (1922), 239 y s.; Solazzi, l.c. II, 35 y s.; Biondi, "Degenerazione della *cretio*", *St. Solazzi* (1948), 67 y s.

§ 497a. Solazzi, l.c. II, 21 y s.; SD., VI (1940), 323.

§ 498. Solazzi, l.c., II, 73 y s.; H. Krüger, Z, LXIV (1944), 402 y s.

§ 499. Solazzi, l.c. II, 181 y s.

§ 500. Lenel, *Edict.* 208; Solazzi, *Spatium deliberandi* (1912), *Diritto ereditario*, II, 160 y s.

3. ADQUISICIÓN Y REPUDIACIÓN DE UNA «HEREDITAS» A TESTAMENTO

I. *Sui heredes*

Cuando un testador instituía heredero a un *suus*, éste adquiría automáticamente la herencia como si fuera un *heres ab intestato* (supra, § 488). El momento en que tenía lugar la adquisición, fué en Derecho republicano el de la muerte del testador, o si el *suus* era instituido condicionalmente, el momento de cumplirse la condición. El testador pudo también instituir al *suus* con la condición *si volet*. En este caso el *suus* no era un *heres necessarius*, porque adquiría la herencia únicamente después de haberse cumplido la condición establecida. En el período clásico, con la *lex vicesimaria* de Augusto (supra, § 365) el testamento debía ser abierto oficialmente y según la *lex Papia* (supra, § 182) la *delatio hereditatis* coincidía con el momento de la apertura del testamento. Es dudoso, sin embargo, si esta regla se aplicó también al caso del *suus* y nuestro conocimiento de la *lex Papia* es demasiado deficiente para permitirnos una afirmación categórica sobre este punto. El *suus* que había adquirido la herencia, pudo utilizar también el *beneficium abstinendi*, pero a este respecto nada tenemos que añadir a nuestras anteriores observaciones (supra, § 490).

501. *Sui institutos heredes.*

II. *Necessarii heredes*

Un testador puede manumitir al esclavo en su testamento (*manumissio testamento*; supra, § 140) e instituirlo heredero. Al entrar en vigor el testamento, el esclavo adquiere la libertad y automáticamente la herencia. Bajo la *lex Papia*, el momento en que esto ocurría fué, seguramente, el de la apertura del testamento, pero también pudo suceder después, en el caso en que el testador hubiese hecho una institución condicional. El liberto adquiría la herencia lo mismo que el *suus*, ya que no podía rehusarla, pero también de modo diferente en cierta manera, puesto que no tenía como el *suus* la posibilidad de utilizar el *beneficium abstinendi*. Gayo llama a estos herederos *heredes necessarii* simplemente, en contraste con los *sui et necessarii heredes*.

502. *Necessarii heredes.*

III. *Heredes voluntarii*

503. *Voluntarii heredes.*

Las personas instituídas herederos que no fuesen *heredes sui et necessarii* o *necessarii heredes*, adquirirían la herencia mediante la aceptación después de haberles sido ofrecida.

504. *Hereditas delata.*

En Derecho republicano la herencia era ofrecida a éstos herederos al morir el testador, o si la institución era condicional, al tiempo de cumplirse la condición. Conforme a la *lex Papia*, la herencia se ofrecía al ser abierto el testamento. No podemos decir si excepcionalmente se aplicaba el *ius antiquum* (*delatio* a la muerte del testador). De todos modos es preciso que el heredero viva a la muerte del testador y al tiempo de tener lugar la *delatio*.

505. *Aditio hereditatis.*

La aceptación de la herencia (*aditio hereditatis*) debía efectuarse mediante la *pro herede gestio* o la *cretio*. En orden a la *pro herede gestio* nos referimos a lo dicho anteriormente (§ 496); en cuanto a la *cretio*, ésta requiere ulterior examen en relación con la sucesión testamentaria.

506. *Cretio.*

La *cretio* se origina en la sucesión testamentaria y solamente más tarde se aplica también a la intestada (supra, § 497). Fué la jurisprudencia cautelar republicana, la que sugirió a los testadores, la conveniencia de imponer una *cretio* al heredero instituído. La idea que inspira a los juristas, es la de presionar al heredero instituído para que éste, dentro de un determinado plazo, adopte la decisión de estar o no dispuesto a aceptar la herencia. El *spatium deliberandi* que en la sucesión intestada únicamente puede conseguirse recurriendo al pretor (supra, § 500), podía ser fijado en la testamentaria, por el testador mismo, y como en ocasiones es dudoso si un acto del heredero instituído debe considerarse *pro herede gestio* (supra, § 496), el testador puede exigir expresamente a este respecto una declaración terminante y categórica del instituído. Conforme a lo dicho, la fórmula que el testador debe usar es la siguiente:

“Titius mihi heres esto cernitoque in centum diebus proximis”.

La declaración que se exige de Ticio reza así:

“Quod (= “sí” o “en tanto”; supra, § 61) me P. Maevius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque”.

Aunque este expediente no es muy antiguo (nunca aparece mencionado en las comedias de Plauto), debe remontarse al tiempo en que se hallaba en auge todavía la interpretación formal del testamento. ¿Qué ocurría cuando Ticio no obedecía la orden del testador? Una construcción liberal sobre las palabras del testador podría haber autorizado a atribuir a la institución, el carácter de institución condicional, subordinada por tanto en su eficacia

a la efectividad de la *cretio*, pero los viejos juristas se consideraron vinculados a la letra. Literalmente la institución no era condicional y la consecuencia fué que la orden del testador referente a la *cretio* carecía de fuerza legal. Ticio, por tanto, podía obedecerla o no; podía aceptar la herencia por *cretio* o *pro herede gestio* dentro del plazo de cien días o posteriormente. Incluso cuando el testador, como usualmente hacía, añadía una *substitutio vulgaris*:

“Titius mihi heres esto cernitoque in diebus centum proximis; quodni ita creverit tum Sempronius mihi heres esto”, la sustitución condicional no indujo a los juristas a considerar la *institutio Titii* como sujeta a condición.

Ya hemos aludido a la angosta construcción jurídica del testamento (supra, § 455). Supongamos que Ticio acepta la herencia mediante *pro herede gestio* y que Sempronio acepta también. En tal caso ambos son herederos, cada uno por una mitad. Fué el Emperador Marco Aurelio quien rechazó esta conclusión, aun cuando tampoco consideró la institución de Ticio como condicional. Marco Aurelio atribuyó a Ticio la totalidad de la herencia (*Epit. Ulp.* 22.34).

Para que la orden de realizar la *cretio* fuese efectiva el testador debía usar la fórmula siguiente:

“Titius mihi heres esto cernitoque in diebus centum proximis; quodni ita creverit, exheres esto”.

Es evidente, en tal caso, que Ticio podía aceptar la herencia exclusivamente mediante una *cretio* realizada dentro del plazo establecido. Si no la realizaba, quedaba excluido de la herencia por efecto de la cláusula *exheres esto*.

El *spatium deliberandi* podía ser fijado por el testador de dos maneras: (1) “cernitoque in diebus centum proximis”, a contar desde la muerte del testador (*cretio certarum dierum*); (2) “cernitoque in diebus centum proximis quibus scierit poterique” (*cretio vulgaris*). Cuando el tiempo fijado por el testador parecía excesivamente largo, los acreedores podían acudir ante el pretor en solicitud de una reducción del mismo. Si el testador no había ordenado la *cretio*, los acreedores podían obtener la fijación de un *spatium deliberandi* mediante el procedimiento expuesto anteriormente (§ 500).

El testador puede instituir un *filius familias* que no esté bajo su potestad o un esclavo que no le pertenezca. Solamente el hijo o el esclavo pueden adquirir la herencia, pero el patrimonio heredado, ingresa en el patrimonio del *pater familias* o en el del dueño del esclavo, respondiendo ambos, *pater* o dueño, de las deudas del testador. Por esta razón el hijo y el esclavo podían aceptar

507. *Spatium deliberandi*.

508. Adquisición por un *filius familias* o por un esclavo.

cuando lo ordenaba (*iussum*) el *pater familias* o el dueño respectivos. Si la herencia era adquirida por el hijo o el esclavo, la posición jurídica del *pater familias* o del dueño de éstos, fué la propia de un *heres* y los juristas no tuvieron escrúpulo alguno en considerarlos como herederos.

Las consecuencias que derivan de este principio son las siguientes:

1. Un hijo *in potestate* era instituído; más tarde emancipado. El hijo podía adquirir la herencia para sí.

2. Un esclavo era instituído y más tarde manumitido. Podía igualmente el esclavo adquirir la herencia para sí.

3. Un esclavo de A era instituído y posteriormente enajenado a B. El esclavo podía adquirir la herencia únicamente mediando el *iussum* de B.

4. Si el hijo *in potestate* o el esclavo morían sin aceptar la herencia, el *pater familias* o el dueño no podían aceptarla. Una excepción singular a esta regla, atribuída al Emperador Antonino Pío, es sospechosa (D. 29.2.30 pr., 86 pr. con *Index Interp.*).

509. *Incapacitas*
ex l. *Iulia* et
Papia.

La deficiente legislación augustea inspirada en motivos demográficos (*lex Iulia et Papia Poppeae*; supra, § 182), limitó la capacidad de aceptar una herencia ordenada en un testamento. Las personas no casadas (*caelibes*) y aquellas que carecían de hijos o tenían pocos (*orbi*) podían ser válidamente instituídas, pero (salvo excepciones), fueron incapaces para adquirir efectivamente la herencia que les fué deferida. Estas normas complicadas y artificiosas son deficientemente conocidas. Las fuentes utilizables están reclamando un nuevo examen crítico. Baste por ahora la mera alusión a dichas normas.

F U E N T E S

- § 501. Vide D. (28.7) 12.
- § 502. Vide Gayo, 2.152-4.
- § 503. Vide Gayo, 2.161-2.
- § 506. Vide Gayo, 2.164-8; *Epit. Ulp.* 22.33.34.
- § 507. Vide Gayo, 2.170-3.
- § 508. Vide Gayo, 2.87.189.

B I B L I O G R A F Í A

- §§ 501 y s. Vide referencias supra, §§ 488 y s. Bibliografía.
- § 501. Siber, *Röm. Privatrecht* (1928), 402, núm. 3; Bachofen, *Ausgewählte Lehren des röm. Civilrechts* (1848), 366 y s.; Biondi en *Acta divi Augusti*, I (1945), 193. Sobre *institutio "si volet"*, vide Solazzi, l.c. II, 15.
- § 506. Vide referencias supra, § 497, Bibliografía. Especialmente sobre la *cretio* ordenada en testamento, vide Beseler, Z. XLIII (1922), 536; XLVII

(1927), 62; *St. Riccobono*, I (1936), 301 y s.; Solazzi, *Diritto ereditario*, II, 135 y s. Lenel, "Zur Geschichte der heredis institutio", *Essays in Legal History*, ed. P. Vinogradoff (1913), 123 y s. Para los documentos concernientes a la *cretio*, vide FIRA., III, núms. 60, 61, con referencias; Taubenschlag, *Law of Greco-Roman Egypt* (1944), 160 y s.

§ 508. Solazzi, l.c. II, 84 y s.

§ 509. Bonfante, *Corso*, VI (1930), 281 y s.; Biondi, l.c. 181 y s.; *Successione testamentaria* (1943) = *Trattato di dir. Rom.*, ed. Albertario, vol. X, páginas 133 y siguientes.

4. «HEREDITAS IACENS»

Según lo dicho anteriormente, el heredero legal (en el caso de sucesión intestada) o testamentario (en el caso de sucesión testada), no siempre sucede inmediatamente al morir el *de cuius*. En el intervalo entre la muerte del *de cuius* y la adquisición de la herencia, el patrimonio hereditario es llamado por los autores modernos *hereditas iacens*. Este término no aparece en los escritos clásicos, pero las expresiones *hereditas iacet* y *bona iacent* son clásicas.

510. Concepto y terminología.

La situación jurídica de la *hereditas iacens*, fué tema de discusión para los juristas clásicos, pero no se consiguió elaborar una teoría comprensiva y amplia y los juristas se limitaron, como era en ellos usual, al estudio de los casos concretos. Los textos utilizables (los que tenemos son debidos a Justiniano), son insuficientes y están muy interpolados. Solamente las grandes líneas de la concepción clásica son discernibles.

Para un jurista continental moderno la cuestión no ofrece dificultades. Una *hereditas iacens*, es un patrimonio que todavía no tiene dueño. Un *servus hereditarius* es un esclavo *in potestate*, pero actualmente sin *dominus*. Una cosa perteneciente a la herencia, está *in dominio* pero no tiene *dominus*. Las deudas del *de cuius* subsisten, pero sin deudor. Los conceptos "dominio sin dueño", "potestas sin *dominus*", "deudas sin deudor no pugnan con la lógica, antes bien son indispensables como medio para realizar un análisis claro y objetivo de la *hereditas iacens*, aun cuando pareciesen a la jurisprudencia republicana, excesivamente artificiosos. Los juristas republicanos, consideraron la *hereditas iacens* como una *res nullius*, semejante, por tanto, a un animal salvaje que no ha sido aún capturado. Ciertamente que la herencia no podía ser apropiada como podían serlo los animales selváticos, por cualquiera, pero no obstante esta particularidad, las *res hereditariae*, lo mismo que los mencionados animales, fueron considerados, *hereditate iacente, res extra dominium* y no meras cosas

511. Derecho republicano.

in dominio sin dueño. Cuando el heredero adquiría la herencia, adquiría la propiedad, pero su adquisición no se retrotraía al momento de la muerte del *de cuius*. La consecuencia inevitable de ello, fué que cuando una cosa perteneciente al patrimonio hereditario era sustraída *hereditate iacente*, no se podía ejercitar una *actio furti*.

512. Derecho clásico.

Los juristas clásicos intentaron remediar el primitivismo de este Derecho. Casio sugirió que la adquisición de la herencia, debía retrotraerse al momento de la muerte del *de cuius*, pero su sugerencia no tuvo éxito. La doctrina clásica dominante, reconoció en esencia la existencia de derechos sin titular y de deudas sin deudor. Por la proverbial aversión de los clásicos a generalizar, no llegaron éstos a establecer con un alcance amplio y comprensivo, tales conceptos. Si se cometía un delito en una cosa hereditaria, *hereditate iacente*, los mencionados juristas otorgaban una acción al heredero después de haber éste adquirido la herencia. No se dan en los juristas a que nos referimos, distinciones técnicas, pero la ausencia de estas distinciones es lo de menos. Cuando un esclavo perteneciente al patrimonio sufría muerte o lesiones causadas por otro, *hereditate iacente*, Celso otorgaba una *actio legis Aquiliae* al heredero (sin duda una *actio utilis*). El mencionado jurisconsulto pudo admitir esta posibilidad solamente, sobre el supuesto de que el esclavo se hallaba, *hereditate iacente, in dominio*, aunque sin dueño. Del mismo modo otras acciones *ex delicto* fueron otorgadas al heredero. Con respecto a la *actio furti*, los juristas clásicos no mantuvieron la norma republicana, ya que precisamente de la carencia en tal supuesto de una *actio furti*, dependía nada menos que la institución de la *usucapio pro herede*, la cual será estudiada más adelante (infra, § 628). Los juristas pudieron restringir el alcance de la antigua norma; pudieron crear un nuevo delito (*crimen expilatae hereditatis*), pero no pudieron conceder una *actio furti* sin destruir al mismo tiempo la base sobre que se cimentaba la *usucapio pro herede*. El esclavo perteneciente a la herencia podía adquirir mediante *stipulatio, mancipatio* o *traditio, hereditate iacente*, y la adquisición efectuada revertía en el patrimonio hereditario (*hereditati adquiritur*), esto es, venía a ser el destino de estas adquisiciones el mismo que el del patrimonio hereditario. Esto implicaba que el esclavo, *hereditate iacente*, se hallaba *in potestate* y que la *potestas* era de la herencia misma, hallándose todo el patrimonio hereditario *sine domino*. El *servus hereditarius* puede ser instituído por un testador que no sea su antiguo dueño, si éste a su vez podía haber sido instituído legalmente. En este caso, las fuentes utilizan

el argumento que expresa la frase, *hereditas defuncti locum optinet* o *hereditas personae defuncti vice fungitur*. La significación de estas obscuras fórmulas es, probablemente, ésta: “la *successio* (*hereditas* = *successio*, vide supra, § 375) actúa en lugar del difunto” o, con otras palabras, el patrimonio hereditario se halla sometido al derecho de sucesión y este derecho mantiene el poder sobre el esclavo aunque este poder no se halla actualmente incorporado a un *dominus*. Sea de ello lo que fuere, la decisión clásica se basa en la situación del esclavo *in potestate* durante el intervalo crítico.

En la época post-clásica la *hereditas iacens* fué considerada como una persona jurídica. Esta absurda idea llenó los textos clásicos, valiéndose para ello de las consabidas interpolaciones. Nadie actualmente lo discute.

513. Derecho post-clásico.

FUENTES

§§ 510 y s. Vide D. (47.2) 69 (con Jolowicz, *Digest* 47, 2 de *furtis*, página 108); (9.2) 13.2 [*dominus... habebitur*]; «*utili actione*» *experiri*; (43.24) 13.5 [*accedit... admissum*]; *Inst. Iust.* (3.17) pr.; (41.1) 33.2 [*per traditionem*] «*mancipio*», [*cuius... opinantis*]; (45.3) 28.4 (con Beseler, *Beiträge*, V. 80); (28.5) 31.1 [*dominam esse*]; (28.5) 53 y 65; (30) 116. 3.

BIBLIOGRAFÍA

§ 510. Sobre terminología, vide *Voc. Jur. Rom.* III, 283.11-13.

§§ 511 y s. Windscheid, *Pand.* III (1906), § 531, con referencias; Scaduto, “Contributo esegetico alla dottrina romana dell’eredità giacente”, *Annali Palermo*, VIII (1921), I y s. Vide además sobre los textos más importantes discutidos por Scaduto, *Index Interp.* con referencias.

5. ADQUISICIÓN DE LA «BONORUM POSSESSIO»

Todo el que desee adquirir la *bonorum possessio* debe comparecer para solicitarla, ante el pretor o el gobernador de provincias, los cuales la otorgarán al solicitante mediante la emanación del oportuno decreto. Toda *bonorum possessio* clásica es, por tanto, una *bonorum possessio decretalis* (supra, § 378).

514. La *bonorum possessio* clásica es siempre *decretalis*.

Antes de emanar este Decreto, el Magistrado podía discrecionalmente practicar una *causae cognitio*, pero en el siglo segundo después de J.C., la concesión de esta especie de *bonorum possessio* antes examinada (dejando por ahora aparte otras clases), se había convertido en una práctica rutinaria que prescindía de la *causae cognitio* o, cuando menos, de una *causae cognitio* practi-

515. Detalles.

cada con seriedad. Esta circunstancia permitió que se pudieran dar varias *bonorum possessiones* sobre un mismo patrimonio. Supongamos que A comparece ante el pretor y reclama y obtiene una *bonorum possessio ab intestato* (supra, §§ 404 y s.). Algunos días más tarde B comparece igualmente, exhibiendo un testamento y obteniendo la *bonorum possessio secundum tabulas* (supra, párrafo 436). Finalmente, C se presenta también ante el magistrado y reclama y recibe una *bonorum possessio contra tabulas* (supra, § 468). El orden de precedencia de estas tres *bonorum possessiones* es claro, pues aparece establecido en el Edicto: (1) *bonorum possessio contra tabulas*; (2) *bonorum possessio secundum tabulas*; (3) *bonorum possessio ab intestato*. Sin embargo la situación que crea la concurrencia de estas tres *bonorum possessiones* no es, ni mucho menos, sencilla. Además, la *bonorum possessio* puede ser reclamada, recibida y posteriormente la *bonorum possessio* ya obtenida ser ineficaz o convertirse en una *bonorum possessio* de otro carácter. Supongamos que el *de cuius* tenía dos hijos emancipados, A y B y que instituía a A en una cuarta parte y a su amigo F en tres cuartas partes de la herencia, pretiriendo al hijo emancipado B. Éste puede reclamar la *bonorum possessio contra tabulas* por una mitad de la herencia y si la reclama A recibirá, en concepto de *bonorum possessio contra tabulas*, una mitad también (*commissio per alium edicto*) (supra, § 469). Supongamos ahora que A reclamaba una *bonorum possessio contra tabulas* por una mitad, confiando en que B hiciera lo mismo. B no reclama en tiempo la *bonorum possessio contra tabulas*; en este caso, la *bonorum possessio contra tabulas* que A había obtenido se convierte ahora en una *bonorum possessio secundum tabulas* por una cuarta parte. Ésta es, por lo menos, la conclusión autorizada por nuestras fuentes. No podemos ocuparnos de este y otros intrincados detalles, máxime si se tiene en cuenta que nuestros textos están muy interpolados y no han sido hasta la fecha sometidos a depuración.

516. Derecho post-clásico.

En la época post-clásica todos estos géneros de *bonorum possessio* de que nos hemos ocupado anteriormente, eran adquiridos mediante una declaración hecha ante una autoridad, exigiéndose sólo en ciertos supuestos la emanación de un decreto por parte de ésta. Por ello se distinguieron en esta época la *bonorum possessio edictalis* y la *decretalis*. Ya hemos indicado antes que esta distinción fué completamente extraña a los juristas clásicos (supra, § 378).

La cuestión toda, está exigiendo imperiosamente una revisión crítica.

F U E N T E S

Vide D. (37.4) 10.6; (37.5) 14 pr.; (37.5) 15.1.

B I B L I O G R A F Í A

Solazzi, AG. C (1928), 17 y s.; La Pira, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento* (1930), *passim*; H. Krüger, "Erwerb und Ausschlagung der bonorum possessio durch das Hauskind, den pupillus und den furiosus", Z, LXIV (1944), 394 y s. Para el resto, vide la bibliografía correspondiente a los §§ 377 y s.

CAPÍTULO VI

EL HEREDERO DESPUÉS DE LA ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA

1. INTRODUCCIÓN

517. Ojeada de conjunto.

El objeto del presente capítulo es fijar la posición jurídica de un heredero o de una pluralidad de herederos después de haber tenido lugar la adquisición de la herencia, tal como ha sido descrita en el precedente capítulo. Tres son las principales cuestiones que debemos considerar:

1. El heredero y el patrimonio heredado, esto es, los derechos en los cuales sucede el heredero.
2. El derecho y las deudas en las cuales el heredero sucede.
3. La protección jurídica del heredero, es decir, las acciones por el mismo utilizables.

Debemos consignar antes unas observaciones sobre la doctrina referente al acrecimiento (*ius adcrescendi*) ya que no puede hallarse otro lugar más adecuado dentro del sistema (Windscheid, *Pand.* III, 603, núm. 6).

Heres y *bonorum possessor* serán tratados conjuntamente.

2. «IUS ADCRESCENDI»

518. *Hereditas ab intestato.*

Comencemos nuestro estudio con la exposición de este sencillo caso: El *de cuius* muere sin haber otorgado testamento, teniendo lugar, por tanto, la sucesión intestada. Como carece de *sui*, la herencia es deferida al *proximus adgnatus* (supra, § 389). Hay dos agnados del mismo grado, A y B, cada uno con derecho a la mitad de la herencia. Supongamos ahora que A acepta la parte que le corresponde y que transcurrido cierto tiempo B renuncia a su parte. Con la renuncia de B, la parte de éste “acrece” a la parte de A, así que éste se convierte en heredero universal. La adquisición de la parte de B se realiza automáticamente y aunque el *proximus adgnatus* adquiera la herencia solamente mediante *cretio*

o *pro herede gestio* (supra, § 492), no se requiere una *aditio* ulterior y especial para la porción que acrece. La idea romana era que toda la herencia es deferida *in solidum* a A y B, y que la aceptación de A se refiere a todo el patrimonio hereditario; *partes concursu fiunt*. Por esta razón, si B rehusa su parte, ya no produce *concursum*. La *delatio* de la herencia a A y la *aditio* de éste, despliegan ahora toda su eficacia y no se requiere una *delatio* y una *aditio* especiales en orden a la porción que acrece. Incluso si A hubiese ya muerto al tiempo en que B hacía su renuncia, el acrecimiento tendría lugar sin embargo y la parte de B correspondería al heredero de A. Si B no rehusa su parte pero muere sin haberla aceptado, el efecto producido sería el mismo (supra, § 494) y su parte acrecería inevitable y automáticamente a la parte de A.

Supongamos que ninguno de los agnados hayá adquirido la herencia cuando B rehusa su parte o muere. En este caso la parte de B, acrece a la porción de A, el cual podía ahora aceptar todo o nada.

El mismo principio se aplica a la *bonorum possessio ab intestato*.

519. *Bonorum possessio ab intestato*.

Supongamos que el *de cuius* tenía un hijo emancipado A y dos nietos emancipados C y D, hijos de un hijo B que había premuerto al *de cuius*. A y C comparecen solicitando la *bonorum possessio unde liberi*, y D no formula reclamación alguna. La parte de D, acrece en tal supuesto a la de C y no a la de A, conforme al principio que regula la distribución dentro de la clase *unde liberi* (supra, § 407).

Finalmente el acrecimiento tiene lugar también en la sucesión testamentaria, pero en ésta — como en el caso de la *bonorum possessio unde liberi* a que nos hemos referido antes — el acrecimiento se produce dentro de un grupo más reducido de herederos. Por ejemplo: El testador instituye a A en una mitad, y a B y C en la otra mitad de la herencia. Si B rehusa su parte (un cuarto) o si muere sin haberla aceptado, su porción acrece a C y no a A. Ello era tema de interpretación testamentaria, pero los juristas clásicos, se atuvieron al texto del testamento y si el testador había instituído en él una pluralidad de herederos en una misma porción (como en el ejemplo anterior), el acrecimiento se limitaba a los herederos “unidos” (*re coniuncti*), mientras que en otros casos se producía un acrecimiento general entre todos los coherederos. Las decisiones clásicas proporcionan suficiente información en cuanto a los métodos interpretativos del testamento y deben estudiarse con singular atención, tanto más cuanto que los textos utilizables se hallan en buen estado.

520. Sucesión testamentaria.

521. *Lex Papia*.

La *lex Papia* restringió considerablemente el acrecimiento en el caso de sucesión testamentaria. En principio, la cuota (*pars caduca*) acrecía a las personas privilegiadas mencionadas en el testamento y, en defecto de éstas, era adquirida por el *aerarium populi Romani* y más tarde por el *fiscus*. El *ius antiquum* se mantuvo tan sólo en favor de los descendientes y ascendientes del testador hasta el tercer grado.

FUENTES

§ 518. Vide *Epit. Ulp.* 26.5; D. (38.16) 9.

§ 519. Vide. D. (37.4) 12 pr.

§ 520. Vide D. (50.16) 142; (32) 80; (28.5) 67; (28.5) 17.1; (28.5) 15 pr.; (28.5) 60.3; (28.5) 64 [*hoc enihils*]; [*non ad... separatis*].

BIBLIOGRAFÍA

§§ 518-20. Windscheid, *Pand.* III (1906), 603, 604; Bonfante, *Corso*, VI (1930), 253 y s.; Vaccaro-Delogu, *L'Accrescimento nel diritto ereditario romano* (1941, no utilizable; vide Guarino, *SD.*, IX (1943), 301 y s.

§ 521. Windscheid, 604, núm. 1, con referencias.

3. EL HEREDERO Y EL PATRIMONIO HEREDADO

522. *Heres universalis*.

Si en un caso concreto, el *heres* único, adquiría todo el patrimonio, la situación jurídica creada era sencilla. *Heres succedit in locum defuncti* (supra, § 367), esto es, los derechos del *de cuius* se transmiten al *heres* en tanto no se extingan por la muerte del *de cuius* (supra, § 358). Si el *de cuius* era dueño *ex iure Quiritium*, el dominio se transmite ahora al *heres* y si el *defunctus* fué acreedor, el derecho obligacional, pasa también a la persona del *heres*. Si una cosa perteneciente a la herencia se hallaba en poder de otra persona, el heredero podía dirigirse contra ésta mediante la fórmula "Si paret rem Auli Agerii (debe insertarse el nombre del heredero) esse, etc." (supra, § 58). Del mismo modo, puede el heredero, demandar a un deudor del *de cuius*, utilizando al efecto la *actio certae creditae pecuniae* "Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio centum dare oportere, etc." (supra, § 30).

523. *Bonorum possessor universalis*.

El *bonorum possessor* no fué un *successor iuris civilis*. Tomemos el siguiente ejemplo: A, *de cuius* que muere intestado, tiene un hijo emancipado que recibe la *bonorum possessio unde liberi*. En tal caso, el hijo no pasaba a ser dueño del patrimonio, *ex iure Quiritium*; aun cuando tuviese este patrimonio en su posesión, la herencia *iure civili* era, no obstante, *hereditas iacens* (supra, pá-

rrafo 510). Consiguientemente, en el supuesto de que un predio de la herencia, se hallase en posesión de otra persona, el *bonorum possessor* no podía demandar a ésta con la *rei vindicatio*, pero el pretor le otorgaba en tal caso una *rei vindicatio utilis* con una fórmula ficticia (*ficto eo herede*), la cual fué ya estudiada en lugar oportuno (§ 49). El *bonorum possessor* puede adquirir posteriormente, mediante usucapio, el *dominium ex iure Quiritium*, pero en tanto esto no ocurría, solamente contaba con la protección del pretor. Así pues, el *bonorum possessor*, no podía enajenar dicho predio por *mancipatio*, sino transmitir solamente su propiedad pretoria, esto es, una posesión que gozaba de la protección del pretor. Tampoco el *bonorum possessor* podía dirigirse contra un deudor hereditario, utilizando las fórmulas usuales en este caso. Necesitaba también de *actiones ficticiae*. Desde un punto de vista técnico, *heres* y *bonorum possessor*, difieren esencialmente entre sí y por esta razón, considerar al *bonorum possessor* como *successor*, puede suscitar reparos. Con todo, en la práctica, las diferencias existentes entre uno y otro, no eran sentidas vivamente. Estos tecnicismos interesan a los juristas y escribas que se ocupaban de estas materias. Por otra parte en la *extraordinaria cognitio* (en las provincias no existía ya el procedimiento formulario; supra, § 20), este contraste no era tan manifiesto como en el procedimiento ordinario.

En ocasiones, el derecho del *heres* entra en conflicto con el del *bonorum possessor*. Debemos considerar en este caso si la *bonorum possessio* es *cum re* o *sine re*. El *bonorum possessor cum re* se halla protegido por el pretor frente al *heres*, en cambio el *bonorum possessor sine re* carece frente al heredero de dicha protección (supra, § 378).

524. Conflicto entre *heres* y *bonorum possessor*.

Consideremos ahora el siguiente caso de una *bonorum possessio cum re*. El *de cuius* muere intestado, dejando solamente un hijo emancipado y un hermano agnaticio (del *de cuius*) B. A recibe la *bonorum possessio unde liberi*, y B, que era el único heredero *iure civili* acepta la herencia mediante *cretio*. Sólo B es dueño *iure civili* del patrimonio, pero la *bonorum possessio* de A es *cum re*, y, por tanto, A puede reclamar de B la herencia. En cambio B no puede reclamar ésta de A, porque le son denegadas por el pretor las correspondientes acciones hereditarias.

Cuando una pluralidad de *heredes* ha adquirido un patrimonio, por ejemplo A en un tercio y B en dos tercios, los derechos pertenecientes al patrimonio heredado se transmiten a los herederos, en proporción a sus respectivas cuotas. Si un predio del caudal hereditario es heredado por A y B, éstos son, en tal caso, copro-

525. *Coheredes*.

pietarios del predio. En este supuesto es la propiedad y no el terreno, lo que se divide, así que A tiene un tercio y B dos tercios del *dominium*. Un *servus hereditarius* tiene en este mismo caso, dos dueños y a A corresponde un tercio y a B dos tercios de la *potestas*. De acuerdo con la tendencia liberal característica del romano (supra, § 363), cada coheredero, podía disponer de su parte en las cosas hereditarias sin el consentimiento de los demás, pero de todas las cosas, sólo todos los herederos conjuntamente podían disponer. Además cada coheredero podía pedir la división de la herencia en cualquier tiempo. Esta división tenía lugar por acuerdo de los coherederos o, si esto no era posible, por el juez en el *iudicium familiae erciscundae*, al cual nos referiremos posteriormente (infra, § 538). Hubo, sin embargo, sólo una excepción a estas reglas. De acuerdo con la vieja máxima republicana *nomina ipso iure divisa sunt* (*nomen* = “asiento en el libro mayor del acreedor”, “deuda”, “obligación”), los créditos divisibles, eran automáticamente divididos. Supongamos que el *de cuius* ha hecho un préstamo de 90 a determinada persona. En el ejemplo anterior el prestatario deberá 30 a A y 60 a B.

El antiguo *consortium* republicano entre coherederos, mencionado por Gayo 3.154a no debe ser estudiado en esta obra porque no existió ya en la época clásica.

526. *Bonorum possessores; bonorum possessor y heres.*

Si había una pluralidad de *bonorum possessores* se aplicaban normas muy semejantes a las anteriormente expuestas. No eran aquéllos, desde luego, copropietarios, pero el pretor los trataba como si en realidad lo fuesen. La norma *nomina ipso iure divisa sunt* se aplicaba igualmente a este caso. Cada poseedor podía exigir del deudor su parte, *ficto se herede*. Algunas veces el *bonorum possessor* entraba en colisión con un *heres* y, en tal caso, la relación jurídica resultaba un tanto complicada.

Supongamos que un padre tiene dos hijos, A *in potestate*, y B emancipado. El padre muere intestado. A es heredero universal *iure civili*. A y B pueden solicitar la *bonorum possessio unde liberi*, cada uno por una mitad. A no la solicita y B obtiene la *bonorum possessio*. De este modo B queda *bonorum possessor* de todo el patrimonio, pero su *bonorum possessio* es *cum re* solamente por una mitad. *Iure civili* no había copropiedad, pero el pretor trataba a A y B como si fuesen en realidad copropietarios. (Prescindamos ahora del *interdictum quorum bonorum*; infra, § 537.)

F U E N T E S

§ 522. Vide D. (50.17) 59.

§ 523. Vide Gayo, 4.34.

§ 525. Vide XII Tab., V. 9 (FIRA, I, pág. 41).

BIBLIOGRAFÍA

§ 523. Lenel, *Edict.* (1927), 183.

§ 525. Sobre la máxima *nomina ipso iure divisa sunt*, vide Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen* (1912), 5 y Studi Riccobono, I (1936), 609 y s. Para más bibliografía, vide supra, 86, 87, Bibliografía. Sobre *consortium*, vide FIRA, I, pág. 42, con referencias; Frezza, *Rivista di Filologia*, LXII (1934), 27 y s.; Maschi, *Disertiones* (1935).

4. EL HEREDERO Y LAS DEUDAS DEL «DE CUIUS»

El *heres* que adquiría el patrimonio hereditario, respondía por las deudas del difunto sin que esta responsabilidad se limitase a la cuantía de los bienes heredados. Sucedió *in locum defuncti* y por esta razón su responsabilidad por débitos de la herencia, se extendía *ultra vires hereditatis*, sin que en esta época pudiera utilizarse recurso alguno para circunscribir la responsabilidad del heredero al valor de los bienes hereditarios. Ya hemos hecho alusión a este rígido principio romano y, por consiguiente, hemos de referirnos ahora a nuestras anteriores observaciones al respecto (supra, §§ 371 y s.).

Un *suus*, al adquirir automáticamente el patrimonio hereditario (vide supra, § 488), podía utilizar el llamado *beneficium abstinendi* (supra, § 490) para liberarse de las deudas hereditarias. El *heres voluntarius* que adquiría la herencia en virtud de un acto jurídico (*cretio* o *pro herede gestio*; supra, § 492), podía valerse de la *in integrum restitutio*, si después de la *aditio* advertía la insuficiencia del patrimonio heredado para cubrir los débitos del causante. Si era *minor XXV annis*, podía utilizar ordinariamente la *in integrum restitutio* (supra, § 329), pero si era *maior XXV annis* esta *restitutio* le era otorgada excepcionalmente y sólo por decreto imperial.

Hubo un caso en que el Derecho clásico consideró justo atenuar esta responsabilidad y fué el caso del *heres necessarius*. Ya hemos advertido anteriormente (supra, § 502), que el testador podía manumitir a un esclavo suyo en testamento e instituirle heredero. El liberto adquiría automáticamente la herencia y no disponía como los *sui* de un *beneficium abstinendi* (supra, § 502). En Derecho clásico, el liberto tenía el derecho de separar el patrimonio por el adquirido después de la muerte de su patrono, del patrimonio hereditario, poniendo así aquél, a cubierto de la acción de los acreedores hereditarios. Los autores modernos apellidan este derecho *beneficium separationis* del *heres necessarius*, aunque esta

527. Responsabilidad *ultra vires hereditatis*.

528. *Beneficium abstinendi. In integrum restitutio.*

529. *Beneficium separationis heredis necessarii.*

denominación no es clásica y produce confusión. Las fuentes utilizables en relación con este *beneficium*, son muy escasas, pero entre ellas, descuella un pasaje de la *Instituta* de Gayo (2.155). Dice Gayo que lo que el liberto adquiriría con posterioridad a la muerte del patrono, era “reservado” al liberto (*ipsi reserventur*) y los acreedores hereditarios, no podían venderlo al proceder a la venta de los bienes hereditarios. ¿Qué significa esto? Este *beneficium* ha sido objeto de profundo estudio por parte de los autores modernos, pero éstos no han tenido en cuenta el hecho de que en el sistema jurídico clásico, se daba la ejecución en la persona (supra, § 43). El liberto era el deudor de los acreedores hereditarios, y si éstos no podían obtener el pago completo de sus créditos por la venta de los bienes hereditarios y si, por otra parte, no podían dirigir su acción contra el patrimonio adquirido por el liberto después de la muerte del patrono, todavía restaba a los mencionados acreedores la posibilidad de recurrir a la ejecución en la persona del liberto. Esto no es imposible, pero sí muy improbable, pues si tal fué el Derecho vigente en esta época, el *beneficium* que ahora nos ocupa habría sido de muy escasa utilidad para el liberto, ya que éste habría gustoso abandonado sus propios bienes a los acreedores, para evitar de este modo, que éstos recurriesen a la ejecución en la persona del liberto. Creemos que el *beneficium* implica algo más que una mera separación de los patrimonios del liberto y hereditario, y que el liberto se hallaba libre del riesgo de una ejecución en su persona por las deudas hereditarias. Sobre la historia de este *beneficium* nada sabemos. La *lex Iulia de cessione bonorum* pudo haber estatuido expresamente que el liberto eludiría la ejecución en su persona, abandonando el patrimonio hereditario a los acreedores hereditarios (una especie de *cessio bonorum*). O bien el pretor pudo haberle otorgado una especie de *beneficium competentiae* (infra, § 793), limitando su responsabilidad *in quantum facere potest ex hereditate*. Se dan pues ambas posibilidades, sin que podamos determinar cuál de ellas fué la realmente escogida. Sea lo que fuere, el clasicismo del *beneficium* no puede ser ya puesto en duda, y en la historia del Derecho romano privado, constituye el primer ejemplo de una responsabilidad *cum viribus hereditatis* altamente interesante.

530. Rescripto de Gordiano. *Beneficium inventarii* de Justiniano.

Un paso más dió el Emperador Gordiano al limitar la responsabilidad de los soldados a la cuantía del patrimonio hereditario.

Fuera de estos dos casos la antigua y dura responsabilidad del *heres* (*ultra vires hereditatis*) subsistió inalterada y fué Justiniano quien en el año 531 después de J.C. facultó al heredero.

mediante el *beneficium inventarii*, para convertir su responsabilidad ilimitada, en una responsabilidad *cum viribus* o *pro viribus hereditatis* (las palabras de la constitución de Justiniano, C. 6.30.22, son ambiguas).

Cuando había una pluralidad de herederos, la regla *nomina ipso iure divisa sunt* (supra, § 525) era igualmente aplicada. Si A era heredero por una tercera parte y B por las dos terceras partes restantes y el *de cuius* debía a C, 90, A como heredero debería 30 a C y B, por la misma razón, debería a C 60. Si la deuda era indivisible cada uno de los herederos debería el total (*in solidum*; vide infra, § 827).

El *bonorum possessor* respondía por las deudas lo mismo que el *heres* y los acreedores podían demandarle *ficto eo herede*.

Con la adquisición de la herencia el patrimonio hereditario queda absorbido en el patrimonio propio del heredero. Éste tiene, por efecto de tal absorción, un solo patrimonio (Windscheid, *Pand.* III, 605 núm. 6), el cual comprende la herencia y el patrimonio que el heredero poseía antes de adquirir el caudal hereditario. Además, los acreedores del *de cuius*, son ahora acreedores del heredero en los mismos términos que los acreedores propios de éste. Ambos grupos de acreedores pueden ejecutar al deudor, tanto en los bienes propios de éste, como en los hereditarios. El Edicto contenía una rúbrica titulada *De separationibus* (Lenel, *Edict.* 223). El texto del Edicto no nos ha sido conservado, pero indudablemente, el pretor otorgó a los acreedores hereditarios, un derecho a separar el caudal heredado, de los bienes propios del heredero. El caudal hereditario quedaba reservado de esta suerte exclusivamente a los acreedores hereditarios y los acreedores del heredero quedaban excluidos de él mientras los acreedores hereditarios no hubiesen conseguido satisfacción completa de sus créditos. Por otra parte, los acreedores hereditarios quedaban definitivamente excluidos en orden al patrimonio propio del heredero, que éste no hubiese adquirido por herencia. El llamado *beneficium separationis creditorum* era pues utilizable únicamente por los acreedores hereditarios, y no lo era en cambio, por los acreedores propios del heredero.

Las fuentes utilizables para el estudio de este *beneficium* son escasas y poco fidedignas. En tales circunstancias, la tarea de desentrañar el Derecho clásico es poco prometedor mientras no se descubran nuevas fuentes. El *beneficium separationis* de esta época constituye un verdadero problema. ¿Cuál fué en realidad la *ratio* que lo inspiró? Se ha dicho que “el patrimonio hereditario se halla gravado con las deudas del *de cuius*, esto es, que está

531. Pluralidad de herederos.

532. *Bonorum possessor*.

533. *Beneficium separationis creditorum*.

adscrito a sus acreedores y es por tanto justo, que se reserve a éstos con preferencia a aquellos otros que lo son del heredero. Pero los acreedores del heredero, podrían decir igualmente que “los bienes del heredero poseídos por éste antes de adquirir la herencia, se hallan también gravados en favor de los acreedores del heredero y que, por tanto, los acreedores hereditarios no deben tener acceso a tales bienes mientras los acreedores propios del heredero no hayan conseguido el pago cumplido de sus créditos”. Se ha dicho en un texto espurio, que los acreedores propios del heredero, no tienen derecho a quejarse de la concurrencia de los acreedores hereditarios, puesto que todo deudor puede hacer peor la condición de sus acreedores contrayendo nuevas deudas. Sin embargo es éste, un argumento poco convincente a pesar de haber causado indudable impresión en las mentes de los autores y legisladores modernos. En conclusión, no resulta claramente discernible el fundamento de este beneficio y menos aún resultan los detalles concernientes al mismo. En todo caso el historiador debe prudentemente resignarse a decir que *non liquet*.

F U E N T E S

- § 528. Vide D. (4.4) 11. 5 con Beseler, *St. Riccobono*, I, 306; Gayo, 2.163.
- § 529. Vide Gayo, 2.155 hasta *venient*.
- § 530. Vide C. (6.30) 22 pr.; cf. *Inst. Iust.* (2.19) 6.
- § 533. Vide D. (42.6) 1 pr.-2 (completamente espurio); (42.6) 1.5 (espurio); (42.6) 1.17 (desde *cuius rei ratio* espurio).

B I B L I O G R A F Í A

- § 528. Solazzi, *Diritto ereditario romano*, II (1933), 265 y s.
- § 529. Solazzi, l.c. 252 y s.; Guarino, “Il beneficium separationis dell’heres necessarius”, Z., LX (1940), 185 y s.; Beseler, *Scritti Ferrini*, III (1948), 272.
- § 530. Solazzi, l.c. 275, 283 y s.; Windscheid, *Pand.* III (1906), § 606.
- § 531. Sobre *nomina ipso iure divisa sunt*, vide supra, § 525, Bibliografía.
- § 533. Windscheid, *Pand.* III, § 607; Lenel, *Edict.* (1927), § 2.230; Baviera, *Il commodum separationis nel diritto romano* (1901); Ferrini, *Scritti*, IV (1930), 67-192; Solazzi, *Bull.* XI (1898), 248 y s., XIII (1901), 247 y s.; Tumedei, *La separazione dei beni ereditari* (1917). Vide, además, el Código Civil Alemán, § 1.981; *Code civ.* 878, 881 con Planiol-Ripert, *Traité élémentaire de droit civ.* III (1946), § 2.635.

5. PROTECCIÓN JURÍDICA DEL HEREDERO

534. Ojeada de conjunto.

Un *heres* dispone de las acciones usuales para proteger todo derecho perteneciente a la herencia. Si, por ejemplo, un esclavo

del *de cuius* no estaba en posesión del *heres*, éste puede utilizar contra el poseedor actual la *rei vindicatio* ordinaria; si el sucesor era un *bonorum possessor*, utilizaría en el mismo caso, una *rei vindicatio utilis ficto eo herede*. Las acciones de este género no requieren ulterior estudio (*supra*, § 523). Existieron defensas, sin embargo, de las que habremos de ocuparnos en esta parte: (1) la *hereditatis petitio* del *heres*; (2) el *interdictum quorum bonorum* en favor del *bonorum possessor*; (3) la *actio familiae erciscundae* para disolver la comunidad de los coherederos.

I. *Hereditatis petitio*

Esta acción es ejercitable cuando un patrimonio hereditario (o alguna cosa perteneciente a la herencia), se hallaba en posesión de una persona que negaba al actor su condición de heredero. Supongamos que P se hallaba en posesión de una parcela de tierra que H le reclamaba. H alega *in iure* (ante el pretor; *supra*, § 17) que la tierra había pertenecido a A y que él (H) era el *heres* de A. P negaba al actor su condición de heredero, oponiendo que era él mismo (P), el verdadero heredero de A, o simplemente se limitaba a negar la condición de heredero de H sin que pretendiese al mismo tiempo ser heredero de A. En tal caso H puede demandar a P con la *hereditatis petitio*. La fórmula era, probablemente, ésta:

535. *Hereditatis petitio.*

“Si paret hereditatem L. Titii qua de agitur Auli Agerii esse ex iure Quiritium neque ea res Aulo Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito” (Compárese con la fórmula de la *rei vindicatio*; *supra*, § 58).

Evidentemente es ésta la fórmula propia de una *actio in rem* (*supra*, § 58), lo que implica (*supra*, § 56), que el demandado no estaba obligado a aceptar el *iudicium* y era libre de abandonar la cosa que tenía en su posesión. Si no aceptaba el *iudicium de hereditatis petitione* ni abandonaba la cosa poseída, el actor podía utilizar contra él el *interdictum quam hereditatem* (Lenel, *Edict.* párrafo 229).

La *hereditatis petitio* se da también cuando el *possessor* no discute la condición de heredero del actor, sino que alega su propia condición de *bonorum possessor cum re*. En este caso se insertaba en la fórmula de la *hereditatis petitio* (Gayo, 2.120) una *exceptio doli* (*supra*, § 96).

Cuando el *possessor* había adquirido la cosa objeto de litigio

por virtud de un título singular — por ejemplo por venta y *mancipatio* — no tenía que discutir la condición de heredero del actor y aceptar un *iudicium de petitione hereditatis*, pues en tal caso la acción procedente era la *rei vindicatio*. Sin embargo, podía aceptar también un *iudicium de petitione hereditatis* promovido por el actor. Es, por tanto, erróneo, afirmar que la *hereditatis petitio* únicamente se da contra un *pro herede possessor* o un *pro possessore possessor* (infra, § 537).

Hemos considerado la *hereditatis petitio* dentro del procedimiento formulario. Cuando la *hereditatis petitio* era ejercitada ante el tribunal de los *centumviri*, debía preceder al juicio planteado (Gayo, 4.31), el viejo procedimiento *per legis actionem* (*legis actio sacramento*). En tal supuesto, el demandado debía afirmar que era él el verdadero heredero.

536. *Senatus-consultum Inventianum.*

Los demás detalles de la *hereditatis petitio* no son de este lugar. Respecto a ellos, las fuentes utilizables son de difícil interpretación y contienen numerosas y radicales interpolaciones. La transformación de los textos clásicos, fué causada principalmente por el *senatusconsultum Inventianum* del año 129 después de J.C. Bajo los cónsules Juvencio Celso (el famoso jurista proculyano; Schulz, *History*, 105, 119) y Julio Balbo, se dió un *senatusconsultum* referente a la *vindicatio caducorum* por el *aerarium populi Romani*. Ya hemos dicho anteriormente (supra, § 409), que por la *lex Iulia et Papia Poppaea* una herencia o parte de una herencia es, a veces, atribuída al *Aerarium* (más tarde al *fiscus*). Esta *vindicatio caducorum* era un género especial de *hereditatis petitio* (= *vindicatio hereditatis*), pero la regulación establecida por el *senatusconsultum*, difería considerablemente de la concerniente a la *hereditatis petitio* cuando ésta era utilizada por particulares. Durante el período clásico, las reglas contenidas en el *senatusconsultum* fueron extendidas a la *vindicatio* de los *bona vacantia* (supra, § 424), pero nunca a la *hereditatis petitio* de personas privadas. En la época post-clásica, tal vez por obra de los compiladores justinianos, las normas del *senatusconsultum* se fundieron con las referentes a la *hereditatis petitio* de particulares. A este fin, los textos clásicos, fueron radicalmente alterados y el título del *Digesto*, *De hereditatis petitione* (5.3), produce una impresión sumamente confusa hallándose sus textos plagados de interpolaciones.

Ulpiano se ocupa de la *hereditatis petitio* en el libro 15 de su grueso comentario al Edicto. Comienza con una exposición del Derecho referente a la *hereditatis petitio* de particulares (Lenel, *Palingenesia*, II, 497); luego pasa a ocuparse de la interpretación del *senatusconsultum*

Iuventianum (Lenel, *Polingenesis*, II, 500 y s.). Constituye esto, un hecho indiscutible y de él puede concluirse, que en Derecho clásico, el *senatusconsultum*, no se aplicó a la *hereditatis petitio* privada, pues en otro caso, Ulpiano habría comenzado su trabajo, interpretando aquella disposición. Este argumento es irrefutable. Según los textos del *Digesto*, Ulpiano comienza su trabajo, sin mencionar el *senatusconsultum*, luego se detiene bruscamente y se refiere a él con las siguientes palabras (D. 5.3.20.6) :

“Praeter haec multa repperimus tractata et de petitione hereditatis, de distractis rebus hereditariis, de dolo praeterito et de fructibus; de quibus cum forma senatus consulto sit data, optimum est ipsius senatus consuli interpretationem facere verbis eius relatis” (sigue el texto del *senatusconsultum* con el comentario).

No podemos atribuir a Ulpiano semejante absurdo. Supongamos que estamos leyendo un libro inglés sobre la venta de mercancías. El autor comienza exponiendo el Derecho aplicable, sin mencionar para nada la ley referente a la venta de mercancías. De pronto detiene su exposición y declara: “Yo he hallado mucho material sobre las cuestiones que acabo de tratar, pero como existe una ley de venta de mercancías, me propongo ahora comentarla” y luego sigue el comentario de esta ley. Indudablemente pensaríamos que el autor que así procede no está en su cabal juicio. El texto D. (5.3) 20.6 fué escrito por los compiladores y muestra que el propósito de éstos fué amalgamar el *senatusconsultum* con el Derecho común de la *hereditatis petitio*. El siguiente texto debe también se atribuido a ellos :

D. (5.3) 20.9: “In privatorum quoque petitionibus senatus consultum locum habere nemo est qui ambigit, licet in publica causa factum sit.”

También se halla interpolado el texto de C. (3.31) 1 pr.

“Senatus consultum auctore divo Hadriano avo meo factum, quo cautum est, quid et ex quo tempore evicta hereditate restitui debet, non solum ad fisci causas, sed etiam ad privatos hereditatis petitores pertinet.”

El rescripto genuino decía lo contrario: “ad aerarii causas non ad privatos hereditatis petitores pertinet”. El texto es el primero del título del *Codex*, *De petitione hereditatis*, precisamente el lugar apropiado para que los compiladores proclamasen su nuevo principio.

No es esto radicalismo salvaje, sino, por el contrario, sentido común y sana crítica histórica. Desde luego, cuestión distinta es la de si podemos, mediante fuentes fidedignas, restaurar el Derecho clásico. Todo autor que lo intente, debe tener muy en cuenta que “en Derecho clásico el *senatusconsultum Iuventianum* no se aplica a la *hereditatis petitio* de personas privadas”. Este principio queda irrefutablemente probado y nunca podrá cancelarse cualquiera que sea el resultado de la investigación interpolacionística.

II. *Interdictum quorum bonorum*

Las acciones ordinarias del *heres* eran concedidas al *bonorum possessor* mediante una ficción (*ficto eo herede*), pero el *bonorum*

587. *Interdictum quorum bonorum.*

possessor no pudo utilizar nunca la *hereditatis petitio*. El *Digesto* contiene un corto título *De possessoria hereditatis petitione* (5.5), pero sus dos fragmentos, se refirieron originariamente a las *actiones ficticiae singulares* y no a la *hereditatis petitio* concedida al *bonorum possessor*. La *hereditatis petitio possessoria*, es una invención post-clásica.

El *bonorum possessor* no necesita la *hereditatis petitio* porque dispone de un recurso especial. No era éste una *actio* en el sentido clásico (supra, § 37), sino un interdicto (supra, § 106) llamado *interdictum quorum bonorum* por las palabras iniciales del interdicto. El interdicto era ejercitable por todo *bonorum possessor*, incluso por el *bonorum possessor sine re*. Puede ejercitarse contra todo poseedor del patrimonio hereditario o de parte de éste, que no posea a título singular. Con otras palabras, se da únicamente contra el *possessor* que posea como un *heres* o un *bonorum possessor* (*pro herede possessor*, esto es, *qui putat se heredem esse*), o que posea sin título alguno (*pro possessore possessor*, esto es, *qui sine causa aliquam rem hereditariam possidet*). Este *interdictum* era un *interdictum restitutorium*. Para los demás detalles nos referimos a lo expuesto al tratar de los interdictos en general (supra, § 106).

III. *Actio familiae erciscundae*

538. *Actio familiae erciscundae*.

El objeto de esta acción es la disolución de la comunidad entre coherederos. Es uno de los llamados *iudicia divisoria* estudiados anteriormente (§§ 86, 87).

FUENTES

§ 537. Vide Gayo, 4.144 [*vel etiam... pertinere*].

BIBLIOGRAFÍA

§§ 535, 536. Windscheid, *Pand.* III (1906), §§ 611 y s., con referencias; W. Francke, *Exegetisch-dogmatischer Commentar über den Pandectentitel de hereditatis petitione* (1864, anticuado, pero todavía útil); G. Beseler, *Beiträge*, IV (1920), 4 y s.; *Scritti Ferrini*, III (1948), 259; Fliniaux, "Le Sénatusconsulte Juventien et la litis contestatio", *RH.*, II (1923), 82 y s., 187 y s.; Lenel, *Z.*, XLVI (1926), 4 y s.; *Edict* (1927), § 65; Dénoyez, *Le Sénatusconsulte Juventien* (1926); Lewald, *Z.* XLVIII (1928), 688 y s.; F. Bozza, *Sulla competenza dei Centumviri* (1928), 67 y s.; Appleton, "Le Vrai et le faux Sénatusconsulte Juventien", *RH.*, IX (1930), 1 y s., 621 y s.; G. Longo, *L'hereditatis petitio* (1933); A. Carcaterra, *La hereditatis petitio* (1940, no utiliza-

ble); Santi di Paola, "La litis contestatio nella cognitio extra ordinem", *Ann. Catania*, 1948, Extracto págs. 27 y s. Sobre el *interdictum quam hereditatem*, vide Lenel, *Edict.* § 229; *Berger*, PW., IX, 1658.

§ 537. Sobre la *hereditatis petitio possessoria*, vide Lenel, *Edict.* § 67; sobre el *interdictum quorum bonorum*, vide Lenel, § 227; *Berger*, l.c. 1666; *De Martino*, *Atti Napoli*, LVIII, 348 (no utilizable); *Solazzi*, SD., VI (1940), 329.

§ 538. Vide referencias supra, §§ 86, 87, Bibliografía.

CAPÍTULO VII

LEGADOS

(LEGATA ET FIDEICOMMISSA)

1. INTRODUCCIÓN

539. Etimología.

Legare deriva de *lex*.

Lex significa regla, regulación de cualquier especie, comprendiendo la *lex publica* (regulaciones hechas por el Estado) y la *lex privata* (por ejemplo, *lex contractus*, términos o cláusulas del contrato). Así como *donare* significa "*donum facere*", *terminare* "*terminum facere*", etc., así también, *legare*, significa, originariamente "*legem facere*". En este sentido fué usada la conocida expresión, en la famosa regla de las Doce Tablas (V. 8): "Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto." *Legare* fué usado también en el sentido de *delegare* (delegar). Así *legare aliquem* significa enviar a alguien con una *lex*, con una misión, con un cometido, de aquí que *legatus* signifique embajador. De este uso deriva la expresión legal *legare aliquid alicui* "conferir algo a alguien en virtud de una *lex testamenti*". *Legare*, tal como se usa en las Doce Tablas, comprende toda provisión hecha por el testador en su testamento, pero *legare rem alicui*, tiene una acepción más restringida. No puede significar la *institutio heredis*, porque el *heres* es un *successor in locum defuncti*. También estaban excluidas la *tutoris datio* y la *manumissio testamento* (supra, §§ 140, 285). Así se llegó a los conceptos clásicos de *legare* y *legatum*.

540. Definición.

El *legatum* clásico es una donación impuesta por el testador en su testamento a cargo de su *heres*, de sus *heredes* o de uno de éstos. Procede ilustrar esta definición con las observaciones siguientes:

541. No hay *legatum legitimum*.

1. Un *legatum* es una donación. Un *heres* puede ser designado por la ley (sucesión intestada), pero un *legatum legitimum* no existió en Derecho clásico. La llamada *quarta divi Pii* implica un derecho a suceder como *heres*.

542. El *legatum* no es una *donatio*.

2. El *legatum* es una donación *mortis causa*. La *donatio mortis causa* es una donación por causa de muerte, pero hecha por

convenio entre donante y donatario (infra, § 574), mientras que el *legatum* siempre es ordenado en un testamento.

3. Todo *legatum* debe ser ordenado en un testamento. Puede ser ordenado por escrito o en las *tabulae testamenti*, pero como es una carga impuesta al *heres*, debe ordenarse después de la institución de heredero. Un *legatum* puede también ser ordenado en un codicilo confirmado en testamento (*codicilli testamento confirmati*), en cambio el *heres*, no podía ser instituido en codicilo.

543. El *legatum* ha de ser ordenado en testamento o en codicilo confirmado.

Codicilli significa un librito compuesto de finas tablas de madera cubiertas por una capa de cera. En Derecho clásico, el codicilo, no exigía la observancia de una forma especial. Puede escribirse sobre un rollo de papiro, aunque éste, estrictamente hablando, no sea un pequeño *codex*. Los juristas clásicos usaban la palabra *codicilli* únicamente en plural (D. 50.16.148). Cuando hallamos en un texto la palabra *codicillus* usada así, en singular, el texto está corrompido o se halla interpolado; vide *Voc. Iur. Rom.* I, 766 y también *Thes Ling. Lat.* III, 1408; Beseler, Z., LIII (1933), 31.

4. Únicamente el heredero instituido puede ser gravado con un *legatum*.

544. Personas que pueden ser gravadas con un *legatum*.

a) Cualquier otra persona que recibía algo del *de cuius* en especial un legatario, no podía ser gravada con un legado.

b) Un *heres ab intestato* tampoco podía ser gravado con *legatum*. Esto es indudable. Un testamento que sólo contuviese legados sería nulo, por considerarse la *institutio heredis* un requisito esencial del testamento (supra, § 426). Habiendo un testamento válido, no ha lugar a la sucesión intestada y si el testamento se anula, se anulan también los legados ordenados en él. Sin embargo el pretor, algunas veces, mantiene la validez de los *legata* imponiendo éstos a los herederos *ab intestato*. Sobre este punto insistiremos más adelante (infra, § 566).

5. El *legatarius* clásico no es nunca un *successor in locum defuncti* como lo es el *heres*. La consecuencia más importante de ello, es que el legatario, no sucede nunca en las deudas del *de cuius*.

545. El legatario no es un *successor*.

6. Los juristas clásicos no intentaron jamás dar una definición del *legatum*. Gayo no nos da definición alguna (vide 2.192) y si los demás juristas la hubiesen dado, la hallaríamos seguramente en nuestras fuentes jurídicas, pues los juristas post-clásicos, incluyendo en ellos a los compiladores justinianos, gustaban mucho de definir. Las dos definiciones que hallamos en el Digesto son de origen post-clásico y una de ellas fué adoptada por los autores de la *Instituta* de Justiniano (2.20, 1).

546. Definiciones post-clásicas.

D. (30) 116 pr. "Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod univrsum heredis foret, alicui quid collatum velit". La palabra *delibatio* (= *deminutio*, disminución, detracción) solamente aparece una vez en toda la literatura latina (dejando aparte la literatura eclesiástica) y precisamente en este pasaje (*Theo. Ling. Lat.* V, 437.46). En conclusión: ningún jurista clásico pudo haber usado palabra tan rara.

D. (31) 36. "Legatum est donatio testamento relicta". Esta confusión de *legatum* y *donatio* no puede ser atribuída a Modestino y responde a la tendencia post-clásica, de asimilar la *donatio mortis causa* al *legatum* (infra, § 575). Además, las *Pandectae* de Modestino, de donde procede el texto citado, es una obra poco *fidedigna* (vide Schulz, *History*, 222).

547. Terminología.

7. En la terminología clásica la persona en favor de la cual se ordenaba el legado, fué llamada *legatarius*. Los autores posteriores continentales, la designaron también con la palabra *honoratus*, porque para los juristas clásicos, recibir un *legatum* constituía un honor. El heredero gravado con el *legatum* fué designado con la expresión *heres a quo legatum est*. Así pues, cuando Gayo en 2.271 establece: *A legatario legari non potest*, no debe traducirse esta frase diciendo que "el legatario no puede disponer un legado", sino negando que "un legado pueda ser impuesto a un legatario". Los autores modernos llaman *oneratus* al *heres* gravado con un legado, pero este término no es clásico tampoco, a pesar de que los juristas clásicos hablan de *heres oneratur legato*.

548. Evolución del fideicommissum.

En la época republicana existió ya otro género de legado que era el *fideicommissum*. *Fidei alicuius committere* significa "encomendar algo a la buena fe de una persona". Un testador, por ejemplo, podía encargar a su futuro heredero, de modo no formal, hacer algo en favor de una tercera persona (por ejemplo entregar a ésta una cosa, manumitir a un esclavo), confiando en que su deseo sería cumplido, aunque esta especie de encargo no fuese legalmente vinculativo. Tal fué el concepto originario del *fideicommissum*, esto es, un encargo cuyo cumplimiento no era jurídicamente obligatorio, aunque sí cuestión de honor el llevarlo a cabo. Disposiciones de esta especie tuvieron su origen en supuestos en que la *institutio heredis* o el *legatum* no eran utilizables por el testador. Por ejemplo, un testador deseaba transmitir sus bienes a una mujer, pero esta transmisión no era posible por prohibirla la *lex Voconia* (Gayo, 2.226); tampoco podía transmitírselos a un *peregrinus*. Con todo, el carácter del *fideicommissum*, cambió radicalmente en tiempos de Augusto por ser desde entonces, una disposición jurídicamente obligatoria. Aunque no se otorgó al beneficiario una acción en sentido clásico, pudo éste, mediante una *extraordinaria cognitio*, compeler a la persona gravada con el fidei-

comiso, para que cumplierse el deseo del *de cuius* (supra, § 37). Las autoridades competentes para iniciar este procedimiento fueron, a partir de Claudio, los cónsules, un especial *praetor fideicommissarius* (en las provincias los gobernadores), pero no el *praetor urbanus*. El Edicto (se entiende, el Edicto del *praetor urbanus*), guarda silencio sobre la *persecutio fideicommissi*. Luego que el *fideicommissum* estuvo protegido por una acción, su denominación denota únicamente que se halla excluido del procedimiento ordinario *per formulas* y que la buena fe que lo anima, determina la medida y alcance en que debía ser ejecutado. Comparado con la *actio ex testamento* (infra, § 564) la *petitio fideicommissi* puede ser considerada como una *petitio bonae fidei*.

En contraste con el *legatum*:

1. Un *fideicommissum* puede ser impuesto a todo el que recibe algo *mortis causa* del *de cuius*; no únicamente al *heres*, si que también a un legatario o a un donatario *mortis causa*. Incluso el fisco, al que van a parar los *bona vacantia*, podía ser gravado con un *fideicommissum*.

549. *Fideicommissum* en contraste con el *legatum*.

2. Un *fideicommissum* puede ser ordenado no únicamente en testamento o en codicilo testamentariamente confirmado, si que también, en un codicilo cualquiera y aun en forma oral. Según esto, un heredero *ab intestato*, puede ser gravado con un *fideicommissum* y no puede serlo con un *legatum*.

3. El beneficiario del fideicomiso es, en alguna ocasión, *heredis loco* y, por esta razón, responsable de las deudas hereditarias. Más tarde insistiremos sobre este punto (§ 568).

No podemos dar una definición completa del *fideicommissum* clásico. Fué una donación *mortis causa* hecha en forma de ruego dirigido a una persona, que adquiriría algo del donante *mortis causa*.

La terminología clásica referente al *fideicommissum* requiere un examen atento. Teniendo en cuenta la profunda diferencia existente entre *legatum* y *fideicommissum*, parece increíble que los juristas clásicos empleasen los términos *legare* y *legatum* en relación con el *fideicommissum*. Siempre que los veamos empleados en esta aceptación, es seguro que el texto que los contiene se halla interpolado.

550. Terminología.

La expresión clásica “confiar un encargo” fué *fidei* (dativo) *alicuius committere*; *dare, relinquere per fideicommissum, relinquere fideicommissum*, son también expresiones clásicas. El beneficiario fué llamado *fideicommissarius*. *Fideicommittere alicui*, “en favor de alguien”, no es clásica. El fiduciario fué designado como *is cuius fidei* (dativo) *committitur* o *is a quo fideicommissum relictum est*; pero *fideicommittere alicui*, “encargar algo a alguien”, no es probablemente clásica. La palabra *fidu-*

ciarius no es (como erróneamente se ha creído) un término clásico empleado para designar al depositario de la confianza del testador. Solamente en pocos textos hallamos la expresión *heres fiduciarius*.

551. Carácter del Derecho clásico de legados.

Los juristas clásicos han estudiado el Derecho de legados (*legata* y *fideicommissa*) con no disimulada predilección. Las obras clásicas, especialmente los *Digesta*, *Responsa* y *Quaestiones*, se hallan llenas de sutiles disquisiciones concernientes a los legados. En el *Digesto* de Justiniano se consagran siete libros (30-6) al Derecho de los legados, aparte los numerosos textos que no figuran en las expresadas obras. Lo que dijimos en otro lugar (§ 359): “el Derecho romano de sucesión es indudablemente el signo más claro de la vocación jurídica de Roma”, resulta particularmente cierto aplicado al Derecho referente a los legados, de tal modo, que quien quiera conseguir un conocimiento completo de la jurisprudencia clásica, necesita indispensablemente adentrarse en este ámbito del Derecho romano. Ahora bien, la obra de los juristas clásicos, revela su grandeza y también sus limitaciones. Estudiando sus disquisiciones en detalle, no puede uno menos de preguntarse, si valía la pena invertir tanto tiempo y tanto trabajo, en estas difíciles y tortuosas cuestiones de tan escasa importancia práctica. No debe olvidarse que los juristas que escribieron extensos tratados sobre legados, no se preocuparon lo más mínimo de los hijos ilegítimos (supra, § 278), no desarrollaron el Derecho referente a las personas jurídicas (supra, § 147), fueron ciegos para el Derecho extranjero — ni siquiera para el de los *municipia* romanos y latinos — y se abstuvieron de toda discusión sobre materias referentes al Derecho público y administrativo. Toda la jurisprudencia clásica, quedó siempre encerrada dentro de este círculo mágico en que la circunscribieron los juristas republicanos. Fueron éstos *iuris consulti*, esto es, juristas que dieron *responsa*, opiniones y consejos a las personas que les consultaban. La esfera de sus intereses quedó inevitablemente limitada y la materia propia de los legados fué la que con más frecuencia motivó consultas, pues la mayoría de los clientes, por no decir la totalidad de éstos, perteneció a la clase de los *beati possidentes*. Los juristas clásicos se mantuvieron pues fieles a la tradición republicana. Absorbidos por la fina tarea de tejer esta red sutil de disquisiciones jurídicas, no solamente despreciaron otras cuestiones de importancia mucho mayor, sino que dejaron de advertir la complicación inherente al Derecho de los legados elaborado por ellos. La magnífica obra de la jurisprudencia clásica fué aquí, como en otras esferas, pagada a precio alto.

En la época post-clásica se intentó una simplificación del Derecho clásico de legados. Los diferentes géneros de *legata* que hemos de mencionar fueron reducidos a uno sólo y la distinción entre *legata* y *fideicommissa* cesó, al desaparecer el procedimiento formulario. El primer texto del libro primero del *Digesto* que se ocupa de los legados (D. 30.1) dice: *Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis*. Fueron los compiladores y no Ulpiano (a quien se atribuyó el texto transcrito) quienes, como ya reconocieron los glosadores boloñeses, proclamaron el nuevo principio:

552. Derecho post-clásico.

“Glossa Accursii ad D. (30) 1: Dic quod aliquid est hic detractum a verbis Ulpiani a compilatoribus iuris.”

La *Instituta* de Justiniano (2.20) 2 y 3 lo prueba claramente. Esta fundamental innovación, hizo necesarias numerosas alteraciones en los textos clásicos, pero el cuidado de llevar rigurosamente a la práctica el nuevo principio, no compitió a los juristas clásicos ni a los compiladores justinianeos. Una total destrucción de los textos clásicos, pugnaba con la tendencia clasicista de las escuelas jurídicas bizantinas. Los compiladores se abstuvieron totalmente de realizar interpolaciones radicales y una considerable parte de las que se llevaron a cabo, debe ser atribuida a los autores prejustinianeos. Los compiladores se limitaron a proclamar el nuevo principio, dejando su ejecución confiada a las escuelas jurídicas.

No es extraño que el análisis crítico de los abundantes materiales utilizables, se halle todavía en su infancia. En la actualidad, no contamos todavía con una obra depuradamente crítica sobre el Derecho de legados. En la presente obra, nos limitamos, de acuerdo con nuestro plan, a trazar las líneas generales de la institución clásica. Queremos exponer de un modo claro lo que constituye la finalidad genérica de esta institución. Los detalles dificultosos que ofrece el Derecho clásico, así como el Derecho republicano y el muy interesante desarrollo post-clásico *relinquimus pertinacibus*.

553. Literatura moderna.

F U E N T E S

- § 539. Vide D. (50.16) 120.
- § 543. Vide Gayo, 2.229, 270a; *Inst. Iust.* (2.25) pr.
- § 544. Vide Gayo, 2.270, 271.
- § 548. Vide *Inst. Iust.* (2.23) 1; (2.25) pr.
- § 549. Vide Gayo, 2.260; 271; D. (80) 114. 2; Gayo, 2.270a; D. (40.5) 47.4.
- § 552. Vide *Inst. Iust.* (2.20) 3.

BIBLIOGRAFÍA

§§ 539 y s. Glück, *Erläuterung der Pandecten*, XLVI-XLIX (1869-89); Ferrini, *Teoría generale dei legati e fedecomessi* (1889); Windscheid, *Pand.* III (1906), 573 y s.; Biondi, *Successione testamentaria (Trattato di diritto romano)*, ed. E. Albertario, X., 1943), 269 y s.; Kaser, *Altröm. Jus* (1949), 147 y s.

§ 539. Stolz-Schmalz, *Lat. Grammatik* (1928), 196.

§ 541. Sobre la *quarta divi Pii*, vide F. E. Vassalli, *Miscellanea critica del diritto romano*, I (1913), 59; Beseler, *Subscliva* (1929), 2.

§ 548. Brückner, *Zur Geschichte des Fideikommisses* (1893); Schulz, *History*, 11, con referencias; Guarino, *SD.*, 1944, págs. 317 y s.; *Z.*, LXII (1942), 252 y s.

§ 550. Biondi, l.c. 303, con referencias.

§ 552. Riccobono, *Mélanges Cornil*, II (1926), 348 y s.; Biondi, l.c. 302 y s.

2. ORDENACIÓN Y REVOCACIÓN DE LEGADOS («LEGATA» Y «FIDEICOMMISSA»)

554. Cuatro tipos clásicos de *legata*.

El *legatum* clásico se ordenaba imponiéndolo a un heredero testamentario en un testamento o en un codicilo confirmado testamentariamente (supra, § 543). En el período clásico se dieron dos especies típicas de *legatum*, el *legatum per vindicationem* y el *legatum per damnationem*. Las dos restantes especies, el *legatum sinendi modo* y el *legatum per praeceptionem*, tuvieron menos importancia y en el siglo segundo después de J.C., se hallaban moribundas ya. Por ello no nos ocuparemos en la presente obra de estas dos últimas especies de legado.

1. *Legatum per vindicationem*

555. *Legatum per vindicationem*.

Por virtud de esta especie de *legatum*, el legatario adquiría la propiedad de la cosa que le había sido legada, sin necesitar para ello de un acto especial de transmisión por parte del heredero. El legatario podía reclamar la cosa legada, mediante la *rei vindicatio* (supra, § 58, e infra, § 640), intentada contra el heredero o contra cualquier otra persona que estuviese en posesión del legado.

El testador que deseaba ordenar esta especie de *legatum* venía obligado a la observancia de ciertas formas. La fórmula usual fué *do lego* (ejemplo, *fundum Cornelianum Titio do lego*), tanto que el *legatum per vindicationem* fué designado frecuentemente como un *do lego legatum (do lego legare)*. Otras fórmulas permitidas fueron *sumito*, *capito*, *rem sibi habeto*, y todas ellas implicaban la adquisición de la propiedad por el legatario, sin

necesidad de un acto transmisivo realizado por el heredero. La fórmula *fundum Cornelianum Titio relinquo* no fué suficiente. El autor post-clásico del *Epitome Ulpiani* afirma (24.1): “Legatum est quod legis modo, id est imperative, testamento relinquitur”. La frase entraña un error evidente ya que la fórmula cardinal *do lego*, no es una fórmula imperativa.

El testador debe ser propietario de la cosa legada al tiempo de ordenar el legado y al tiempo de su muerte. La propiedad, en este último momento, bastaba, cuando la cosa legada era una cosa fungible. El testador podía ordenar también un usufructo o una *servitus* (infra, §§ 673, 688) utilizando esta forma de *legatum*.

En lo que respecta al legatario se requería que éste fuese una *persona certa*. A este respecto debemos referirnos a las observaciones hechas anteriormente (supra, § 450). Una *substitutio vulgaris* fué también aquí permitida como en la institución de heredero (supra, § 455). Si hubo una pluralidad de herederos podía uno de éstos ser legatario (*praelegatum*).

Supongamos que un testador instituye herederos a A, B y C, cada uno en una tercera parte. Además lega su esclavo Stico a C mediante un *do lego legatum*. C adquiriría la propiedad del esclavo, pero por virtud del legado, solamente adquiriría los dos tercios pues el tercio restante le era atribuido como *heres*. Un caso algo más complicado es el siguiente: A y B son instituidos herederos cada uno por mitad. El *fundus Cornelianus* es legado a B, X e Y, en un tercio para cada uno, A y B son copropietarios de este fundo como herederos, cada uno por mitad. El *praelegatum* de B es nulo en la cuantía que grava sobre su propia porción y se atribuye a X e Y. De esta manera, B obtiene solamente un sexto de A; X e Y, conjuntamente, reciben cinco sextos del fundo. D (30) 116.1.

2. *Legatum per damnationem*

Mediante esta especie de *legatum* el testador impone al heredero una obligación. Si, por ejemplo, un fundo era legado de esta suerte, el heredero se obligaba a transferir la propiedad del mismo al legatario por una *mancipatio* (infra, § 597).

556. *Legatum per damnationem.*

La fórmula usual empleada por el testador, contenía las palabras *damnas esto* (ejemplo: “Heres meus Stichum servum meum Titio dare damnas esto”), pero cualquier otra fórmula imperativa (por ejemplo *dato*) fué considerada suficiente.

Por esta especie de *legatum* el heredero podía ser obligado por el testador, a realizar una prestación cualquiera en favor del legatario. Las especies más importantes fueron:

a) El *legatum* de una cosa que no pertenece al testador. Si el

heredero tampoco era dueño de ella, venía obligado a adquirirla o a pagar al legatario su estimación.

b) *Legatum nominis*. En este caso el testador lega la propia acción contra su deudor en favor de una tercera persona. El heredero venía obligado a transferir dicha acción al legatario.

c) *Legatum liberationis*. El testador liberaba a su deudor del débito por este contraído. El heredero se hallaba obligado a liberarlo de dicho débito.

d) *Legatum debiti*. En esta especie de legado el testador legaba a su acreedor aquello precisamente que le debía. En Derecho clásico este legado implicaba siempre una ventaja para el acreedor, pues por virtud del mismo, el acreedor tenía, además de la acción ordinaria para exigir el pago de la deuda, la *actio ex testamento* (infra, § 564) que era una de aquellas acciones *in quibus lis infitiano crescit in duplum* (supra, §§ 74 e infra, § 564).

e) *Legatum partitionis*. El testador legaba con esta especie de legado, parte de la herencia (no toda) a una persona, utilizando la forma propia del *legatum per damnationem* (infra, § 561).

Por lo que respecta a la persona del legatario (*persona certa, substitutio vulgaris, praelegatum*), nos remitimos a nuestras observaciones sobre el *legatum per vindicationem* (supra, § 555).

3. *Senatusconsultum Neronianum*

557. *Senatusconsultum Neronianum*.

Un *senatusconsultum* dado bajo Nerón prevé el siguiente caso: Un testador ha legado *per vindicationem* una cosa cuya propiedad no ha tenido nunca. De acuerdo con nuestras observaciones (supra, § 555), tal legado era nulo. Sin embargo, el Senado lo confirmó, declarando que debía ser considerado tan “*utile atque si optimo iure relictum esset*”. La significación de este Senado consulto fué que el legado en tal supuesto, debía ser considerado como *legatum per damnationem*, porque sólo esta especie de *legatum*, era posible en el caso sometido a la decisión senatorial. La conversión tenía lugar *iure praetorio* por orden del Senado, subsistiendo la nulidad del legado *iure civili*. Los juristas clásicos aplicaron el mencionado *senatusconsultum* a otros casos semejantes, pero en realidad, siempre, operando la conversión de un *legatum* nulo, en un *legatum per damnationem*.

Supongamos que un testador lega un cierto esclavo Stico por un *legatum per vindicationem*. El esclavo se hallaba en propiedad del testador al tiempo de la muerte de éste, pero no cuando el testador ordenó el legado. El *legatum per vindicationem* era nulo (supra, § 555). Pudo haberse convertido en un *legatum sinendi modo* (Gayo, 2.211), pero en

realidad se transformó en un *legatum per damnationem* por ser éste *optimum ius* (Gayo, 2.210).

Los juristas clásicos nunca llegaron a abandonar las formalidades todas relativas a los *legata*. El testador estaba obligado a usar una de las fórmulas reconocidas para un *legatum per vindicationem, per praeceptionem, o sinendi modo* y si la fórmula escogida por el testador no era la apropiada al caso, los juristas convertían dicho legado en un *legatum per damnationem*, siempre que se cumpliesen los requisitos exigidos para la validez de éste. Así, cuando un testador había escrito: "Stichum servum meum Titio relinquo", el legado era nulo y no susceptible de conversión. Lo que leemos en el post-clásico *Epitome Ulpiani* (24.11a) es incorrecto:

"Senatusconsulto Neroniano cautum est, ut quod minus aptis verbis legatum est, perinde sit ac si optimo iure legatum esset."

En el período post-clásico se abandonó el formalismo referente a los *legata* (C. 6.37.21) operándose la fusión de los distintos tipos clásicos de éstos. Ello produjo numerosas alteraciones en los textos clásicos y las distinciones que en éstos se establecían, fueron radicalmente eliminadas al incorporarse aquéllos al *Digesto* y al *Codex* justinianeos.

558. Derecho post-clásico.

Para ordenar un *fideicommissum* no se requería formalidad alguna. Las fórmulas usuales fueron *fidei committo, rogo, peto*, pero también se permitieron otras fórmulas con tal que éstas revelasen de modo suficiente, la intención de disponer un *fideicommissum*. El post-clásico *Epitome Ulpiani* (24.1; 25.2), afirma que el *fideicommissum* debe ser dispuesto *precativo modo*, lo cual no es exacto porque la palabra *volo* permitida en un fideicomiso (Gayo, 2.249), no es ciertamente un *verbum precativum*. Aunque para ordenar un fideicomiso, no se exigiese la observancia de fórmulas fijas, los juristas clásicos, consideraron necesaria siempre, una declaración que lo expresase y se mostraron reacios a admitir los *fideicommissa* implícitos, a menos de hallarse autorizados por un rescripto imperial o un *senatusconsultum*.

559. Ordenación de *fideicommissa*.

Tomemos el siguiente ejemplo. Un testador instituye a L. Ticio único heredero, añadiendo: *Peto, L. Titi, contentus sis decem aureis*. Fué esta disposición considerada como equivalente a un *fideicommissum* de toda la herencia en favor de los herederos *ab intestato*, exceptuados tan sólo los 10 áureos, a tenor de un rescripto imperial. D. (31) 69 pr.

No podemos conocer completamente los detalles de la institución por el deficiente estado de nuestras fuentes, pero es indudable

que debieron variar según las peculiaridades que ofrecían los diversos casos concretos. Sin embargo, debemos tener siempre presente, que las fórmulas aptas para la ordenación de un *legatum*, no lo eran para disponer un *fideicommissum*. Si se usaban dichas fórmulas y el *legatum* era nulo sin posibilidad de confirmación por el *senatusconsultum Neronianum*, no era factible tampoco su conversión en un *fideicommissum*. Un testador puede ciertamente declarar de modo expreso: “en el caso en que los legados ordenados en mi testamento fuesen nulos, deseo que se mantengan como *fideicommissa*”. Sin esta declaración, la conversión no puede operarse. Incluso la institución de heredero, puede convertirse en un *fideicommissum* también por virtud de una declaración expresa.

Supongamos que un testador instituye a Ticio único heredero, añadiendo: “en el caso de que mi testamento sea nulo, deseo que éste sea considerado como codicilo” (supra, § 543). Si el testamento era nulo, a tenor de la expresada *clausula codicillaris*, los herederos *ab intestato* serían gravados con un *fideicommissum hereditatis* en favor de Ticio.

Debemos referirnos ahora a dos especies de *fideicommissa* que ofrecen especial interés.

1. *El fideicommissum libertatis*

560. El *fideicommissum libertatis*.

En contraste con la *manumissio testamento* (supra, § 140) es éste un modo indirecto de otorgar la libertad testamentariamente. La persona a quien se confería el encargo, quedaba obligada a conceder al esclavo la libertad. Como quiera que el beneficiario era esclavo y como tal no podía accionar, la obligación del fiduciario tuvo al principio un carácter moral, hasta que en la segunda centuria después de J.C. se autorizó al esclavo acudir al magistrado, siempre que el fiduciario rehusase cumplir el *fideicommissum*. Por virtud de *senatusconsulta* y de constituciones imperiales se desarrollaron una porción de normas y principios referentes a esta especie de *fideicommissum*, cuyos detalles omitimos.

2. *Fideicommissum hereditatis*

561. *Fideicommissum hereditatis*.

Un *legatum hereditatis* era únicamente posible en forma de *legatum partitionis* (supra, § 556), pero tanto la herencia en su totalidad como una parte de ella, pudo ser objeto de un *fideicommissum*. Así, un testador, pudo instituir heredero a Ticio encargándole al mismo tiempo, por *fideicommissum*, que transfiriese la herencia a Seio después de morir Ticio: “Titius heres esto; cum

Titius heres meus mortuus erit, volo hereditatem meam ad Seium pertinere”. Aunque Ticio continuara siendo *heres* y Seio fuese únicamente *fideicommissarius*, la posición jurídica de este último, se asimiló por efecto de los *senatusconsulta* a la de un *heres*. Estos fueron, el *Trebellianum* y el *Pegasianum*, a los que nos referiremos posteriormente. En esencia, el *fideicommissum hereditatis* fué un sustitutivo utilizado en los casos en que una *institutio heredis* era prohibida por aplicación del principio *semel heres, semper heres* (supra, § 456) : “Titius heres esto; cum Titius mortuus erit, Seius heres esto”. Los autores modernos llaman al *fideicommissum hereditatis*, *substitutio fideicommissaria* (distinta de la *substitutio vulgaris* y de la *pupillaris*; supra, §§ 455, 458); el *Code civil* (artículo 896) le llama simplemente “substitución”, olvidando que hay también una *substitutio vulgaris*. Un testador puede ir aún más lejos, y gravar a un *fideicommissarius* con un *fideicommissum*: “Titius heres esto. Cum Titius mortuus erit, volo hereditatem meam ad Seium pertinere; cum Seius mortuus erit, volo hereditatem meam ad filios eius pertinere”, etc. De este modo “las dañosas substituciones” (supra, §§ 363, 456) y especialmente el *fideicommissum* de familia, alcanzaron cierto desarrollo. De todos modos, el *fideicommissarius* debía vivir al tiempo de morir el testador. Además un *senatusconsultum* dado bajo Adriano requirió que el *fideicommissarius* fuese *persona certa* (supra, § 450). Las substituciones *fideicommissariae* se mantuvieron pues dentro de estrechos límites y la historia del *fideicommissum familiae relictum* comienza en la época post-clásica.

Tanto los *legata* como los *fideicommissa* fueron revocables. No se requirió formalidad alguna para revocar un *fideicommissum*. El *legatum*, en cambio, podía ser revocado únicamente por declaración expresa (*non do, non lego, heres meus ne dato*) contenida en un testamento o en un codicilo confirmado testamentariamente.

562. Revocación de legados.

Supongamos que un testador, ordena en las tablillas de su testamento un *legatum* en favor de L. Más tarde, aunque antes de llevarse a cabo la *mancipatio* (supra, § 434), cambia de idea y decide no dejar nada a L. El testador podía simplemente cancelar la línea escrita del testamento en que se ordenaba el legado o bien cancelar toda la tablilla en que se había ordenado el *legatum*. Pudo, además, revocar el *legatum* añadiendo una declaración negativa expresa en las *tabulae testamenti*. Cuando la *mancipatio* hubiese sido ya realizada, dos medios de revocación eran aún posibles: (1) El testador podía otorgar un nuevo testamento por cuya virtud el anterior quedase anulado; (2) El testador podía revocar el *legatum* en un codicilo siempre que éste se hallase testamentariamente confirmado.

La revocación no formal de un *legatum* no lo anula *iure civili*, pero genera una *exceptio doli* en favor del heredero cuando el legatario le exige el cumplimiento del legado. Supongamos que el testador, después de haber realizado la *mancipatio* abría las *tabulae testamenti* y cancela la línea en que precisamente se ordenaba el *legatum*, o supongamos que revocaba el *legatum* en un codicilo no confirmado en testamento. En tales casos el *legatum* continuaba siendo válido *iure civili*, pero si el legatario exigía del heredero la ejecución del mismo, el heredero, en tal caso, era protegido por una *exceptio doli*.

563. Revocación implícita.

El *legatum*, lo mismo que el *fideicommissum* puede ser revocado implícitamente. Así cuando el testador enajenaba una cosa legada por *legatum per damnationem* u objeto de un *fideicommissum*, se estimaba el legado revocado; el *fideicommissum* era nulo *ipso iure*, el *legatum* anulable mediante *exceptio*. Si el testador ordenaba un *legatum per vindicationem* y más tarde la enajenaba de suerte que al morir no era ya su propietario, el legado era nulo *ipso iure* (supra, § 555). No podía ser confirmado por el *Neronianum* (supra, § 557), pues si hubiese ordenado un *legatum per damnationem*, la enajenación hubiese originado una *exceptio doli*. Hubiera sido absurdo otorgar al legatario una *actio ex testamento utilis* (supra, § 557) que pudiera ser repelida por una *exceptio doli*.

FUENTES

- § 554. Vide Gayo, 2.192.
- § 555. Vide Gayo, 2.193, 194, 196, 229, 281, 238; D. (30) 116.1.
- § 556. Vide Gayo, 2.201-4, 262; D. (82) 14.2, *legatum «per damnationem»*; [vel... vendat]; Gayo, 4.9 [certa]; Gayo, 2.282; 4.171; Paul, *Sent.* (1.19) 1; *Epit. Ulp.* 24, 25.
- § 557. Vide Gayo, 2.197; *Epit. Ulp.* 24.11a.
- § 558. Cf. *Fr. Vat.* 44 con D. (30) 120.2.
- § 559. Vide Gayo, 2.249; Paul, *Sent.* (4.1) 6; D. (31) 88.17.
- § 560. Vide *Epit. Ulp.* 2.7-10; Gayo, 2.263.
- § 561. Vide Gayo, 2.250, 271, 277, 287; D. (31) 32.6 [et qui... extenderit].
- § 562. Vide *Epit. Ulp.* 24.29; *Inst. Iust.* (2.21) pr.; D. (34.4) 3.8; D. (34.4) 22.
- § 563. Vide Gayo, 2.198.

BIBLIOGRAFÍA

- § 554. Biondi, *Successione testamentaria* (1943), 271 y s.
- § 555. Sobre *praelegatum*, vide Windscheid, *Pand.* III (1906), § 627; Biondi, l.c. 466 y s.
- § 556a. Schulz, *Epitome Ulpiani* (1926), 27, con referencias; Biondi, locución citada 421 y s.

§ 556b. Biondi, l.c. 448.

§ 556c. Biondi, l.c. 457.

§ 556d. Beseler, Z., XLVII (1927), 65 y s.; Biondi, l.c. 450.

§ 556e. Biondi, l.c. 442.

§ 557. Ciapessoni, "Sul senatusconsulto Neroniano", *St. Bonfante*, III (1930), 651 y s.; Grosso, AG., CVII (1932), 103 y s.; Biondi, l.c. 282 y s.; Beseler, *St. Albertoni*, I (1935), 432; Solazzi, *Scritti Ferrini* (ed. Archi, 1946), 144.

§ 559. Mitteis, RP., I (1908), 196; Biondi, l.c. 291 y s.

§ 560. Buckland, *Roman Law of Slavery* (1908), 513 y s., 611 y s.

§ 561. Biondi, l.c. 477; sobre *fideicommissum familiae relictum*, en especial Windscheid, *Pand.* III, 637; Declareuil, *Mélanges Gerardin* (1907), 135 y s.; Biondi, l.c. 498.

§§ 562, 563. Koschaker, "L'alienazione della cosa legata", *Conferenze romanistiche tenute nella R. Università di Pavia 1939* (1940), 89 y s., con referencias; Biondi, l.c. 399 y s.; Solazzi, *Scritti Ferrini* (ed. Archi, 1946), 145, con referencias.

3. EFECTOS JURÍDICOS DE LOS LEGADOS («LEGATA») Y «FIDEICOMMISSA»)

En lo que se refiere a la adquisición de un *legatum*, hubo dos momentos de especial importancia, llamados usualmente por los autores *dies cedens* y *dies veniens*. Aunque estos términos no son ciertamente clásicos, resultan indispensables y hemos de utilizarlos en nuestra exposición.

564. *Dies cedens*
y *dies veniens*.

1. En el *dies cedens*, el legatario adquiriría no el *legatum* mismo, sino una expectativa transmisible a sus herederos. Si moría antes del *dies cedens*, el *legatum* no se podía transmitir a los herederos del legatario. Anteriormente a la *lex Papia Poppaea* el día en que ocurría la muerte del testador era el *dies cedens*, pero a tenor de la *lex Papia* el *dies cedens* fué aquel en que se procedía a realizar la apertura oficial del testamento (supra, § 501). Si el legado era condicional y la condición no se había cumplido todavía, el día en que tenía lugar el cumplimiento era el *dies cedens*. Cuando sobrevenia este día, decían los juristas clásicos *diex legati cessit* y el tiempo anterior y posterior a este día era llamado *tempus ante* (o *post*) *diem legati cedentem*. Este uso especial de la palabra *cedere* se da solamente en el lenguaje jurídico romano y no ha sido lingüísticamente explicado de un modo satisfactorio. La significación jurídica es, sin embargo, clara. *Dies legati cedit* significa: "el legado comienza a desplegar sus efectos". En todo caso, el término *dies cedens* usado por autores modernos, no es clásico.

2. En el llamado *dies veniens*, el legatario adquiriría el *legatum*. Este día era aquel en que el heredero gravado con el legado, adquiriría la herencia (automáticamente o mediante la *aditio hereditatis*; supra, §§ 501 y s.).

a) En lo que respecta al *legatum per vindicationem* surgió controversia entre las dos famosas escuelas jurídicas de Roma. Los proculeyanos estimaban que la cosa estaba ahora *sine domino*, pero que el legatario podía adquirir su propiedad exigiéndola del heredero. Los Sabinianos, en cambio, entendían que el legatario se convertía automáticamente en propietario con el *dies veniens*, pero si rehusaba el legado, la propiedad subsistía en el heredero como si en ningún momento hubiese sido adquirida por el legatario. No es preciso exponer los detalles de esta controversia. En realidad prevaleció la opinión de los sabinianos, algo modificada por Juliano. Cuando el legado era *ex die*, el legatario no adquiría la propiedad antes de que el día llegase (*dies venit*).

b) Cuando se disponía un legado *per damnationem*, el legatario era acreedor a partir del llamado *dies veniens*. ¿Podía en tal caso rehusar el legado? Se afirma generalmente que si no deseaba adquirirlo podía, simplemente, omitir la reclamación al heredero. Pero era posible que el legatario estuviese gravado con un *fideicommissum* y es poco verosímil que no pudiese liberarse de la carga renunciando al legado. Cuando el *legatum per damnationem* era *ex die* y el día no había llegado aún, el legatario, no obstante, era acreedor. Se daba entonces el caso de un débito todavía no debido: *incipit deberi pecunia, sed peti non potest*. Cuando el día llegaba, los juristas clásicos decían *dies (scilicet debiti) venit*. Por el carácter del *legatum per damnationem* se daba una *actio ex testamento* contra el heredero (Lenel, *Edict.* § 170). La fórmula no puede ser totalmente reconstruída, pero seguramente fué *in personam* (supra, § 56), no contenía la cláusula *ex fide bona* (supra, § 60) y había en ella una *condemnatio* (supra, § 30) que autorizaba al juez a condenar *in duplum* al demandado si éste negaba su deuda. Era también esta acción, una de aquellas *in quibus lis infitiando crescit in duplum* (Lenel, *Edict.* p. 368).

Un *fideicommissum* se adquiría según unas normas semejantes a las anteriores. El llamado *dies cedens* era el día en que el *de cuius* moría, dejando un heredero *ab intestato* gravado con el fideicomiso. Cuando el encargo se ordenaba testamentariamente, el *dies cedens* era con toda probabilidad, el día en que tenía lugar la apertura del testamento (supra, § 564). *Dies veniens* era el día en que el heredero gravado con el *fideicommissum* adquiría la herencia, o el día en que el legatario gravado con el *fideicommissum* adquiría el *legatum*. Con la adquisición del *fideicommissum*, el *fideicommissarius* se hacía acreedor, lo mismo que el legatario, en el *legatum per damnationem*. Ya hemos dicho que no existió una *actio ex fideicommisso* (supra, §§ 41, 548). El fideicomisario tenía

que hacer valer su derecho *ex fideicommisso* mediante una *extraordinaria cognitio*. Puesto que el juez en esta *cognitio*, hacía una amplia aplicación de la *bona fides*, la obligación derivada de un *fideicommissum*, difería mucho de aquella otra resultante de un *legatum per damnationem* (supra, § 548).

Cuando una misma cosa era legada *per vindicationem* a una pluralidad de personas, los legatarios eran, en tal caso, copropietarios *pro parte*, y si uno de ellos rehusaba el legado, la porción del renunciante acrecía a los demás anteriormente a la *lex Papia*. En relación con este punto, debemos también referirnos, a las indicaciones hechas oportunamente (supra, §§ 520 y s.). Si la misma cosa es legada a dos o más personas *per damnationem* o *per fideicommissum*, cada una de ellas podía reclamar toda la cosa independientemente de los colegatarios.

565. Pluralidad de legatarios.

Supongamos que el testador ha legado *per damnationem* su esclavo Stico a A y B. Cada uno de estos legatarios puede reclamar el esclavo, así que el heredero queda obligado a entregar el esclavo a uno de ellos y al otro el valor del esclavo. Únicamente si la cosa fué legada *coniunctim* (por ejemplo, *Titio et Seio*), los legatarios podían exigir solamente una parte y si uno de ellos rehusaba el legado, su porción no acrecía a sus colegatarios.

Todo legado, lo mismo que el *fideicommissum*, fué una carga impuesta a una persona que adquiriría del *de cuius* algo *mortis causa*. Si el heredero gravado con un legado se negaba a aceptar la herencia, el legado era ineficaz. Supongamos que A fué instituido único heredero y gravado con algunos legados. A rehusaba aceptar la herencia, abriéndose la sucesión intestada. Los legados son en tal caso ineficaces, porque los herederos *ab intestato* no están obligados a satisfacerlos. Si un legatario era gravado con un *fideicommissum* y el legatario se negaba a aceptar el *legatum*, el *fideicommissum* resultaba también ineficaz. Se dieron algunas excepciones a este principio.

566. El legado como carga impuesta a una persona.

1. Supongamos que el testador instituía heredero a su único hijo, imponiéndole algunos legados. El hijo a quien el padre había emancipado y que, por consiguiente, había dejado de ser *suus*, repudiaba la herencia. En este supuesto, todo el testamento con los legados en él dispuestos, quedaba privado de eficacia, abriéndose la sucesión legal. El hijo, invocando su condición de *heredero ab intestato* más próximo, pedía la *bonorum possessio unde liberi* (supra, § 405). En este caso el pretor concedía a los legatarios *actiones utiles (ficticiae)*; supra, § 49) contra el heredero *ab intestato*.

De este modo, si bien los legados eran nulos *iure civili*, el pretor los mantenía *causa cognita* (Lenel, *Edict.* § 168).

2. El testador instituía a A heredero único, imponiéndole algunos legados. Más tarde designaba a B como *heres secundo gradu* (*substitutio vulgaris*; supra, § 455). Luego de la muerte del testador A rehusaba la herencia y B pasaba a ser heredero universal. Hasta la época de Septimio Severo, B no asumía la carga de los legados. En este caso fueron mantenidos por virtud de un rescripto del mencionado Emperador.

3. El testador instituía a A y B herederos e imponía a A un *legatum per damnationem*. A rehusaba la herencia. Supongamos que su porción hereditaria acrecía a B, incluso con posterioridad a la *lex Papia* (supra, §§ 520, 565). El *legatum* era ineficaz porque B no estaba en tal supuesto obligado a satisfacerlo. El principio *portio transit cum suo onere* fué reconocido finalmente por el rescripto de Septimio Severo, al que anteriormente nos hemos referido.

567. *Quarta Falcidia.*

Para inclinar al heredero gravado con *legata* a aceptar la herencia, una *lex Falcidia* (un plebiscito del año 40 a. de J.C., debido al *tribunus plebis* P. Falcidio), concedía al heredero, libre de *legata*, la cuarta parte de la herencia líquida (*quarta Falcidia*). Cuando los *legata* excedían de las tres cuartas partes de la herencia líquida, debían ser disminuídos proporcionalmente.

Supongamos que H fué instituído heredero único y gravado con dos *legata per damnationem*, teniendo que pagar 60 a A y 40 a B. El valor neto o líquido de la herencia era de 120 y, por consiguiente, el heredero podía retener 30. Según lo dicho había que deducir de ambos legados 10 en la debida proporción y el método empleado es el siguiente:

$$\begin{aligned}x &= \text{importe que debe ser deducido del legado de A.} \\y &= \text{importe que debe ser deducido del legado de B.} \\x + y &= 10. \\x : y &= 60 : 40 \\x &= 6; \\y &= 4.\end{aligned}$$

El heredero debe, por tanto, a A 54 y a B 36, reteniendo él 30.

A pesar de lo sencilla que parece la regla, da lugar a problemas muy complicados y, como, por otra parte, los textos de nuestras fuentes más importantes, se hallan muy interpoladas, el Derecho concerniente a la *quarta Falcidia* resulta especialmente difícil.

La *lex Falcidia* otorgaba la *quarta* únicamente en caso de *legata*. Con respecto a los *fideicommissa* el "fiduciario" no tenía que

pagar nunca más de lo que recibía del *de cuius*, pero no podía en cambio retener la *quarta*. Sin embargo el *senatusconsultum Pegasianum* (infra, § 568) otorgó también la *quarta* al heredero testamentario en el caso de *fideicommissa* y Antonino Pío reconoció este mismo derecho en favor de los herederos *ab intestato*. Otras personas gravadas con *fideicommissa*, especialmente los legatarios, no tuvieron este privilegio.

Finalmente debemos considerar los efectos jurídicos producidos por un *fideicommissum hereditatis* (supra, § 561), impuesto a un heredero testamentario. El Derecho clásico se basaba en el *senatusconsultum Trebellianum* (dado bajo Nerón) y en el *Pegasianum* (del tiempo de Vespasiano). Limitémonos al caso más sencillo: Un testador instituye heredero único a H y le grava con el *fideicommissum* de transmitir la herencia a F transcurridos que sean tres años. Si H aceptaba la herencia, venía obligado a trasmitirla a F así que transcurrieran tres años. Si lo hacía así — y podía hacerlo con una simple declaración no formal — continuaba, no obstante, siendo *heres iure civili*, pero F era *heredis loco*. Por disposición del Senado, el pretor otorgaba a F una *hereditatis petitio utilis* (supra, § 535), llamada *hereditatis petitio fideicommissaria* (Lenel, *Edict.* § 68). Además, le otorgaba acciones hereditarias en concepto de *actiones utiles* y los acreedores hereditarios, podían intentar también contra el fideicomisario, *actiones utiles* (Lenel, *Edict.* § 68). Por otra parte, el pretor denegaba al *heres*, las acciones hereditarias y le protegía al mismo tiempo frente a los acreedores hereditarios. Estas reglas establecidas por el *senatusconsultum Trebellianum* fueron modificadas por el *senatusconsultum Pegasianum*. Como ya hemos dicho (§ 567), este senado consulto, concedió al heredero la *quarta Falcidia*, pero combinó de un modo lamentable esta razonable innovación, con otras reglas sumamente complicadas.

568. *Senatusconsultum Trebellianum* y *Pegasianum*.

El *Pegasianum* distinguía los siguientes casos:

1. El *fideicommissum* absorbía las tres cuartas partes de la herencia. Si el heredero aceptaba la herencia y entregaba las tres cuartas partes de la misma al fideicomisario, se aplicaba el *senatusconsultum Trebellianum*. El resultado era en este caso, que H venía considerado *heres iure civili* de toda la herencia y F *heredis loco* por las tres cuartas partes de la misma. H tenía las acciones hereditarias *iure civili*, pero podía usarlas limitadamente a una cuarta parte de la herencia: F disponía de *actiones hereditarias iure praetorio* por las tres cuartas partes de la herencia. Del mismo modo los acreedores hereditarios podían demandar a H por una cuarta parte *iure civili*, y a F por las tres cuartas partes *iure praetorio*.

2. Si el *fideicommissum* excedía las tres cuartas partes de la herencia, el *Pegasianum*, establecía la siguiente distinción.

a) El heredero aceptaba voluntariamente la herencia. En este caso, se hallaba facultado, para retener una cuarta parte de la misma y tanto si la retenía como si no hacía uso de este derecho, el fideicomisario no era *heredis loco* y era necesario proceder a las estipulaciones entre heredero y *fideicommissarius* para operar la transmisión de las responsabilidades y derechos hereditarios.

b) El heredero rehusaba la aceptación de la herencia. En este caso puede ser compelido a aceptarla por el magistrado. Si la aceptaba por efecto de la presión de la autoridad, perdía su derecho a retener la *cuarta*, pero el fideicomisario era, en tal supuesto, *heredis loco* de acuerdo con lo dispuesto en el *Trebellianum*.

Hemos expuesto estas complicadas y artificiosas reglas porque son muy importantes en la legislación y jurisprudencia clásicas. Una solución sencilla y clara hubiera sido conceder al testador la facultad de instituir a H como heredero suyo durante tres años y a F como heredero sucesivo una vez hubiese transcurrido dicho plazo. Pero esta solución habría pugnado con la máxima *semel heres, semper heres* (supra, § 456) la cual, aunque creada por los juristas y no por ninguna disposición legal, o por la intervención del pretor, había llegado a ser artículo de fe para aquéllos. En lugar de crear una excepción a esta sagrada norma prefirieron construir este Derecho tan complicado.

Justiniano abolió el *senatusconsultum Pegasianum* y restableció el *Trebellianum*, conservando del primero únicamente el derecho del heredero a retener la *cuarta* y el Derecho del magistrado de compeler al heredero a aceptar la herencia. Pero ni siquiera Justiniano se atrevió a derogar la máxima *semel heres, semper heres*. Los compiladores del *Digesto* y del *Codez* de Justiniano innovaron el Derecho anterior interpolando los textos clásicos, suprimiendo el *Pegasianum* en los textos clásicos donde se hallaba contenido y sustituyéndolo por el *Trebellianum*. Resulta ciertamente fácil descubrir estas interpolaciones por el texto de Gayo que poseemos. Además, los autores de la *Instituta* de Justiniano y el mismo Emperador (*Const. Tanta*, 6) no tienen escrúpulo alguno, en manifestar que la obra por ellos realizada, redundaba en beneficio de las escuelas jurídicas.

569. El Derecho justinianeo *ex-ploso senatus-consulto Pegasiano*.

F U E N T E S

§ 564. Vide *Epit. Ulp.* 24.31; D. (36.2) 5 pr.; Gayo, 2.194, 195, 200, 201-4; D. (50.16) 213 pr.; Gayo, 4.9 [*certa*]; 2.232; 4.171.

§ 565. Vide Gayo, 2.199, 205.

§ 566. Vide Gayo, 2.254 hasta *extinguebantur fideicommissa*; vide el Edicto *si quis omissa causa etc.*, en Lenel, *Edict.*, pág. 364; D. (80) 74 pr.

[*Licet*]; [*tamen... dicendum est*]; (31) 29.1 y 2; (31) 49.4; (31) 61.1. Otras excepciones no mencionadas en el texto: *Epit. Ulp.* 17.3; D. (30) 96.1.

§ 567. Vide Gayo, 2.227, 254; D. (35.2) 18 pr. para *propter fideicommissa*.

§ 568. Vide Gayo, 2.253-9.

§ 569. Vide D. (36.1) 17.1 [*Trebelliano*] «*Pegasusiano*», 17.2 [*sive*] «*suspectam*»; [*sive sponte... actiones*]; *Inst. Iust.* (2.23) 3-7; *Const. Tanta*, 6.

BIBLIOGRAFÍA

§ 564. Biondi, *Successione testamentaria* (1943), 338 y s., con referencias; sobre la *actio ex testamento in duplum*, vide Beseler, Z., XLVII (1927), 65 y siguientes.

§ 565. Biondi, l.c. 322.

§ 566. Sanfilippo, *Studi sull'ereditas*, I (1937), 158 y s.; Biondi, l.c. 325 y siguientes; Sobre Gayo, 2.254, vide Solazzi, *Scritti Ferrini* (1946), 184. Beseler, *Scritti Ferrini*, III (1948), 274.

§ 567. Windscheid, *Pand.* III, §§ 650 y s.; Biondi, l.c. 381 y s.; F. Schwarz, Z., LXIII (1948), 314 y s.

§ 568. Biondi, l.c. 477 y s.; Bartosek, "Il Sc. Trebelliano", *Scritti Ferrini*, III (1948), 308 y s.

4. «MODUS»

Supongamos el siguiente caso: Un testador lega (*per vindicationem* o *per damnationem*) una parcela de tierra a L, encargando al legatario la erección de un monumento en la expresada parcela y en memoria del testador. No era éste un *legatum* ordenado bajo la condición suspensiva de que el legatario construyese el monumento. Por otra parte, no podía interpretarse el encargo del testador como un *fideicommissum* impuesto sobre el legatario por la sencilla razón de que no había beneficiario alguno. Es éste un caso claro de lo que los compiladores de Justiniano llamaban un *legatum sub modo* (D. 35.1; C. 6.45). Aunque esta denominación no es clásica, usaremos de ella en la exposición que sigue a falta de otra mejor.

570. Concepto.

Un *modus* puede ser impuesto al heredero lo mismo que al legatario, para conseguir varios fines. El testador podía de este modo dar las intrucciones concernientes a su funeral, podía disponer que el día del aniversario de su nacimiento se celebrasen fiestas para los pobres; podía prohibir la enajenación de un predio, podía incluso encargar, que se entregase cierta suma de dinero a determinada persona, aunque sin usar las fórmulas propias del legado. Por ejemplo: "Titio fundum Cornelianum do lego ita ut centum Maevio det". Con arreglo a lo dicho, podemos dar la siguiente definición: *Modus mortis causa* fué una carga impuesta

571. Finalidad.

por el testador al heredero o al legatario, que no es ordenación de un legado propiamente dicho (*legatum o fideicommissum*).

572. Importancia jurídica.

Las disposiciones de esta especie fueron usuales en la época clásica, pero no hubo un término específico para designarlas. En principio, un *modus* implicaba únicamente una obligación moral o religiosa. Cuando el *modus* era impuesto a un legatario, el heredero podía retener la cosa legada, hasta que el legatario le prometiese ejecutar el *modus*. Cuando la ejecución de éste, interesase al Estado o a la religión, los magistrados o las autoridades religiosas, podían intervenir para promoverla, pero nuestras fuentes son poco fidedignas respecto a este punto concreto. Cuando el *modus* implicaba un beneficio para determinada persona, pudo ser considerado como un *fideicommissum* implícito, pero ya hemos dicho (§ 559) que los juristas (por lo menos hasta la época de los Severo), sintieron franca repugnancia en admitir los *fideicommissa* implícitos.

573. Derecho justinianeo.

En el Derecho de Justiniano la ejecución del *modus* podía ser impuesta coactivamente. Los compiladores introdujeron esta nueva norma mediante las consabidas interpolaciones llevadas a cabo en los textos clásicos.

F U E N T E S

§ 572. Vide D. (35.1) 40.5; (5.3) 50.1 [*quamvis... voluntatis*]; D. (36.1) 76 pr.

§ 573. En D. (33.1) 7, la última frase es ciertamente espuria; vide *Index Interp.*

B I B L I O G R A F Í A

§§ 570-3. Pernice, *Labeo*, III. 1 (1892), 32 y s.; Mitteis, *RP.*, I (1908), 196 y s.; Biondi, *Successione testamentaria* (1943), 567 y s.

5. «DONATIO MORTIS CAUSA»

574. Concepto.

La *donatio mortis causa* clásica fué una donación efectuada mediante un convenio celebrado entre donante y donatario, convenio que surtía pleno efecto al morir el donante (al morir por ejemplo a consecuencia de una peligrosa operación quirúrgica), siempre que el donatario le sobreviviese. Semejante a cualquier otra donación, la *donatio mortis causa* pudo realizarse de varias maneras. Podía el donante transferir la propiedad al accipiente bajo la condición suspensiva de que el donatario le sobreviviese. En tal caso si el donatario premuriese al donante, éste puede recu-

perar lo donado mediante el ejercicio de la *rei vindicatio*. El donante puede transferir la propiedad al donatario de modo incondicional, pero obligando a éste o a su heredero, a retransferir la propiedad al donante, si éste sobrevivía al donatario.

La *donatio mortis causa* clásica difería notablemente del legado. Las formas exigidas para los *legata clásicos* y para los *fideicommissa* eran radicalmente distintas de las propias de la *donatio mortis causa*. No obstante, desde el punto de vista económico, la *donatio mortis causa* se asemeja al legado y no puede maravillar que en la época clásica, la *donatio mortis causa* fuese en algunos aspectos equiparada al legado. Ya hemos dicho (§ 549) que un *fideicommissum* podía ser impuesto al donatario de una *donatio mortis causa* lo mismo que al legatario. Además, a tenor de una constitución de Septimio Severo, el heredero podía deducir la *quarta Falcidia* (supra, § 567) de una *donatio mortis causa*. Por otra parte, los compiladores del *Digesto*, lo declararon así en un texto interpolado (D. 39.6.37 pr.).

575. *Donatio mortis causa* y legado.

“*Illud generaliter meminisse oportebit donationes mortis causa factas legatis comparatas; quodcumque igitur in legatis iuris est, id in mortis causa donationibus erit accipiendum.*”

Los autores de la *Instituta* de Justiniano (2.7.1), refiriéndose a la constitución de este Emperador C. (8.56) 4, dicen:

“*Hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia... a nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur.*”

Pretendieron pues claramente los compiladores, asimilar la *donatio mortis causa* al legado. En estas circunstancias y careciendo como carecemos de otros textos que no sean los justinianeos, resulta difícil averiguar si el proceso de asimilación fué consumado en la época clásica y fijar la parte que debe ser atribuída en tal proceso a los autores post-clásicos. Parece ser cierto que en Derecho clásico la *donatio mortis causa* como tal, no podía ser revocada por el donante. La *donatio mortis causa* clásica fué un convenio y, por serlo, no podía ser revocado por el donante lo mismo que se podía revocar un legado (supra, § 562). Cuando en los textos aparece reconocido este derecho de revocación, aquéllos son espúrios o tuvieron en su redacción primigenia un sentido distinto.

F U E N T E S

§ 574. Vide D. (39.6) 2.

§ 575. Vide D. (6.50) 5.

BIBLIOGRAFÍA

§§ 574, 575. Biondi, *Successione testamentaria* (1943), 703 y s., con completas referencias.

APÉNDICE «EXECUTOR»

576. Concepto.
Actitud de los
juristas.

En el complejo cuadro del Derecho sucesorio clásico, faltaba la institución del *executor*, esto es, un personaje independiente, nombrado por el testador para que ejecutase los deseos de éste. Fué ésta una omisión fatal, pues con ayuda del *executor*, el Derecho de sucesión se habría simplificado notablemente y esta simplificación constituía una apremiante necesidad del Derecho sucesorio romano. Los juristas republicanos estuvieron muy cerca de esta institución, pues el *familiae emptor* en el testamento del bronce y la balanza (supra, § 432) pudo muy bien haber evolucionado, hacia el tipo del *executor*. Desgraciadamente los juristas emprendieron otro camino y el *familiae emptor* pasó a ser un mero testigo.

577. *Executores*
en los testamen-
tos romanos.

Los testamentos romanos otorgados en el periodo clásico que podemos utilizar, muestran que el *executor* (llamado *curator* o *procurator*), existió realmente, pero su existencia fué sólo *de facto*. Un testador podía nombrar *curator* a un amigo suyo por testamento dándole instrucciones para que ejecutase lo dispuesto en él una vez muerto el testador. Este amigo podía aceptar el oficio encomendado e intentar dar cumplimiento a los deseos del testador, siempre y cuando pudiese apoyarse en la buena voluntad de herederos y legatarios. Todo dependía de la lealtad, de la buena fe y de la buena voluntad. El *executor* no consiguió un reconocimiento legal en la ortodoxia del Derecho clásico. La historia jurídica del *executor* comienza propiamente en la Edad Media.

FUENTES

§ 576. Vide D. (36.1) 80.1.

§ 577. Vide el testamento de Antonio Silvano (142 de J.C.), FIRA., III, número 47, con referencias; Macqueron, RH. XXIV (1943), 123.

BIBLIOGRAFÍA

§§ 576, 577. Windscheid, *Pand.* III, 567; Mitteis, RP., I (1908), 105, número 30; Kübler, PW., VA. 1010; Biondi, *Successione testamentaria* (1943), 607 y s., con referencias; Macqueron, RH. XXIV (1945), 150.

CUARTA PARTE

DERECHO DE PROPIEDAD

INTRODUCCIÓN

Constituye la materia propia de esta parte, el derecho clásico 578. Objeto. de propiedad y aquellos otros derechos que emanan de éste y le modifican. El usufructo, por ejemplo, es una emanación del Derecho de propiedad ya que solamente puede crearlo el dueño de una cosa. En tanto el usufructo existe, la propiedad queda modificada, esto es, gravada con el derecho que corresponde al usufructuario. Así, si el dueño de una cosa enajena ésta a un tercero, el derecho del usufructuario sobre la cosa, permanece invariable. Habremos pues de ocuparnos también aquí del usufructo. Además, en el caso de un contrato de arrendamiento, por virtud del cual, el arrendador entrega una parcela de tierra al arrendatario, si bien éste podía, lo mismo que el usufructuario, percibir los frutos de la cosa arrendada, el derecho del arrendatario es, en época clásica, radicalmente diferente del que corresponde al titular del usufructo. El derecho del arrendatario romano, en contraste con el del arrendatario inglés, no emana de la propiedad, y es por tanto indiferente que el arrendador sea o no dueño de la tierra arrendada. Si es dueño, el derecho del arrendatario no modifica la propiedad. No es, como el usufructo, una carga impuesta sobre el dominio. Supongamos que el dueño de una parcela de tierra quiere arrendarla por tres años. Transcurrido un año enajena a un tercero la tierra dada en arrendamiento. El nuevo propietario puede desahuciar al arrendatario y éste en tal caso no tiene otro derecho, que el de reclamar del arrendador el abono de los perjuicios sufridos. El contrato de arrendamiento no implica pues una modificación de la propiedad y el lugar apropiado para ocuparnos de él, es la parte referente al Derecho de obligaciones (infra, § 935).

Los autores modernos propenden a incluir la propiedad y los derechos que modifican ésta, en un concepto amplio, el de los llamados *iura in re*, o conforme al uso inglés *iura in rem*, pero este concepto no es clásico. Los juristas clásicos nunca denominaron 579. Iura in rem.

la propiedad (*dominium*; vide infra, § 587) *ius in re* o *in rem*, ni conocieron el término *iura in re aliena* (o *in rem alienam*). Por esta razón, no hay por qué definir en esta parte el *ius in re* (o *in rem*).

580. Su carácter liberal.

El carácter liberal del Derecho clásico de propiedad es tan evidente que bastarán para demostrarlo solamente muy pocas observaciones.

581. Propiedad sacrosanta.

1. La propiedad es sacrosanta. No era práctica romana proclamar este principio en una fórmula solemne, pero a pesar de ello el carácter sacrosanto de la propiedad en Roma es indudable.

Vide *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, de 28 de agosto de 1789, art. 17: "La propriété, étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une et préalable indemnité." Para declaraciones similares en las constituciones continentales, vide Hedemann, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert*, II.1 (1930), 117 y siguientes.

Este principio despliega su virtualidad a través de las siguientes reglas:

a) La institución jurídica de la expropiación fué perfectamente conocida en el Derecho republicano y en el clásico, pero no fué regulada, y la materia se confió enteramente a la discreción de los magistrados. Estos fueron en verdad muy reacios a la expropiación y el mismo Augusto dió en este mismo sentido un buen ejemplo a los demás.

b) La pérdida de la propiedad por prescripción fué mantenida dentro de estrechos límites, como veremos más adelante (infra, §§ 622 y s.).

c) Cuando un no propietario enajenaba una cosa sin el consentimiento del dueño de la misma, el accipiente, aunque fuese de buena fe, no adquiría el dominio de las cosas, pues la protección de su *bona fides* habría implicado una verdadera expropiación del dueño de la cosa. Los juristas clásicos no creyeron procedente discutir la cuestión de si se fomentaba la seguridad del comercio protegiendo la buena fe del accipiente, pues lo que les interesaba en realidad, no era esta seguridad sino la de los derechos. Así pues, el propietario podía demandar al *possessor bona fide* mediante la *reivindicatio* y éste no podía ni siquiera reclamar del actor el precio que había satisfecho por la cosa.

582. Elasticidad de las limitaciones del dominio clásico.

2. El dominio clásico no implica un Derecho ilimitado sobre la cosa. Los poderes que corresponden al dueño de un esclavo fueron restringidos por constituciones imperiales. La propiedad

de la tierra fué también limitada, no sólo teniendo en cuenta el interés de los vecinos, si que también por imperativo del Derecho público. Pero con todo, es evidente, que en el Derecho clásico las limitaciones de la propiedad fueron muy laxas, especialmente si se comparan con las de la propiedad germánica en la Edad Media. El principio liberal que informa toda esta materia, exigía que la propiedad fuese lo más ilimitada posible y que se reconociese una amplia esfera a la acción y a la iniciativa individuales. La propiedad mobiliaria e inmobiliaria podía ser enajenada y dividida libremente. Las disposiciones legales limitativas de este derecho de libre disposición, fueron muy escasas (supra, §§ 214, 300). Las limitaciones impuestas en nuestros días por la caza, la pesca y la minería fueron desconocidas en Derecho clásico.

3. El derecho de un propietario a imponer sobre la propiedad cargas o gravámenes en favor de otras personas, fué limitado, pues el principio liberal a que nos referimos, exigía mantener la propiedad libre en lo posible de limitaciones. El usufructo que otorgaba derechos muy amplios al usufructuario, fué restringido en cuanto al tiempo de su duración ya que tales derechos no podían ser transferidos por el usufructuario a otras personas y el usufructo se extinguía con la muerte del titular. Las servidumbres también fueron severamente restringidas en cuanto a su contenido (infra, § 685). La hipoteca, dada su estructura, no podía servir de objeto de inversión del capital. La hipoteca clásica no fué concebida como una carga permanente sobre la propiedad (infra, § 700).

583. Propiedad libre.

4. Las tendencias liberales no favorecieron la copropiedad. En la copropiedad cada propietario podía disponer de su parte (en el derecho, no en el objeto) y pedir la disolución de la *communio* mediante el ejercicio de la *actio communi dividundo* (supra, § 86). Hubo ciertamente una forma de copropiedad sin partes disponibles (*zur gesamten Hand*), la propiedad común de las llamadas personas jurídicas (supra, §§ 146, 157, 173), pero éstas se rigen como es sabido por normas especiales. La propiedad de una casa distinta de la propiedad del solar; la propiedad del piso de una casa; la propiedad de los frutos pendientes; todas estas formas de copropiedad tan conocidas en Derecho germánico, no se dan en el Derecho romano clásico. Tampoco el Derecho romano, acepta la división germánica de dominio directo y dominio útil.

584. Copropiedad.

El carácter liberal de Derecho clásico relativo a la propiedad es innegable. Un estado de cosas tal como el que existía en Alemania, Austria y Francia cuando, con anterioridad a la legislación agraria de fines del siglo XVIII y comienzos del XIX, la propiedad

585. Consideración general.

de la tierra se hallaban prácticamente sofocada por la acumulación de gravámenes, no podía darse en el Derecho de Roma. No nos es posible precisar hasta qué punto, el liberalismo de este Derecho, produjo efectos perjudiciales y en qué medida fué un factor importante en el desarrollo de los *latifundia* italianos. Sea lo que fuere, es indudable que el carácter liberal del Derecho clásico de propiedad ha hecho de éste un monumento perenne en la historia jurídica de Europa.

BIBLIOGRAFÍA

§ 579. Sobre *ius in rem*, vide *Voc. Iur. Rom.*, V. 122, 31 (D. 32.20); sobre *ius in re*, *Voc. Iur. Rom.*, V, 130.26; Windscheid, *Pand.* I (1906), § 33, número 4; § 165, núm. 1; G. Grosso, *I problemi dei diritti reali nell'imposizione Romana* (1944), 2, núm. 1.

§ 581a. F. M. de Robertis, *La espropriazione per pubblica utilità nel diritto Romano* (1936); Schulz, *Principles* (1936), 161, 163.

§ 581c. Schulz, l.c. 155, 251; Beseler, "Hand wahre Hand", *St. Besta*, I (1939), 199.

§ 582. Schulz, l.c. 151 y s.; Scialoja, *Teoria della proprietà nel diritto Romano*, I (1928), 303 y s., 413 y s.; Bonfante, *Corso*, II.1 (1926), 272 y s.

§ 583. Schulz, l.c. 153 y s.

§ 584. Schulz, l.c. 154; Scialoja, l.c. 425 y s.; Bonfante, *Corso*, II, 2 (1928), 3 y s.

§ 585. Mommsen, *Schr.* III, 582; Schulz, l.c. 157 y s.

CAPÍTULO I

PROPIEDAD

1. CONCEPTO DE LA PROPIEDAD. TERMINOLOGÍA

Las fuentes utilizables no contienen una definición de la propiedad y podemos, con toda seguridad, afirmar que los juristas clásicos, nunca intentaron definirla. Sin embargo, creemos que la propiedad romana puede ser definida así: 586. Definición.

Propiedad es un derecho sobre cosa corporal (N.B.) que confiere por principio a su titular, un pleno poder sobre la cosa, aunque este poder pueda estar sujeto a variadas limitaciones.

Ciertamente que esta definición nada descubre respecto al contenido de la propiedad en un caso concreto. Supongamos que el dueño de una parcela de tierra, ha gravado ésta con un usufructo, con servidumbre e hipotecas y que el derecho del propietario, resulta además limitado por varias normas de Derecho público. El poder jurídico del dueño, sobre la tierra, resulta ciertamente muy limitado, pero a pesar de esta limitación, debe el dueño ser considerado como tal según la definición, ya que el Derecho confiere al propietario (dejando a un lado las excepciones) un poder pleno sobre la tierra. El concepto romano de la propiedad, ha sido ampliamente discutido y tuvo mucha aceptación la falsa doctrina de que la propiedad romana, implicaba un poder ilimitado en contraste con la propiedad germánica. De hecho, este concepto de la propiedad, fué considerado erróneamente como concepto romano, por modernos romanistas. Como ya hemos dicho, las fuentes utilizables, no contienen definición alguna y el Derecho romano sobre el cual hemos de construir esta definición, demuestra claramente que la propiedad romana, nunca otorgó al propietario un poder ilimitado. El Derecho clásico fué un Derecho liberal y, por serlo, las limitaciones de la propiedad fueron muy elásticas, incomparablemente más que lo fueron las del Derecho germánico. No es individualista el concepto romano de la propiedad, sino el Derecho romano referente a ésta.

587. Terminología.

En el lenguaje jurídico clásico se usan algunos términos para designar lo que nosotros llamamos propiedad.

1. *Dominium y proprietas*. El propietario era llamado *dominus, proprietarius, o dominus proprietatis*.

2. *Esse alicuius* significa “cosa que está en el dominio de alguien” (*meum est* = yo soy el dueño).

3. *In bonis* (o *ex bonis*) *esse* o *habere*.

4. En la época republicana cuando *dominium y proprietas* no son todavía términos jurídicos, la propiedad se designaba describiendo su contenido principal: *habere possidere uti frui licere*. En la época clásica, esta fórmula se usó únicamente para designar la propiedad privada del suelo provincial (infra, § 591).

FUENTES

§ 587. Vide *Lex Antonia de Termessibus* (71 a. de J.C.), I, líneas 12-36 (Bruns, *Fontes*, núm. 14; FIRA., I, núm. 11; ILS., núm. 38; Hardy, *Roman Laws and Charters, with a translation*, 1912, 94 y s.) con Kaser, *Z.*, LXII (1942), 63 y s.

BIBLIOGRAFÍA

§ 586. Windscheid, *Pand.* I, 167; Schulz, *Principles*, 151; Karl Diehl, *Theoret. Nationalökonomie*, II (1924), 214; Hedemann, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrh.*, II, 1 (1930), 119; Scialoja, *Proprietà*, I (1928), 255 y s.; Bonfante *Corso*, II.1 (1926), 190 y s.

§ 587. M. Kaser, *Eigentum und Besitz im älteren röm. Recht.* (1943), 306 y s.; *Z.*, LXII (1942), 76 núm. 241, 64; Monier, “La Date de l'apparition du dominium”, *St. Solazzi* (1948), 357 y s.

2. ESPECIES CLÁSICAS DE PROPIEDAD

588. Propiedad quiditaria.

I. La forma principal de la propiedad fué el *dominium ex iure Quiritium*, esto es, la propiedad reconocida por el *ius civile* romano. Éste exigía (1) una persona capaz de ser propietario; (2) una cosa corporal susceptible de hallarse *in dominio*.

1. Todo ciudadano romano era capaz de tener *dominium ex iure Quiritium*. Los no romanos únicamente si se hallaban en posesión del *ius commercii*.

2. Las cosas corporables muebles de cualquier género, son susceptibles de estar *in dominio ex iure Quiritium*. En lo que se refiere a la propiedad inmobiliaria (*fundi*, los juristas clásicos evitan el término *res immobiles*), únicamente los *fundi Italici* podían ser objeto de propiedad quiritaria, es decir, solamente podían serlo

las tierras situadas en Italia aunque excepcionalmente el “*ius Italicum*” se concediese a territorios extraitálicos.

589. Propiedad bonitaria.

II. Al lado de la propiedad quiritaria hubo también una propiedad pretoria, del mismo modo que en el Derecho sucesorio figura la *bonorum possessio* al lado de la *hereditas* (supra, § 377). La propiedad pretoria tuvo mucha menos importancia que la *bonorum possessio*. Aquélla tuvo una existencia transitoria puesto que se convertía mediante la *usucapio* en propiedad quiritaria, transcurridos que fuesen uno o dos años, según los casos (infra, § 622). La propiedad pretoria, lo mismo que la quiritaria, fué accesible únicamente a los ciudadanos romanos y a aquellos que aún no siendo romanos, se hallasen en posesión del *ius commercii*. En cuanto a los inmuebles, sólo los *fundi Italici* o *Italici iuris* podían ser objeto de propiedad pretoria. Los juristas clásicos designaron la propiedad pretoria, a diferencia de la quiritaria, con las expresiones *in bonis esse* o *in bonis habere* (de aquí la expresión moderna de “propiedad bonitaria”) y nunca con el de *dominium*; Gayo, constituye, en este punto, una excepción (Gayo, 1.54; 2.40, infra, § 655).

590. *Res publicae*.

III. Todas las cosas pertenecientes al Estado romano eran denominadas *res publicae*. Se hallaban éstas en propiedad del Estado, pero no era la propiedad del Estado, una propiedad quiritaria y mucho menos una propiedad privada. Era una propiedad pública, sujeta a reglas especiales, que diferían radicalmente de las que se aplicaban en Derecho privado. Las cosas de uso público como calles, plazas teatros, etc. (*res publicae publico usui destinatae*) se hallaban en propiedad del Estado romano, aunque protegidas con recursos o defensas especiales. Así, en la época clásica, eran *res publicae*:

1. Todas las cosas pertenecientes al *Aerarium populi Romani* (supra, § 148).

2. Las cosas pertenecientes al *fiscus*, por lo menos desde los tiempos de Claudio, aunque ya bajo Augusto, la propiedad fiscal, no estaba sometida enteramente al Derecho privado (supra, § 152).

Las cosas pertenecientes a los *municipia* romanos fueron también llamadas (aunque incorrectamente) *res publicae*. Los *municipes* eran los propietarios (*zu gesamter Hand*; supra, § 157) de estas cosas. En general, esta especie de propiedad se hallaba sometida al Derecho privado (era una propiedad quiritaria o pretoria). Las plazas públicas, las calles, y los edificios situados dentro del *municipium*, fueron igualmente propiedad de los *municipes*, aunque protegida con recursos especiales semejantes a los correspondientes a la *res publicae publico usui destinatae* en Roma.

591. *Fundus provincialis.*

IV. Cuando la tierra en cuestión pertenece a una provincia, hay que distinguir:

1. Si la tierra ha recibido el beneficio del *ius Italicum*. En este caso puede dicha tierra, ser objeto de propiedad quiritaria y pretoria.

2. La tierra puede pertenecer al *Aerarium populi Romani* o al *fiscus* y en tal caso es una *res publica*.

3. La tierra sita en territorio de una *civitas libera et foederata* (supra, § 130) no es del Estado romano ni está sujeta a la administración provincial. Perteneciente a la *civitas* o a las personas individuales (romanos o peregrinos), pero no es propiedad romana, sino propiedad de Derecho peregrino. La tierra perteneciente a una *civitas Latini iuris* era propiedad de Derecho latino (§ 134).

4. El resto de la tierra provincial, era propiedad de las comunidades o personas individuales (romanos o peregrinos), pero no era una propiedad quiritaria ni pretoria. Era una propiedad de género especial, sujeta en cuanto a su regulación, a un Derecho mixto de Derecho romano y Derecho peregrino. Para designar esta especie de propiedad, los juristas clásicos, usaron la vieja fórmula republicana (o parte de ella) *habere possidere uti frui licere* (supra, § 587). El *dominium* de esta tierra, fué adscrito al Estado romano; en las provincias senatoriales al *Populus Romanus*, y en las imperiales al *Princeps*, pero tampoco esta propiedad fué quiritaria ni pretoria. Era una especie de propiedad pública que implicaba la sujeción de la tierra provincial al pago de un canon o tasa. El territorio objeto de esta propiedad, estaba sometido a la administración de los Gobernadores de Provincias.

592. *Res sacrae.*

V. Las cosas consagradas a un dios por un Magistrado romano, observando en la consagración las ceremonias prescritas, fueron consideradas como pertenencia del dios al cual se consagraban (*res sacrae*). En realidad, estas cosas, eran propiedad del Estado romano, pero se trataba de una especial propiedad pública, sujeta a reglas peculiares (*res divini iuris*). Eran estas cosas distintas de la *res publicae*.

593. *Res religiosae.*

VI. La *res religiosae* eran cosas consagradas a la religión, pero de éstas solamente los sepulcros tenían reconocido un *status* jurídico especial y, por tal razón, fueron las únicas llamadas por Gayo (2.4) *res religiosae*. Los sepulcros donde legalmente se enterraban los seres humanos, fueron considerados propiedad de los *Di Manes*. En realidad pertenecían a personas individuales o grupos de personas, en especial a los *collegia funeraticia*. Pero esta propiedad cae fuera de la órbita del Derecho privado (las cosas eran *res divini iuris*) y está regulada por normas especiales.

VII. Nos hemos referido anteriormente al principio sentado por la jurisprudencia republicana y clásica, que consistía en ignorar el Derecho público y sacro, para polarizarse exclusivamente en el estudio del Derecho privado. Consecuentemente, los juristas clásicos, hacen mención breve de estas formas de propiedad que fueron total o parcialmente reguladas por normas de Derecho público y de Derecho sacro. Así Gayo (2.3-11) establece que la *res publicae, sacre y religiosae* no entran en la esfera propia del Derecho privado (no están *in bonis*), y cuando los juristas clásicos se ocupan del Derecho referente a los sepulcros, se limitan probablemente a estudiar los recursos o defensas previstos en el Edicto, sin hacer una cumplida exposición del Derecho que los pontífices habían elaborado en relación con los sepulcros. En lo que respecta a esta materia, debemos seguir el ejemplo de los juristas y concentrar nuestra atención en la propiedad privada, esto es, en la propiedad quiritaria y en la bonitaria (pretoria).

594. Actitud de los juristas.

F U E N T E S

- § 588. Compar. Gayo, 2.42 con *Epit. Ulp.* 19.8.
§ 589. Vide Gayo, 1.54; 2.40-1.
§ 590. Vide D. (50.16) 15; Gayo, 2.11.
§ 591.4. Vide Gayo, 2.7 y 2.21.
§ 592. Vide Gayo, 2.4 y 5; D. (1.8) 6.3; *Macrob. Sat.* 3.3.2 = Bremer, *Jur. Antehadr.* I, 404; Frontinus, *Grom. Vet.*, pág. 56 sobre *luci sacri: solum indubitate populi Romani est.*
§ 593. Vide Gayo, 2.4 y 6; Gellius, 4.9.8 = Bremer, *Lc.* II, 1, pág. 366.

B I B L I O G R A F Í A

- § 588. Mommsen, *Staatsrecht*, III, 1 (1887), 630 y s.; Kaser, *Z.*, LXII (1942), 74. Sobre *res immobiles*, vide *Voc. Iur. Rom.* III, 397; Schulz, *Epit. Ulp.* (1926), pág. 43; Kübler, *St. Bonfante*, II (1930), 347; A. Schiller, *ACI.*, Roma, II (1935), 431 y s.; Di Marzo, *Bull.* XLIX/L (1948), 236 y s.
§ 590. Scialoja, *Proprietà*, I (1928), 204 y s.; Bonfante, *Corso*, II, 1 (1926), 66 y siguiente.
§ 591.3. Kaser, *Z.*, LXII (1942), 56.
§ 591.4. Klingmüller, *Philologus*, LXIX (1910), 71 y s.; Carelli, *SD.*, I (1935), 379; Kaser, *Z.*, LXII (1942), 77 y s., con referencias; Last, *JRS.*, XXXIV (1944), 55, con referencias; F. Bozza, "Gaio II, 7 e la proprietà provinciale", *Athenaeum*, N.S. XX (1942), 66 y s.; XXI (1943), 13 y s.; Solazzi, *SD.*, VII (1941), 373 y s.
§ 592. Mommsen, *Staatsrecht*, II, 1 (1887), 59 y s.; Wissowa, *Religion und Kultus der Römer* (1912), 385, 467; Scialoja, *Proprietà*, I (1928), 141; Bonfante, *Corso*, II.1 (1926), 13 y s.
§ 593. Wissowa, *Lc.* 387; Ferrini, *Opere*, I, 1 y s.; Mommsen, *Schr.* III,

198; Taubenschlag, Z., XXXVIII (1917), 244, con referencias; Scialoja, locución citada 158 y s.; Bonfante, l.c. 20 y s.; Alertario, *Studi*, II (1941), 1 y siguiente.

3. TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD POR ACTOS «INTER VIVOS»

595. *Dominium transferre.*

La transmisión de la propiedad (*traslatio dominii, transferre dominium*) es una expresión metafórica que significa que la propiedad del accipiente es idéntica a la del anterior propietario, con otras palabras, que el accipiente sucede en la propiedad del alienante. Ya hemos dicho anteriormente que el concepto de la llamada sucesión singular o particular, fué desconocida de los juristas clásicos (§ 369). Es dudoso que estos juristas usaran las metáforas *traslatio dominii, transferre dominium, dominium transit*. Por ello ha sido afirmado, que cuando estos términos aparecen en escritos clásicos, los textos correspondientes se hallan con toda seguridad interpolados. Los juristas clásicos usaban la expresión *transferre rem* y la idea que quisieron expresar fué, según se ha dicho, que en tal supuesto la propiedad del alienante se extinguía y surgía una nueva propiedad en el accipiente. Desgraciadamente esta teoría, no obstante haber tenido gran aceptación, no ha sido probada ni podrá serlo con las fuentes de que disponemos. Pero aún siendo cierto, que estas expresiones no fueron nunca usadas por los juristas clásicos (la frase *propriatatem transferre* del D. 7.5.7 es difícilmente impugnabile), ello no implicaría que la idea de transmisión de la propiedad les fuese extraña. *Rem per mancipationem transferre* (Gayo, 2.22) es también una expresión metafórica que puede significar únicamente *dominium transferre* (vide Gayo, 3.85). Toda esta cuestión es puramente terminológica y, por ello es preferible seguir discutiendo sobre la transmisión de la propiedad.

596. Ojeada de conjunto.

En Derecho clásico hubo cinco actos *inter vivos* mediante los cuales, la propiedad podía ser transmitida: *mancipatio, in iure cessio, traditio, adjudicatio* y *adsignatio* (por un magistrado romano); pero únicamente las tres primeras son actos privados que habrán de ser objeto de esta exposición.

I. *Mancipatio (mancipium)*

597. Casos anómalos.

Hemos encontrado la *mancipatio* en ocasiones distintas (*noxæ datio, supra, § 73; coemptio, § 195; adoptio, § 249; emancipatio, § 272; testamento mancipatorio, § 431*), pero en la época clásica estas ocasiones eran verdaderamente anómalas. El caso ordinario y ejemplar fué siempre la *mancipatio* de cosas corporales, y es ahora cuando debemos ocuparnos de ella.

Mancipatio es un antiguo acto jurídico que puede remontarse a las Doce Tablas, aunque su larga historia no pueda puntualizarse de modo seguro sobre la base de fuentes realmente fidedignas. De acuerdo con el plan antes anunciado, nos limitaremos al estudio del Derecho clásico, dejando aparte las conjeturas más o menos plausibles que han sido ideadas en relación con la fase republicana y prehistórica de la *mancipatio*. 598. Historia.

La *mancipatio rei corporalis* clásica fué una transmisión que adoptó la forma de una venta ficticia. Su objeto más frecuente fué la transmisión de la propiedad. También producía otros efectos, los cuales se estudiarán más adelante (en especial el de la llamada *actio auctoritatis*, vide infra, § 920), pero éstos no eran esenciales y podían dejar de darse en algunos casos, mientras que la transmisión de la propiedad fué efecto esencial e inevitable de toda *mancipatio* de cosa corporal. El acto debía celebrarse conforme al viejo ritual republicano, el cual se mantuvo obstinadamente durante todo el período clásico. Su antigüedad no debe exagerarse, pues es evidente que la forma observada en el período clásico, no es idéntica a la original. El rito que debía observarse en los tiempos clásicos fué el siguiente: En presencia del transmitente, de cinco testigos y del portador de la balanza (*libripens*), el adquirente había de pronunciar la siguiente fórmula: 599. Ritual clásico.

“Hunc ego hominem ex iure Quiritum meum esse aio, isque mihi emptus esto hoc aere aeneque libra.”

“Declaro que este esclavo es mío por Derecho quirritario, y que lo he comprado con este bronce y esta balanza.”

Mientras pronuncia las palabras de la fórmula, debe asir al esclavo en señal de propiedad. El transmitente permanece en silencio. El accipiente percute la balanza con un metal que entrega al transmitente como precio simbólico. Este rito requiere una explicación.

1. El *libripens* con la balanza, se remonta a un tiempo en que era usual la comprobación del peso de los lingotes no acuñados, los cuales, constituían el precio de adquisición de la cosa. En la época clásica, no se da ya el pesaje real. Lo que el adquirente entrega al transmitente es metal amonedado, a veces una sola moneda (*nummus unus*). Toda *mancipatio* clásica fué consiguientemente una *venditio imaginaria* (Gayo, 1.113, 119), ya que el precio satisfecho en la ceremonia era un precio nominal. Incluso cuando la *mancipatio* tenía lugar *venditionis causa*, esto es, para dar cumplimiento a una venta, el precio real, no era satisfecho, ni siquiera mencionado, en el ritual propio de la *mancipatio*. Probablemente 600. Mancipatio nummo uno.

se consignaba en una declaración anterior (*nuncupatio*) y, si había de pagarse en el acto se satisfacía inmediatamente antes o después de tener lugar la ceremonia. Así pues, la *mancipatio rei corporalis* clásica fué siempre una transmisión ejecutiva de una compraventa ficticia al contado. Puede servir también para cumplir otros cometidos, así por o para la transmisión de la propiedad *donationis causa, dotis causa, fiducia causa, solutionis causa*.

601. *Emptus est*.

2. *Mihi emptus esto*. La lección *esto* dada por Gayo, 1.119 del Cod. Veronensis es correcta puesto que reaparece en 2.104; 3.167. Boethius (*Ad. Cic. Top.* 5.28; *Ciceronis Opera*, ed. Orelli-Baiter, V [1933], 322) citando a Gayo, 1.119, da *est* en lugar de *esto*, una evidente simplificación de la *lectio difficilior* "*esto*". *Emere* significa en la época clásica "comprar", "adquirir", cualquiera que fuese su significado en los ya remotos tiempos de la República.

602. Presencia del objeto.

3. El adquirente tenía que asir, según dice Gayo expresamente en 1.121, la cosa objeto de la *mancipatio* ("adprehendere id ipsum, quod ei mancipio datur, necesse sit"), añadiendo que este acto simbólico no era necesario cuando el objeto de la *mancipatio* era una parcela de tierra (1.121 *praedia absentia solent mancipari*). La fórmula usada en la *mancipatio*, es semejante a la de la *legis actio sacramento* (Gayo, 4.16) y con referencia a esta última, el mismo Gayo nos dice, que debía llevarse ante el pretor una gleba o terrón del predio rústico o una teja del urbano (Gayo, 4.17). Muy probablemente un acto simbólico semejante, debió tener lugar en la *mancipatio* de un terreno. Pero pudo también muy bien ocurrir que en la época clásica, hubiese desaparecido ya este simbolismo ritual de la *mancipatio*, conservándose en cambio en la *legis actio*.

603. Adquisición por un esclavo o un hijo *in potestate*.

Nos hemos ocupado del ritual propio de una *mancipatio* normal. En cuanto al *status* de las personas que intervienen en la *mancipatio*, se exige que ambas partes sean ciudadanos romanos o no romanos, pero en posesión del *ius commercii*. Los testigos y el *libripens* deben ser ciudadanos romanos. El esclavo puede adquirir una cosa por *mancipatio* para su dueño y lo mismo el *filius familias* para su padre. Tanto el esclavo como el hijo *in potestate* no podían tener propiedad y, por tanto, les estaba vedado el uso de la fórmula: "hanc rem meam esse aio ex iure Quiritium". La fórmula típica se modificaba en este caso de este modo: "Hanc rem Lucii Titii domini (patris) mei esse aio eaque ei empta esto", etc. (Gayo, 3.167).

604. *Res mancipi*.

En lo que se refiere al objeto de la *mancipatio*, conviene advertir que pocas cosas corporales, relativamente, podían ser transmitidas de esta forma; solamente los *fundi Italici* (incluyendo aquellos a los cuales se había atribuído el *ius Italicum*, supra, § 588),

los esclavos, y los animales domésticos indígenas *quae collo dorsove domari solent*, esto es, animales de tiro y carga tales como bueyes, caballos, mulas y asnos. Estas cosas eran denominadas *res Mancipi*.

Mancipi es genitivo de *mancipium* = *mancipatio* (no dativo de *manceps*); sobre este genitivo, vide Stolz-Schmalz. *Lat. Grammatik* (1928), página 268; Kaser, *Eigentum und Besitz* (1948), 163. El acento debe recaer en la segunda sílaba. Inadmisibile Ferrarino, *SD.*, III (1937), 434 y siguiente.

Todas las demás cosas son llamadas *res nec Mancipi* (*nec* = *non*, es latín arcaico). Tales son las armas, herramientas, joyas, cosas fungibles (dinero, grano, etc.), animales salvajes (incluso elefantes y camellos aun cuando éstos fuesen también animales de tiro y de carga), perros, ovejas, cabras y cerdos. Los autores modernos, han pugnado por hallar la razón que movió a considerar aquellas cosas como *res Mancipi*, pero sus esfuerzos han sido vanos. La distinción es ciertamente muy antigua. El propio Gayo dice (2.16) que los camellos y elefantes no fueron considerados *res Mancipi* porque sus nombres fueron desconocidos en la época en que se estableció la distinción. Los juristas clásicos probablemente no supieron de la idea inspiradora de esta división de las cosas, mucho más que nosotros. Se limitaron, sin embargo, a mantenerla por respeto a la tradición: "non omnium quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest" (D. 1.3.20).

Aunque en la ceremonia descrita el adquirente es el único que habla, la *mancipatio* se basa fundamentalmente en un acuerdo. Así, si un cierto *fundus Cornelianus* era transmitido por *mancipatio* y no había acuerdo de las partes en cuanto al terreno realmente transmitido (*error in corpore*) — una de ellas pensaba en la parcela X y la otra en la parcela Y — la *mancipatio* era nula.

El alcance con que se requería el acuerdo sobre la *causa Mancipationis* constituye cuestión dudosa. Si una parte creía que la *mancipatio* había sido hecha *donationis causa*, y la otra en cambio, pensaba que había sido hecha *dotis* o *solutionis causa*, la *mancipatio* era probablemente nula. Pero si la *mancipatio* se hizo *solutionis causa* y la deuda era inexistente, la *mancipatio* era, no obstante, válida y el accipiente era propietario de la cosa. Del mismo modo, una *mancipatio dotis causa* era válida aunque el matrimonio no tuviese lugar.

De la cuestión de si en una *mancipatio venditionis causa*, la propiedad se transfería únicamente cuando el precio era efectivamente pagado, no hemos de ocuparnos, pues en el Derecho clásico el efecto de la *mancipatio* se producía sin tener para nada en

605. *Res nec Mancipi*.

606. Acuerdo de las partes.

607. *Causa Mancipationis*.

607 a) La transmisión de la propiedad depende del pago efectivo del precio.

cuenta el hecho de que el precio hubiese sido o no satisfecho. Es difícil admitir que el Derecho republicano mantuviese una actitud diferente respecto a este mismo supuesto.

608. Desaparición.

La *mancipatio*, a pesar de su carácter arcaico, fué practicada durante todo el período clásico e, incluso, en el post-clásico. Se menciona en el *Codex Theodosianus* del 438 después de J.C., aunque es problemático si el acto llamado *mancipatio*, conservaba aún su forma clásica. En el Derecho justiniano *mancipatio* fué sustituida por *traditio*.

609. Terminología.

La denominación clásica del acto fué *mancipatio* o *mancipium*. Ambos términos derivan de *manu capere*, expresión que se refiere al acto de asir la cosa por el accipiente, necesario, como hemos visto, en el ritual antes descrito. *Mancipare* = *mancipio dare*, se dice del transmitente; *mancipio accipere* del adquirente. Los compiladores justinianos, suprimieron estos términos donde quiera que los hallaron; *mancipatio* (*mancipium*) fué reemplazado por *traditio*; *mancipare* o *mancipio dare* por *tradere* o *dare*; *mancipio accipere* por *per traditionem accipere* o *accipere*. Los estudiantes deben atenerse estrictamente a esta regla. Cuando los juristas clásicos se ocupan de la transmisión de una *res Mancipi*, piensan en la *mancipatio*, a no ser que circunstancias especiales, indiquen que se refieren a la propiedad pretoria. Así, cuando hallamos en el *Corpus iuris* la *traditio* de un *fundus Italicus* o de un esclavo, hemos de admitir por regla general que el texto primigenio contenía *mancipatio* en lugar de *traditio*.

II. *In iure cessio*

610. Ritual clásico.

Ya anteriormente hemos tropezado con este acto (supra, §§ 249, 287, 494), pero el derecho de propiedad es la materia apropiada para tratar del mismo. Dicho acto tenía lugar *in iure*, esto es, ante el pretor o el gobernador de provincia (supra, § 17). La persona que deseaba adquirir la propiedad, pronunciaba la siguiente fórmula en presencia del transmitente: "Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio".

Como en la *mancipatio*, debía asir al esclavo en señal de dominio. El magistrado preguntaba luego al transmitente si tenía o no que objetar algo a la afirmación hecha por la otra parte (*an contra vindicet*), y el interpelado permanecía en silencio. El magistrado confirmaba la declaración del adquirente (*addictio*), quien, consiguientemente, adquiría la propiedad quiritaria tanto si el objeto era *res Mancipi* como si era *nec Mancipi*. Era ésta la clásica *in iure cessio* (transmisión ante el tribunal) tal como la describe Gayo (2.24).

Conforme a la opinión prevalente, fué este acto un proceso ficticio con el transmitente como demandado, el adquirente como actor, y la *addictio* del magistrado como sentencia. Esta opinión se apoya en una base frágil, sobre todo si se piensa que la sentencia únicamente *ius fecit inter partes*, y la *in iure cessio*, transmitía la propiedad con efectos para todos. En realidad la *in iure cessio* clásica fué probablemente una transmisión que debía celebrarse ante el Tribunal.

611. ¿Proceso ficticio?

Los que mantienen la opinión corriente se refieren a Gayo, 2.96. Gayo, se dice, excluye al hijo *in potestate* de la posibilidad de ser parte en una *in iure cessio*, y en cambio puede perfectamente adquirir por *mancipatio* para su padre usando una fórmula modificada (*supra*, § 603). Esta diferencia (se dice), únicamente puede explicarse entendiéndose la *in iure cessio*, como un proceso ficticio en el que no se admite la representación directa. En verdad, Gayo dice solamente, que un hijo *in potestate* no puede reclamar cosa alguna como propia por *in iure cessio*, ya que el hijo *in potestate* es incapaz de tener propiedad. Esta afirmación es correcta, pero no elimina la posibilidad de que el hijo pueda reclamar una cosa para su padre, usando al efecto de una fórmula también modificada. Una recta interpretación desvirtúa los argumentos de Solazzi contra el texto.

Como queda dicho, la *res nec Mancipi* y las *res Mancipi* pueden ser transmitidas mediante *in iure cessio*. Las *res nec Mancipi* podían ser transmitidas de modo más sencillo, utilizando la *traditio* (*infra*, § 613). Por esta razón la *in iure cessio*, fué raramente usada en la transmisión de esta especie de cosas. Tampoco se empleó normalmente para transmitir la propiedad de la *res Mancipi*, pues la *mancipatio* fué casi siempre preferida por no requerir la comparecencia de las partes ante el Tribunal. Claro está que cuando no podían hallarse los cinco testigos romanos y el *libripens*, romano también, resultaba forzosa la observancia de la *in iure cessio*. La *in iure cessio* fué utilizada también para otros fines (transmisión de cosas incorporales; *infra*, §§ 673, 688; *adoptio*, *supra*, párrafo 249; *cessio tutelae*, *supra*, § 287; *cessio hereditatis*, *supra*, párrafo 494).

612. Función.

En la época post-clásica desaparece la *in iure cessio*. Los compiladores justinianos la suprimieron o la reemplazaron por *cessio*.

III. *Traditio*

Tradere rem equivale a transmitir la posesión de una cosa, pero esta expresión fué usada también en una acepción más restringida, para significar transmisión de propiedad por transmisión de la *possessio*. En esta acepción más estricta usamos aquí

613. *Tradere*.

el término *traditio*. *Traditio*, como modo de transferir la propiedad, puede ser definida como entrega de una cosa corporal mediante la transmisión de su *possessio*.

614. Edad y carácter legal.

Este acto es también muy antiguo, tanto por lo menos, como la regla que establecía la lista de la *res Mancipi*, pues no es creíble que en todo tiempo, las gentes tuviesen forzosamente que enajenar la *res nec Mancipi* mediante una *in iure cessio*. En la época clásica, la *traditio*, fué el acto adecuado para transmitir la propiedad quiritaria de las *res nec Mancipi*. Se requería que las partes estuviesen de acuerdo sobre la transmisión de la propiedad (no únicamente de la *possessio*) y sobre el objeto, de suerte que el *error in corpore* anulaba el acto.

615. *Causa traditionis*.

Constituye una vieja cuestión la de determinar si la *causa traditionis* era exigida por el Derecho clásico. Las fuentes de que disponemos están interpoladas y Gayo, 2.20 es demasiado impreciso para podernos servir de ayuda. Es pues difícil que se pueda conseguir una *communis opinio doctorum* sobre este asunto, a menos que lleguemos a poder utilizar nuevas fuentes. Teniendo en cuenta todo esto creemos que los juristas clásicos se atuvieron a las dos reglas siguientes:

1. La *causa traditionis* fué exigida, pero esta exigencia significa únicamente, que se requirió el convenio de las partes sobre la finalidad legal de la transmisión, esto es, sobre si la *traditio* se hacía *venditionis causa*, *donationis causa*, *dotis causa*, *solutionis causa*, *mutui causa*. Cuando no se da este acuerdo, la *traditio* carece de validez. Si por ejemplo una persona entrega a A una suma de dinero como donación y A la acepta como préstamo (*mutuum*), no hay en tal caso *causa traditionis*, pues las partes no están acordadas sobre la finalidad de la transmisión de la propiedad. En este supuesto la propiedad no es transmitida a A y no hay *donatio* ni *mutuum*.

2. No se requiere otra *causa*. Se daba la *dotis causa* cuando las partes convenían que la cosa fuese dada *dotis causa*, no se requería en cambio, que el matrimonio se celebrase realmente. El accipiente era propietario, pero si el matrimonio no se celebraba, debía restituir la cosa recibida (supra, § 208). Se daba *solutionis causa* si las partes acordaban que la cosa fuese dada *solutionis causa*, pero no se exigía en cambio que la deuda existiese realmente. *Venditionis causa* se daba, si las partes convenían que se diese la cosa *venditionis causa*, pero no se requería en tal caso la existencia de un contrato válido de compraventa.

616. La *traditio* no depende del pago del precio.

Cuando la *traditio* se celebraba *venditionis causa*, la adquisición de la propiedad no dependía del pago efectivo del precio. Por

lo menos, ésta fué la norma en Derecho clásico. No es este lugar apropiado para discutir si las Doce Tablas condicionaron la efectividad de la *traditio* al pago del precio. La relación contenida en la *Instituta* de Justiniano (2.1.41) es muy probablemente apócrifa, y el Derecho de las Doce Tablas fué concordante con el clásico.

Aunque la *traditio* no requiere formalidad alguna, fué indispensable la transmisión de la posesión, esto es del poder físico sobre la cosa (infra, § 751), y una transmisión de propiedad por simple convenio, fué totalmente desconocida en Derecho clásico.

617. Simple convenio.

La *traditio* de una *res Mancipi*, otorgaba al accipiente, dominio quirritario, siempre que éste (1) fuese capaz de dominio quirritario (supra, § 588) y (2) que la cosa pudiese ser objeto de dominio quirritario (supra, § 588). Así, por ejemplo, si un romano realiza una *traditio* en favor de un peregrino, éste no adquiría como consecuencia del acto efectuado, propiedad quirritaria. El *fundus provincialis*, que nominalmente era propiedad del Estado romano (supra, § 591.4), pero que en realidad pertenecía a los particulares (*habere possidere uti frui licere*; supra, § 591.4), fué una *res nec Mancipi* y, consiguientemente, intransferible por *Mancipatio*. Podía ser transmitida en cambio mediante *traditio*, la cual, como es sabido, no confería al accipiente dominio quirritario sino únicamente *habere possidere licere* (Gayo, 2.21 es engañoso).

618. Objeto.

En la época post-clásica la *traditio* se convierte naturalmente en el modo exclusivo de transferir la propiedad *inter vivos* por haber desaparecido la *Mancipatio* y la *in iure cessio* (supra, §§ 608, 612). Por otra parte, la *traditio* experimentó modificaciones al sustituirse la transmisión real de la *possessio* por actos simbólicos (*traditio ficta*) y hasta por el simple convenio. Por supuesto, este proceso, se consuma mediante la interpolación de los textos clásicos, si bien es verdad, que estas interpolaciones no son tan numerosas como era de esperar.

619. Derecho post-clásico.

IV. Las siguientes observaciones hacen referencia a los tres modos de transferir la propiedad, antes examinados.

1. La propiedad quirritaria se transmitía únicamente, cuando el transmitente tenía derecho a enajenar la cosa. Si no lo tenía, la *Mancipatio*, la *in iure cessio* y la *traditio* eran nulas, aun cuando el accipiente tuviese buena fe. Ya hemos aludido antes (supra, § 581) a la decidida protección otorgada por los romanos a los derechos investidos en una persona (en este caso en el verdadero propietario). Los autores propenden a expresar este principio, mediante la conocida máxima "nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet" (los juristas ingleses prefieren la fórmula *nemo dat quod non habet*), pero esta máxima se presta a confusión y es además

620. *Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet.*

de origen post-clásico. Consideremos, en efecto, los siguientes casos: Una determinada parcela de tierra es transmitida a título de *dos*; aunque el marido era en este caso propietario exclusivo del *fundus dotalis* (supra, § 213), no podía sin embargo enajenarlo por disposición de la *lex Iulia de fundo dotali* (supra, § 214), no podía, por tanto transmitir el derecho de que era titular. Supongamos, por otra parte, que el transmitente no era propietario de la cosa, pero actuaba con el consentimiento del dueño de ésta o en virtud de un derecho real de garantía constituido sobre la cosa. En estos casos el transmitente transfería dominio quiritarario a pesar de no ser dueño de la cosa. La regla *nemo plus iuris*, etc., es por consiguiente, falsa en ciertos casos.

En realidad los juristas clásicos no conocieron esta máxima, como demuestra claramente Gayo, 2.62-4. La hallamos enunciada en Justiano (D. 50.17.54):

“Ulpianus libro XLVI ad edictum. Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet” (N.B.).

Sabemos que Ulpiano se ocupa en este libro de su comentario al Edicto, de la *bonorum possessio ab intestato* (supra, § 404) y el texto probablemente pertenece a la rúbrica *Unde legitimi* (supra, § 414). Un *heres legitimus*, podía realizar una *in iure cessio hereditatis* sin haber adquirido la herencia mediante la correspondiente *aditio hereditatis* (Gayo, 2.35; supra, § 494). En relación con este supuesto Ulpiano probablemente estableció:

“Heres non plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet si hereditatem adisset”.

Los compiladores transformaron las palabras de Ulpiano en una máxima general, pero olvidaron escribir *habet* en vez de *haberet*. Los autores propenden a explicar este empleo incorrecto del subjuntivo, reconstruyendo una *oratio obliqua*:

“X scribit neminem plus iuris ad alium transferre posse quam ipse haberet”.

No es verosímil que Ulpiano se creyese en el caso de citar una autoridad, con ocasión de una regla tan sencilla.

La misma regla aparece de forma levemente diferente en D. (41.1) 20 pr.

“Ulpianus libro XXIX ad Sabinum. Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert; si non habuit, ad eum qui accipit nihil transfert”.

Todo el texto parece apócrifo. El autor no prevé los casos en que un no propietario, podía transmitir la propiedad.

publicidad de las transmisiones. No existió el llamado registro de la propiedad, ni siquiera el de la propiedad territorial y los seis ciudadanos romanos cuya cooperación era exigida en la *mancipatio* (los cinco testigos y el *libripens*) así como la publicidad que entraña la *in iure cessio*, fueron pobres sucedáneos del sistema registral. El fenómeno resulta tanto más notable, cuanto que la actitud de los griegos y del Derecho helenístico fué a este respecto fundamentalmente diferente. Ello evidencia de nuevo, el carácter liberal del Derecho romano de propiedad (supra, §§ 580 y s.). Para un lector inglés, esta repugnancia a la publicidad y al registro, tal vez no parezca tan extraña. Aunque existe una Oficina de Registro Territorial (Ley de Lord Westbury, 1862, 25 y 26 Vict. C. 53; Ley de Transmisión de la Tierra de 1875 y Ley del Registro Territorial de 1925), el registro de títulos es, conforme a lo estatuido en estas leyes, tan sólo potestativo y, de hecho, muy poco usual y ello por las mismas razones que inspira la actitud mantenida en este punto por el Derecho romano. No cabe duda que se puede prescindir de este complicado aparato. Las críticas continentales del Derecho romano, instigadas por fanáticos defensores del germánico, deben tener esto en cuenta. Contra el sistema germánico, Fr. Vinding Kruse, *Das Eigentumsrecht*, II (1935), 1070 y s.). El Derecho clásico no fué primitivo sino liberal.

F U E N T E S

- § 598. Vide XII Tab. VI.1 (FIRA., I, pág. 43).
§ 599. Vide Gayo, 1.119, 121.
§ 603. Vide Gayo, 3.167.
§ 604. Vide Gayo, 1.120; 2.14a; *Epit. Ulp.* 19.1.
§ 605. Vide Gayo, 2.16; *Epit. Ulp.* 19.1.
§ 606. Vide D. (41.4) 36, primera opinión [*traditur*] «*mancipatur*»; [*traditio*] «*mancipatio*»; [*tradam*] «*mancipio dem*».
§ 607a. Vide *Inst. Iust.* (2.1) 41.
§ 609. Compárese D. (7.2) 3.1 con *Fr. Vat.* 80; D. (7.1) 12.3 con *Fr. Vat.* 89.
§ 610. Vide Gayo, 2.24.
§ 611. Vide Gayo, 2.96; *Fr. Vat.* 51. El último texto (debido a un autor post-clásico, vide Schulz, *History*, 179) se refiere únicamente a la fórmula ordinaria de la *in iure cessio*.
§ 614. Vide Gayo, 2.19-20.
§ 615. Vide D. (41.1) 36, segunda frase [*proprietatem... dissenserimus*] «*donationem non esse*»; D. (12.1) 18 pr. hasta *acceperit*; D. (18.1) 41.1: *pecunia condicetur*, consiguientemente *traditio pecuniae* fué válida; Gayo, 2.84: *traditio pecuniae* es válida, aunque no se realice una *solutio*; Gayo, 3.91, primera frase: *traditio pecuniae* transmitía la propiedad, pues en otro caso no se habría dado una *condictio*.
§ 616. Vide *Inst. Iust.* (2.1) 41.

§ 618. Vide Gayo, 2.21.

§ 619. Vide D. (18.1) 74; (41.1) 9.6; *Inst. Inst.* (2.1) 45, con Theoph. Paraphrasis, Riccobono, Z., XXXIV (1913), 197; Schulz, *Einführung in das Studium der Digesten* (1916), 68. Compárese C. (8.53) 6 [maxime], con Fr. Vat. 282.

§ 620. Vide Gayo, 2.20; 2.62-4; D. (41.1) 9.4; (41.1) 46.

BIBLIOGRAFÍA

§ 595. De Francisci, *Il trasferimento della proprietà* (1924); Kaser, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht* (1943), 142 y PW., VIA. 2158 y s.; Beseler, Z., LXVI (1948), 281 y s., con referencias.

§§ 597 y s. Kunkel, PW., XIV, 998 y s.; Bonfante, *Corso*, II.2 (1928), 135 y s.; Kaser, *Eigentum und Besitz*, 107 y s., 224. K. F. Thormann, *Der doppelte Ursprung der mancipatio* (Münchener Beiträge zur Papyrusforschung, XXXIII, 1943).

§ 600. Kaser, *Eigentum*, 158 y s.

§ 601. Sobre el significado de *emere*, vide Kaser, *Eigentum*, 198, con referencias. Sobre *esto*, vide Wlassak, Z., XXVIII (1907), 74.2; Kunkel, locución citada 999.

§ 602. Vide Kaser, *Eigentum*, 224 y s.

§§ 604, 605. Leonhard, PW., IA. 623 y s.; Kunkel, PW., XIV. 1002; Kaser, *Eigentum* 163. Sobre *nec = non*, vide Stolz-Schmalz, *Lat. Grammatik* (1928), 640; Kroll, *Glotta*, XXI (1933), 100 y s.

§ 606. Kunkel, l.c. 1003; Kreller, Z., LXII (1942), 185; Beseler, Z., XLV (1925), 221; Kaser, *Eigentum*, 142.

§ 607. Kaser, *Eigentum*, 185, núm. 6, con referencias.

§ 607a. Kunkel, l.c. 1008; Kaser, *Eigentum*, 111, con referencias completas.

§ 608. Kunkel, l.c. 1005; Schulz, *History*, 294, con referencias.

§ 609. Naber, *Mnemosyne*, XVII (1889), 394 y s.; Gradenwitz, Z., VI (1883), 56 y s.

§§ 610-12. Kipp, PW., III, 2000 y s. Wlassak, Z. XXV (1904), 90 y s.; Rabel, Z., XXVII (1906), 309 y s.; Mitteis, RP., I (1908), 276 y s.; Beseler, *Beiträge*, II (1911), 149 y s.; H. Lévy-Bruhl, *Quelques problèmes du très ancien droit romain* (1934), 114 y s.; Kaser, *Eigentum*, 199 y s.; Pflüger, Z., LXIII (1943), 301 y s.; Kaser, *Altröm. Jus.* (1949), 104 y s.

§ 611. Sobre Gayo, 2.96, vide Solazzi, *Glosse a Gaio*, II. 402 y s.

§§ 613 y s. Ehrhardt. PW., VIA. 1875; Bonfante, *Corso* II. 1 (1928), 151 y s.; Kaser, *Eigentum*, 195 y s.

§ 614. Kaser, *Eigentum*, 195.

§ 615. Schulz, Z., LII (1932), 535 y s., 546, con referencias; Kaser, *Eigentum*, 198, con referencias; Beseler, *Bull.* XLV (1938), 186, no convincente.

§ 616. Kaser, *Eigentum*, 111, con referencias; Feenstra, *Réclame en revendication* (Amsterdam proefschrift, 1949), 11 y s. sobre *Inst.* 2.1.41.

§ 618. Sobre Gayo, 2.21, vide Solazzi, *Glosse a Gaio*, II (1933), 332 y s.

§ 619. Riccobono, Z., XXXIII (1912), 259 y s.; XXXIV (1913), 159 y s.; Taubenschlag, *The Law of Greco-Roman Egypt* (1944), 39.

§ 620. Sobre D. (50.17) 54, vide Lenel, *Edict.* (1928), pág. 356 núm. 2.

4. ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD POR «USUCAPIO» Y «LONGI TEMPORIS PRAESCRIPTIO»

La etimología de la *usucapio* es perfectamente clara: *usu capere* significa adquirir (*capere*) por *possessio usu*, por *usus*, significa *possessio* en el lenguaje usual republicano antiguo. Podemos por tanto definir la *usucapio* clásica como la adquisición de una propiedad quiritaria sobre cosa corporal (*res mancipi* o *res nec mancipi*) mediante la posesión de ésta durante cierto tiempo.

622. Definición de la *usucapio*.

El tiempo establecido al efecto fué de un año para cosas muebles y de dos años para las inmuebles. La brevedad del tiempo fijado en ambos casos, causa cierta extrañeza, si se tiene en cuenta la preocupación que tuvo siempre el Derecho de Roma por defender y proteger los derechos de que estaba investida la persona. La *usucapio* se remonta a la época de las Doce Tablas (aunque en este código no hay todavía una referencia expresa a una verdadera adquisición del dominio) y dentro de la relativamente pequeña área del primitivo Estado romano, el breve tiempo de uno o dos años, difícilmente podía perjudicar al dominio, máxime si se tiene en cuenta que no estaba permitida la *usucapio* de cosas hurtadas. Pero incluso en el período clásico, no resulta este tiempo demasiado breve (así expresamente Gayo 2.44) porque la *usucapio*, fué mantenida dentro de estrechos límites y la *res furtivae*, así como las *res vi possessae* no eran susceptibles de *usucapio* aunque se hallasen en poder de un *bonae fidei possessor*. En Derecho clásico, el concepto del *furtum* fué muy amplio, abarcando la apropiación indebida y el *furtum usus* (infra, § 981). Si una cosa que había sido prestada o depositada, se enajenaba por el prestatario o depositario, el hecho constituía un *furtum* y la cosa no era por esta razón susceptible de *usucapio*. Un *servus fugitivus* fué considerado como un *fur sui* y por ello no podía ser usucapido ni siquiera por el *bonae fidei possessor*. La doctrina clásica limitó sin embargo el *furtum* a las cosas muebles. La tierra arrebatada a otro por la fuerza, no podía ser usucapida ni siquiera cuando posteriormente era adquirida por otro de buena fe.

623. *Tempus usucapionis. Res furtivae et vi possessae.*

La *usucapio* tenía lugar, por regla general, cuando el propietario había enajenado una cosa sin conferir al adquirente la condición de dueño quiritario. Los dos casos típicos son:

624. Función de la *usucapio*.

1. Un propietario quiritario enajenaba una *res mancipi* por *traditio*; el accipiente adquiría en este caso la propiedad quiritaria por *usucapio*.

2. Un peregrino enajenaba una *res Mancipi* transmitiéndola a un ciudadano romano mediante *traditio*. Sólo mediante *usucapio* podía convertirse el accipiente en propietario quirritario.

Tal fué la función ordinaria de la *usucapio* y en casos semejantes a los enunciados, el plazo de uno o dos años resultaba más bien largo que breve. *Usucapio* podía intervenir sólo raramente en otros casos, pues el carácter de *res furtiva* o *res vi possessa* del objeto de la *usucapio* hacía ésta imposible. Gayo (2.50) se refiere al siguiente caso: Un depositario de cosa mueble, muere y su heredero que nada sabía del depósito, vende la cosa depositada y la entrega al comprador. Este último, no adquiere la propiedad por *traditio* o *mancipatio*, aunque tenga buena fe ("nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet"; supra, § 620), pero puede en cambio adquirirla por *usucapio* ya que el heredero no cometió un *furtum* al enajenar la cosa de buena fe. La afirmación de Gayo: "In rebus mobilibus non facile procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat" no es enteramente correcta, ya que no tiene en cuenta los dos casos típicos. De todos modos, dejando éstos aparte, resulta altamente característica en lo que se refiere al Derecho clásico (supra, § 581).

625. Titulus
(causa) usucapionis.

Otro requisito de la *usucapio* fué el *iustus titulus* o *iusta causa usucapionis*. Desgraciadamente no es clara en Derecho clásico la significación y alcance de este requisito. Los importantes textos que hallamos en las compilaciones justinianeas, están muy interpolados y Gayo no se refiere para nada a esta cuestión (2.42 y siguientes). Además, como prueba D. (41.3) 27, surgió una controversia sobre la misma entre los juristas del siglo segundo. A la vista de todo esto, difícilmente puede concebirse la esperanza de utilizar fuentes fidedignas. Resulta difícil la definición de *titulus* o *causa usucapionis*. Es preferible considerar los siguientes casos:

1. Supongamos que un testador lega un caballo (*res Mancipi*) a L por un *legatum per vindicationem* (supra, § 555) y que L acepta el legado y toma posesión del caballo. En circunstancias normales, L habría adquirido la propiedad de éste, pero resulta que en este caso, el testador no era dueño del caballo. El legado era, por consiguiente, nulo (supra, § 555) si bien constituía un *iustus titulus* (o *iusta causa*) *usucapionis*. L, por tanto, podía adquirir la propiedad, transcurrido que fuese el plazo de un año con tal de que tuviese buena fe y el caballo no fuese *res furtiva* (*usucapio pro legato*, D. 41.8).

2. El dueño de un caballo lo abandonaba (*derelictio*; infra, párrafo 631.2); B adquiría la posesión del caballo abandonado con la intención de hacerse dueño del mismo (*occupatio*; infra, § 631).

B no adquiere el dominio porque la *derelictio* de una *res mancipi* deja intacta la propiedad del *derelinquens*, pero puede adquirir la propiedad quiritaria mediante *usucapio*, ya que la *derelictio* es un *iusus titulus usucapionis* (*usucapio pro derelicto*, D. 41.7). O supongamos que A abandonaba un perro (*res nec mancipi*) y que B adquiría su posesión. Si A era el propietario del perro, perdería en tal caso su propiedad por *derelictio* y B la adquiriría por *occupatio*. Pero si A no era propietario, B no podía adquirir la propiedad mediante *occupatio*, pudiéndola adquirir en cambio por *usucapio (pro derelicto)*.

3. Una persona adquiriría la posesión por *mancipatio* o *traditio* sin convertirse en propietario quiritario. Supongamos que A debe a B por causa de *stipulatio* un esclavo y transmite éste a B por *traditio*. Como el esclavo era una *res mancipi*; B no se hace dueño quiritario del mismo por *traditio*, pero la *traditio solutionis causa*, fué *titulus usucapionis* denominado por los juristas *titulus pro soluto*. Supongamos, además, que A debe, por estipulación, un esclavo a B y lo mancipa a éste, sin ser el dueño. También en este caso B puede adquirir la propiedad mediante la *usucapio pro soluto*. Del mismo modo tenía lugar la *usucapio pro dote* (D. 41.9) cuando una cosa era entregada *dotis causa* por *mancipatio* o *traditio*; la *usucapio pro donato* (D. 41.6) si una cosa era transmitida *donationis causa*; la *usucapio pro emptore* (D. 41.4) si una cosa era transmitida *venditionis causa*. En tales casos los juristas, no hablaban de *usucapio pro mancipato* o *pro tradito* sino de *usucapio pro soluto*, *pro dote*, *pro donato*, *pro emptore*, siendo estas expresiones simples abreviaturas de *usucapio pro mancipato* (o *tradito*) *solutionis causa*, etc. La doctrina dominante en los siglos segundo y tercero, no exige en el título *pro soluto* que la deuda exista, o en el título *pro dote* que el matrimonio tenga lugar, ni tampoco que en el título *pro emptore* el contrato de venta se hubiese celebrado realmente, aunque los juristas antiguos bien pudieran pensar de modo distinto.

4. Se requirió la existencia de un título real (*titulus verus*) y no bastaba con que el poseedor creyese de buena fe que el título existía. Juliano sin embargo estimó que en casos especiales, era suficiente que el poseedor creyese en la existencia del título, el caso llamado por los modernos autores título putativo, *titulus putativus*. Resulta poco verosímil que Juliano negase abiertamente el requisito del *titulus verus*, aunque en lo que afecta a esta cuestión, es imposible la certeza, ya que los textos que consideran suficiente el título putativo están interpolados y no es posible restaurar su redacción primigenia.

626. *Bona fides.*

Otro requisito de la *usucapio* clásica fué el de la buena fe del poseedor al tiempo de adquirir la *possessio*. Era irrelevante la circunstancia de si más tarde llegaba o no a cerciorarse de su carencia de título para poseer. Los autores modernos expresan esta regla diciendo *mala fides superveniens non nocet*.

627. *Successio in usucapionem. Accessio temporis.*

En el supuesto de que después de haber comenzado a transcurrir el plazo de uno o dos años, por ejemplo, cuando habían transcurrido ya seis meses, la cosa cambiase de poseedor, debemos distinguir dos casos diferentes:

1. El poseedor muere y la cosa pasa a ser poseída por el heredero. En este caso el heredero sucede *in usucapionem*; con otras palabras: el heredero continuaba la posesión iniciada por su predecesor. Así por ejemplo, si la cosa era mueble, el heredero adquiriría el dominio al transcurrir otros seis meses aunque careciese de buena fe (*mala fides superveniens non nocet*).

2. El poseedor de una cosa que la ha poseído seis meses la enajena, *solutionis causa*. En este caso comenzaba una nueva *usucapio* ya que el nuevo poseedor, no sucedía a su predecesor (los juristas clásicos no conocen la sucesión singular, supra, § 369). Se exigía la buena fe en el accipiente al tiempo de entrar éste en posesión de la cosa, y los seis meses transcurridos para su predecesor en nada le benefician. Justiniano le concedió la *accessio possessionis* y por su virtud, el adquirente necesitaba ahora sólo seis meses de posesión para consumir la *usucapio* (infra, § 782).

628. *Usucapio pro herede.*

Una especie de *usucapio* fué la llamada *usucapio pro herede*. Originariamente fué ésta una *usucapio hereditatis* (*hereditas* = *ius successionis*; supra, § 375), y por serlo, era precisa la posesión de solo un año, tanto si los objetos contenidos en la herencia eran inmuebles como si eran muebles. En la época clásica solamente hubo una *usucapio* de las cosas singulares, pero se conservó no obstante el plazo tradicional de un año, así que incluso un predio hereditario podía ser *usucapido* con el transcurso de este tiempo. No se exigían título ni buena fe. No nos hemos de ocupar aquí de las conjeturas ideadas para explicar el origen de esta especie de *usucapio*. En la época clásica, su finalidad fué únicamente la de forzar al heredero a adoptar oportunamente la decisión de aceptar o no la herencia (Gayo, 2.55; supra, § 500). A tenor de un desconocido *senatusconsultum* dado en la época de Adriano, el efecto de la *usucapio pro herede* podía ser anulado mediante una *in integrum restitutio* (supra, § 117), pero esto ocurría en realidad solamente en el caso de que el poseedor careciese de buena fe.

629. *Longi temporis praescriptio.*

Un *fundus provincialis* no podía ser *usucapido* ni siquiera por un ciudadano romano, ya que tales fundos no eran susceptibles

de ser objeto de una propiedad quiritaria (supra, § 588). Sin embargo, un rescripto de Septimio Severo y Caracalla (199 después de J.C.) protegía al poseedor que hubiera poseído una tierra de esta naturaleza durante diez o veinte años (diez años *inter praesentes*, esto es si actor y demandado, vivían en la misma *civitas*; y veinte años *inter absentes*). Los Emperadores, pensando en la *extraordinaria cognitio*, otorgaban al poseedor una *praescriptio*, defensa ésta que en el procedimiento formulario hubiera sido denominada *exceptio* (supra, § 95). Esto significa, que el poseedor vino ahora a ser considerado propietario del fundo, ciertamente no propietario quiritario, pues otra posibilidad que no fuese la protección legal de la posesión de un *fundus provincialis* no era concebible (supra, párrafos 587, 591.4). Se requirió título y buena fe (*iustum initium*) lo mismo que en la *usucapio*, pero a diferencia de lo que ocurría en esta última, bastó solamente la posesión inimpugnada y se admitió por lo general la *accessio possessionis* (supra, § 627.2). La *praescriptio* fué llamada *longi temporis* (o *longae possessionis praescriptio*).

El desarrollo post-clásico de esta institución no puede ser objeto de la presente obra. Justiniano fundió la *usucapio* y la *longi temporis praescriptio* y todo predio sito en el territorio del imperio de Justiniano pudo, a partir de este momento, ser objeto de una propiedad romana plena. Fijó el plazo de posesión de tres años para las cosas muebles y de diez o veinte años para las inmuebles (*inter praesentes* se refiere ahora al caso de las personas que viven en la misma provincia). Los compiladores de la *Instituta*, el *Digesto* y el *Codex*, intentaron realizar estas innovaciones mediante interpolaciones numerosas. Quisieron limitar el uso del término *usucapio* aplicándolo a las cosas muebles solamente. Para designar la *usucapio* de inmuebles se valieron de las expresiones *longa possessione capio*, *longi temporis praescriptio*, y de otras similares. De esta suerte, cuando los compiladores hallaban en las fuentes pre-justinianas la expresión *usucapio fundi*, la sustituían por la de *longa possessione capio* o por otra semejante. En ocasiones, llegaron a alterar el texto incluso cuando éste trataba en general de la *usucapio rei*. No hace falta decir por tanto, que siempre que hallemos la expresión *longi temporis praescriptio* (en una forma cualquiera) en escritos anteriores al año 199 después de J.C., es seguro que estamos frente a una interpolación. Los juristas tardíos, mencionan raramente la *longi temporis praescriptio*. Los compiladores debieron también suprimir los términos clásicos *annus* o *biennium*, reemplazándolos por la frase *statutum tempus*, referida a la constitución justiniana C. 7.31.

630. Derecho justiniano.

FUENTES

- §§ 623, 624. Vide XII Tab., VI. 3 (FIRA., I, pág. 44) con Kaser, *Eigentum*, 86 y s.; Gayo, 2.42, 44, 45, 50, 51, primera frase; D. (47.2) 61.
- § 626. Vide Gayo, 2.49-51; D. (41.1) 48.1.
- § 627. Vide D. (41.4) 2.19, primera frase; (41.3) 40 y 43 pr.; C. (7.31) 1.3.
- § 628. Vide Gayo, 2.52-8.
- § 629. Vide el rescripto de Severo y Caracalla en Bruns, *Fontes*, número 87; FIRA., I, núm. 84 y núm. 851; Paul, *Sent.* (5.2) 4.
- § 630. Vide *Inst. Inst.* (2.6) 7 con D. (41.3) 38; cf. Gayo, 2.44 con D. (41.3) 1: [*Bono público*]; [*quarundam*]; [*et fere semper*]; [*statuti temporis*]; [*anni aut biennii*]. En D. (41.3) 9 *maxime* fué añadido porque los compiladores querían limitar la *usucapio* a las cosas muebles.

BIBLIOGRAFÍA

- §§ 622 y s. Bonfante, *Corso*, II.2 (1928), 204 y s.
- §§ 622, 623. Kaser, *Eigentum und Besitz im älteren röm. Recht* (1943), 86 y s., 293 y s., 313 y s. Sobre el *servus fugitivus*, vide Buckland, *Roman Law of Slavery* (1908), 31, 271.
- § 625. Bonfante, *Scritti*, II (1918), 469 y s.; Beseler, *Z.*, XLV (1925), 225 y s.; Schulz, *Z.*, LII (1932), 547 y s.; van Oven, "Iusta causa usucapiendi", *T.*, XVI (1939), 435 y s.; Collinet, "Iusta causa et bona fides dans l'usucapion d'après les Institutes de Gaius", *Mélanges Fournier* (1929); Voci, *St. Ratti* (1934), 369 y s.; Kaser, l.c. 295.
- § 625. 1. Beseler, l.c. 226, núm. 1; Ciapessoni, *St. Bonfante*, III (1930), 692 y s.
- § 625. 2. H. Krüger, "Derelictio und usucapio", *Mnemosyna Pappulias* (1934), 155 y s.; Kaser, l.c. 105, con referencias.
- § 626. Van Oven, l.c. 434 y s.; Levet, *RH.*, XII (1933), 1 y s.; Kaser, locución citada 296 y s., con referencias.
- § 627. Zanzucchi, "La successio e l'accessio possessionis nell'usucapione", *AG.*, LXXII (1904), 177 y s.; "Sulla storia dell'accessio possessionis nell'usucapione", *AG.*, LXXVI (1906), 3 y s.; Beseler, *Z.*, LXVI (1948), 349.
- § 628. Beseler, *Z.*, XLV (1925), 229; Solazzi, *Diritto ereditario Romano*, I (1932), 61 y s., 169 y s.; II (1933), 140 y s.; Collinet, "Les variations de l'usucapion pro herede avant Hadrien", *St. Riccobono*, IV (1936), 131 y s.; H. Krüger, *Z.*, LIV (1934), 80 y s.; Kaser, l.c. 48, con referencias.
- § 629. Partsch, *Die longi temporis praescriptio im klass. röm. Recht* (1906); Mitteis, *Grünzüge* (1912), 286; *Chrestomathie*, núm. 374; FIRA., I, páginas 437 y s.; Taubenschlag, *Law of Greco-Roman Egypt* (1944), 184.
- § 630. E. Levy, "Die nachklassische Ersitzung", *Bull.* X y XI (1948), 352 y siguiente.

5. OTROS MODOS DE ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD

I. *Occupatio*

631. *Occupatio*.

La propiedad podía ser adquirida por la toma de posesión de una cosa con la intención de adquirir la propiedad de la misma.

Dejando aparte la ocupación de las *res hostiles*, regulada parcialmente por el Derecho público, podemos afirmar que sólo aquellas cosas que no tienen dueño, pueden ser adquiridas por ocupación (*res nullius*). Los dos grupos más importantes eran los siguientes:

1. Animales salvajes (caza mayor, peces, pájaros) eran *res nullius* mientras conservaban su natural libertad. No hubo un Derecho de caza, ni un Derecho de pesca, ni los derechos de cazar y de pescar fueron reservados a los dueños de los fundos. Y así, si alguien penetraba en el predio de otro y cazaba en él, adquiría la propiedad en la caza. Este Derecho responde como ya se ha dicho (§ 582), al liberalismo romano.

2. *Res derelictae*. Las cosas que están en propiedad de alguien pueden convertirse en *res nullius*, cuando su dueño las abandona. Sin embargo, la propiedad de la *res Mancipi* no se perdía por simple *derelictio* y la persona que adquiría la posesión de las mismas podía únicamente llegar a ser propietario de ellas mediante la *usucapio*. De no ser así, la regla según la cual "la propiedad de la *res Mancipi* no puede ser transferida por traditio", hubiera podido ser eludida mediante la combinación de la *derelictio* con la *occupatio*. Se ha dicho que las *res nec Mancipi* se convertían en *res nullius* por la simple *derelictio*, y que esto no obstante la propiedad en ellas no podía ser adquirida por ocupación. Tal afirmación, sin embargo, con relación al Derecho clásico resulta poco verosímil. Las cosas perdidas continuaban siendo propiedad de su dueño y no podían adquirirse por *usucapio*. El que las hallase tenía obligación de restituirlas, sin poder reclamar premio de hallazgo.

II. *Thesaurus*

El tesoro descubierto, no era objeto de ocupación ni se atribuía al Estado, pero nuestro conocimiento del Derecho clásico en lo que se refiere a esta materia es deficiente. Solamente eran tomadas en consideración, las cosas ocultas en la tierra. Los actuales medios de ocultar las cosas no fueron conocidos. En la época republicana y en el alborar de la clásica, el tesoro fué considerado probablemente como *pars fundi*, pero según una constitución de Adriano, correspondía al inventor y al dueño de la tierra por partes iguales. Desgraciadamente sólo conocemos esta constitución por el breve y no muy fidedigno relato, contenido en la *Instituta* de Justiniano (2.1.39). Pero, ante todo ¿qué es *thesaurus*? La definición dada en el *Digesto* es defectuosa e inaceptable.

632. *Thesaurus.*

D. (41.1) 31.1. "Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non extat memoria, ut iam dominum nom habeat."

La afirmación según la cual el tesoro no tiene dueño es ciertamente inexacta, pues con arreglo al Derecho sucesorio romano siempre tendría un propietario, aunque éste no pueda ser identificado: *non deficit ius sed probatio*. Además, *pecuniae* es palabra inadecuada, puesto que un tesoro puede consistir, por ejemplo, en joyas. *Depositio* es también una expresión poco feliz pues el tesoro no es una *depositio pecuniae* (esto es, el acto de depositar dinero), sino más bien *pecunia deposita*. Toda la definición parece ser de origen post-clásico y no puede ser utilizada como base de una exposición de la materia propia del *thesaurus*.

III. Incrementos fluviales

633. Incrementos fluviales.

Los dueños de terrenos situados a lo largo de las márgenes de un río público, pueden adquirir la propiedad por efecto de la acción natural del río.

1. La tierra depositada por el río en los predios ribereños, es adquirida por los dueños respectivos (*per alluvionem*). Cuando una porción definida de terreno, es transportada por el río (caso llamado por los modernos juristas *avulsio*) y unida a otra parte de la orilla, el propietario de esta parte no se hace dueño de la porción transportada, en tanto dicha porción no forme un todo con la parte del predio a la cual se unió.

2. Cuando surgía un terreno nuevo por obra del río, en forma de una isla (*insula in flumine nata*), correspondía ésta igualmente a los dueños de los predios ribereños. Las normas establecidas por los juristas, son tan vagas y primitivas que no podemos discernir de un modo preciso la porción de la isla que era adjudicada a cada uno de estos dueños.

3. Si el río abandonaba totalmente su lecho primitivo (*alveus derelictus*), éste era también atribuido a los dueños de los predios ribereños, lo mismo que en el caso de nacimiento de isla. Ninguno de estos tres modos de adquisición era aplicado, cuando el terreno de los predios ribereños había sido medido por funcionarios oficiales (*agri limitati*). En tal caso el incremento era *res nullius* y susceptible por tanto de ocupación.

IV. Adquisición del dominio por accesión y por especificación

634. Carácter del Derecho clásico.

Esta parte del Derecho clásico resulta, en verdad, un tanto extraña. Los juristas discutían las cuestiones más importantes con innegable entusiasmo, pero el resultado de su esfuerzo no es, en verdad, muy satisfactorio. Cuestiones importantes fueron objeto de controversias que tienen más interés académico que práctica utilidad. Tal vez los juristas, recibieron influjos de la filosofía

helenística. Es éste un tema cuya puntualización requiere imprescindiblemente, un estudio crítico de las relativas fuentes filosóficas y jurídicas. Fué precisamente el carácter escolástico de estas doctrinas lo que las hizo gratas a las escuelas jurídicas de la antigüedad tardía y de la Edad Media. Vivieron más en los libros que en la realidad, pero desgraciadamente no dejaron de influir en los legisladores europeos hasta nuestros días. Los juristas clásicos fueron los primeros que se ocuparon de estas tormentosas cuestiones desprovistas de valor práctico y sólo por esta prioridad es oportuno recordar sus doctrinas. Además, el escolasticismo de las escuelas jurídicas clásicas, es un fenómeno que no debe pasar desapercibido a los historiadores de la jurisprudencia clásica. Desgraciadamente, los textos utilizables se hallan plagados de interpolaciones. Autores modernos, con meritísimas investigaciones, han demostrado la existencia de muchas de éstas, pero su esfuerzo por reconstruir las doctrinas clásicas, con una cierta probabilidad y aproximación, no ha tenido hasta la fecha pleno éxito. En tales circunstancias debemos limitarnos a aducir algunos ejemplos que ilustren los problemas aludidos y señalen la vía por la cual, los juristas de la época clásica, intentaron resolverlos.

1. *Implantatio*. — Supongamos que A, dueño de un predio rústico, planta en él algunos árboles pertenecientes a B sin el consentimiento de éste. Las plantas o árboles, continúan siendo propiedad de B, pero si arraigan, A se convierte en propietario de los mismos, independientemente de que tenga o no buena fe. B no puede exigir la separación de las plantas o árboles y aunque A las separase, la propiedad de las mismas no revierte a B. Una cuidadosa separación de las plantas o árboles del suelo parecía imposible a los juristas, porque se pensaba que estas plantas, habían ya extraído una cantidad imprecisable de sustancia nutritiva del suelo donde fueron plantadas. Constituye esta idea un alarde de academicismo pedantesco. Además, debe subrayarse el hecho de que B no dispone de una *condictio* contra A por el enriquecimiento experimentado por este último. Si A no procedió de buena fe era responsable por *furtum*.

635. *Implantatio*.

Supongamos que A no era el propietario sino solamente el poseedor del predio perteneciente a B. A planta en este predio sus propias plantas; B se convertía en propietario de estas plantas tan pronto como arraigaban en el predio. A no podía exigir la separación, y aunque las separase no recuperaba con la separación la propiedad de las mismas. Pero si B demanda a A con la *rei vindicatio*, para recuperar su fundo, A puede exigir el abono de los gastos realizados, con una *exceptio doli* (supra, § 96), siempre

que hubiese procedido de buena fe. Una acción de reembolso no era admitida.

Debemos confesar que regulación menos práctica de casos tan sencillos que la expuesta, difícilmente puede concebirse.

636. *Inaedificatio.*

2. *Inaedificatio.* — Supongamos que A construye una casa en su propio terreno con materiales que pertenecen total o parcialmente a B. Aunque A sea el propietario del edificio (*superficies solo cedit*), B continuará siendo dueño de los materiales incorporados al edificio. Sin embargo, B no podía exigir la separación ya que las Doce Tablas (VI. 8) disponían expresamente: *Tignum iunctum aedibus ne solvito* y los juristas clásicos, consideraban la palabra *tignum* como comprensiva de materiales de construcción de todo género. Si estos materiales habían sido sustraídos, B disponía, según las Doce Tablas, de una *actio de tigno iuncto*, aun cuando A hubiese obrado de buena fe. Era ésta una acción penal (supra, párrafo 72), con la cual B, podía obtener el importe del doble del valor de los materiales. No disponía B en cambio de una *condictio* por el enriquecimiento injusto. La propiedad de B sobre los materiales era pues una propiedad durmiente, y si el edificio era destruído por un accidente cualquiera o demolido voluntariamente por A, “despertaba” la propiedad de B y éste podía reclamar sus materiales con la *rei vindicatio*. Este caso de *inaedificatio* no implicaba la adquisición de la propiedad de los materiales por A y por esta razón Gayo no lo menciona (2.73).

Supongamos ahora que A es el único poseedor de un terreno que pertenece a B. A construye una casa en este terreno con materiales propios. A diferencia de lo que ocurre en el caso antes planteado, B adquiere la propiedad de los materiales (Gayo, 2.73) y aunque la casa sea demolida posteriormente, esta propiedad no revierte a A. Pero si B demanda a A con una *rei vindicatio* éste puede conseguir una compensación mediante la *exceptio doli generalis* siempre que hubiese procedido de buena fe. La *condictio* en cambio no es utilizable por A.

Estas normas concernientes a la *inaedificatio* se hacen más difíciles por la circunstancia de que no se aplican a toda unión firme de cosas muebles con cosas inmuebles, y no hay por tanto un principio general al que podamos atenernos. La regla según la cual “todas las cosas pertenecen a la casa *quibus aedes perficiantur*” (D. 50.16.245) es ciertamente inaceptable (¿qué ocurre con los hornillos, estanterías, máquinas?).

En lo que se refiere a la unión de cosas muebles entre sí, nos remitimos a los manuales. El Derecho clásico es, en gran parte, obscuro.

637. Unión de cosas muebles entre sí.

3. *Specificatio*. — *Specificatio* es la transformación de determinada materia en un producto nuevo. El término *specificatio* (como el de *specificare*) falta en nuestras fuentes, pero fué ya usado por los glosadores boloñeses. Los juristas clásicos hablan de *speciem facere* (solamente una vez, D. 41.1.7.7 *novam speciem facere*).

638. *Specificatio*.

De acuerdo con Labeo, Próculo y los proculeyanos, el especificante, adquiriría la propiedad del nuevo producto, aun cuando no fuese propietario de la materia, con tal que realizase la obra para sí mismo (*suo nomine*) y no para otro que le hubiese suministrado la materia. Los sabinianos atribuían la propiedad del producto al dueño de la materia. Justiniano adoptó la siguiente solución: El dueño de la materia es dueño del producto, si éste puede convertirse de nuevo en la materia originaria. Si esta conversión no es posible, el especificante es dueño del producto. Es tal vez admisible que la teoría de Justiniano u otra semejante, fuese defendida ya en la época clásica, pero no tenemos fuentes fidedignas que puedan confirmar esta hipótesis. Conforme a la *media sententia* de Justiniano, un panadero es propietario del pan que ha amasado con la harina ajena, ya que el pan no puede convertirse de nuevo en harina. En cambio un artista que esculpe una estatua de bronce, no adquiere la propiedad de la misma porque precisamente puede convertirse otra vez en bronce. Estas tres teorías son toscas y primitivas y nada prevén en orden a la indemnización que deba abonarse a la parte que sufre la pérdida por efecto de la adquisición de la cosa por la otra parte. Ésta es, realmente, la cuestión importante, mucho más que la de la pertenencia de la propiedad. No tiene en cuenta además, la buena o mala fe del especificante. Finalmente, la teoría de Próculo, así como la adoptada por Justiniano, dejan sin resolver el problema de definir lo que constituye realmente un producto nuevo. Especulaciones filosóficas o económicas no sirven de base ciertamente, a estas teorías. Constituye un error suponer que la teoría de Próculo se basa en la filosofía natural de Aristóteles y que la doctrina sabiniana se inspira en el estoicismo. Tampoco se puede afirmar que los proculeyanos fueron los protectores del trabajo y los sabinianos los paladines del capital.

F U E N T E S

§ 631. Vide Gayo, 2.66-8; D. (41.1) 5.1; D. (41.7) 2, *rem «nec mancipis»*; (6.1) 67.

§ 632. Vide D. (41.1) 31.1; *Inst. Iust.* (2.1) 39; D. (41.2) 3.3.

§ 633. Vide Gayo, 2.70-2; D. (41.1) 7.2-5 hasta *iuris gentium*; (43.12) 1.6.

§ 635. Vide Gayo, 2.74-6; D. (41.1) 7.13; (41.1) 9 pr.; (41.1) 26.1.

§ 636. Vide D. (41.1) 7.10; Gayo, 2.73; D. (41.1) 7. 12 [*et si scit... itaque*]; [*nam si scit... alienum*].

§ 638. Vide Gayo, 2.79; D. (24.1) 29.1; (41.1) 7.7 [*est tamen... reverti possunt*]; (41.1) 24 y 26 pr. hasta *corpus fieret* (probablemente no auténtico).

BIBLIOGRAFÍA

§ 631. Kaser, PW., Supl. VII 632 y s., con completas referencias; Z., LXV (1947), 220.

§ 632. Beseler, *Beiträge*, IV (1920), Z., LVI (1936), 62 y s.; Bonfante, *Corso*, II.2 (1928), 95 y s., con referencias; G. Hill, "Treasure-Trove, the law and practice of Antiquity", *Proceedings of the Brit. Academy*, XIX (1933), 219 y s.; Kübler, PW., VIA. 7 y s.

§ 633. Bonfante, l.c. 89 y s.; Kaser, l.c. 686; Z., LXV (1947), 229.

§ 634. P. Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht, I. Sachbegriff und Körper* (1902); Karl Reinhardt, *Kosmos u. Sympathie. Neue Untersuchungen über Poseidonios* (1926), 5 y s.; 34 y s.; Guarneri Citati, *Reviviscenza e quiescenza nel diritto Romano* (1927), 33 y s.; "La cosiddetta accessione separabile e i suoi effetti nel diritto romano", *Annali Palermo*, XIV (1930); Bonfante, *Corso*, II. 2 (1928), 68 y s.; Kaser, Z., LXV. 226 y s.

§ 635. Bonfante, l.c. 86; Kaser, Z., LXV. 227.

§ 636. Riccobono, "Dal diritto romano classico al diritto moderno", *Annali Palermo*, III/IV (1917), 445 y s., 508 y s., 652 y s.; Bonfante, l.c. 87 y siguientes; Beseler, *Beiträge*, IV (1920), 298; Kaser, Z., LXV. 232 y s.

§ 637. Kaser, l.c. 232 y s.

§ 638. Bonfante, l.c. 116 y s.; Weiss, PW., IIIA. 1551; Kaser, l.c. 242.

6. PROTECCIÓN JUDICIAL DE LA PROPIEDAD

639. Ojeada de conjunto.

En este epígrafe hemos de exponer las *actiones rem persequentes*, esto es, aquellas mediante las cuales, un propietario protege su derecho de propiedad. Dejamos aparte las acciones penales (en especial la *actio furti* y la *legis Aquiliae*), la *condictio furtiva* y los interdictos posesorios. Además, nos limitamos a la exposición del procedimiento clásico ordinario, esto es, del procedimiento formulario, ya que nuestro conocimiento de la *extraordinaria cognitio* clásica (supra, § 20), es todavía muy incompleto. Debemos pues ocuparnos de los siguientes recursos o medios defensivos: I. *Rei vindicatio*; II. *Interdictum quem fundum* y *actio ad exhibendum*; III. *Actio negatoria* (o *negativa*); IV. *Actio Publiciana* (y *exceptio rei venditae et traditae*).

I. *Rei vindicatio*

640. Concepto de la *rei vindicatio*.

La *rei vindicatio* clásica, era una acción por la cual el actor, fundándose en su derecho de propiedad quiritaria, exigía del demandado, la restitución de una cosa por éste poseída. Hay dos

formas alternativas procesales, la *per sponsionem* y la *per formulam petitoriam*.

1. *Rei vindicatio per sponsionem*. Este procedimiento ofrece un carácter arcaico. Comenzaba por una apuesta o *sponsio*, prometiendo el demandado pagar una suma nominal de dinero al actor, si este último era realmente dueño quirritario de la cosa vindicada. De este *sponsio*, derivaba una acción ordinaria *in personam* (supra, § 56). Las partes, en esta acción, celebraban la *litis contestatio* usual (supra, § 17) y el actor había de probar luego ante el juez su propiedad quirritaria. Si conseguía probarla, el juez condenaba al demandado a pagar la suma nominal prometida. Esta suma no era pagada de modo efectivo, pues la *sponsio* había sido realizada únicamente con la finalidad de plantear ante el juez la cuestión referente al dominio, y el juez, al resolver la cuestión entrañada en la apuesta, decidía incidentalmente también sobre la propiedad quirritaria del actor. La *sponsio* fué llamada por esta razón *sponsio praeiudicialis* (supra, § 88). Además de la *sponsio* aludida, las partes efectuaban otra *in iure*, y en ésta, el demandado, prometía prestando garantías, restituir la cosa vindicada (con sus frutos), si era vencido en la contienda surgida por efecto de la *sponsio praeiudicialis*. Esta segunda *sponsio* era denominada *sponsio pro praede litis et vindiciarum*. Supongamos que el demandado era vencido en la cuestión planteada en la *sponsio*. Por regla general en tal supuesto, restituía la cosa al actor, puesto que la sentencia afirmaba implícitamente la propiedad de éste. Si se negaba a restituir, el actor podía demandar a él y a sus fiadores con otra *actio in personam* basada en la *sponsio pro praede*.

Este procedimiento surge en la época republicana cuando la *legis actio sacramento* se hallaba todavía en pleno vigor, y perseguía una finalidad especial en cuyo examen no podemos entrar ahora. Subsistió durante todo el período clásico y solamente desaparece en la época post-clásica. No es nunca mencionada en la compilación justiniana, pues los compiladores la suprimieron o interpolaron los textos más importantes que la aludían. Por esta razón conocemos de la *vindicatio per sponsionem* muy poco más de lo que Gayo (4.93) nos refiere. Sin embargo, la función de la misma en el período clásico es bastante notoria. El juicio sobre la *sponsio praeiudicialis*, podía tramitarse, en tiempo relativamente breve y el juez, se limitaba tan sólo a decidir, si el actor era o no dueño de la cosa. No había de ocuparse en determinar lo que el demandado debía abonar al actor (frutos y daños), ni con la estimación del valor de estas cosas, como tenía que ocuparse obligadamente en la *vindicatio per formulam petitoriam* (infra, § 643).

641. *Rei vindicatio per sponsionem*.

Tampoco tenía que ocuparse con las excepciones pues en la *sponsio praeiudicialis* no había lugar para la *exceptio*. Si el juez llegaba a la conclusión de que el actor era el dueño y consiguientemente condenaba al demandado a pagar la suma nominal, este último restituía por regla general, espontáneamente, al actor la cosa vindicada, y no había lugar en tal caso a otro juicio ulterior. Así pues, la *vindicatio per sponsionem* fué incluso en Derecho clásico un remedio muy útil a pesar de su apariencia arcaica. Era, sin embargo, únicamente practicable si se planteaba la cuestión de si el actor era o no dueño. Si el demandado deseaba defenderse con una *exceptio*, era la *vindicatio per formulam petitoriam* el medio indicado para conseguirlo.

642. *Rei vindicatio per formulam petitoriam.*

2. *Rei vindicatio per formulam petitoriam.* En otro lugar hemos reproducido el texto de esta fórmula y explicado su estructura (supra, §§ 58, 68). Las partes componían la fórmula *in iure* (insertando tal vez una *exceptio* y una *replicatio*; supra, §§ 91, 105) procediendo luego a celebrar la *litis contestatio* (supra, § 17). Comparecían luego ante el juez, para defender sus posiciones respectivas y aducir la prueba pertinente. El actor debía probar su propiedad quirritaria, lo cual constituía a veces una difícil tarea, pues el Derecho clásico no admitió la adquisición de la propiedad por la simple buena fe del adquirente (*nemo plus iuris*, etc.; supra, párrafo 620), y la *usucapio* se mantuvo siempre en su aplicación dentro de estrechos límites (supra, § 623). Los juristas medioevales llamaron a esta prueba *probatio diabólica* (en las comedias medioevales de milagros, el diablo intentaba probar que un alma le pertenecía, sin que pudiera, por lo general, conseguir su intento de adueñarse de ella). El juez clásico tenía plena libertad en la valuación de la prueba y pudo considerar probada la propiedad si ésta resultaba probable en cierto grado. Los juristas clásicos no prevén estas dificultades porque no se ocupan de las cuestiones atinentes a la prueba.

Cuando el juez llegaba a la convicción del derecho del actor y de que el demandado debía consiguientemente restituirle la cosa (*restituere*), no procedía inmediatamente a la *condemnatio pecuniaria* (supra, § 36), sino que, a tenor de la cláusula *nisi restituetur*, pronunciaba un *arbitrium* en el que se ordenaba la restitución específica (supra, § 68). Al construir liberalmente esta cláusula, no ordenaba únicamente la restitución de la cosa vindicada, sino que adjudicaba también los frutos al actor y ordenaba indemnizar a éste los daños causados. Por otra parte, obligaba al actor a compensar los gastos que había realizado el *bonae fidei possessor*. Sobre la cuestión de este *restituere*, los juristas clásicos elaboraron

una fina serie de reglas basadas en la distinción entre *bonae* y *malae fidei possessor*. No podemos ocuparnos de estos detalles que, por otra parte, no son completamente seguros.

Cuando el demandado obedecía este *arbitrium* y restituía, terminaba el procedimiento. Pero si se obstinaba en no restituir, el juez pronunciaba la *condemnatio pecuniaria* (supra, § 36). Con este fin, el juez debía valorar todo aquello que el demandado debía restituir según el *arbitrium*, aunque podía también conferir al actor, la facultad de fijar dicho valor mediante una declaración prestada con juramento. El *iusiurandum in litem* fué un expediente que facilitaba la condena, evitando al juez una tarea siempre difícil y enojosa. La idea que lo inspiró, no fué la de compeler al demandado a restituir específicamente la cosa, amenazándole con una valoración de ésta hecha por el actor mismo, la cual podía, naturalmente, exceder con mucho de su valor real. Los historiadores modernos menosprecian demasiado la *fides* y la piedad romanas. Ciertamente que hubo el principio *deorum iniuria diis curae*, pero, con todo, el romano medio, no perjuraba fácilmente.

643. *Iusiurandum in litem.*

Finalmente, el juez pronunciaba la sentencia condenando al demandado a pagar una cierta cantidad de dinero al actor. La cosa vindicada por éste como propia, quedaba en poder del demandado y el actor, no podía reclamarla de nuevo con otra *rei vindicatio*. ¿Se convertía de este modo el demandado en propietario de la cosa? La cuestión ha sido por lo general resuelta afirmativamente. El demandado, se dice, adquiría propiedad bonitaria (pretoria) y el actor quedaba expropiado. Esta doctrina va tal vez demasiado lejos. Por otra parte, no podemos afirmar simplemente que el actor continuaba siendo propietario y el demandado no adquiría derecho alguno en la cosa. Si así fuese, el demandado condenado, no podría usar de la cosa y si se apropiaba de los frutos, el actor podría demandarle con una *vindicatio fructuum*. En el caso de ser mueble la cosa, el actor podría, siempre en idéntico supuesto, accionar contra él con la *actio furti*, con lo que la *condemnatio pecuniaria* carecería indudablemente de sentido. El demandado condenado habría sido protegido por el pretor como si fuese propietario, frente al actor. Las fuentes, que se hallan muy interpoladas, están reclamando un nuevo examen.

644. ¿Expropiación del actor?

La *rei vindicatio* (*per sponsionem* lo mismo que *per formulam petitoriam*) puede ejercitarse únicamente contra la persona que poseía la cosa vindicada en el momento de la *litis contestatio*. Si en este momento no era *possessor*, no podía ser demandado con esta acción y no podía serlo ni siquiera en el caso de que hubiese deliberadamente abandonado su posesión (*si dolo desitit possidere*).

645. Posesión del demandado.

Esto es seguro. La cuestión referente al género de posesión exigido, no puede ser resuelta con certeza. Lo más probable es que sólo el poseedor investido de la posesión interdicial (infra, § 753), podía ser demandado con la *rei vindicatio* y no podía serlo en cambio el mero *detentor* (vide infra, § 754), como es el arrendatario, el depositario o el comodatario. Supongamos que A es propietario de una casa poseída por B y alquilada por C, mediante el oportuno contrato de arrendamiento celebrado con B. En Derecho clásico, A podía demandar a B con la *rei vindicatio*, pero probablemente, no podía ejercitar esta acción contra C. Si el dueño de la casa es el mismo que la arrendó, puede demandar a su arrendatario con la *actio locati (ex contractu)*, pero seguramente no podía demandarle con la *rei vindicatio*.

646. Presencia de la cosa *in iure*.

El pretor podía cerciorarse de si el demandado se hallaba realmente en posesión de la cosa y si resultaba que no la poseía, denegaba la *vindicatio*. Difícilmente pudo exigirse el requisito de que la cosa mueble fuese llevada a presencia del mencionado magistrado. La presencia de la cosa vindicada era sin embargo, indispensable, en la *vindicatio per legis actionem*, pero ello se explica teniendo en cuenta la reducida extensión del Estado romano en aquella época. En Derecho clásico, tal requisito hubiera ocasionado graves e innecesarios trastornos.

Imaginemos que dos campesinos, A y B, viven en una ciudad del norte de Italia. A pretendía vindicar de B un buey. A y B debían dirigirse a Roma, comparecer ante el pretor y pedir a éste la correspondiente fórmula petitoria. A la petición de las partes responde el pretor exigiendo la presencia del buey *in iure*. El demandado vuelve a emprender viaje a su ciudad de origen y algún tiempo después comparece con el buey ante el pretor. Una vez en Roma de nuevo, se compone la fórmula y se designa el juez, todo ello una mera formalidad que dura escasos minutos. El demandado regresa luego con el buey a su ciudad. Esto es absurdo, en la época a que nos referimos. La teoría de Beseler exigiendo en todo caso de *vindicatio*, la presencia *in iure* de la cosa, no puede ser aceptada.

647. *Actio in rem*.

La *rei vindicatio* en sus dos formas (*per sponsionem* y *per formulam petitoriam*) fué como dice Gayo expresamente, 4.91, una *actio in rem*. Nos hemos referido ya a la significación clásica de esta expresión (supra, § 56). La peculiaridad de la *actio in rem* radica en el procedimiento *in iure* y consiste, en que el demandado, no está obligado a defender la cosa objeto de la *vindicatio*. Resulta esto evidente, sobre todo en la *vindicatio per sponsionem*. Las acciones resultantes de la *sponsio praedicialis*, así como las derivadas de la *sponsio pro praede*, fueron *actiones in personam*,

pero como el demandado no estaba obligado a practicar estas *sponsiones*, la *vindicatio per sponsionem* fué considerada una *actio in rem*. Si el demandado se negaba a defender la cosa vindicada con las oportunas *sponsiones* o aceptando la fórmula petitoria, debía abandonar la cosa al actor. Si la cosa era mueble y se hallaba presente *in iure*, el pretor pronunciaba un *iussum duci vel ferri rem ab actore*. Si no estaba presente *in iure* o era inmueble, se aplicaban los otros dos remedios que vamos a estudiar seguidamente.

II. *Interdictum quem fundum* y *actio ad exhibendum*

El Edicto pretorio tenía en su título *de interdictis* la rúbrica: "a quo fundus petetur, si rem nolit defendere" (Lenel, *Edicto* párrafo 248). El pretor prometía aquí un interdicto para el caso en que el actor deseara vindicar un inmueble y el poseedor de éste se negase a defenderlo (mediante las oportunas *sponsiones* o por aceptación de la fórmula petitoria). Este interdicto desaparece en la época de Justiniano y nuestro conocimiento referente al mismo es bastante deficiente. Probablemente venía concebido en estos términos:

648. *Interdictum quem fundum.*

"Quem fundum ille [el nombre del actor debía ser insertado; *Aulus Agerius* fué deliberadamente evitado en la fórmula interdictal, supra, § 111] a te vindicare vult et rem nolit defendere, eum illi restituas".

Fué un *interdictum restitutorium* y para el estudio de los detalles propios del mismo, nos remitimos a las observaciones generales hechas al tratar de los *interdicta* (supra, §§ 106 y s.). Se daba únicamente contra la persona que podía ser demandada con una *rei vindicatio*, pues únicamente de ella podía decirse que declinaba la defensa del fundo.

La reconstrucción de este interdicto, hecha por Lenel, aunque universalmente aceptada es, no obstante, inadmisibles:

"Quem fundum ille a te vindicare vult, quem possides dolove malo fecisti quo minus possideres, si rem nolit defendere etc."

La *rei vindicatio* no se da contra el no poseedor que *dolo desinit possidere*; consiguientemente un *nolle defendere* no es pertinente.

La *actio ad exhibendum* se refería únicamente a cosas muebles y, en algunos aspectos, fué una contrapartida del *interdictum quem fundum*. Lo mismo que el interdicto, esta acción podía utilizarse por la persona que deseaba vindicar una cosa. Se daba contra todo poseedor y no solamente (como ocurre en la *rei vindicatio*) contra el poseedor protegido por interdictos posesorios; se da

649. *Actio ad exhibendum.*

también contra el no poseedor que abandonó *dolo malo* su posesión (*qui dolo malo desiit possidere*). Fué una *actio in personam* (el demandado estaba por consiguiente obligado a aceptar el *iudicium*; supra, § 56), y una acción llamada arbitraria (supra, § 67). Antes de pronunciar la *condemnatio pecuniaria* el juez ordenaba al demandado, mediante el oportuno *arbitrium*, exhibir (*exhibere*) la cosa (no restituirla).

Las funciones que cumple la *actio ad exhibendum*, dentro de la esfera de la *rei vindicatio* fueron tres:

1. Servía de preparación para la *rei vindicatio*. Tal vez el actor deseaba identificar la cosa antes de entablar la *rei vindicatio*; o bien la cosa, se hallaba unida a otra cosa mueble y el actor exigía su separación para vindicarla.

2. Proporcionaba también un recurso en el caso de que el demandado con la *rei vindicatio*, se negase a defender la cosa. Si la cosa era exhibida, el actor podía adquirir su posesión a tenor del *iussum duci vel ferri rem ab actore*, dado por el pretor.

3. Finalmente, era un sustitutivo de la *rei vindicatio* contra el no poseedor que *dolo desiit possidere* (supra, § 645). Un *interdictum quem fundum* contra un no poseedor, fué, como ya se ha dicho (supra, § 648), innecesario, pues el poseedor actual de un fundo, es siempre notorio pero en cambio resulta en ocasiones difícil, determinar quién es el poseedor actual de una cosa mueble. Así, si el propietario probaba que B había poseído la cosa (por ejemplo una sortija) y más tarde había abandonado *dolo malo* su posesión, podía demandar a B con la *actio ad exhibendum* por no ser posible contra el mismo el ejercicio de la *rei vindicatio*.

III. *Actio negatoria* (o *negativa*)

650. Concepto de la *actio negatoria*.

Fué la forma negativa de la *intentio* (supra, § 30) lo que dió su nombre a la *actio negatoria* o *negativa*. Examinemos los siguientes ejemplos:

1. "Si paret Numerio Negidio ius non esse, eo fundo quo de agitur, uti frui invito Aulo Agerio neque ea res restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito."

Es ésta la acción propia del dueño de un fundo contra una persona que pretende tener un usufructo sobre el mismo cuando el propietario niega la existencia de este usufructo.

2. "Si paret Numerio Negidio ius non esse per fundum quo de agitur ire agere invito Aulo Agerio neque ea res restituatur etc."

Es ésta la acción correspondiente al propietario de un fundo, contra

la persona que injustamente pretende tener un derecho de paso a través del mismo.

3. "Si paret Numerio Negidio ius non esse aedes suas altius tollere invito Aulo Agerio etc."

Es ésta la acción del propietario de un fundo contra la persona que pretende tener derecho a construir un edificio sobre su propio suelo, elevándolo más de cierta altura, cuando el actor niega que tenga tal derecho. Esta fórmula se aplica a dos casos fundamentalmente diferentes:

a) El demandado pretendía tener una *servitus altius tollendi* sobre el fundo del actor y este último negaba tal derecho. En este caso la *actio negatoria* es, como en los casos precedentes, una acción del dueño contra la persona que pretende tener en su favor una servidumbre que grava el fundo del actor.

b) El actor pretendía tener una *servitus altius non tollendi* sobre el fundo del demandado y este último negaba la existencia de tal servidumbre. Es ésta una clara *vindicatio servitutis* que examinaremos más adelante (infra, § 692). Es una *actio negativa* por ser negativa también la *intentio* de su fórmula.

Aquí hemos de considerar únicamente la *actio negatoria* en cuanto sirve para proteger la propiedad. Por consiguiente queda fuera de nuestra consideración el caso 3 b.

La *actio negatoria* fué una *actio in rem* aunque, por regla general, figurase mencionado en su *intentio*, contra la regla general establecida, el nombre del demandado (supra, § 58). Gayo, 4.3 es en el fondo correcto aunque el texto pueda estar corrompido. Por esta razón, el demandado, no estaba obligado a aceptar el *iudicium* y en caso de no aceptarlo, debía abandonar la servidumbre reclamada. Si la servidumbre era una *servitus praediorum*, el actor contaba con un *interdictum quem fundum* adaptado a este caso (supra, § 648). Si la servidumbre consistía en un usufructo sobre cosa mueble, el pretor dictaba un *iussum duci vel ferri rem ab actore* y el actor disponía de la *actio ad exhibendum*. Cabe preguntar, cómo podía el demandado, que pretendía tener un derecho de paso sobre un fundo del actor, abandonar una servidumbre inexistente. De hecho equivalía a este abandono la prestación de la *cautio de non amplius turbando*.

Si el demandado aceptaba el *iudicium* y el juez hallaba que el actor estaba en su derecho, se dictaba un *arbitrium* lo mismo que en la *rei vindicatio*, imponiendo al demandado un *restituere*. El demandado debía restituir la cosa (en el caso de haberse alegado un usufructo), derruir un edificio que había sido construido indebidamente y pagar los perjuicios ocasionados. Si el demandado no acata el *arbitrium*, tiene lugar la *condemnatio pecuniaria*.

En conclusión, debe subrayarse que la *actio negatoria* no pro-

651. *Actio in rem.*

cede, cuando alguien se interfiere en la propiedad de otro sin alegar derecho alguno. En este caso el dueño estaba facultado para recurrir a los medios propios de la defensa privada y a los interdictos, no a la *actio negatoria*.

IV. *Actio Publiciana* y *exceptio rei venditae et traditae*

652. El Edicto.

Un pretor Publicio desconocido, probablemente del siglo último antes de J.C., introdujo en el Edicto la *actio Publiciana*. Prescindiendo de la historia de esta acción, nos limitaremos ahora a estudiar el Derecho clásico, esto es, el Edicto, al ser estabilizado por Adriano (supra, § 25). En este Edicto el pretor, bajo la rúbrica de *Publiciana in rem actione* (Lenel, *Edict.* § 60), prometía otorgar una acción (una *actio honoraria*; supra, § 45) ofreciendo como siempre un modelo de fórmula. La promesa edictal, nos ha sido conservada en un texto interpolado y su reconstrucción resulta muy dudosa. Tal vez estuvo redactada así:

“Si quis rem sibi traditam ex iusta causa et nondum usucaptan petet, iudicium dabo.”

“A quien reclame una cosa que le fué transmitida por *traditio* y que no ha usucapido todavía, daré una *actio*.”

La fórmula edictal se contiene en Gayo de modo fidedigno (4.36):

“Si quem hominem Aulus Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset,

tum si eum hominem de quo agitur eius ex iure Quiritum esse oporteret,

nisi restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam, etc.”.

“Si el actor, poseyendo un año el esclavo que había comprado y que le fué transmitido por *traditio*, habría sido propietario del mismo, etc.”
Et is ei traditus est en lugar de *quique ei traditus est*, es propio del lenguaje oficial republicano: *lex Iul. municipi*. lin. 157.

653. Finalidad.

En Derecho clásico la fórmula edictal era un modelo adaptable a otros casos, pues en la época clásica la *actio Publiciana* fué utilizable por todo poseedor que pudiese adquirir propiedad quiritaria en la cosa, por medio de la *usucapio*. Consideremos los siguientes casos:

1. El dueño quiritario de una *res mancipi* (supra, § 604) vendió y transmitió ésta por *traditio* a B. B era mero poseedor de la cosa, pero podía adquirir la propiedad quiritaria mediante *usucapio*, si permanecía en posesión de dicha cosa durante uno o dos años

(supra, § 623). Sin embargo, antes de transcurrir el *tempus usucapionis* B pierde la posesión y la cosa va a parar a manos de C. B pretende recobrar de C la cosa, pero no podía utilizar contra éste la *rei vindicatio* por no ser dueño quirritario. En cambio podía ejercitar la *actio Publiciana*. Mediante esta fórmula se ordenaba al juez considerar el caso planteado, suponiendo que B hubiese poseído la cosa durante todo el *tempus usucapionis* y esto supuesto, estimar a B propietario quirritario por *usucapio*, tratando a C como si se diese una *rei vindicatio*. El juez tenía, pues, que decidir si el propietario quirritario, había transmitido la cosa a B por *traditio*, pues los demás requisitos de la *usucapio* (supra, §§ 623 y s., cosa susceptible de ser usucapiada y *bona fides*) se daban, evidentemente, en el caso planteado.

2. Supongamos que un no propietario de una *res Mancipi* o *nec Mancipi*, la vende y transmite por *traditio* a B. B pierde más tarde la posesión de dicha cosa la cual pasa a ser posesión de C. B puede demandar a C con la *actio Publiciana*. En este caso el juez no tenía que determinar solamente si la cosa había sido transmitida a B, si que también si B, había o no procedido de buena fe, y, además, si la cosa era susceptible de ser usucapida (por no ser una *res furtiva vel vi possessa*; supra, § 623). En este caso, podía por supuesto el demandado C, ser propietario quirritario y como el pretor no deseaba en modo alguno privar de su propiedad al dueño quirritario, C podía pedir la inserción de una *exceptio domini* en la correspondiente fórmula.

La fórmula edictal se aplicaba a ambos casos y fué adaptada a otros similares. Si B había adquirido la posesión por una *traditio donationis causa, dotis causa, solutionis causa*, o si B poseía *pro legato (per vindicationem)* o *pro derelicto*, le era otorgada una *actio Publiciana utilis* (supra, § 52) ya que en todos estos casos, B era un *possessor ad usucapionem*. En resumen, podemos decir, que la finalidad perseguida por la *actio Publiciana* clásica, fué la protección de un tipo especial de posesión, precisamente de la posesión que podía conducir a la *usucapio*. La acción fué una *rei vindicatio* elaborada artificialmente por el pretor. No existió en cambio una acción negatoria pretoria.

La sección edictal de *exceptionibus* contenía la fórmula de una *exceptio rei venditae et traditae* (Lenel, *Edict.* § 276) aplicable a los dos casos siguientes.

654. *Exceptio rei venditae et traditae.*

1. El propietario quirritario de una *res Mancipi* vende ésta y la entrega a B. Como quiera que el vendedor continuaba siendo dueño quirritario podía perfectamente demandar a B con la *rei vindicatio*. El pretor protegía a B otorgándole una excepción especial:

“si non Aulus Agerius fundum quo de agitur Numerio Negidio vendidit et tradidit”.

2. Un no propietario A vende y entrega una *res Mancipi* o *nec Mancipi* a B. A, más tarde, adquiere la propiedad de dicha cosa (por ser, por ejemplo, heredero del dueño quiritario). En este caso, B puede defenderse con la *exceptio rei venditae et traditae* contra la *rei vindicatio* ejercitada por A.

Esta excepción puede funcionar también como *replicatio* oponible a la *exceptio dominii* antes mencionada (§ 653). Supongamos que A, dueño quiritario de una *res Mancipi*, vende y entrega ésta a B. Más tarde B, pierde la posesión volviendo la cosa a poder de A. B demanda ahora a A con la *actio Publiciana*. A puede objetarle que es el dueño quiritario de la cosa (*exceptio dominii*; supra, § 653), pero B puede oponer a esta objeción, que A le había vendido y entregado la cosa (*replicatio rei venditae et traditae*).

La *exceptio* edictal puede ser adaptada a otros casos similares. Así por ejemplo, si A entregó una cosa a B, *donationis causa*, B resultaba protegido frente a la *rei vindicatio* ejercitada por A, con una *exceptio rei donatae et traditae*.

655. Propiedad bonitaria.

Hubo pues en Derecho clásico una especie de *possessio* protegida por el pretor incluso frente al dueño quiritario. Gayo no siente escrúpulo alguno en denominar a este género de posesión *dominium* y los autores modernos propenden a designarla con las expresiones de propiedad “pretoria” o “bonitaria”. Podemos compararla con la *bonorum possessio cum re* (supra, § 378). Los juristas clásicos evitaron sistemáticamente el empleo del término *dominium* (la terminología de Gayo resulta singular) y se contentaron con usar la expresión ambigua *in bonis esse alicuius*. En las escuelas bizantinas de Derecho, tal poseedor fué denominado *dominus bonitarius* (δεσπότης βονιτάριος, Theopilus, *Paraphrasis*, 1.5.4).

V. Derecho justiniano

El desenvolvimiento post-clásico de todos estos recursos, no puede ser estudiado en la presente obra y bastará consignar solamente algunas observaciones referentes al Derecho de Justiniano. Los recursos o remedios clásicos, experimentaron modificaciones, y los textos clásicos insertos en las compilaciones justinianas fueron, con el fin de introducirlas, fuertemente interpoladas.

656. Praeciae teneri y condemnatio pecuniaria.

1. El *arbitrium iudicis* fué ahora sentencia ejecutiva, pero la *condemnatio pecuniaria* no quedó abolida totalmente. Sin duda, los compiladores, desearon otorgar al actor, la opción entre la ejecución específica y el abono de los daños, pero como quiera que no

acertaron a expresar claramente este principio, se originaron discusiones continuas desde el tiempo de los glosadores, sobre la cuestión de determinar en qué medida era el demandado responsable por la ejecución específica (*praecise teneri* fué el término medioeval).

2. *Rei vindicatio*, *actio negatoria* y *actio Publiciana* fueron llamadas *actiones in rem*, expresión que implica siempre el hecho de que el demandado no esté obligado a defender la cosa en juicio. Si rehusaba la defensa, los recursos de que el actor disponía eran muy simples. El *interdictum quem fundum* había ya desaparecido enteramente.

657. *Actio in rem.*

3. La *rei vindicatio* fué asimilada a la *actio ad exhibendum*. Semejante a esta última, la *rei vindicatio* pudo intentarse contra todo poseedor que tuviese la *facultas restituendi* e incluso contra la persona que *dolo desistit possidere*.

658. *Rei vindicatio y actio ad exhibendum.*

4. Con la desaparición de las categorías de *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, la aplicación de la *actio Publiciana* y de la *exceptio rei venditae et traditae* experimentó una reducción muy considerable.

659. *Res Mancipi y nec Mancipi.*

Tales son las principales alteraciones de las fuentes correspondientes a esta materia que deben tenerse en cuenta.

FUENTES

- § 641. Vide Gayo, 4.93, 94.
§ 645. Vide D. (6.1) 9 [*puto... posse*]. Vide *Index Interpol.*
§ 647. Vide D. (2.3) 1.1.
§ 648. Vide *Ulp. Inst. Vindobon*, fr. IV (Seckel-Kübler, I, 494).
§ 654. Vide D. (6.1) 72 [*pretio soluto*]; [*tradiderit*] «*mancipio dederit*»; (21.3) 2 [*pretio... Titius*], «*Titius autem*»; (44.4) 4.32 [*pretio soluto*]; [*tradiderit*] «*mancipio dederit*».
§ 655. Vide Gayo, 2.40, 41; 1.54.
§ 656. Vide D. (6.1) 68, interpolado, vide *Index. Interp.*
§ 658. Vide D. 6.1) 9, última frase; (6.1) 27.3 (ambos interpolados).
§ 659. Vide C. (7.31) 1.5.

BIBLIOGRAFÍA

- § 641. Bozza, "Actio in rem per sponsonem", *St. Bonfante*, II (1930), 591 y s.; Kaser, *Eigentum und Besitz im älteren röm. Recht* (1943), 282 y s.
§ 642. Lenel, *Edict.* (1927), § 69. Sobre *probatio diabolica*, Windscheid, *Pand.* I (1906), 196, núm. 3. Sobre *restituere*, vide Kaser, *Restituere als Prozess-Gegenstand* (1932); "Besitz und Verschulden bei dinglichen Klagen", *Z.* LI (1931), 92 y s.
§ 643. Schulz, *Principles* (1936), 229; Wenger, *CP.* (1940), 199.
§ 644. Levy, "Die Enteignung des Klägers im Formular-Prozess", *Z.*,

XLII (1921), 476 y s.; Carrelli, *L'acquisto della proprietà per litis aestimatio* (1934); Ehrhardt, *Litis aestimatio* (1934), 141; Beseler, "Litis aestimatio und Enteignung", SD., 1937, págs. 367 y s.

§ 645. H. Siber, *Lie Passivlegitimation bei der rei vindicatio* (1907); Röm. Recht (1928), 97; Beseler, *Beiträge*, I (1910), 20; II (1911), 5 y s., 136; *Index. Interp. D.* (6.1) 9; Herdlitzka, Z., XLIX (1929), 274 y s.; Kaser, *Eigentum und Besitz*, 288, 292.

§ 646. Beseler, *Beiträge*, I (1910), 10 y s.; II (1911), 128 y s.; Lenel, "Rei vindicatio und actio ad exhibendum", Grünhut's, *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, XXXVII (1910), 515 y s.; Kaser, Z., LI (1931), 100, núm. 2.

§ 647. Lenel, *Edict.* (1927), pág. 136; Berger, PW., IX, 1661.

§ 648. Lenel, *Edict.* § 248; Berger, PW., IX, 1660 y s.

§ 649. Beseler, *Beiträge*, I (1910), 1 y s.; II (1911), 128 y s.; Lenel, "Rei vindicatio und actio ad exhibendum", l.c.; *Edict.* § 90.

§ 650. Sobre la terminología, vide *Voc. Iur. Rom.* IV, 79; sobre Gayo, 4.3, vide Beseler, Z., XLVI (1926), 268; Blondi, *Actio negativa ed actio prohibitoria* (1929), 3; vide además Lenel, *Edict.* §§ 72, 73; Bohacek, *Bull.* XLIV (1937), 49 y s.; XLVI (1939), 142 y s.

§ 651. Lenel, *Edict.* §§ 248, 255; Berger, PW., IX, 1660 y s.; Windscheid, *Pand.* I (1906), § 198, núm. 7.

§ 652. Lenel, *Edict.* § 60; Bonfante, *Corso*, II, 2 (1928), 326 y s.; Beseler, *Beiträge*, IV (1920), 87; Pflüger, Z., XLII (1921), 469. De Sarlo, *St. Solazzi* (1948), 208 y s.

§ 653. Actio Publiciana negatoria?, vide Windscheid, *Pand.* I, § 199, número 3.

§ 654. Lenel, *Edict.* § 276, con referencias; Bonfante, *Scritti*, II (1918), 450 y siguientes.

§ 655. Bonfante, *Scritti*, II (1918), 370 y s.; *Corso*, II, 2 (1928), 314 y s.

§ 656. Windscheid, *Pand.* I (1906), § 193, números 1-3; Beseler, SD., 1937, página 368.

§ 657. Wlassak, Z., XXV (1904), 143.

§ 658. Herdlitzka, Z. XLIX (1929), 275, núm. 1, con referencias.

CAPÍTULO II

SERVIDUMBRES

1. INTRODUCCIÓN

En el Derecho justiniano una *servitus* era una carga impuesta sobre una cosa corporal y concerniente al uso de ésta, en virtud de un negocio jurídico privado. Esta definición requiere algunas aclaraciones. 660. Concepto.

1. "Carga impuesta sobre una cosa" es una expresión metafórica. La significación propiamente jurídica es "modificación de la propiedad". El usufructo, por ejemplo, es una *servitus* porque el derecho del usufructuario, modifica la propiedad (supra, § 578), y este derecho, además, es válido y resulta protegido frente a todo propietario de la cosa gravada con esta servidumbre. Un arrendatario puede virtualmente usar de la cosa, pero su derecho es válido y protegido únicamente frente al arrendador (o frente al heredero de éste). Si el arrendador enajena la cosa, el arrendatario no tiene derecho alguno frente al nuevo propietario, por consiguiente, el derecho del arrendamiento no modifica la propiedad. Los autores modernos dicen (supra, § 579) que el arrendatario no tiene un *ius in re* (o *in rem*) sino únicamente un *ius in personam*.

2. La *servitus* hace referencia al uso de la cosa sirviente. Por regla general, la servidumbre implica un derecho a usar de una cosa perteneciente a otra persona, así por ejemplo, el usufructo o el *ius itineris*. Algunas veces, la servidumbre limita tan sólo el uso de la cosa que corresponde al propietario de ésta, así por ejemplo la *servitus altius non tollendi* que impide al propietario del predio sirviente elevar un edificio en él, a más de cierta altura.

3. El propietario de un fundo estaba sujeto a ciertas limitaciones de sus facultades en favor de los vecinos por disposición del Derecho privado romano. Los autores modernos llaman a estas restricciones *servitutes legales*, expresión equívoca que sugiere la idea de que la propiedad romana era por sí misma un derecho ilimitado. No podemos entrar ahora en el examen de estas limitaciones. Las restricciones de la propiedad pueden ser establecidas

también por el Derecho público. Tampoco trataremos de ellas en este lugar. La servidumbre a la cual, hemos de referirnos aquí, es aquella que consiste en una carga impuesta por virtud de un negocio jurídico privado.

661. Clasificación.

Las servidumbres se dividen en dos clases: *servitutes personae* o *personales* (servidumbres personales) y *servitutes praediorum* o *reales* (servidumbres prediales o reales). La diferencia existente entre estos dos grupos, estriba en la forma o manera con que el titular de la servidumbre se halla investido de su derecho.

1. La servidumbre personal se da en favor de una persona individual y el objeto sobre que tal servidumbre recae puede ser mueble o inmueble.

2. La servidumbre real o predial va siempre unida a la propiedad de una cosa, de modo que cuando ésta cambia de dueño, el nuevo propietario adquiere automáticamente el derecho contenido en la servidumbre. Las servidumbres de esta especie pueden darse únicamente en favor del dueño de un predio (*praedium*) y la cosa gravada con la servidumbre debe ser siempre un predio también. Así pues, son indispensables dos inmuebles para la constitución de esta servidumbre, un *praedium dominans* (esta expresión no aparece en nuestras fuentes, pero es útil) y un *praedium serviens* (término que encontramos en nuestras fuentes).

662. Terminología clásica.

La terminología clásica difiere sustancialmente de la adoptada por los compiladores. La *servitus* clásica comprendía únicamente lo que los compiladores llamaban "servidumbres reales o prediales". La expresión "servidumbre personal" no existía, pues los juristas se contentaron con referirse a las dos servidumbres personales clásicas, *usus fructus* y *usus*, designándolas con sus nombres específicos. Así, el Edicto contenía la rúbrica *si usus fructus petatur* (Lenel, *Edict.* § 72; *usus* con toda seguridad no fué expresamente mencionado) seguida de la otra *si servitus vindicetur* (Lenel, *Edict.* párrafo 73). Los compiladores del *Digesto*, conservaron este orden no obstante ser ilógico, pues el usufructo fué para ellos una especie de servidumbre. El libro 7 del *Digesto* se ocupa del usufructo y de otras servidumbres personales, y el libro 8 de *servitutes*. En la siguiente exposición, usaremos la terminología bizantina, por ser más conveniente a nuestro propósito. La *servitus* bizantina no es un término escolástico y vacío y cabe por el contrario utilizarlo en un estudio sistemático del Derecho de propiedad o en otro cualquiera de carácter sociológico, económico o político. Las servidumbres personales y prediales constituyen una unidad definida y requieren un término genérico que las distinga del *pignus* y la *hypotheca*, los cuales cumplen una función fundamentalmente dife-

rente. En este aspecto, la terminología bizantina es superior a la utilizada por los juristas clásicos.

Ya hemos aludido (*supra*, § 583) al carácter propio del Derecho clásico de servidumbres. Fué un Derecho muy liberal, y la tendencia a mantener la propiedad libre en lo posible de limitaciones así como la de restringir las servidumbres, constituye una relevante característica del mismo.

1. El Derecho clásico admitió un grupo de servidumbres típicas. Algunas de éstas fueron enunciadas en el Edicto, pero ni siquiera la lista de las mismas contenida en el Edicto de Adriano, fué completa, y otros tipos además, fueron reconocidos posteriormente por los juristas y por el pretor. Este grupo de servidumbres típicas fué gradualmente desenvuelto y en la época clásica, la lista de dichas servidumbres no era todavía completa. La admisión de nuevos tipos de servidumbres por el pretor, se dejaba a la discreción de éste, pero el pretor y los juristas, sintieron una repugnancia sistemática a desviarse de los principios en que se inspiraba el número y la forma de las servidumbres admitidas. Por ejemplo, un usufructo en favor del propietario de una tierra (con otras palabras, una servidumbre predial con el contenido de un usufructo) habría sido rechazada lo mismo que las cargas reales (*infra*, § 666). Las partes no eran enteramente libres para crear nuevas servidumbres sino que estaban sometidas a una permanente y beneficiosa vigilancia a fin de evitar que las servidumbres pudiesen agotar totalmente el contenido de la propiedad. El pernicioso desarrollo de las servidumbres que se produjo en la Europa central y particularmente en Alemania desde comienzos de la Edad Media hasta la iniciación del siglo XIX, era imposible en Roma como consecuencia de la actitud aludida.

663. Significación de los tipos clásicos.

2. La servidumbre personal clásica, se hallaba indisolublemente ligada a la persona individual de su titular. El usufructo, por ejemplo, era una servidumbre personal que concedía a su titular derechos muy amplios — estaba éste facultado para tener en su poder la cosa (mueble o inmueble), para usar de la misma y percibir sus frutos —, pero no podía enajenarla ni transmitirla a sus herederos. Su derecho terminaba inevitablemente con su muerte, o antes, y el propietario recuperaba la propiedad al extinguirse el usufructo. Las partes no podían convertir el usufructo en derecho alienable o transmisible por herencia. Tampoco podía crearse un usufructo en favor de una persona jurídica (*supra*, §§ 162, 175).

664. Servidumbres personales.

3. Las servidumbres prediales reales, pueden existir durante largo tiempo ya que estos derechos, eran adquiridos por el propietario variable del *praedium dominans* y no limitaban su exis-

665. Servidumbres prediales.

tencia a la de un titular individual. Pero el contenido de estas servidumbres era muy limitado, como tendremos ocasión de ver (infra, § 685). Ya hemos dicho (supra, § 663) que no era permitido constituir un usufructo como servidumbre predial pues este derecho habría convertido la propiedad en un *nudum ius* por un largo tiempo.

666. *Servitus in faciendo consistere nequit.*

4. Ninguna servidumbre puede obligar al propietario a hacer algo. La máxima *servitus in faciendo consistere nequit* no había sido formulada todavía en la época clásica, pero se aplicó como principio rector de la mayor importancia. La obligación de pagar periódicamente una suma de dinero, o de suministrar una cierta cantidad de huevos, manteca, harina, madera, etc. o de realizar servicios personales de cierta especie por intervalos (semanal, mensualmente), no podía constituir el contenido de una servidumbre. Estas obligaciones podían crearse mediante el correspondiente contrato, pero en tal caso, solamente el promitente y su heredero quedaban obligados, no el propietario eventual de la cosa sirviente. Así pues la perniciosa institución de la *Reallast* (cargas reales) no pudo desarrollarse en el Derecho privado y continuó limitada en su aplicación, a la esfera propia del Derecho público. El Estado y los *municipia* podían imponer cargas de esta especie, pero otorgar a los particulares la facultad de crearlas a discreción, se consideró peligroso para la libertad que inspiraba el régimen romano del dominio. La historia agraria del Continente, ha justificado plenamente la actitud romana y la legislación agraria, a partir de la Revolución Francesa, intentó siempre, con más o menos energía, abolir o restringir por lo menos las cargas reales.

667. *Servitus oneris ferendi.*

En el Derecho justiniano hubo solamente una excepción a la regla *servitus in faciendo consistere nequit*, constituida por la llamada *servitus oneris ferendi*. En esta servidumbre, el dueño del *praedium dominans* tenía derecho a apoyar un edificio sobre la pared del predio sirviente. El propietario de este último venía obligado a mantener esta pared en buen estado. Es dudoso que los juristas clásicos reconocieran en él una obligación de esta especie. Ciertamente que la tomaron en consideración aunque fuese rechazada por la opinión dominante. Aún admitiendo que fuese clásica, esta excepción confirmaría la regla enunciada.

668. Derecho post-clásico.

5. En la época post-clásica los principios liberales del Derecho clásico, se debilitan considerablemente. La lista de las servidumbres personales aumenta y son reconocidas las llamadas servidumbres personales irregulares. Además las *superficies* y la *emphyteusis* penetran en la esfera del Derecho privado. Insistiremos más adelante sobre estos puntos (infra, §§ 693 y s.).

Con todo, el Derecho clásico referente a las servidumbres, constituye una obra digna de elogio, pero más todavía si se tienen en cuenta más que sus detalles, los principios inspiradores del mismo. Serios intentos han sido hechos por los autores modernos, para tratar de fijar el Derecho clásico, pero los textos utilizables se hallan muy interpolados y muchas cuestiones — desgraciadamente no sólo de detalle — quedan sumidas en la obscuridad.

669. Consideración final y fuentes.

F U E N T E S

- § 660. Vide D. (8.1) 15.1 (clásico en el fondo); *Lez. Urson*. cc. 73-5 (Bruns, *Fontes*, núm. 28; FIRA, I, núm. 21).
- § 661. Vide D. (8.1) 1 (espurio); (8.4) 1.1.; (18.1) 47.
- § 662. Vide Gayo, 2.14 (usufructo en contraste con servidumbre).
- § 664. Vide Gayo, 2.30, última frase; D. (7.1) 56 (supra, 162).
- § 666. Vide D. (8.1) 15.1; (18.1) 81.1; (33.1) 12 [*neque... in rem*], pero todo el texto es corrompido (confusión de *legatum* y *fideicommissum*, supra, 550). Para las cargas reales públicas, vide la llamada *lex Iulia munic.* (Bruns, *Fontes*, núm. 18; FIRA., núm. 13) lin. 20.
- § 667. Vide D. (8.5) 6.2 (el texto es corrompido).

B I B L I O G R A F Í A

- § 660. Windscheid, *Pand.* I (1906), § 200, con referencias; Bonfante, *Corso*, III (1933), 15; Biondi, *La categoria romana delle servitutes* (1938); *Le servitù prediali nel dir. rom.* (1946); G. Grosso, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana* (1944); Solazzi, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali* (1947). Sobre servidumbres públicas, vide Schulz, *Principles* (1936), 80; Biondi, *La categoria*, 557 y s.
- § 662. Longo, "La categoria delle servitutes nel dir. rom. class.", *Bull.* XI (1898), 281 y s.; Buckland, *St. Riccobono*, I (1936), 278; Biondi, *La categoria*, 678 y s.; Grosso, *SD.*, V (1939), 251; *I problemi dei diritti reali*, 318.
- § 663. Arangio-Ruiz, "La cosiddetta tipicità delle servitù e i poteri della giurisprudenza romana", *Il Foro Italiano*, LIX (1934); G. Grosso, "L'evoluzione storica delle servitù nel dir. rom. e il problema della tipicità", *SD.*, III (1937), 265 y s.; Biondi, *Le servitù prediali*, 89 y s.; Solazzi, *Requisiti*, 6 y siguientes.
- §§ 664, 665. Jhering, *Geists des röm. Rechts*, II, 1 (4.ª ed. 1880), 226 y s.; Solazzi, *Bull.* XLIX/L (1948), 393 y s.
- § 666. Bonfante, "La regola servitus in faciendo consistere nequit", *St. Ascoli* (sin fecha), 179 y s.; *Corso*, III, 24 y s.; Biondi, *Le servitù prediali*, 98 y s., 105 y s.; Solazzi, *Requisiti*, 19; Schulz, *Principles*, 30, núm. 3.
- § 667. Pernice, *Z.*, XIX (1898), 87 y s.; Scialoja, *AG.*, XXVII (1881), 145 = *Studi*, I, 1.84 y s.; Beseler, *Z.*, XLV (1925), 231 y s.; G. Segrè, *Bull.* XLI (1932), 17 y s., 52 y s.; "Le formole delle azioni relative alla servitus oneris ferendi", *St. Ascoli* (sin fecha).
- § 669. Windscheid, *Pand.* I, §§ 200 y s.; Bonfante, *Corso* III (1933); Biondi, *Istituzioni* (1946), §§ 70 y s.; Arangio-Ruiz, *Istituzioni* 9.ª ed. 1947). cap. VIII y IX.

2. SERVIDUMBRES PERSONALES

670. Concepto del usufructo.

La servidumbre personal clásica más importante fué el *usus fructus*. El usufructuario tenía el derecho de usar la *res serviens* y de percibir sus frutos (Gayo, 2.93: *habet ius utendi fruendi*). Los detalles relativos a estos derechos fueron objeto frecuente de discusión entre los juristas clásicos, los cuales tendieron a restringir tales derechos en la medida de lo posible. No nos es dable ocuparnos ahora de estas disposiciones. En conjunto, ofrecen un carácter casuístico. La famosa fórmula: “*Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rei substantia*”, es evidentemente imprecisa, pues el usufructuario puede (dentro de ciertos límites) extraer de un fundo sirviente piedras, arena, minerales, cal, etc., lo cual no es posible sin disminuir la sustancia de la cosa.

671. ¿Es el usufructo *pars dominii*?

Otra cuestión recientemente muy discutida, es la de si el usufructo constituye para los juristas clásicos una *pars dominii* y en caso afirmativo con qué alcance lo sea. No podemos tratarla aquí. Los pocos textos importantes de que disponemos están interpolados. Ciertamente que toda servidumbre es una *pars dominii* pero la idea corriente de que el usufructo en particular constituye una parte del dominio, difícilmente pudo ejercer influjo alguno en la jurisprudencia clásica. La función principal del usufructo clásico fué la de proveer al mantenimiento de una persona individual. Era el usufructo sumamente adaptable a esta finalidad, por el hecho de extinguirse con la muerte del usufructuario. Por esta razón, los juristas se ocuparon de él en conexión con los legados (de *usu fructu legato*), pues el legado era el modo por excelencia de constituir el usufructo.

672. Función.

El usufructo puede constituirse directamente mediante un *legatum per vindicationem* (supra, § 555). Si un usufructo era constituido mediante *legatum per damnationem* o mediante *fideicommissum* (supra, §§ 556, 559), el heredero venía obligado a constituir el usufructo por acto inter vivos, ordinariamente mediante *in iure cessio* (supra, § 610). Un modo singular de constitución de usufructo fué la *mancipatio deducto usufructu*; el propietario de una cosa la mancipaba a una persona, reteniendo él el usufructo para sí. Un *legatum per vindicationem* y una *in iure cessio deducto usufructu* fueron también posibles. Además, el usufructo puede constituirse por *adiudicatio* en el llamado *iudicium divisorium* (supra, § 86). El usufructo no podía adquirirse por *usucapio*, si bien este punto se halla sujeto a discusión.

673. Constitución del usufructo.

En Derecho clásico fueron éstos los únicos modos de constituir

En Derecho clásico fueron éstos los únicos modos de constituir

el usufructo. Resulta extraño que un usufructo sobre *res nec mancipi* no pudiese constituirse mediante *traditio*. La propiedad de tales cosas podía transferirse por *traditio* y cabe pensar que *in maiori inest et minus*. Sin embargo, este argumento no es muy convincente. Los juristas deseaban mantener libre la propiedad y fueron reacios a facilitar la constitución de usufructos. Sea lo que fuere, la constitución de un usufructo por *traditio* es expresamente excluida por Gayo (2.28.30). No existen modos pretorios de constitución de usufructo, pues el pretor no fué nunca propicio a favorecer las servidumbres. Ni siquiera un usufructo honorario podía constituirse mediante *traditio*. En determinados casos el pretor trataba a determinadas personas como si fuesen realmente usufructuarios, pero difícilmente puede hablarse ni aun en tales hipótesis de un usufructo pretorio.

Supongamos que un testador instituye heredero a H, legando el usufructo del *fundus Cornelianus* a L *per vindicationem*, y constituyendo a cargo de L un *fideicommissum* consistente en restituir el usufructo a F. L transmite el fundo a F. L y no F es no obstante el usufructuario ya que el usufructo no puede ser enajenado (supra, § 664). Ahora bien, el pretor protegía a F frente a L y a H, como si él (F) fuese en realidad el usufructuario. Una decisión ésta realmente singular y que si es genuina, se basa tal vez en un rescripto.

Sobre un *fundus provincialis* no podía constituirse un usufructo (supra, § 588). Un pasaje de Gayo, redactado con evidente descuido (2.31.32) parece suponer que el usufructo podía ser constituido *pactionibus et stipulationibus*. A lo sumo este pasaje, puede referirse a un usufructo honorario protegido por los gobernadores de provincias, y aun esto es muy improbable puesto que *pactionibus et stipulationibus* se podía originar solamente una *actio in personam*. Tal vez Gayo quiso decir que las partes debían contentarse con un contrato generador de obligaciones y sustitutivo de un verdadero usufructo. No existen fuentes fidedignas que nos permitan hallar una solución segura.

En Derecho Justiniano al desaparecer la *mancipatio* y la *in iure cesio* (supra, §§ 608, 612), pudo el usufructo constituirse *pactionibus et stipulationibus*, mediante *traditio ususfructus* y mediante *traditio rei deducto usufructu*. Numerosos textos clásicos insertos en el *Corpus iuris* fueron interpolados con este propósito.

Como el usufructo limitaba fuertemente los Derechos del propietario, la duración del mismo, se mantuvo dentro de límites muy reducidos.

674. *Fundus provincialis*.

675. Constitución del usufructo en Derecho justiniano.

676. Fin del usufructo.

1. Todo usufructo se extingue con la muerte de su titular, sin que las partes puedan hacerlo transmisible hereditariamente. Cuando el testador deja un usufructo a A mediante legado, no podía “repetir” el legado (*repetitio legati*) en favor del heredero de A.

2. El usufructo se extingue, además, con la *capitis deminutio* (supra, § 123) de su titular. El testador podía proveer en este caso con una *repetitio legati*.

3. Las partes pueden constituir un usufructo *ad tempus* (por ejemplo, por tres años) mediante legado, *in iure cessio* y *adiudicatio* (Fr. Vat. 48). El usufructo se extinguía al expirar el término fijado, pero si el usufructuario moría o sufría *capitis deminutio*, antes de expirar el plazo, el usufructo se extinguía en tal supuesto antes de transcurrir el término establecido.

4. El usufructo se extingue por *non-usus* durante un año si la cosa era mueble, o durante dos si era inmueble. El tiempo exigido es el que se requiere para que tenga lugar la *usucapio rei* (supra, párrafo 623).

5. Si el usufructuario deseaba resignar sus derechos, debía realizar una *in iure cessio* en favor del dueño de la cosa. La resignación no formal de los derechos del usufructuario, generaba solamente una *exceptio* en favor del propietario que era oponible a la *vindicatio ususfructus*.

6. El usufructo se extinguía cuando el usufructuario venía a ser propietario de la cosa usufructuada (*consolidatio*), pues el usufructo no podía constituirse en favor del dueño de la cosa. Sin embargo, como esta regla producía en ocasiones resultados injustos, los juristas trataron a veces al dueño, como si fuera un verdadero usufructuario.

7. Finalmente, el usufructo se extinguía no sólo por dejar la cosa de existir, sino también por experimentar ésta una alteración considerable. Así por ejemplo el usufructuario de una cosa pierde su derecho, si la casa se incendia, y no subsiste en tal caso el usufructo sobre el solar. Resulta evidente en este supuesto la tendencia característica a favorecer la libertad del dominio.

677. *Vindicatio usus fructus.*

El usufructuario disponía de una acción especial llamada por los juristas clásicos *actio de usu fructu* o *vindicatio usus fructus*. Los compiladores del *Digesto* (Título 8.5), y seguramente ellos tan sólo, emplearon para designar esta acción el término extraño de *actio confessoria*. La *vindicatio usus fructus* se dió únicamente en un principio contra el dueño de la cosa, pero más tarde — por lo menos a partir de Juliano — se dió también contra todo poseedor que pudiera ser demandado con la *rei vindicatio* (supra, § 645). Esta acción fué una *actio in rem* en el sentido usual clásico (supra,

párrafos 56, 647). En lugar del *interdictum quem fundum* (supra, § 648), el usufructuario disponía de *interdictum quem usum fructum* (Lenel, *Edict.* § 248). La fórmula de la *vindicatio usus fructus* era ésta (Lenel, *Edict.* § 72) :

“Si paret Aulo Agerio ius esse eo fundo, quo de agitur, uti frui neque ea res restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam”, etc. (supra, §§ 58, 67).

Por lo que respecta a la acción utilizable por el propietario contra el usufructuario, el ejercicio de la *rei vindicatio* es impropio porque el usufructuario no fué *possessor rei* (supra, párrafo 645). El propietario disponía de los interdictos posesorios y se hallaba especialmente protegido por la *cautio usufructuaria*, esto es, por la *actio ex stipulatu* resultante de la *cautio*. El usufructuario venía obligado a prometer que usaría de la cosa *boni viri arbitrato* y que la restituiría al terminar el usufructo. En el título edictal *de legatis* (Lenel, *Edict.* § 171), el pretor imponía al usufructuario, la obligación de prestar la *cautio*, y en la rúbrica *usufructuarius quemadmodum caveat* (Lenel, *Edict.* § 286) reproducía el texto de la misma :

678. *Cautio usufructuaria.*

“Cuius rei usus fructus testamento Lucii Titii tibi legatus est, ea re boni viri arbitrato usurum fruiturum te et, cum usus fructus ad te pertinere desinet, id quod inde exstabit restitutum iri dolumque malum abesse afuturumque esse spondesne? Spondeo.”

El propietario se hallaba facultado para rehusar la entrega de la cosa al usufructuario en tanto éste no prestase la oportuna *cautio*. Si inadvertidamente entregaba la cosa sin que el usufructuario hubiese prestado la *cautio*, podía excepcionalmente demandar a éste con la *rei vindicatio* y reclamar la cosa. La *condictio cautionis* fué desconocida en Derecho clásico y tampoco el pretor concedió una acción especial para exigir la prestación de la *cautio*.

El pretor otorgaba la *cautio* únicamente en caso de *usufructus legatus*. En este supuesto, se requería especialmente la protección del pretor. En efecto, si el usufructo era legado *per vindicationem*, se constituía sin necesidad de acto alguno del heredero (supra, párrafo 504.2). Si era legado *per damnationem*, el heredero venía obligado a constituirlo de acuerdo con la voluntad del testador. Si el usufructo era constituido mediante *in iure cessio venditionis* o *donationis causa*, el dueño de la cosa era libre de exigir o no la *cautio* antes de realizar la *in iure cessio*. Sin embargo, las normas pretorias fueron extendidas por los juristas, a toda clase de usufructus. De este modo, si un usufructo era constituido por una *in iure cessio venditionis* o *donationis causa* y el dueño había

olvidado exigir la *cautio*, podía retener la cosa hasta que la *cautio* fuese prestada.

679. Quasi usufructo.

En estrecha conexión con la *cautio usufructuaria* se hallaba el quasi-usufructo sobre las cosas muebles, el cual confiere al titular la facultad de consumirlas para poder disfrutarlas (ejemplo, dinero, vino, etc.). Los juristas, originariamente, consideraron este usufructo como contrario a la lógica, pero esto no obstante, fué admitido por un *senatusconsultum* del siglo primero después de J.C. (conocido ya por Sabino) cuando el usufructo era constituido por legado. No conocemos el texto del mencionado *senatusconsultum*, pero es evidente que el Derecho clásico se fundaba en él. El legatario venía a ser propietario de la cosa usufructuada y obligado a restituir otra cosa de la misma calidad y cantidad, al final del quasi-usufructo. El heredero podía exigir una *cautio usufructuaria* y aun sin ella, de acuerdo con la doctrina clásica dominante, recuperar cosas de calidad y cantidad iguales mediante una *condictio*.

680. Usus.

Paralelamente al usufructo se hallaba el *usus*, el cual fué un usufructo limitado, pues el *usuarius* no estaba privado enteramente de la facultad de percibir los frutos. El contenido de esta servidumbre personal, no puede sernos precisamente revelado a través de las fuentes de que disponemos. Los juristas clásicos se limitaron a discutir casuísticamente este contenido, discusiones las suyas, que nos han sido conservadas solamente en textos mutilados e interpolados. En lo que respecta a la constitución y extinción del *usus* no hubo diferencia alguna entre éste y el *usus fructus*. El *usuarius* tiene la *vindicatio usus* (evidentemente no mencionada en el Edicto) y está obligado a prestar la *cautio usuaria* (mencionada desde luego en el Edicto, Lenel, *Edict.* § 171).

681. Otros tipos.

Otros tipos de servidumbres personales fueron desconocidos en Derecho clásico. *Habitatio* y *operae servorum* — tipos especiales en la época justiniana — fueron considerados por los juristas clásicos, formas especiales de *usus*. Las llamadas servidumbres personales irregulares, esto es, servidumbres personales con contenido de servidumbres prediales — figura mixta repudiada, como tantas otras, por los juristas clásicos — no existieron en la época clásica. Sobre las *superficies* y la *emphyteusis* como servidumbres personales — extrañas ambas al Derecho privado clásico — trataremos en un apéndice (infra, § 693).

FUENTES

§ 670. Vide D. (7.1) 1; *Epit. Ulp.* 24.26; D. (7.1) 9 pr.-2 [*quasi... familias*]; (7.1) 12 pr. (clásico en el fondo); (7.1) 68; Paul. *Sent.* (3.6) 19-22; D. (7.1) 12.2.

- § 671. Vide D. (50.15) 25 [totum]; [servitutis] «iuris»; [totum].
§ 673. Vide Gayo, 2.30, 33; Fr. Vat. 45.47, 47a; Paul. Sent. (3.6) 17; D. (33.2) 29.
§ 674. Vide Gayo, 2.31, 32.
§ 675. Vide Inst. Iust. (2.4) pr.-1; D. (7.1) 3 pr.-1 (interpolado).
§ 676. Vide Paul, Sent. (3.6) 28-33; Gayo, 2.30; D. (7.1) 58; (7.4) 5 pr. [nisi... legaverit]; (7.4) 5.2-3 (clásico en el fondo); (7.4) 8; Fr. Vat. 83.
§ 677. Vide D. (7.6) 5.1; (44.4) 4.12.
§ 678. Vide D. (7.1) 13 pr. [ut... fiat]; (7.1) 13.2 [actionem] «cautionem» polliceri; (7.9) 7 pr. [quae... poterit]; cf. (7.9) 12; Gayo, 2.93.
§ 679. Vide D. (7.5) 1 [vel minuuntur]; (7.5) 2 [remedio introducto]; (7.5) 7 [aut... commodius est]; (7.9) 7.1; (7.9) 12.
§ 680. Vide Paul. Sent. (3.6) 25; D. (7.8) 4.1; (7.8) 14.2; (7.9) 5.1 [hoc... caveatur].

BIBLIOGRAFÍA

- §§ 670 y s. Bonfante, *Corso*, III (1933), 52 y s.
§ 670. Ebrard, Z., XXXVIII (1917), 329, núm. 2, con referencias.
§ 671. Kunkel, § 84, núm. 1, con referencias; Kaser, *Festschrift P. Koschaker*, I (1939), 458 y s.; Grosso, SD., IX (1943), 157 y s.
§ 673. Sobre la *usucapio ususfructus*, vide Beseler, *Beiträge*, IV (1920), 78 y s.; sobre *traditio*, Beseler, l.c. 82 y s.
§ 674. Beseler, *Beiträge*, IV, 82 y s.; Solazzi, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali* (1947), 109 y s.; *Bull.* VIII/IX (1948), 393.
§ 675. Solazzi, l.c. 147 y s.
§ 676. Schulz, Z., L (1930), 220. Sobre *Fr. Vat.* 83, Beseler, *St. Riccobono*, I (1936), 311, 314; Sanfilippo, *Bull.* XLIX/L (1948), 58 y s.; P. E. Cavin, *L'Extinction de l'usufruit rei mutatione* (1933).
§ 677. Kunkel, § 88, núm. 4, con referencias; Bohacek, *Bull.* XLIV (1937), 49 y s.; Arangio-Ruiz, *Raviera* (1946), 1 y s.; Grosso, *I problemi dei diritti reali* (1944), 132 y s. Sciascia, *Bull.* XLIX/L (1948), 471 y s.
§ 678. Lenel, *Edict.* (1927), §§ 171, 286; Siber, *Röm. Privatrecht* (1928), 115; Grosso, "In tema di cautio fructuaria", *Atti Torino*, LXXII (1936/7), extracto, con referencias.
§ 679. Grosso, "Sul quasi usufrutto", *Bull.* XLIII (1935), 237 y s.
§ 680. Riccobono, "Sull'usus", *Studi Scialoja*, I (1905); Grosso, SD., V (1939), 133 y s., con referencias.
§ 681. Biondi, *Le servitù prediali* (1946), 112 y s.; Bonfante, *Corso*, III (1933).

3. SERVIDUMBRES PREDIALES

Adoptando la terminología bizantina (supra, § 661) llamamos servidumbres "prediales" (o "reales") aquellas servidumbres impuestas sobre un predio (*praedium serviens*) en favor del dueño de otro predio (*praedium dominans*). Fueron éstas las únicas servidumbres a las que los clásicos aplicaron el término de *servitutes* (supra, § 662).

682. Concepto.

683. Tipos.

Como ya hemos dicho (§ 663), el Derecho clásico, conoció un grupo de tipos bien definidos y precisos de servidumbres prediales, aunque este grupo no fué nunca un círculo cerrado. Por esta razón es innecesario enumerar los varios tipos de servidumbres mencionados en nuestras fuentes y bastarán los ejemplos consignados en el curso de la siguiente exposición.

684. Servidumbres rústicas y urbanas.

Los juristas clásicos distinguieron dos tipos de servidumbres prediales: *servitutes* (o *iura*) *praediorum rusticorum* y *urbanorum*. Ordinariamente no definieron estos conceptos, pero es fácil hallarlos a través de sus discusiones sobre esta materia. Un *praedium urbanum* es un *praedium* sito dentro los términos de una ciudad; el *praedium rusticum* es un *praedium* situado fuera de ella. No se debe concluir sin embargo que las *servitutes praediorum rusticorum* son aquellas servidumbres en que uno o ambos *praedia* (*dominans* y *serviens*) se hallan sitios fuera de los términos de la ciudad. El significado clásico de la distinción fué más bien el siguiente. Las *servitutes praediorum rusticorum* son servidumbres que responden por regla general a finalidades agrícolas. En cambio, las *servitutes praediorum urbanorum* son servidumbres que ordinariamente no responden a estos fines. Los juristas que escogieron estos términos para designarlas, tuvieron presente tan sólo los casos típicos y su actitud pugná muchas veces con el uso común respecto a los casos verdaderamente atípicos. Así, los modelos de servidumbres rústicas fueron *iter*, *actus*, *via aquaeductus*. En la época clásica *aquae haustus*, *pecoris ad aquam adpulsus*, *ius pascendi*, *calcis coquendae*, *harenae fodiendae* fueron también reconocidos. Por regla general estas servidumbres se daban solamente, cuando los dos predios estaban emplazados fuera de la ciudad. Excepcionalmente pueden también constituirse sobre y a favor de predios situados en la ciudad. Así, por ejemplo, el propietario de una casa en una ciudad cualquiera, puede tener interés en poder cruzar el jardín de su vecino para gozar de un acceso cómodo a otra calle. Sería absurdo dar a este *ius itineris* un trato diferente del que se da al derecho de paso fuera de la ciudad. Conforme a esto los juristas calificaron este derecho de paso, como una *servitus praediorum rusticorum*, esto es como una servidumbre que se da solamente *in praediis rusticis*. Por otra parte, una *servitus altius non tollendi*, *ne luminibus*, *ne prospectus officiat* son servidumbres típicamente urbanas. Excepcionalmente pueden estas servidumbres constituirse también en favor de casas situadas fuera de la ciudad y también en tal caso, fueron llamadas *servitutes praediorum urbanorum*. Esta terminología pugna por supuesto con el uso ordinario, pero los términos jurídicos son frecuentemente

distintos de los empleados por los profanos en materias jurídicas. Debemos ahora ocuparnos de la significación jurídica de esta clasificación (infra, §§ 688.3, 691).

La tendencia clásica a restringir las servidumbres se manifiesta en el

1. Principio *servitus in faciendo consistere nequit*. Ya nos referimos anteriormente a este principio (§ 666), pero debemos insistir aquí en el mismo, dada su excepcional importancia y la íntima relación que guarda con las servidumbres prediales.

685. No hay *servitus in faciendo*.

2. En el principio según el cual toda *servitus* predial debe representar una ventaja para el *praedium dominans* (*Praedio utilis*). La servidumbre va ligada al uso del *praedium dominans* (las más de las veces al uso económico del mismo) debiendo ser útil para este uso. En la época clásica, la principal finalidad de este requisito, fué impedir que se constituyesen servidumbres rústicas para fines industriales. Así, por ejemplo, una *servitus* sobre una cantera, podía ser constituida con el fin de levantar un edificio sobre el *praedium dominans*, pero no para vender las piedras extraídas de la cantera. Una *servitus* puede constituirse también sobre un barrizal para elaborar objetos de alfarería para uso del *praedium dominans*, pero no para la venta. En lo que se refiere a las servidumbres urbanas, el requisito de la *utilitas praedii* tuvo menor importancia. Sin embargo no es posible constituir una servidumbre predial sobre un jardín, para pasear o cenar en él. Para estos fines se adaptaría más adecuadamente el *usus* (servidumbre personal; supra, § 680).

686. *Praedio utilis*.

3. En numerosos textos se dice de pasada, que el predio sirviente debe hallarse situado en la vecindad o cercanía del *praedium dominans*, pero la *vicinitas* no constituye un requisito especial distinto de la *utilitas praedii*. Ciertamente que en algunas especies de servidumbres prediales, la vecindad de los predios es indispensable. Así por ejemplo en las servidumbres urbanas (*ne luminibus, ne prospectui officiatur*) o en las de *aquae haustus* o *pecoris ad aquam adpulsus*. Para otras servidumbres, en cambio, no era esencial este requisito de la cercanía. Así por ejemplo, un *ius pascendi* en provecho de un hato de ovejas, puede ser útil al *praedium dominans* aunque los pastos se hallen distantes. Además, la *vicinitas* es un concepto demasiado vago para que pueda haber constituido un requisito especial. La *servitus* debe aprovechar al uso del *praedium dominans* y este requisito implica algunas veces, la necesidad de que los predios sean adyacentes.

687. *Vicinitas*.

Una servidumbre predial puede constituirse de la misma manera que la personal (supra, §§ 673 y s.):

688. Constitución.

1. Por *in iure cessio, legatum per vindicationem y adiudicatio*.

2. Por *mancipatio rei excepta servitute*, de modo que el *mancipio dans* adquiriese la *servitus*. Del mismo modo, por *in iure cessio rei excepta servitute* o por *legatum per vindicationem excepta servitute*.

Los juristas clásicos usaban las expresiones *mancipio dare deducto usufructu, detracto usufructu, o excepto usufructu* (Voc. Iur. Rom. II, 119.41 y s.; 202.38 y s.; 670.42 y s.; 671.85 y s.), pero preferentemente la de *mancipio dare excepta servitute* (Voc. Iur. Rom. II, 670.80 y s.). No debe creerse que una idea jurídica profunda inspire estas diferencias terminológicas; la expresión *mancipare rem deducto usufructu* no implica, que a los ojos de los juristas clásicos, el usufructo, a diferencia de otras servidumbres, sea una *pars domini*. Ya hemos dicho que toda servidumbre puede ser considerada como una parte o fragmento de la propiedad (supra, § 671).

3. *Servitutes praediorum rusticorum* (supra, § 684) fueron consideradas como *res Mancipi* (supra, § 604) y, por tanto, pudieron ser constituidas mediante una *mancipatio* realizada por el propietario del predio sirviente.

La razón de incluir las servidumbres rústicas en la categoría de la *res Mancipi*, nos es desconocida. Pero ya dijimos que tampoco podemos explicar por qué aquellos animales *quae collo dorsove domantur* fueron considerados *res Mancipi*. Sea lo que fuere, es indiscutible el hecho de que las servidumbres rústicas han sido tratadas como *res Mancipi*.

4. La *usucapio* de una *servitus praediorum*, fué excluída expresamente por una *lex Scribonia* de fecha desconocida, ley ésta muy importante para la exacta comprensión de la actitud romana frente a las servidumbres y frente a la *usucapio* en general (supra, §§ 583, 662, 623).

689. *Fundus provincialis*.

La servidumbre predial, lo mismo que la personal, no puede ser constituída sobre un *fundus provincialis*. Ya nos hemos referido a la fórmula de Gayo *pactionibus et stipulationibus id efficere potest* (supra, § 674).

690. Continuación en Derecho justiniano.

En Derecho justiniano, las servidumbres prediales se constituían por *traditio rei excepta servitute* (o por legado *excepta servitute*); además, *pactionibus et stipulationibus* y mediante *traditio servitutis*. Una servidumbre predial, podía por tanto adquirirse en virtud de una *longi temporis praescriptio* (supra, § 629). Para introducir estas nuevas reglas, hubo necesidad de realizar en los textos, interpolaciones radicales.

691. Extinción de las servidumbres.

Las servidumbres rústicas se extinguían por *non-usus* durante dos años, y las urbanas mediante la *usucapio libertatis*, esto es,

mediante un acto contrario a la servidumbre realizado por el dueño del *praedium serviens*, y que durase dos años. Toda servidumbre predial se extinguía por renuncia en forma de *in iure cessio* y por *confusio*, esto es, cuando la propiedad de ambos *praedia* confluía en la misma persona (adquiriendo el propietario del predio sirviente el *praedium dominans*, o viceversa).

El titular de una servidumbre predial podía usar de la *vindicatio servitutis* llamada por los compiladores *actio confessoria* (supra, § 677). Fué ésta una *actio in rem* semejante a la *vindicatio usus fructus*. En lugar del *interdictum quem usufructum* (supra, párrafo 677), el actor podía disponer de un interdicto similar (Lenel, *Edict.* § 255). La *vindicatio servitutis* se da contra todo propietario del predio sirviente. Es dudoso si se da también contra el mero poseedor de dicho predio y contra todo aquel que perturbe de algún modo el ejercicio de la servidumbre por su titular. Una acción especial para proteger la *servitus aquae ductus* fué la *actio de aqua* (Lenel, *Edict.* §§ 250 y s.).

692. Acciones.

FUENTES

§ 684. Vide Gayo, 2.14, 17, 29; *Epit. Gai.* 2.1.3; *Epit. Ulp.* 19.1; D. (8.3) 1 pr. § 1 cf. *Inst. Iust.* (2.3) 2; D. (8.2) 2; (8.3) 2 pr. [*rusicorum*] «urbano-rum». D. (50.16) 198 se refiere a la *oratio divi Severi* (supra, 300) N. B. Cf. D. (33.10) 12.

§ 686. Vide D. (8.3) 5.1; (8.3) 6 pr.; (8.1) 8 pr.

§ 687. Vide D. (8.3) 5.1.

§ 688. Vide Gayo, 2.17, 29; *F. Vat.* 45; D. (41.3); 4.28, primera frase.

§ 691. Vide D. (41.3) 4.28 [*statum tempus*] «biennium»; (8.2) 6 [*statutum*] «biennium»; [*constitutum tempus*] «biennium».

BIBLIOGRAFÍA

§§ 682 y s. Bonfante, *Corso*, III (1933), 15 y s.; Biondi, *Le servitù prediali nel diritto romano* (1946); Solazzi, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali* (1947).

§ 682. Buckland, LQR. (1928).

§ 684. Arnò, *Della distinzione fra servitù rustiche ed urbane* (1895); Bonfante, *Corso*, III (1933), 29 y s.; Grosso, "Sulle servitù altius tollendi e stillicidium non avertendi", *St. Albertoni*, I (1933), 466 y s.; Guarneri Citati, *Bull.* XLIII (1935), 71; Grosso, "Appunto storici... sulla distinzione fra servitù rustiche ed urbane", *Riv. di diritto agrario*, XVII (1938), extracto, páginas 7 y s.; Biondi, l.c. 172 y s.

§ 686. Biondi, l.c. 143 y s., 164 y s.

§ 687. Bonfante, *Corso*, III, 15 y s.; Biondi, l.c. 153 y s.; Solazzi, l.c. 29 y siguientes.

§ 688. Rabel, *Mélanges Girard* II (1912) 387 y s.; Beseler, *Beiträge*, IV (1920), 82 y s.; Biondi, l.c. 191 y s.; Solazzi, l.c. 85 y s. Sobre servidumbres

rústicas como *res Mancipi* (*Fr. Vat.* 45), vide Grosso, *St. Besta*, I (1939), 45, con referencias.

§ 690. Solazzi, l.c. 147.

§ 691. Biondi, l.c. 263 y s.; Grosso, "Sulla genesi storica dell'estinzione delle servitù per non usus e della usucapio libertatis". *Il Foro Italiano*, LXII (1937).

§ 692. Buckland, LQR., XLVI (1930), 447 y s.; Biondi, l.c. 293 y s.; Grosso, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana* (1944), 124 y s.; Bonfante, *Corso*, III (1933), 367 y s.

4. APÉNDICE. «SUPERFICIES» Y «EMPHYTEUSIS»

693. Derecho
justiniano.

En Derecho justiniano hubo dos especies de servidumbres que son evidentemente incompatibles con los principios fundamentales clásicos. Ambas vacían la propiedad exhaustivamente de su contenido y asimilan el derecho del titular de la servidumbre a un verdadero dominio. *Superficies* fué el derecho a tener un edificio en una tierra perteneciente a otra persona, derecho concedido por largo tiempo o a perpetuidad. El *superficiarius* venía obligado a pagar un canon al dueño del terreno. *Emphyteusis* (ἐμφύτευσις, derivaba de ἐμφύτεύω, plantar) fué un arrendamiento agrícola también a largo plazo o a perpetuidad. El *emphyteuta* (ἐμφύτεύτης) estaba también obligado a satisfacer una renta al dueño. Ambos derechos eran enajenables, transmisibles por herencia y protegidos por una *actio in rem*.

694. Origen y
fuentes.

Estos derechos se originaron en el ámbito propio del Derecho público. La *superficies*, lo mismo que la *emphyteusis* (en la época clásica llamada *ager vectigalis*), fueron originariamente creados por las autoridades del Estado o de los *municipia*, y regulados por normas de Derecho público, así que la cuestión que se plantea a propósito de estos derechos, es la de determinar, si en la época clásica, fueron ya considerados como derechos modificativos de la propiedad privada, esto es, como *iura in rem* protegidos por una *actio in rem*, ordinaria. Este problema ha sido estudiado a fondo y discutido con verdadero fanatismo recientemente, sin que los romanistas hayan llegado a una unanimidad de pareceres. Ello no puede sorprender. Los textos utilizables del *Corpus iuris* se hallan fuertemente interpolados y careciendo como carecemos de fuentes fidedignas, no nos es posible reconstruir los textos clásicos de modo seguro. Sin embargo, creemos que ninguna de estas anómalas especies de servidumbres fueron protegidas por una *actio in rem* ordinaria.

695. Superficies.

Por lo que se refiere a la *superficies* es indudable que la *actio in rem* del *superficiarius* mencionada en nuestros textos, no es clásica. Pudo ocurrir que el pretor protegiese este derecho me-

dante un especial *interdictum de superficie*. El carácter clásico de este interdicto es muy discutido, pero aunque fuese realmente clásico, no convertiría el derecho protegido por él, en un *ius in rem*, ya que el interdicto protege algunas veces derechos de carácter público.

D. (43.18) 1 pr. "Ait praetor: Uti ex lege locationis sive conductionis superficie, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruimini, quo minus ita fruamini, vim fieri veto. Si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo".

Cualquiera que sea la opinión que se tenga sobre este interdicto (elaborado probablemente por los compiladores) la frase última *si qua... dabo* debe ser necesariamente espuria ya que conforme a la concepción clásica, el interdicto no es una *actio* (supra, § 111). El pretor no podía decir *alia* (N.B.) *actio* pues ello implicaría la identidad de interdicto y de *actio*. Consiguientemente las palabras *quasi in rem actionem polliceri* del siguiente § 1 no pueden ser genuinas.

Mayor dificultad ofrece la cuestión de si el arrendatario de una *ager vectigalis* se hallaba protegido por una *actio in rem* ya en la época clásica. Se sostiene generalmente que el Edicto de Adriano contenía una rúbrica especial: *si ager vectigalis petatur* (Lenel, *Edict.* § 70), por la que el pretor concedía una *actio in rem* al arrendatario. Esta opinión se apoya en frágil fundamento. Gayo, 3.145 dice que el arrendamiento de un *ager vectigalis* fué considerado por la opinión dominante, como una *locatio* regular y difícilmente habría omitido la mención de una *actio in rem* si ésta hubiese realmente existido.

696. *Ager vectigalis*.

Teniendo en cuenta lo dicho nos creemos autorizados para dejar aparte la *superficies* y la *emphyteusis*. Aún reconociendo que tuvieron gran importancia en la historia agraria de la república, así como en los períodos clásico y post-clásico, ambos derechos no pueden, en los tiempos del clasicismo, ser incluídos en aquella esfera que los juristas de entonces, consideraban como Derecho privado y, por ende, no pueden ser objeto de discusión dentro de una exposición sistemática referente al Derecho clásico de servidumbre.

697. Conclusión.

BIBLIOGRAFÍA

§ 695. Kübler, PW., IVA, 925 y s., con referencias; Beseler, Z., LII (1932), 287 y s.; Kaser, *Eigentum und Besitz im älteren röm. Recht* (1943), 21, con referencias; Arangio-Ruiz, *Istituzioni* (9.^a ed. 1947), cap. IX.

§ 696. C. v. Schilling, *Studien aus der röm. Agrargeschichte* (1926), reseñado por Eisner, Z., L (1930), 633 y s.; Beseler, SD. III (1937), 360 y s.; *Scritti Ferrini*, III (1948), 276; Lanfranchi, *Studi sull'ager vectigalis*, I. *La classicità del actio in rem vectigalis* (1938); II. *Il problema della usucapibilità degli agri vectigales* (1939); Kaser, l.c. 21, con referencias; Arangio-Ruiz, l.c.

CAPÍTULO III

GARANTÍAS REALES

"FIDUCIA CUM CREDITORE" Y "PIGNUS"

1. INTRODUCCIÓN

698. Concepto y tipos.

I. Una garantía real es un derecho sobre una cosa (mueble o inmueble, concedido a un acreedor para asegurar su derecho contra el deudor. Pueden existir varias especies de garantía puesto que las facultades otorgadas con ellas al acreedor pueden diferir notablemente. En estas notas preliminares queremos solamente mencionar algunas de estas especies por vía de ejemplo; las especies o tipos reconocidos en el Derecho clásico serán estudiados posteriormente infra, §§ 704 y s.).

1. El derecho que una de estas especies de garantía otorga al acreedor puede ser el de dominio. El deudor o un tercero, transfiere el dominio de una cosa al acreedor, con la condición de que éste se la restituya, cuando el débito haya sido satisfecho. Los derechos del acreedor pueden ser muy varios. El acreedor puede tener o no la posesión de la cosa. Cuando la prestación es exigible y no se cumple, el acreedor puede hacerse propietario absoluto de la cosa, sin tener para nada en cuenta si el valor de ésta excede o no del importe de la deuda; o la facultad del acreedor puede consistir solamente, en promover en dicho supuesto la venta de la cosa: en este caso el acreedor está obligado a restituir el precio en lo que éste exceda del importe del débito.

2. Puede concederse también un usufructo al acreedor con la condición de que el usufructo expire cuando la deuda haya sido satisfecha. Pero como el usufructo necesariamente termina con la muerte de su titular (así ocurría en Derecho romano) esta forma de garantía real no es plenamente satisfactoria.

3. La posesión sin dominio podía también ser concedida al acreedor como garantía. Esta forma admitía en el detalle algunas variantes. El acreedor puede tener simplemente un *ius retinendi* que puede hacerse valer solamente contra la persona que haya

constituído la garantía. Esta seguridad era muy deficiente. Al acreedor podía ser concedido un derecho ejercitable contra cualquier propietario de la cosa y aun contra todos, pudiendo por tanto el acreedor hallarse protegido, con *acciones in rem*; en este caso su derecho, como afirman los modernos autores (supra, § 579), es un verdadero *ius in rem alienam*. Cuando una deuda es exigible y no se paga, el acreedor puede hacerse propietario absoluto de la cosa o puede hallarse facultado solamente para venderla y pagarse él mismo su crédito con el precio obtenido en la venta. Además, el acreedor puede también tener o no, el derecho de usar la cosa y de percibir sus frutos.

4. La garantía puede no otorgar la posesión al acreedor y si solamente el derecho a poseer la cosa cuando la prestación sea exigible; en su forma más eficaz este derecho se halla protegido por una *actio in rem*. Los principales derechos garantizados al acreedor pueden ser: el derecho de vender la cosa, el de percibir los frutos, etc. Los modernos tratadistas suelen denominar *hypotheca* a esta forma de garantía, y aunque tal término fué extraño al Derecho clásico, nosotros lo conservaremos porque necesitamos una palabra breve que designe una "garantía sin posesión", esto es, una garantía que faculte al acreedor para posesionarse de la cosa solamente cuando la deuda sea exigible y no se pague.

II. Desde el punto de vista económico, la garantía real es una forma especial de crédito. Cuando alguien ha recibido dinero en préstamo sin constituir una garantía real, se da un crédito personal puro, y si se ofrece uno o más fiadores al acreedor, continúa, esto no obstante, siendo un crédito personal. Pero si se constituye una garantía real, se dará una forma de crédito real, o una combinación de crédito personal y real. Es posible un crédito real puro (el acreedor puede en tal caso obtener el pago solamente por medio de la garantía real), pero dejaremos ahora de lado esta forma para volver sobre ella más adelante (infra, § 753).

El crédito significa para quien lo obtiene la posibilidad de desenvolverse y actuar sirviéndose del dinero ajeno; para el acreedor es ésta una forma de inversión de capital. En la moderna vida económica, el crédito personal puro entre personas privadas (no ocurre lo mismo cuando es el Estado o una entidad pública) ofrece comparativamente escasa importancia y, por lo general, sólo se otorga a corto plazo; los créditos reales son los más importantes y, en particular, los créditos reales con garantía de propiedad inmobiliaria. Una hipoteca sobre un fundo rústico, proporciona al dueño de éste un capital que necesita de modo permanente o por un largo plazo. Por otra parte, constituye para el

699. Créditos personales y reales en general.

capitalista una inversión segura y duradera. Es evidente, que para que la garantía real pueda funcionar de este modo, se requiere la existencia de un Derecho que permita la realización de los indicados fines. Donde tal Derecho existe, el crédito real, generalmente, prospera. Tal desenvolvimiento supone ventajas e inconvenientes a un tiempo. Un propietario de tierra de labor puede comprar una máquina y mejorar la tierra con ayuda del capital que se le facilite, y el capitalista consigue por ese medio una buena inversión de su dinero. Pero, por otra parte, los propietarios de inmuebles se habitúan a operar con el dinero ajeno, el inmueble resulta gravado con deudas y la propiedad, eventualmente, se convierte en una pura forma, siendo de hecho y económicamente el acreedor el verdadero dueño. La historia económica del Continente y, en particular, la de Alemania en los siglos XIX y XX nos ofrece a este respecto un cuadro aleccionador.

700. Los créditos personales y reales en la vida romana.

Volviendo al Derecho de la República y al del período clásico, hemos de hacer constar, el hecho importante de que la forma principal de crédito era el crédito personal puro (con o sin fiadores) y no el crédito real. La *fides* romana, el afán de exactitud, la honradez y la seriedad en los negocios, fueron firmes pilares en que se apoyó esta forma de crédito. Además, debemos tener en cuenta, que la ejecución en la persona del deudor se hallaba todavía vigente (supra, § 43) y el crédito personal, implicaba como consecuencia una mayor seguridad para el acreedor que la que ofrece en los tiempos modernos. Es ciertamente significativo que cuando el pretor exigía la prestación de una garantía (*cautio*) (ejemplo: la *cautio usufructuaria*; supra, §§ 114, 678), esta exigencia no suponía que hubiese de constituirse una garantía real: la *cautio* era una promesa hecha mediante *sponsio*, con o sin fiadores, y la garantía real no era aún considerada como substitutivo suficiente de la fianza. No es menos significativo que la *lex Malacitana* (cap. LX) dispusiera que en la *cautio pecuniam publicam salvam fore* fuesen necesarios los fiadores. La garantía real se exigía solamente cuando parecía que los fiadores eran insuficientes: “Si de ea re is praedibus (fiadores de una especie particular) minus cautum esse videbitur, praedia subsignato”. Por otra parte, los capitalistas que deseaban invertir su dinero en tierras, preferían comprar éstas a prestar con hipoteca al propietario de las mismas. Cuando un capitalista como Plinio el Joven, hablando de sus inversiones, dice (*Epist.* 3.19.8): “Sum quidem prope totus in praediis, aliquid tamen faenero”, da a entender que la mayor parte de su patrimonio consistía en tierras, cultivadas por sus *coloni* y que una pequeña parte del mismo estaba colocado a interés en créditos personales.

Plinio es un típico capitalista de la época de Trajano; así, pues, el capital no se situaba en empresas industriales o comerciales, sino que se empleaba en la adquisición de tierra o en créditos personales, no en hipotecas. La garantía real solamente se utilizó dentro de muy estrechos límites a fines del primer siglo de la Era cristiana. En tiempos posteriores, pudo haber incrementado su uso en virtud del mayor desarrollo del Derecho, pero los capitalistas siguieron prefiriendo la compra de tierras a colocar su dinero en hipotecas. Un tutor, por ejemplo, estaba obligado a invertir el patrimonio pupilar no en hipotecas sino en tierras, comprando predios cuando esto era posible.

El crédito real, pues, se desarrolló lenta e imperfectamente en la vida económica romana y la historia del Derecho romano referente a la garantía real, ofrece estas mismas características de deficiencia y lentitud. ¿Ha sido la forma de vida económica lo que ha dificultado el desenvolvimiento del Derecho? o, por el contrario, ¿el escaso desarrollo del Derecho, perjudicó el crecimiento del crédito real? Tal vez el Derecho y la economía se hayan influenciado recíprocamente. Lo cierto es que el Derecho republicano de garantías reales era pobre y solamente utilizable por gentes acostumbradas a operar principalmente con el crédito personal. Durante el primer siglo del principado este Derecho realizaba pequeños progresos, y sólo el Edicto de Adriano dió un paso importante en este desarrollo, mediante el reconocimiento general de la *actio Serviana* (infra, § 711). Este fué el mayor progreso obtenido. Sólo con un registro oficial de hipotecas se podría haber conseguido una mayor perfección, pero los juristas clásicos no pensaron nunca en organizarlo, no obstante haber como hubo registros locales en determinados lugares del Imperio. El período postclásico amortiguó considerablemente el perfeccionamiento conseguido en la época clásica, al admitir las hipotecas generales, las cuales gravan sobre todo el patrimonio del deudor; eran establecidas por precepto legal y tenían un carácter privilegiado respecto a las demás hipotecas (hipotecas legales). El fisco tenía en su favor una hipoteca legal en garantía de sus créditos y la mujer otra como garantía de su *actio de dote* (supra, § 220). Supongamos que el propietario de un fundo tenía su patrimonio hipotecado y posteriormente contraía matrimonio. La hipoteca dotal se anteponía a las otras hipotecas, y, por consiguiente, disminuía considerablemente el valor de éstas. Es significativo que Justiniano, en su *Novella* 72 (538 d. de J.C.) aconseje a los tutores que constituyan en depósito el patrimonio de sus pupilos antes que colocarlo a interés.

701. Desenvolvimiento del Derecho romano de garantías reales.

“...ne ulla necessitas ex lege incumbat curatoribus pecuniam minorum fenori dandi, sed ut eam tuto deponant illisque custodiant, cum praestet securitatem in sorte eis conservare quam usurarum cupiditate etiam sorte eos privari”.

Evidentemente, lo hipoteca no ofrecía una seguridad suficiente.

701 a) Crítica.

En tiempos modernos el Derecho justiniano de garantías reales, ha sido universal y reiteradamente condenado como inservible para acallar las exigencias de la moderna vida económica. Este veredicto es justo y debe extenderse también al Derecho clásico, aunque éste se halla por lo menos libre del grave inconveniente de las hipotecas legales (la hipoteca legal en favor del fisco no se introduce hasta el siglo III). ¿Pero es que los juristas clásicos no quisieron favorecer el desenvolvimiento del crédito real? Estos juristas vivieron en unas condiciones económicas muy diferentes de las nuestras; el crédito estaba menos desarrollado que ahora y prevalecía como ya se ha dicho el crédito personal. Además, ¿la expansión del crédito real constituye siempre algo bueno y deseable? Las severas críticas del siglo XIX no vacilan en responder a esta pregunta afirmativamente; para ellos el lema “al progreso económico por el crédito real” se impone por sí mismo. Entre tanto, la experiencia nos ha enseñado que el crédito es un arma poderosa pero de dos filos. El Derecho clásico produjo al menos el efecto beneficioso de que la propiedad inmobiliaria no estuviera sobrecargada de deudas, consiguiéndose de esta suerte salvar la libertad del dominio, tan cara a las mentes romanas. El efecto dañoso fué el haber contribuído lamentablemente a la ruina de los pequeños propietarios: la falta de una hipoteca segura sobre la tierra, privaba a éstos de la oportunidad de conseguir crédito barato y como los capitalistas, por su parte, preferían invertir su dinero comprando tierras, los granjeros solían vender las suyas convirtiéndose en arrendatarios de los compradores (*coloni*). El Derecho republicano y clásico referente a las garantías reales, fué probablemente un factor importante de la aparición de los *latifundia*. Para los historiadores y juristas interesados en las relaciones entre el Derecho y la Economía, los derechos reales de garantía romanos constituirán un fenómeno henchido de provechosas lecciones. Los detalles pueden interesar solamente a los juristas y su conjunto pertenece irremediabilmente al pasado.

702. Fuentes.

III. Respecto a las fuentes del Derecho clásico de garantía real, dependemos casi enteramente del *Corpus Iuris*. La *Instituta* de Gayo, excluye en principio el Derecho pretorio y, no obstante, la piedra angular de la prenda e hipoteca clásicas, la *actio Serviana*,

fué una creación puramente pretoria. Los principios de Derecho clásico son, sin embargo, de fácil reconocimiento.

IV. Como de costumbre nos limitaremos al Derecho clásico romano, sin ocuparnos del post-clásico y del no romano, especialmente helenístico, aunque este último resulte particularmente interesante. 703. Ambito.

FUENTES

§ 700. Vide D. (46.5) 7, clásico en lo fundamental.

BIBLIOGRAFÍA

§§ 698 y s. No disponemos de una obra moderna y completa sobre el Derecho romano de garantías reales. H. Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen röm. Rechts* I (1860), II (1864) aunque muy anticuado desde luego es, todavía, una guía indispensable. Para más bibliografía hasta el año 1906, vide Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I (1906), 224 y s. Pappulias, *Das Pfandrecht nach dem griech. und röm. Recht* está incompleta: vol. I (1909), escrito en griego, reseñado por Mitteis, Z., XXX (1909), 442 y s.; Manigk, *Pfandrechtlliche Untersuchungen* (1904), PW., VI, 2287 (*fiducia*) XVII, 343 (hipoteca), 291 (*hyperocha*); P. XX, 1239 (*pignus*); Rabel, "Real securities in Roman law", *Seminar*, I (1943), 32. Bibliografía monográfica será citada ulteriormente.

§ 699. J. W. Hedemann, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert*, II, 1 (1930), 94 y s., 170 y s.; II, 2 (1935), *passim* (muy valioso e interesante).

§ 700. Pernice, "Parerga VIII: Über wirtschaftliche Voraussetzungen römischer Rechtssätze", Z., XIX (1898), 120 y s.; Mommsen, *Schr.* I, 368; V. 611; Salvioli, *Il capitalismo antico* (a curâ di Brindisi, 1929), 35, 44.

§ 701a. Hedemann, l.c. II, 2, pág. 6 y s., con referencias.

§ 703. Para el Derecho griego, vide Pappulias, l.c.; Mitteis, *Grundzüge* (1912), 129 y s., con referencias; Taubenschlag, *The Law of Greco-Roman Egypt* (1944), § 33.

2. ESPECIES Y CONSTITUCIÓN DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA CLÁSICOS

I. El único Derecho real de garantía clásico que otorgaba una *actio in rem* al acreedor, *iure civili*, era la *fiducia cum creditore contracta*. Esta se constituía por una *mancipatio* o *in iure cessio fiduciae causa* que transmitía el dominio de una cosa al acreedor, el cual venía a ser como un fiduciario respecto a la cosa. El acreedor adquiría el dominio pleno de la cosa y se hallaba, por consiguiente, protegido por *actiones in rem* (*rei vindicatio* y *actio negatoria*), estando obligado a restituir la cosa (por *mancipatio* o *in iure cessio*) cuando la deuda fuese satisfecha. Si no la restituía, quien daba la

704. *Fiducia cum creditore.*

cosa en *fiducia* (por regla general el deudor) podía demandar al acreedor con una acción especial llamada *actio fiduciae*. Los restantes derechos del acreedor serán expuestos más adelante (infra, §§ 720 y s.).

Como ya se ha dicho, la *fiducia cum creditore* solamente podía efectuarse por *mancipatio* o por *in iure cessio*; la *mancipatio* (no la *in iure cessio*) sólo podía aplicarse a las *res Mancipi* (supra, párrafo 604).

El deudor podía, ciertamente, transmitir el dominio de una *res nec Mancipi* por *traditio fiduciae causa*; no hay razón para que la *fiduciae causa* no sea considerada como una *causa traditionis* suficiente (supra, párrafo 615). Pero la *actio fiduciae* se aplicaba a la *mancipatio* y a la *in iure cessio* y, es por esto por lo que nunca hallamos una *traditio fiduciae causa*. El deudor podía haber transferido el dominio por *traditio* al acreedor, y éste podía prometer, por estipulación, restituir el objeto al deudor cuando fuera pagada la deuda. La *actio ex stipulatu* podía haber servido como sustitutivo de la *actio fiduciae*. Aunque ésta fué mucho más eficaz que la *actio ex stipulatu*, sobre todo por llevar aparejada la *infamia*. De aquí que jamás tuviese lugar una *traditio dominii fiduciae causa*.

La *fiducia* otorgaba al acreedor una garantía muy eficaz y estaba, además, muy en consonancia con la aversión sentida por los romanos a los *iura in re aliena*. Entrañaba, sin embargo, un considerable riesgo para el deudor con la desventaja, además, de que podía tener lugar solamente una vez; un mismo objeto no podía ser dado por el deudor, *fiduciae causa* a varios acreedores sucesivamente. No obstante, la *fiducia* se practicó durante todo el período clásico. Era ya conocida en los tiempos republicanos, sin que podamos decir si existió ya en la época de las Doce Tablas. Hallamos esta especie de garantía real (con variaciones de detalle) en otros muchos sistemas jurídicos; para los estudiantes ingleses la hipoteca del antiguo Derecho inglés resulta extraordinariamente semejante a la *fiducia*.

705. Desaparición de la *fiducia*.

En los tiempos post-clásicos la *fiducia* desapareció juntamente con la *mancipatio* y la *in iure cessio* (supra, §§ 608, 612) sin ser reemplazada por una *traditio dominii fiduciae causa*; los compiladores justinianos eliminaron radicalmente de los textos clásicos la *fiducia cum creditore*, sustituyéndola por el *pignus*. De este tratamos seguidamente.

706. *Pignus*.

II. Otra forma clásica de garantía real era la denominada *pignus*. La etimología de esta palabra es oscura y discutida, pero posiblemente no puede significar otra cosa que "garantía". El término se creó para designar las cosas aprehendidas por un magis-

trado en ejecución de sus propias órdenes (*pignoris capio*); las cosas aprehendidas por efecto de la antigua *legis actio per pignoris capionem* y aquellas otras incautadas por los *publicani* (*pignoris capio*). Sólo vamos a tratar ahora del *pignus* en Derecho privado. En Derecho privado clásico, el término *pignus* comprendía dos formas diferentes de garantía real, prenda e hipoteca. La prenda era ya conocida en los viejos tiempos republicanos y es, probablemente, más antigua que la *fiducia*; la *hypotheca* se desenvuelve lenta y gradualmente a partir de los últimos tiempos de la República.

1. *Prenda*. — La prenda era una forma de garantía real creada por un negocio no formal que confería al acreedor la mera posesión de una cosa (no el dominio). Los demás derechos del acreedor serán estudiados posteriormente (infra, §§ 720 y s.). Será suficiente advertir ahora, que el acreedor no estaba, originariamente, protegido por una *actio in rem*. Como poseedor dispuso de interdictos posesorios, pero la *actio in rem* (la *actio Serviana*) le fué concedida sólo más tarde, probablemente por el Edicto de Adriano. Por eso sólo desde el siglo II después de J.C., el derecho de prenda puede caracterizarse (usando la terminología moderna: supra, § 579) como un *ius in rem alienam iure praetorio*. El convenio por cuya virtud se constituía una prenda, implicaba también un contrato, uno de los llamados “contratos reales” de los cuales derivaban *actiones in personam*. Este contrato, que también se denominaba *pignus*, será estudiado posteriormente al ocuparnos del Derecho contractual (infra, § 898).

707. *Pignus*
prenda.

2. *Hypoteca*. — La hipoteca, esto es (de acuerdo con nuestra definición, supra, § 698.4), la forma de garantía real que no confería ni la posesión, ni el dominio al acreedor, aparece muy tarde en la historia del Derecho romano privado. Por falta de fuentes, los detalles que le son propios no se pueden discernir con absoluta certeza, pero su desarrollo fué probablemente el que trazamos a continuación.

707 a) Concepto
y desarrollo.

a) El caso originario fué el del arrendatario (*colonus*) que hipotecaba a su arrendador el patrimonio mobiliario que había introducido en la tierra (*invecta et illata*). El arrendatario no podía entregar estas cosas en prenda al arrendador, puesto que las necesitaba para su trabajo. Consecuentemente, cuando las hipotecaba al arrendatario, el alcance de este negocio, en un principio, sólo podía ser que la prenda se constituyese solamente en el futuro, es decir, que si posteriormente el canon o renta no eran debidamente satisfechos, el arrendador pudiese tomar posesión de la cosa a título de prenda; los *invecta et illata*, como Gayo correcta-

708. El caso
prueba.

mente dice (4.147), eran “res quas colonus pro mercedibus fundi pignori futuras (N.b.) pepigisset”. En virtud de este convenio, el arrendador no disponía, por supuesto, de una *actio in rem* y solamente podía utilizar la acción o defensa privada, en caso que el arrendatario no le entregase las cosas. Por tanto, el derecho del arrendador distaba mucho de ser una hipoteca.

709. *Interdictum Salvianum.*

b) Un pretor desconocido, Salvio, concedió, probablemente al final de la República, un interdicto al arrendador, por el que podía reclamar la posesión de los *invecta et illata* (*interdictum Salvianum*). Este interdicto sólo podía ejercitarse contra el arrendatario (Lenel, *Edict.* § 266).

710. *La actio Serviana originaria.*

c) Más tarde, aunque con seguridad antes de la codificación del Edicto de Adriano, un desconocido pretor, Servius, concedió al arrendador una *actio in rem* (*actio Serviana*) insertándola en el Edicto inmediatamente después del *interdictum Salvianum*. De este modo se creó una verdadera hipoteca consistente en un *ius in rem alienam*, limitada en su aplicación solamente al caso originario.

711. *La actio serviana clásica.*

d) Después tal vez los pretores, concedieron una *actio Serviana utilis* en algunos otros casos, pero fué Juliano quien, al codificar el Edicto de Adriano dió el paso decisivo. En efecto, extendió la *actio Serviana* a todos los casos de hipoteca y aun a los de prenda. Sustituyó la *formula* de Servio por otra nueva que no se limitaba al caso de los *invecta et illata* del arrendatario, sino que era aplicable a toda clase de *pignus* (prenda e hipoteca); no obstante la dejó consignada en su lugar tradicional, es decir, después del *interdictum Salvianum*, el cual continuó siendo solamente aplicable a los *invecta et illata* del arrendatario (Lenel, *Edict.* párrafos 226, 267).

En autores modernos ha causado extrañeza el hecho de que el Edicto de Juliano sólo contenga la *formula* y no, en cambio, — contra lo que venía siendo usual en otros casos de concesión de defensas o recursos pretorios — la cláusula por la que el pretor se declaraba dispuesto a otorgar aquella *formula*. La explicación probable es que los edictos anteriores contenían esta cláusula, la cual no fué considerada por Juliano, digna de ser mantenida, por referirse solamente al caso de los *invecta et illata* del arrendatario y ser la nueva *formula* del citado jurista de alcance mucho más amplio. Creyó Juliano innecesario sustituirla por una cláusula más general, cuando su proyecto del Edicto debía ser sometido a la aprobación imperial y del Senado. Se limitó, pues, a cancelar la vieja cláusula contentándose con consignar la *formula*.

712. *Terminología clásica.*

Éste es, a grandes rasgos, el desenvolvimiento del *pignus* hasta llegar a constituir un *ius in rem*. Por lo que se refiere a la terminología, *pignus*, originariamente, significó solamente la prenda,

y aún en época clásica, el contrato llamado *pignus* (supra, § 706a e infra, § 898), se refería exclusivamente a la prenda también. Así Gayo podía decir todavía:

D. (50.16) 238.2: "Pignus" appellatum a "pugno", quia res quae pignori dantur, manu traduntur.

Posteriormente la hipoteca fué generalmente reconocida; los juristas clásicos no crearon un término específico para designarla, sino que aplicaron a la prenda y a la hipoteca indistintamente, el vocablo. El término *hypotheca* siguió siéndoles totalmente extraño y se introdujo en los textos clásicos sólo a partir de la época post-clásica. Los compiladores justinianos son parcialmente responsables de las numerosas interpolaciones efectuadas, pues un considerable número de éstas, se hallaban ya en los mismos textos por ellos utilizados. Consecuentemente, el significado del término *hypotheca* no es siempre el mismo en nuestras fuentes; a veces se usa como sinónimo de *pignus*, otras significa hipoteca, en contraposición a prenda. Esta conclusión referente a la terminología, echa por tierra la teoría sobre el origen griego de la hipoteca romana, cuyo más sólido soporte fué el término griego *hypotheca*. El desenvolvimiento de la hipoteca romana, como acabamos de exponer, es típicamente romano, y la doctrina que defiende el origen griego de la hipoteca, ha sido totalmente abandonada.

La *formula* contenida en el Edicto de Adriano fué llamada por los juristas clásicos *formula Serviana*. De acuerdo con esto, las monografías clásicas sobre la *formula*, debieron llevar el título *ad formulam Servianam*, pero los escritores post-clásicos anteriores a Justiniano, sustituyeron dicho título por el de *ad formulam hypothecariam*. La *actio in rem* concedida al acreedor, fué llamada por los juristas clásicos, desde la época del Edicto de Adriano, *formula Serviana*, *actio Serviana* o *vindicatio pignoris*. Los otros términos que aparecen en las fuentes no son clásicos.

Algunas veces la expresión *actio Serviana* se refiere al caso originario (supra, § 708) y la *actio in rem* concedida en otros supuestos al acreedor, es llamada *actio quasi Serviana*. Esta terminología se ofrece sólo en tres ocasiones, *Inst. Iust.* (4.6) 7 y 31, y D. (16.1) 13.1, y, desde luego, no es clásica (Lenel, *Edict.* pág. 493, núm. 1).

El término *actio hypothecaria* en los textos clásicos, es siempre espurio. Excepcionalmente se usa para designar la *actio quasi Serviana* bizantina; por regla general sustituye al término clásico *actio Serviana*.

El término *actio pigneraticia* sólo era usado por los juristas clásicos para designar la *actio in personam* derivada del contrato real llamado *pignus* (infra, § 898). En nuestras fuentes se usa a veces para susti-

tuir la clásica *actio Serviana*, pero los principales textos se hallan interpolados.

713. Hipotecas legales en general.

3. *Hipotecas legales*. — Hemos tratado rápidamente sólo del *pignus* constituido por un acuerdo de las partes. Pero en el Derecho clásico, la hipoteca podía nacer también, directamente, por obra de la Ley, sin necesidad de pacto alguno. El número de hipotecas legales en el período clásico fué muy limitado.

714. Hipotecas legales clásicas.

1) Cuando un tutor compraba algo para el pupilo con el dinero de éste, el tutor se hacía el propietario de la cosa, puesto que no podía actuar como representante directo de su pupilo (*supra*, párrafo 301). Una constitución de Severo y Caracalla concedía al pupilo una hipoteca legal sobre el objeto así adquirido.

2) Los créditos del fisco en tiempo de Severo, estaban garantizados con una hipoteca legal general sobre la propiedad completa del deudor fiscal.

En realidad no hubo, en la época clásica, otras hipotecas legales.

715. Hipotecas legales no clásicas.

1) Se dice en nuestras fuentes, que en tiempos del Emperador Marco Aurelio, un *senatusconsultum*, concedía al acreedor que hubiera otorgado un préstamo al propietario de un fundo con objeto de que éste pudiese reedificar una casa en ruinas, una hipoteca legal sobre esta casa. Sin embargo, no se alcanza la razón de ser de esta hipoteca, puesto que si el acreedor deseaba una garantía real, podía pedir que se constituyera una hipoteca en virtud de convenio, antes de prestar el dinero. En el Derecho clásico el acreedor tenía solamente un *privilegium exigendi* y no una hipoteca legal.

Esta hipoteca legal se halla solamente una vez en nuestras fuentes, D. (20.2) 1, en un texto tomado del libro X de las *responsa* de Papiniano; pero en este libro, Papiniano trata de privilegios y no del *pignus*. El *privilegium exigendi* del acreedor, se menciona en varios pasajes: D. (42.3) 1; (42.5) 24.1; (12.1) 25. En estos textos se hubiera sin duda mencionado la hipoteca legal de haber ésta existido.

2) En el Derecho justiniano el arrendador de una finca rústica tenía una hipoteca legal sobre los frutos de la misma. Esta hipoteca no es clásica. Africano la desconoce en absoluto; y dice simplemente (D. 47.2.62.8) que, por regla general, el arrendatario hipotecaba los frutos a su arrendador. Pomponio, D. (20.2) 7 pr., afirma que había una hipoteca tácita o implícita en el contrato de arrendamiento, pero el texto está evidentemente interpolado.

3) En Derecho justiniano el arrendador de una casa tenía hipoteca legal sobre los *invecta et illata* de su inquilino. Esta hipoteca tampoco es clásica.

El D. (2.14) 4 pr., está claramente interpolado. Los pasajes del D. 20.2 que tratan de la hipoteca, pueden también considerarse como interpolados, y, por ahora, no nos es posible reconstruir los textos clásicos. La fórmula del *interdictum de migrando* (Lenel, *Edict.*, pág. 265) nada tiene que ver con la hipoteca legal.

Resumiendo, podemos concluir que el Derecho clásico se vió totalmente libre de devastadoras hipotecas legales ofreciendo todo él un salubre carácter.

4. *Pignus ex causa iudicati captum* y *pignus praetorium*.

1) En la *extraordinaria cognitio*, la ejecución de una sentencia, podía tener lugar mediante una *pignoris capio* ordenada por el juez (supra, § 44). Esta especie de *pignus* no fué sin embargo, totalmente desarrollada en la época clásica; en particular, la *actio Serviana* no era utilizable por el acreedor.

716. *Pignus ex causa iudicati captum.*

2) A veces la *missio in possessionem pretoria* (supra, § 44), tenía por objeto proveer al acreedor de una forma de garantía real. El legatario, por ejemplo, podía pedir la *missio legatorum servandorum causa*, si el legado no era aún debido y el heredero rehusaba prestar la *cautio legatorum servandorum causa* (Lenel, *Edict.* párrafos 172, 173). En tales casos, los bizantinos, llamaban al derecho del *missus* un “*pignus praetorium*”. Este término no es clásico, ciertamente, puesto que en Derecho clásico, hubiese originado confusión. La *actio Serviana* era un remedio puramente pretorio y todo *pignus* clásico era *pignus praetorium*. Los juristas clásicos, al discutir la posición jurídica del *missus*, podían haber usado ocasionalmente un término análogo al de *pignus* y hasta emplear esta misma palabra, pero parece que en la práctica jamás ocurrió así, habida cuenta de que los textos principales se hallan todos interpolados. En cualquier caso, esta especie de *pignus* difiere ampliamente del típico *pignus* propio del Derecho privado clásico; fué Justiniano quien concedió al *missus* una *actio Serviana* (C. 8.21.2).

717. *Pignus praetorium.*

III. El *aerarium populi Romani* y los *municipia*, cuando celebraban un contrato con un particular, exigían una garantía especial, la *cautio praedibus praediisque*, *Praedes* eran unos fiadores especiales y *praedia* los fundos constituidos como garantía real. Ni el dominio ni la posesión se transferían al acreedor, quién sólo estaba facultado para vender dichos fundos. Esta especie de garantía se constituía mediante una declaración firmada por el propietario (*subsignare* se decía de la parte que prestaba la garantía). La *subsignatio* se inscribía en los registros del Estado (*tabulae publicae*) o del *municipium* (*tabulae communes*; con respecto a la terminología, vide supra, § 157). Además, la *subsignatio* se publi-

718. *Praedia-tura.*

caba a veces *ita uti de plano recte legi possit* (*Lex Malacitana*, cap. LXIII). Esta especie de garantía era virtualmente una hipoteca, pero una *hypotheca iuris publici*. Sólo el *aerarium* o un *municipium* podían ser garantizados con estas hipotecas y estos acreedores no se hallaban protegidos por la *actio Serviana* o por cualquiera otra *actio in rem*. El Edicto pretorio contenía una rúbrica de *praediatoribus* (Lenel, *Edict.* § 186), pero *praediator* significa la persona que compraba inmuebles al *aerarium* o a los *municipia* (Gayo, 2.61), y el pretor sólo prometía proteger a estos compradores, como claramente manifiesta el cap. LXV de la *Lex Malacitana*. El pretor no otorgaba *actio in rem* al *aerarium* o a los *municipia*. Por tanto, esta especie de hipoteca queda fuera del ámbito del Derecho privado. Como siempre, cuando trasponemos las fronteras de este Derecho penetramos en un mundo nuevo: hallamos documentos, registros y publicidad, fenómenos que son enteramente extraños al Derecho privado clásico. La *praediatura* existió lo más pronto en el siglo II antes de J.C. y se conservó vigorosamente a lo largo de todo el período clásico, pero nada tiene que ver con la hipoteca de Derecho privado. Como siempre, el Derecho público y el privado se mantuvieron totalmente separados.

Igualmente, las cargas reales llamadas fundaciones alimentarias, corresponden a la esfera del Derecho público y sólo pueden ser aludidas de pasada.

FUENTES

§ 704. Vide Gayo, 2.59, 60; 3.201.

§ 705. Compárese *Fr. Vat.* 94, primera frase, con D. (24.3) 49.1 [*pignoris*] «*fiduciae*». Vide D. (13.7) 8.3 [*pignus*] «*fiduciam*»; (13.7) 34 [*pignus*] «*fiduciam*». Nótese en ambos pasajes *eam* que los compiladores olvidan sustituir por *id.*

§ 709. Vide Gayo, 4.147.

§ 712. Vide D. (20.6) 7.4 [*hypothecae*] «*pignoris*»; (13.7) 9.2, espúreo; (20.1) 5.1, espúreo; (13.7) 1 pr.; *Inst. Iust.* (4.6) 7; *Tract. de actionibus* (Z., XIV, 1893, pág. 89), 5.

§ 714. Vide D. (27.9) 3 pr.; C. (7.8) 6.

§ 715. Vide D. (20.2) 1; (42.3) 1; (42.5) 24.1; (12.1) 25.

§ 715. 2. Vide D. (47.2) 62.8, primera frase.

BIBLIOGRAFÍA

§ 704. Oertmann, *Die Fiducia* (1890); Manigk, PW., VI, 2287; Longo, *Corso di diritto romano. La fiducia* (1933); Erbe, *Die Fiducia im röm. Rechte* (1940); Franceschelli, "La garanzia reale delle obbligazioni nel diritto romano classico e nel diritto inglese", *St. Alertoni*, III (1935), 517 y s.; Burdese, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus* (1949), 7 y s., con referencias.

- § 705. Erbe, l.c., 191 y s.; Lenel, Z., III (1882), 104 y s.
- § 706a. Manigk, PW., XX, 1239 y s.; Steinwenter, PW. XX, 1234 y s.
- § 707. Manigk, PW., XVII, 343 y s.; M. Fehr, *Beiträge zur Lehre vom röm. Pfandrecht in klassischer Zeit* (1910), 4 y s., 136 y s., con referencias.
- § 709. Lenel, *Edict.* (1927), § 266; Berger, PW., IX, 1667.
- § 712. Lenel, *Edict.* (1927), pág. 493, núms. 1 y 13; Schulz, *History* (1946), 202 y s., con referencias.
- § 714. 1. Dernburg, *Pfandrecht*, I (1860), 321; Windscheid, *Pand.* I (1906), § 231, núm. 10; Pringsheim, *Der Kauf mit fremdem Geld* (1916), 126.
- § 714. 2. Dernburg, l.c. 334 y s.; Windscheid, l.c. § 232, núm. 1.
- § 715. 1. Dernburg, l.c. 314 y s.; Windscheid, l.c. § 231, núm. 9; Pringsheim, l.c. 151
- § 715. 2 y 3. Dernburg, l.c. 294 y s.; Windscheid, l.c. § 231; Koschaker en *Abhandlungen zur antiken Rechtsgeschichte. Festschrift für G. Hanausek* (1926), 152.
- § 716. Dernburg, l.c. 417 y s.; Windscheid, l.c. § 233; Wenger, CP., 313.
- § 717. Dernburg, l.c. 400 y s.; Windscheid, l.c. § 233; Maria F. Lepri, *Note sulla natura giuridica delle missiones in possessionem* (1939), 3-37, con referencias; Branca, "Missiones in possessionem e possessio", *St. Solazzi* (1948), 483 y s.
- § 718. Mommsen, *Schr.* 1.357 y s.; *Staatsrecht*, II (1887), 430 y s.; P. Viard, *Le Praes* (1907); Schulz, Z., XXVIII (1907), 470 y s.; Lenel, *Edict.* (1927), 186.
- § 719. Pernice, *Labeo*, III, 1 (1892), 164 y s., 167; G. Segrè, "Sulle istituzioni alimentari imperiali", *Scritti*, II (1938), 36 y s.; "Nuove osservazioni imperiali", *Scritti*, II (1938), 36 y s.; "Nuove osservazioni in tema di istituzioni aliment. imperiali", *St. Albertoni*, I (1935), 349 y s.

3. CONTENIDO JURÍDICO DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA CLÁSICOS

I. *Decomiso*

La *fiducia cum creditore* se constituía, según se ha dicho (párrafo 704), por una transmisión (*mancipatio* o *in iure cessio*) hecha al acreedor *fiduciae causa*. Éste adquiriría el dominio pleno de la cosa, pero estaba obligado a restituirla, si la deuda era convenientemente saldada. Si la deuda no era satisfecha en el tiempo convenido, no tenía lugar automáticamente el decomiso de la cosa por el acreedor; éste seguía siendo un mero "depositario" y tenía que conservar la cosa a disposición del deudor, así que si éste pagaba, el acreedor venía obligado a retransmitirle la cosa, exponiéndose en caso contrario a ser demandado con la *actio fiduciae*. El formalismo de la *mancipatio* y de la *in iure cessio* romanas producían inevitablemente esta consecuencia.

720. Decomiso sin *lex commissoria*.

Supóngase que el *pactum fiduciae* no contuviese nada más que la siguiente cláusula (cf. *Formula Baetica*, 1.10 y s.): "ut usque eo is fundus eaque mancipia fiduciae essent, donec ea omnis pecunia persoluta

esset". En tal caso el decomiso no tenía lugar automáticamente, ni aun habiéndose fijado un cierto día para el pago; el tenor del pacto confirma lo que decimos.

721. Efectos de la *lex commissoria*.

El decomiso se producía por virtud de una cláusula especial del *pactum fiduciae*. Esta cláusula era llamada *lex commissoria* (*lex* = contrato, convenio, cláusula de contrato o convenio; *committitur fiducia* = la *fiducia* es decomisada). En virtud de esta cláusula, el acreedor podía convertirse en dueño absoluto de la cosa constituida en garantía, tan pronto como el débito vencía. Cuando una *res nec mancipi* se entregaba en prenda (*pignus*), podía añadirse también una *lex commissoria*. Si la deuda no era puntualmente satisfecha, el acreedor se hacía dueño de la cosa y la deuda quedaba extinguida. En tal caso el acuerdo constitutivo del *pignus*, implicaba una *traditio dominii* condicional (el acreedor sería dueño de la cosa si la deuda no se pagaba en el tiempo fijado), y en virtud de esta *traditio* el acreedor adquiriría el dominio, cuando la condición se cumplía. Si se constituía una prenda (*pignus*) con *lex commissoria*, de una *res mancipi*, el acreedor solamente podía adquirir la propiedad bonitaria (supra, § 655) puesto que el dominio civil no podía transmitirse por *traditio*. Por supuesto, podía hacerse después propietario civil de la cosa mediante la *usucapio*.

Cuando una cosa (*res mancipi* o *nec mancipi*) se hipotecaba (*pignus*; vide, supra § 712) con *lex commissoria*, esta cláusula sólo podía tener eficacia si el acreedor posteriormente (esto es, cuando fuese exigible el pago del débito) entraba en posesión de la cosa.

722. Desaparición de la *lex commissoria*.

La *lex commissoria* fué aplicable durante todo el período clásico, a pesar de lo muy rigurosa que resultaba para el deudor. Fué abolida por Constantino (*C. Th.* 3.2.1 = *C. Iust.* 8.34.3).

II. Derecho del acreedor a vender la cosa

723. *Pactum de vendenda fiducia*.

Respecto a la *fiducia*, el acreedor (como dueño de la cosa) tenía por supuesto la facultad jurídica de vender el objeto y de transferir el dominio del mismo al comprador, pero si procedía así sin estar autorizado por un *pactum de vendenda fiducia* especial, se hallaba expuesto a la *actio fiduciae* cuando el deudor, posteriormente, pagase la deuda. Nuestros documentos ofrecen ejemplos de este pacto.

El documento pompeyano del año 61 después de J.C. (FIRA, III, número 91, con Arangio-Ruiz, *Parerga*, 1945, págs. 67 y s.): "... Si ea pecunia omnis mihi heredive meo kalendis Novembribus primis soluta non

erit, ut mihi heredive meo liceat ea mancipia, quibus de agitur, idibus vendere...”

La *Formula Baetica* de principios del siglo II después de J.C. (FIRA, III, núm. 92): “... Si pecunia sua quaque die L. Titio heredive eius data soluta non esset, tum uti eum fundum eaque mancipia sive quae mancipia ex is L. Titius heresve eius vellet, ubi et quo die vellet, pecunia praesenti venderet...”

Sin mediar este *pactum de vendenda fiducia*, el acreedor no estaba facultado por sí mismo para vender la cosa. No es verosímil que este pacto, se considerase implícito en actos formales como la *mancipatio* y la *in iure cessio*. Un *pactum de non vendenda fiducia* era superfluo por esta razón. Sin embargo, los prácticos podían insertar ocasionalmente una cláusula negativa en el documento, de acuerdo con el principio *superflua non nocent*. Un texto apócrifo (Paulus, *Sent.* 2.13.5) estableció que a pesar de un *pactum de non vendenda fiducia*, el acreedor podía vender la fiducia sin exponerse por ello a sufrir los efectos de la *actio fiduciae*; pero todo esto no corresponde ciertamente al Derecho clásico.

En caso de *pignus* (prenda o hipoteca), el derecho del acreedor a vender la cosa hipotecada dependía asimismo de un pacto especial, de *pignore vendendo*, el cual, por otra parte y en la época clásica, no se consideraba implícito en toda *pignoris datio*. Gayo (2.64) evidentemente, nada sabe de un pacto tácito y no es probable que el Derecho vigente a la sazón, sufriese alteración en las décadas siguientes. Así pues, en Derecho clásico, un *pactum de non vendendo pignore* resultaba innecesario, pero, esto no obstante, podía muy bien figurar en los documentos (*superflua non nocent*). En el Derecho post-clásico, el acreedor tenía derecho de vender sin necesidad de una autorización especial. El *pactum de vendendo* se consideraba ahora como tácito o implícito en toda *datio pignoris*. En Derecho justiniano, el acreedor tenía la facultad de vender, aun cuando las partes lo hubieran expresamente excluido mediante un *pactum de non vendendo pignore*. Las hipotecas legales reconocidas por el Derecho clásico (supra, § 714) fueron introducidas por virtud de constituciones imperiales, las cuales, probablemente, otorgaban el *ius vendendi* al acreedor.

724. *Pactum de pignore vendendo.*

La venta de la *fiducia* y del *pignus* era regulada por pactos celebrados entre las partes, como manifiestan nuestros documentos (supra, § 723). No hubo en cambio normas legales.

725. Forma de venta.

El acreedor que vendía la *fiducia*, podía transferir el dominio civil al comprador por *mancipatio* o *in iure cessio*. Si solamente entregaba la cosa al comprador por *traditio*, éste se convertía en propietario bonitario de la cosa (supra, § 655). Cuando una *res*

726. Transmisión del dominio por venta del acreedor.

mancipi se daba al acreedor como *pignus* (prenda o hipoteca), éste, haciendo uso de un *ius vendendi* podía transferir al comprador la propiedad bonitaria solamente; ni la *mancipatio* ni la *in iure cessio* eran utilizables por el acreedor, puesto que (en contraste con lo que sucedió en la *fiducia*), éste no era dueño civil de la cosa. Cuando una *res nec Mancipi* era dada en *pignus*, el acreedor al venderla, podía transmitir mediante *traditio* el dominio civil pleno al comprador, ya que todo no-propietario podía transmitir el dominio por *traditio*, con el consentimiento del dueño (supra, párrafo 620) y este consentimiento había sido otorgado irrevocablemente por quien constituyó la garantía, en el *pactum de vendendo*.

727. El precio.

El precio que el acreedor recibía del comprador de la *fiducia* o *pignus* disminuía o extinguía automáticamente la deuda. Si el precio obtenido no igualaba al importe de la deuda, el acreedor podía demandar al deudor personal por el resto, con una *actio in personam*. Así fué a veces expresamente establecido por las partes mediante los correspondientes pactos.

Los documentos pompeyanos citados antes, § 723: “Si quo minoris ea Mancipia, quibus de agitur, venierint, in sortis vicem debebuntur mihi heredive meo quae reliqua erunt”.

Pero en Derecho clásico no se requería pacto expreso; aun sin él, podía reclamar el acreedor el remanente de la deuda.

728. *Hyperocha*.

Quando el precio excedía del importe de la deuda, el acreedor tenía que restituir el exceso (*superfluum*) al hipotecante (éste no era necesariamente el deudor).

Los tratadistas modernos, con notoria predilección por los términos griegos, han querido denominar este exceso *hyperocha* (ἡ ὑπεροχή). Este término fué indudablemente extraño al lenguaje jurídico clásico; en nuestras fuentes sólo aparece una vez: D. (20.4) 20.

Quando la *fiducia* era vendida, el constituyente podía demandar al acreedor por el exceso del precio sobre la deuda, con la *actio fiduciae*. Cuando era vendida una prenda, el pignorante tenía la *actio pignoratitia in personam* (supra, § 712) para reclamar dicho exceso. Esta acción, probablemente también fué utilizable, cuando se vendía la cosa hipotecada. Probablemente, el contrato real de *pignus* (infra, § 898) se originaba en el momento en que el acreedor tomaba posesión de la cosa hipotecada para proceder a venderla.

729. *Impetratio dominii*.

Quando el acreedor no hallaba un comprador adecuado, podía acudir al Emperador en demanda de que le adjudicase la cosa por un cierto precio (*impetratio dominii*); en el caso de la *fiducia*,

como el acreedor es ya dueño, la expresión usual pudo haber sido *impetratio possessionis*. Esta institución difícilmente pudo existir antes de Severo.

III. Derecho del acreedor a usar la cosa hipotecada y a percibir sus frutos

El acreedor no estaba facultado para usar la prenda sin permiso del deudor expresado en una cláusula especial del pacto; si la usaba sin este permiso, podía ser demandado con la *actio furti* (infra, § 982), si la cosa era mueble. Si la cosa pignorada era fructífera, el acreedor podía ser autorizado a percibir los frutos y a retenerlos como propios; es dudoso que este pacto se considerase tácito. El valor de los frutos se imputaba a la disminución o extinción completa de la deuda; cuando se debía capital e intereses, el valor de los frutos se imputaba primeramente al pago de los intereses y luego al del capital. Sin embargo, las partes eran libres de regular esta materia de modo diferente. En particular, podía estar previsto en un pacto, que los frutos se percibiesen por el acreedor como intereses, independientemente de que el valor de dichos frutos equivaliese o no al importe del débito; los autores modernos denominan este pacto *pactum antichreticum*.

730. Prenda.

El término *antichresis* (ἀντιχρησις), significa uso o disfrute de una cosa (χρησις) como recompensa de algo (ἀντι τινος), y no necesariamente ἀντι τῶν τόκων, en compensación del interés. En nuestras fuentes aparece sólo una vez, puesto que el D. (20.1) 11.1 y (13.7) 33 son fragmentos de un mismo texto; en este pasaje, *antichresis* significa *χρησις ἀντι τῶν τόκων*, pero el texto no se refiere al caso en que el pre-
dio mismo sea hipotecado. Por tanto, el término *antichresis* no aparece en el lenguaje jurídico clásico. En otras fuentes aparece muy raramente; vide Ebrard, *Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam* (1917), 116; Liddell y Scott, *Lex. V ἀντιχρησις*. Preisigke-Kießling, *Wörterbuch der griech. Papyrusurkunden*, IV (1944), 181; en los papiros hasta ahora sólo una vez: *Pap. Groning.* (ed. A. G. Ross, 1933), número 11, col. I, 12; II. 5.

En lo que respecta a la *fiducia*, el acreedor podía, por supuesto, usar la cosa, sin que se expusiera por este uso a sufrir la *actio furti*, ya que el acreedor era dueño. Los frutos que obtenía se imputaban a los intereses y al capital, como dijimos ya con referencia al *pignus*.

731. Fiducia.

F U E N T E S

§ 721. Prueba de la *lex commissoria* en el *pactum fiduciae*: Paul, *Sent.* (2.13).

- § 723. Vide Paul, *Sent.* (2.13) 5, espurio.
- § 724. Vide Gayo, 2.64; D. (47.2) 74; C. (4.24) 4 [vel *hypothecae*]; C. (8.27) 7 [non *reluctante*]; *reluctari* se ofrece únicamente en este texto y C. (2.58) 2 Justiniano, C. (4.1) 12.1a Justiniano, C. (11.59) 6.1 Grat. Valentin. Theodos. Vide, además, Paul, *Sent.* (2.5) 1 espurio; D. (13.7) 4 [etsi] *esit*; [hoc tamen... *distraheretur*]; [nisi... *cessaverit*].
- § 726. Vide Gayo, 2.64; D. (41.1) 46; (41.1) 9.4.
- § 727. Vide D. (20.5) 9.1; C. (4.10) 10.
- § 728. Vide D. (13.7) 6.1; el texto se ocupa, originariamente, de la *fiducia*; Paul, *Sent.* (2.13) 1.
- § 729. Vide D. (13.7) 24 pr., primera frase; el texto originariamente se ocupa de *fiducia*: Lenel, Z., III (1882), 111; Erbe, *Fiducia*, 28, con referencias.
- § 730. Vide Gayo, 3.195, 196; *Inst. Inst.* (4.1) 6; D. (47.2) 55 pr.; C. (4.32) 17; D. (36.4) 5.21.
- § 731. Vide Paul, *Sent.* (2.13) 1b = D. (20.2) 8 espurio; Paul, *Sent.* (2.13) 2; (20.1) 23 pr. se ocupa de *fiducia*.

BIBLIOGRAFÍA

- §§ 720-2. Dernburg, *Pfandrecht*, II (1864), 273 y s.; Manigk, PW., VI, 2296; IX, 296, 355; XX, 1248; Erbe, *Fiducia* (1940), con referencias; Burdese, *St. Solazzi* (1948), 324 y 2.; *Lex Commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus* (1949), 10 y s., 95 y s., 110 y s.
- § 723. Manigk, PW., VI, 2293 y s.; Devilla, "L'ius distrahendi nella fiducia e nel pegno", *St. Sassaresi*, XV (1938), no utilizable; Erbe, l.c. 36 y s.; Burdese, *Lex commissoria*, 25 y s.
- § 724. Manigk, PW., XX, 1256; Albertario en G. Rotondi, *Scritti*, II, 582, núm. 1; Messina Vitrano, *Per la storia del ius distrahendi nel pegno* (1910); Ratti, "Sul ius vendendi del creditore pigneraticio", *St. Urbinati*, I (1927), no utilizable; Levy, Z., XLIX (1929), 251; Lauria, "Ricerche su Pauli Sententiarum libri", *Annali Macerata*, VI (1930), pág. 85 y s., con referencias; Burdese, *Lex commissoria*, 132 y s.
- § 726. Mitteis, RP., I (1908), 208; Beseler, *Beiträge*, IV (1920), 129; Opora (1930), 3; Burdese, *Lex commissoria*, 165 y s.
- § 728. Dernburg, *Pfandrecht*, I (1860), 140 y s.; Manigk, PW., XVII, 291; Kaser, *Quanti ea res est* (1935), 79; Erbe, *Fiducia* (1940), 89; Burdese, *Lex commissoria*, 195 y s.; Kreller, Z., LXII (1942) 173 y s.
- § 729. Dernburg, *Pfandrecht*, II (1864), 240 y s.; Burdese, *Lex commissoria*, 206 y s.
- §§ 730, 731. Dernburg, *Pfandrecht*, II, 67 y s.; Manigk, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung* (1910).

4. CARÁCTER ACCESORIO DE LAS GARANTÍAS REALES

732. Tipos de *accessio*.

I. Siendo la garantía real una variedad del crédito (supra, párrafo 699) es, desde el punto de vista económico, accesoria a la deuda; pero esta dependencia de la garantía puede manifestarse de varios modos.

733. "Grundschuld."

1. Un capitalista podía conceder un préstamo al dueño de un predio, pactando ambas partes que el acreedor tendría solamente

el derecho de cobrar del predio el dinero que le era adeudado. Si la deuda no era satisfecha, el acreedor podía recobrar su dinero vendiendo el predio, pero no podía proceder a la ejecución de la persona del dueño de éste o de otros bienes distintos del predio gravado; el propietario en este caso no es considerado deudor personal. La *Grundschild* o deuda territorial del Derecho germánico moderno, es un ejemplo de este tipo de garantía, si bien en su forma pura sea de uso muy raro. La *Grundschild* es completamente extraña al Derecho romano privado: constituye una modalidad de carga real y las cargas reales, como hemos visto (§§ 666, 685) no fueron reconocidas por el Derecho privado clásico (ni por el Derecho justiniano, excepto en el caso de la *servitus oneris ferendi*; supra, § 2.667). El Derecho público clásico, en cambio, no tuvo escrúpulo en reconocer esta forma de garantía real (*praediatura*, fundaciones alimentarias; supra, §§ 718, 719).

2. La garantía real del Derecho privado clásico era accesoria a un débito personal (*debitum*).

734. Derecho privado romano

La *formula Serviana* (supra, §§ 711, 712) comenzaba con las siguientes palabras:

“Si paret inter Aulum Agerium et Lucium Titium convenisse ut ea res, qua de agitur, Aulo Agerio pignori esset *propter pecuniam debitam*...”

La garantía no podía darse sin darse al mismo tiempo una deuda susceptible de ser garantizada en su pago; por otra parte, la garantía cesaba cuando la deuda era satisfecha. Así, el acreedor con garantía real tenía ordinariamente dos medios de obtener satisfacción de su crédito:

a) Podía intentar su reclamación contra el deudor personal (el cual podía ser persona distinta del constituyente de la garantía) y proceder, eventualmente, por vía ejecutiva contra la persona o bienes de éste.

b) Podía obtener satisfacción con la cosa dada en garantía real.

Hypotheca y *pignus* son expresamente designadas como *accessio* solamente en un pasaje: D. (46.3) 43; tal sentido resulta implícito en D. (46.1) 32. Ambos textos están interpolados, pero el término se mantuvo.

735. Terminología.

El término *debitor personalis* (deudor personal, en contraposición al dueño de la cosa constituida en garantía), era extraño al Derecho clásico. Sin embargo también este término nos es indispensable.

II. La naturaleza accesoria del Derecho real de garantía clásico, necesita de alguna explicación aclaratoria.

786. *Fiducia*.

1. La conexión de la garantía con el débito personal podía ser más o menos estrecha.

a) La *fiducia cum creditore* confería el dominio al acreedor *ob debitum*. Si la deuda no existe, la *mancipatio fiduciae causa* es, no obstante, válida, y el acreedor adquiere el dominio; además, si la deuda deja de existir, el dominio no revierte automáticamente al fiduciante. En ambos casos, el acreedor solamente está obligado a remancipar el objeto.

787. *Pignus*.

b) El *pignus* estaba, sin duda, más íntimamente conexo con la deuda. Si la deuda no existe, el acreedor no adquiere derecho alguno sobre la cosa; y si la deuda deja de existir, el derecho del acreedor se extingue automáticamente.

788. *Obligatio naturalis*.

2. Un *natura debitum (obligatio naturalis; vide infra, § 795)* era considerado soporte suficiente para una garantía real. Así, si un esclavo promete algo, se origina solamente una *obligatio naturalis* (esto es, desprovista de acción) del esclavo; pero con todo, esta obligación es fundamento bastante para la *fiducia* y el *pignus*, así como para la constitución de fianza.

789. *Pignoris causa indivisa est*.

3. Si la deuda era satisfecha, la garantía se extinguía; la *res fiduciae data* tenía que ser remancipada y el *pignus* se extinguía automáticamente. Debe tenerse en cuenta que el deudor personal, así como el hipotecario, estaban facultados para saldar la deuda aun antes del término fijado para su pago. Si sólo se satisfacía una parte de la deuda, la fianza continuaba existiendo sobre la totalidad del objeto hipotecado, aunque únicamente por el resto del débito; los tratadistas modernos expresan esta regla con la máxima *pignoris causa indivisa est*. Esta extraña expresión sólo aparece una vez en un texto interpolado: D. (21.2) 65.

Consideremos los siguientes casos:

a) A entrega un predio en *pignus* por una deuda de 100; luego paga 50. Todo el predio (no solamente la mitad) responde por los 50 restantes.

b) A entrega dos predios, cada uno con un valor de 120, en *pignus* por una deuda de 100; posteriormente se pagan 50. Ambos predios permanecen hipotecados por 50. El acreedor no está obligado a liberar uno de ellos.

c) C presta 100 a D, y éste constituye un predio como *pignus* en favor de C. Posteriormente D muere y H-1 y H-2 son sus herederos, cada uno de ellos por mitad. Los herederos son ahora copropietarios pro indiviso del predio pignorado (supra, § 525); en cuanto a la deuda, cada uno de ellos debe a C 50 (*nomina ipso iure divisa sunt; supra, § 531*). Vencida la deuda, H-1 paga a C lo que le debe, precisamente 50; H-2 no paga nada. El efecto jurídico es el siguiente: el *pignus* de C continúa existiendo sobre todo el predio por 50; y no solamente la cuota que en

éste pertenece a H-2 es la gravada con el *pignus*, si que también la de H-1 no obstante haber éste pagado a C lo que debía.

d) C hace un préstamo de 100 a D y éste constituye un predio en *pignus* en favor de C. Posteriormente C muere y H-1 y H-2 son sus herederos. Ahora D debe 50 a cada uno de éstos (*nomina ipso iure divisa sunt*; supra, § 525) y cada uno de ellos tiene un *pignus* sobre el predio por 50. Si D paga 50 a H-1, éste pierde su derecho personal y, consiguientemente, su *pignus*. H-2 conserva el *pignus* sobre todo el predio por 50.

4. Cuando la deuda expiraba por una causa que no fuese el pago, la garantía también se extinguía si el acreedor había obtenido satisfacción de su derecho. La *formula Serviana* establece una condena adicional subordinando ésta al caso en que el acreedor no haya sido pagado o satisfecho de otra forma (“... eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse”). Por tanto, si el acreedor aceptaba una *datio in solutum* (infra, § 1.074), o condonaba la deuda al deudor personal, cesaba la garantía real. Si el acreedor llegaba a ser heredero de su deudor personal y la deuda, consiguientemente, expiraba por *confusio*, se consideraba satisfecho, independientemente de la solvencia de la herencia.

740. Extinción de la deuda con o sin pago.

Supongamos que C hace un préstamo a D y que A hipoteca su tierra a C en garantía de esta deuda. Posteriormente D muere y C es su heredero. La deuda se extinguía, en tal caso, por *confusio* y la hipoteca se extinguía igualmente. Había algunos casos complicados en que la deuda expiraba sin que el acreedor obtuviese satisfacción de su derecho y en tales casos la hipoteca continuaba existiendo sin ser accesoria de un crédito personal.

Consideremos los siguientes casos:

a) C otorga un préstamo a D y A constituye un *pignus* en garantía de esta deuda. Posteriormente C demanda a D con una *actio in personam*, la cual se consume por *litis contestatio*. El *pignus* permanece intacto “quia neque soluta pecunia neque eo nomine satisfactum est”.

b) C hace un préstamo a D y admite a S como fiador. Para asegurar la obligación subsidiaria del fiador (N.b.) A constituye un *pignus* en favor de C. Posteriormente D muere y S es su heredero. La obligación del fiador se extinguía por la llamada “*confusio* absorbente”, pero el *pignus* subsiste.

F U E N T E S

§ 738. Vide Gayo, 3.119a; D. (12.6) 13 pr.; (20.1) 5 pr.

§ 739b. Vide D. (20.1) 19; (45.1) 85.6 [*tradere*] «*mancipio dare*».

§ 739c. Vide C. (8.30) 1; D. (13.7) 8.2.

§ 739d. Vide C. (8.31) 1; D. (13.7) 11.4.

§ 740. Vide D. (20.1) 13.4, en el fondo clásico; (46.3) 38.5.

BIBLIOGRAFÍA

§§ 732-4. Dernburg, *Pfandrecht*, I (1860), 514; Windscheid, *Band I*, § 225; Ratti, "*Sull'accessorietà del pegno* (1927), no utilizable. Carrelli *Sulla accessorietà del pegno in diritto romano* (1934), no utilizable. Sobre *proediatura* y fundaciones alimentarias, consúltense las referencias en la bibliografía correspondiente a los §§ 718, 719.

§ 735. Levy, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio* (1907), 18; Solazzi, *Bull. XXXVIII* (1930), 18, *L'estinzione della obbligazione* (1931), 290; Flume, *Studien zur Akzessorietät der röm. Bürgschaftsstipulationen* (1932), 7.126; *Voc. Iur. Rom.* I. 78.39 y s.

§ 739. Dernburg, *Pfandrecht*, II (1864), 28 y s.; Windscheid, *Pand. I* (1906), § 226 núm. 3; Schulz, *Einführung* (1916), 88 y s.

§ 740. Dernburg, *l.c.* II 574 y s.; Windscheid, *l.c.* § 249; Beseler, *Z.*, XLVII (1927), 55; Solazzi, *Estinzione*, 290.

5. PLURALIDAD DE HIPOTECAS SOBRE EL MISMO OBJETO

741. *Prior tempore, potior iure.*

Si una cosa ha sido transmitida *fiduciae causa* para garantizar una cierta deuda, el constituyente de la *fiducia* no puede, evidentemente, transmitirla *fiduciae causa* a otro acreedor, pero el propietario de una cosa puede en cambio hipotecarla, sucesivamente, a varios acreedores; entonces el orden de las varias hipotecas era fijado por la regla *prior tempore, potior iure*. Sin embargo, había hipotecas privilegiadas que precedían a todas las restantes.

El Derecho clásico concerniente a la segunda y sucesivas hipotecas, era bastante primitivo.

742. Derecho a entrar en posesión de la cosa y a venderla

1. El titular de una segunda (o posterior) hipoteca no estaba facultado para poseer la cosa, ni tenía el derecho de venderla. Hubiera sido posible conceder al segundo acreedor el derecho a vender la cosa (por supuesto, gravada con la primera hipoteca), pero los juristas romanos no admitieron esta posibilidad.

743. Extinción por venta, de las hipotecas.

2. Sólo el primer acreedor tenía el derecho de *poseer la cosa* en el momento en que el crédito era exigible y de venderla en virtud de un *pactum de vendendo* (supra, § 724). Si la vendía, hacía al comprador dueño libre, civil o bonitario (supra, § 726), y todas las hipotecas — no sólo la hipoteca del acreedor que había vendido la cosa, sino también todas las posteriores — quedaban extinguidas.

744. El segundo acreedor no puede reclamar los *hyperocha*.

3. Se dice que si el precio que el primer acreedor recibía del comprador excedía de la suma que se adeudaba, debía restituir el exceso (*hyperocha*; supra, § 728) al segundo acreedor. Pero en relación con el Derecho clásico esta opinión es errónea, sencillamente porque el segundo acreedor, no tenía acción alguna contra el primer acreedor con la que pudiera exigir de éste el aludido exce-

so. Éste, en Derecho clásico, debía ser restituído al constituyente de la hipoteca (supra, § 728).

4. Cuando el crédito del primer acreedor era satisfecho, la segunda hipoteca ocupaba el lugar de la primera. Es ésta una norma antigua. El segundo acreedor, usualmente, estipulaba intereses más altos que el primero, porque su riesgo era mayor que el de éste; si la segunda hipoteca pasaba a ocupar ahora el puesto de la primera, el tipo de interés no se reducía por ello automáticamente. Otra vez hemos de insistir en afirmar que la hipoteca clásica no tuvo la finalidad de servir como inversión de capital a largo plazo (supra, § 700). Los juristas clásicos probablemente hubieran replicado a nuestro reparo con el argumento de que si el segundo acreedor, que por la extinción de la primera hipoteca, obtenía el primer lugar, no estaba dispuesto a reducir la tasa del interés, el deudor podía pagarle valiéndose de la ayuda de otro capitalista que estuviese dispuesto a proporcionarle para ello el dinero necesario a un interés menor, por ejemplo, al interés usual en el caso en que el acreedor hubiese estado garantizado con una primera hipoteca. El argumento no nos parece muy convincente.

745. La segunda hipoteca elevada a primera si ésta se extinguía.

5. El segundo acreedor tenía un *ius offerendi et succedendi*. En el Derecho clásico, esto solamente significaba que el segundo acreedor estaba facultado para pagar al primero y así elevar su propia hipoteca al rango de primera. No adquiría ni el crédito personal del primer acreedor ni su hipoteca, pero, indudablemente, en virtud de una constitución imperial, podía vender la cosa hipotecada y tomar del precio recabado la suma que hubiese pagado al primer acreedor y no solamente la cantidad a que ascendía su propio crédito.

746. *Ius offerendi et succedendi*.

Supóngase que A hipoteca un predio a C-1 por 50 y a C-2 por 100. Posteriormente C-2 pagaba 50 a C-1. Por consiguiente el crédito personal de éste expiraba, como también su hipoteca; la hipoteca de C-2 alcanzaba de este modo el rango de primera. Ahora C-2 vendía el predio por 200; en tal caso estaba facultado para quedarse con 100 más 50 debiendo restituir el resto a A.

Este *ius succedendi* también tenía lugar cuando un tercer acreedor pagaba al primero.

Supóngase que C-1 tuviera una hipoteca por 50, C-2 otra por 60 y C-3 otra por 100. Posteriormente C-3 pagaba 50 a C-1. El resultado era que la hipoteca de C-1 se extinguía; la hipoteca de C-3 hasta 50, ocupaba ahora el primer rango. De este modo, el predio quedaba ahora gravado de este modo: (I) hipoteca de C-3 por 50; (II) hipoteca de C-2 por 60; (III) hipoteca de C-3 por 50.

FUENTES

§ 741. Vide C. (8.17) 3; D. (20.4) 9.3, gravemente interpolado el texto original que se ocupaba, probablemente, de la *fiducia*: Beseler, Z., XLV (1925), 440; Erbe, *Fiducia* (1940), 76 y s.

§§ 742, 743. Vide C. (8.17) 8; (8.19) 3; Paul. *Sent.* (2.13) 8.

§ 744. Vide D. (20.4) 12.5 [*et quod... restituat*].

§ 746. Vide D. (20.4) 11.4; D. (20.4) 12.6; D. (20.5) 5 pr.; C. (8.13) 22; C. (8.17) 5.

BIBLIOGRAFÍA

§ 741. Dernburg, *Pfandrecht*, II (1864), 411 y s.; Windscheid, *Pand.* I (1906), § 242; Koschaker, *Scritti Ferrini*, III (1948), 233; Beseler, Z., LXVI (1948), 325, sub. V “invertere”.

§ 742. Dernburg, l.c. 482 y s.

§ 743. Dernburg, l.c. 224.

§ 744. Dernburg, l.c. 487; Beseler, *Beiträge*, IV (1920), 138; Kaser, *Quanti ea res est* (1935), 79.

§ 746. Schulz, Z., XXVII (1906), 104 y s.; Windscheid, l.c. 233b núm. 11; Dernburg, l.c. 489, 518.

6. REMEDIOS JUDICIALES

Parece conveniente terminar la exposición de esta materia tratando conjuntamente de los diversos recursos judiciales derivados de la *fiducia* y del *pignus*. Ya los hemos mencionado antes, pero resultan precisas algunas notas adicionales.

747. *Actio fiduciae*.

De la *fiducia cum creditore* derivaban dos acciones, la *actio fiduciae directa* y la *contraria* (sobre esta terminología, vide supra, §§ 70 y s.). La *actio directa* era la acción del fiduciante contra el acreedor, en virtud de la cual, podía aquél reclamar la remanciación del objeto dado en *fiducia* y los perjuicios ocasionados. Era una *actio bonae fidei*, aunque la *formula* tal vez no contuviese la cláusula usual *ex fide bona* (supra, §§ 61, 62). La condena implicaba *infamia* (supra, § 80). Los demás detalles de la *formula* son dudosos. La *actio contraria* era la acción del acreedor contra el fiduciante por la que aquél podía reclamar la indemnización por las impensas realizadas.

748. *Actio Serviana*.

La *actio Serviana*, tal como se hallaba contenida en el Edicto de Adriano (supra, § 711) puede ser reconstruída de modo seguro (Lenel, *Edict.* § 267) :

“Si paret inter Aulum Agerium et Lucium Titium convenisse, ut ea res, qua de agitur, Aulo Agerio pignori esset propter pecuniam debitam, eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse eamque

pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse, neque per Aulum Agerium stare quo minus solvatur, nisi ea res restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito”.

Esta *formula* es *in factum concepta* (supra, § 47) pues la *actio*, era una *actio honoraria* (vide supra, §§ 46, 50). La acción era una *actio in rem* (supra, § 56) como la *rei vindicatio* y ejercitable como ésta, contra cualquier *possessor* de la cosa. Evidentemente, la *formula* se aplicaba indistintamente a la prenda y a la hipoteca. La *formula* edictal sólo menciona el *pignus conventionale*, y por ello en el caso de *pignus legale* (supra, § 720), se otorgaba una *actio utilis* (supra, § 52) al acreedor (supra, § 720); también se concedía una *actio utilis* en otros supuestos más dificultosos (vide Lenel, l.c. página 494) en los que no queremos detenernos. Si una misma cosa era gravada con dos hipotecas de diferente rango, el segundo acreedor podía ejercitar contra un tercero la *actio Serviana*; pero si el segundo acreedor conseguía la posesión de la cosa, el primer acreedor podía ejercitar contra él la *actio Serviana*, puesto que de los acreedores primero y segundo, solamente el primero se hallaba legitimado para poseer la cosa hipotecada (supra, § 742). Si el segundo acreedor ejercitaba contra el primero la *actio Serviana*, éste se hallaba protegido por una “*exceptio*: si non Numerio Negidio (el primer acreedor) ante pignori res obligata est”.

El *interdictum Salvianum* era un remedio utilizable por el arrendador de un predio rústico contra el arrendatario que hubiese constituido en garantía los *invecta et illata* (supra, § 709). El interdicto era, como acertadamente dice Gayo (4.147), un *interdictum adipiscendae possessionis*; su *formula* no nos ha sido transmitida, aunque lo más probable es que fuese concebido como un *interdictum prohibitorium* (supra, § 109). Los compiladores modificaron el interdicto para concederlo (como la *actio Serviana*) contra todo poseedor de cosas pignoradas.

Las acciones derivadas del contrato real de *pignus* — la *actio pignoratitia directa* y *contraria* (supra, § 70) — serán estudiadas más adelante (infra, §§ 898 y s.).

749. *Interdictum Salvianum*.

750. *Actio pignoratitia*.

FUENTES

§ 747. Vide Paul. *Sent.* 2.13.6-7.

§ 748. Vide D. (20.4) 12 pr.

§ 749. Vide D. (20.1) 10; (43.33) 1.1; C. (8.9) 1 [*debitoremve*] tal vez solamente una glosa.

BIBLIOGRAFÍA

- § 747. Lenel, *Edict.* (1927), § 107; W. Erbe, *Die Fiducia im röm. Recht* (1940), 86 y s., 106 y s., con referencias; Kreller, *Z.*, LXII (1942), 143 y s., 183 y s. (difícilmente aceptable); Burdese, *St. Solazzi* (1948), 324 y s.
- § 748. Lenel, l.c. 267; Kreller, *Z.*, LXIV (1944), 334.
- § 749. Lenel, l.c. 266; Berger, *PW.*, IX, 1668; Kreller, *Z.*, LXIV (1944), 320 y siguientes.

CAPÍTULO IV

LA POSESIÓN

1. INTRODUCCIÓN

La palabra *possidere* contiene la palabra *sedere* (sentarse) y aunque la primera sílaba (*pos*) lingüísticamente es dudosa, el significado de *possidere* difícilmente puede ser otro que el de “sentarse en una cosa”. Consecuentemente, *possessio* significa “asentamiento”, *possessor* “una persona asentada en una cosa”. Estos términos se refieren originariamente sólo a la tierra y ni las Doce Tablas los aplicaron a las cosas muebles. No podemos entretenernos con la evolución semántica de estos términos. De acuerdo con nuestro plan, nos limitaremos a fijar su significado jurídico en el Derecho privado clásico. En él, su significado es muy técnico; *possessio* significa poder físico sobre una cosa corporal (una *iuris quasi possessio* no existió en Derecho clásico) en contraste con el dominio y otras especies de derechos. *Possessor* era la persona que tenía la disponibilidad física de la cosa corporal, independientemente del derecho a poseerla. El dueño podía ser también, y lo era por regla general, el poseedor de la cosa; pero si la perdía o le era sustraída, dejaba de ser poseedor, si bien seguía siendo dueño. En el caso de hurto, el ladrón era el actual *possessor*. Así pues, la *possessio* entrañaba una cuestión de hecho y no de derecho, pero era un hecho que, dentro de ciertos límites, producía consecuencias jurídicas, y los juristas clásicos solamente consideraron la disponibilidad física como verdadera posesión cuando esta disponibilidad era reconocida por el Derecho. Solo excepcionalmente se reconocía la posesión en una persona que no tuviera la disponibilidad material de la cosa; en este caso *possessio* significa que dicha persona se halla en la posición jurídica propia del verdadero poseedor (vide infra, § 756).

751. Concepto de la *possessio*.

Respecto a los efectos de la *possessio* debemos distinguir entre *ius civile* y *ius honorarium*.

En el *ius civile* clásico, la posesión era relevante en los siguientes casos:

752. *Ius civile*.

1. El dominio de una *res nec mancipi* se transmitía por la *traditio ex iusta causa* (supra, §§ 613 y s.).

2. Uno de los requisitos de la *usucapio* era la posesión (supra, párrafo 622).

3. El *bonae fidei possessor* de una cosa, adquiría los frutos de ésta *iure civili*. Un *bonae fidei possessor* de un esclavo adquiría, dentro de ciertos límites, las adquisiciones realizadas por el esclavo.

4. El dominio se adquiría por *occupatio* mediante la posesión de la cosa (supra, § 631). Cuando se escapaba un animal salvaje, la posesión y el dominio continuaban existiendo “*si in conspectu sit nostro nec difficilis eius persecutio sit*” (Gayo, 2.67). Los animales salvajes que tuvieran la *consuetudo revertendi*, permanecían en posesión de su dueño aun cuando vagaran fuera de casa (Gayo, 2.68).

En todos estos casos, el poseedor tenía la cosa bajo su disponibilidad *qua* dueño.

753. *Ius honorarium.*

Respecto al *ius honorarium*, el pretor protegió cierta clase de poseedores, otorgándoles unos remedios especiales, los llamados interdictos posesorios, *unde vi, uti possidetis*, y *utrubi*. Más adelante describiremos estos recursos detalladamente (infra, párrafos 776a y s.). Ahora sólo nos concierne determinar las personas por quienes eran utilizables tales interdictos.

1. Toda persona que tuviera una cosa corporal bajo su disponibilidad *qua* dueño, estaba protegida por los interdictos. Incluso el ladrón, se hallaba protegido con ellos, si bien no contra la persona que había sufrido el hurto.

Supóngase que A hurta una cosa a B y la vende a un comprador C, que procede al comprarla de buena fe. Posteriormente B, encuentra la cosa en manos de C y la toma para sí. C puede utilizar contra B el *interdictum utrubi* y B no puede oponerle su dominio.

2. Las personas que tuviesen la disponibilidad física de una cosa, aunque no como dueños, estaban sólo excepcionalmente protegidas por los interdictos.

a) El *tutor impuberis*, el *curator furiosi* y *prodigi* eran poseedores del patrimonio de sus pupilos y estaban protegidos por los interdictos posesorios.

b) Una persona que poseyera una cosa a título de prenda (*pignus*) disponía también de los interdictos. Éstos fueron reconocidos en su favor ya en tiempos de la república cuando la *actio Serviana* todavía no existía (supra, § 706a); los interdictos eran

entonces los únicos remedios utilizables en estos casos. El constituyente de una garantía, no estaba protegido por interdictos, no obstante ser, conforme al *ius civile* (*usucapio*, adquisición de frutos), verdadero poseedor.

c) Una persona que poseyese una cosa a título de precario se hallaba también amparada por los interdictos posesorios. ¿Qué es el *precarium*? Nuestras fuentes son escasas y deficientes. Se dice que el precario, era la concesión de una cosa a título gratuito y con carácter revocable a voluntad del constituyente. Sin embargo, cuando alguien recibía prestado un libro por una semana, había en tal caso un *commodatum* y el comodatario no se hallaba protegido por los interdictos, como veremos inmediatamente. Si el préstamo del libro pudiera terminar a voluntad del prestamista, la posición legal del prestatario no podría ser seguramente más ventajosa. Sin duda el *precarium* se redujo durante el período clásico en sus aplicaciones, a aquellos casos especiales en los que el prestatario podía razonablemente confiar en llegar a ser propietario de la cosa. Cuando se constituía una *fiducia cum creditore*, el acreedor podía entregar la cosa al fiduciante a título de precario. Y este último, podía convertirse en propietario, pagando el débito garantizado. Además, cuando el vendedor de una cosa la entregaba al comprador en precario con el pacto de que este último se convirtiese en propietario, si el precio era totalmente satisfecho, el comprador podía confiar en convertirse en dueño. El *precario dans* no disponía en su favor de los interdictos, pero probablemente era poseedor *iure civili*, en particular *quoad usucapionem*. Tal era la opinión de Sabino. Contra el *precario accipiens*, el *precario dans* tuvo un interdicto especial, el *interdictum de precario* (Lenel, *Edict.* § 258).

d) El *sequester* se hallaba también protegido por los interdictos posesorios. El *sequester* era un poseedor de la apuesta; dos personas que discutían sobre la propiedad de una cosa la confiaban en depósito a un tercero. Sólo el *sequester* era poseedor. Sin duda, la idea que inspira este criterio es la de que ninguna de las partes en conflicto, puede ser considerada como poseedor, para evitar así que se pudiese consumir la *usucapio* en favor de cualquiera de las partes durante la contienda.

e) Es dudoso si el poseedor de un *ager vectigalis* (supra, § 694) podía valerse de los interdictos posesorios.

f) No nos ocupamos aquí de la *missio in possessionem* clásica, puesto que ésta no otorgaba la *possessio*. Para la bibliografía, véase la indicada en el § 717, bibliografía.

754. *Detentio*.

Aparte de estos casos muy excepcionales, una persona que tuviese la disponibilidad física de la cosa, no como dueño, no se hallaba protegida por los interdictos. Así, el arrendatario, el depositario y el comodatario de una cosa, no gozaba de protección interdictal. Protegidos con tales interdictos estaban: el arrendador, el depositante y el prestamista.

La importante consecuencia que deriva de lo dicho es evidente. Supóngase que A alquila una casa a B por tres años. Transcurrido un año el arrendador intima a A a que abandone la casa inmediatamente. Si A se niega a abandonarla el arrendador puede acudir a la autodefensa sin correr el riesgo de ser demandado con un interdicto. Si A se opone victoriosamente al arrendador, este último puede usar contra el inquilino un interdicto; el inquilino no podía objetar que a tenor del contrato tenía derecho a permanecer en la casa. Por supuesto, el inquilino podía exigir el abono de daños por medio de una *actio conducti* en virtud del contrato, pero, con todo, había de abandonar la casa.

755. El usufructuario no poseedor.

El usufructuario, como el inquilino, no tenía los interdictos posesorios antes mencionados, pero estaba protegido por interdictos especiales.

El usufructuario tuvo el interdicto *si uti frui prohibitus esse dicetur* (Lenel, *Edict.* § 245, pág. 468), pero éste le era otorgado sin tener en cuenta si había o no adquirido la posesión del objeto. Un *interdictum uti possidetis utile* (Lenel, *Edict.* § 247, pág. 473) se aplicaba solamente cuando dos personas, reclamaban, recíprocamente, una de otra el mismo usufructo.

756. Posesión. Posición jurídica del poseedor.

Como ya hemos dicho (§ 751), los juristas, sólo excepcionalmente atribuyeron la posesión a una persona que careciese en absoluto de la disponibilidad física de la cosa. Así, el dueño de un esclavo adquiría la posesión mediante el esclavo, aunque éste no se hallase bajo la disponibilidad física del dueño (por ejemplo, si el esclavo estaba en poder de un *bonae fidei* o *malae fidei possessor*). En tales casos, que estudiaremos más adelante (§§ 770 y s.), la *possessio* solamente significaría que el dueño tenía la posición jurídica propia del verdadero poseedor.

757. Terminología.

La terminología clásica era sencilla y clara. Los juristas clásicos usaban como términos técnicos solamente los de *possessio*, *possessor*, *possidere*. En Derecho privado puro, *possessio* significa “disponibilidad física actual de una cosa corporal, reconocida por el Derecho” (*ius civile* o *ius honorarium*) o “la situación jurídica propia de un poseedor”. No existieron otros términos técnicos.

1. No hubo un término para designar la disponibilidad física no reconocida por el Derecho. Los tratadistas modernos llaman usual-

mente *detentio* a esta especie de sujeción física (*detentor, detinere*). Dicen, por ejemplo, que el arrendatario es meramente un detentador y no un poseedor. Los juristas clásicos utilizaban ocasionalmente las palabras *tenere* y *detinere*, aunque no como términos técnicos, para designar la disponibilidad física no reconocida por el Derecho. Sin embargo, debemos conservar esta terminología puesto que necesitamos voces que expresen esta especie de disponibilidad física o de hecho.

2. La posesión protegida por interdictos es llamada por los modernos tratadistas *possessio ad interdicta* (posesión interdictal). No obstante ser este término desconocido por los juristas clásicos, nos valdremos de él en la presente exposición.

3. En nuestras fuentes hallamos las expresiones *civilis possessio* y *naturalis possessio*. Su significado ha sido muy discutido sin que se haya llegado a conseguir unanimidad de pareceres. De hecho, tales expresiones eran totalmente desconocidas de los juristas clásicos. Aparecen solamente en el *Digesto* de Justiniano (*Fr. Vat.* 258 contiene solamente *naturaliter retinere* y la última frase es espuria) y es muy escaso el número de textos realmente importantes, siendo palmaria la interpolación en algunos de ellos. Estos hechos (siguiendo nuestro método) llevan inexorablemente a la conclusión, de que toda esta ambigua e innecesaria terminología, no es clásica.

El Derecho clásico de posesión es una creación artificiosa de gran interés para el historiador, típicamente expresiva de la actitud clásica, y única, indudablemente. Las instituciones establecidas en otros sistemas que, a primera vista, parecen jugar un papel similar, examinadas con atención, son fundamentalmente diversas. Esto es cuanto podemos decir relativamente a esta parte del Derecho clásico. Los interdictos posesorios son arcaicos y absurdamente complicados. Privar al demandado en el procedimiento interdictal de cualquier defensa basada en su derecho a poseer, resulta exagerado. Además, el principio según el cual, el dominio de una *res nec mancipi* solamente podía ser transferido transmitiendo su posesión (*traditio*; supra, §§ 613 y s.), resultaba, por lo menos en la época clásica, embarazoso y carente de sentido, sobre todo porque los juristas clásicos, lo cumplían con gran rigor, no admitían el llamado *constitutum possessorium* (vide infra, § 767) y se estimó suficiente la *traditio* simbólica. La transmisión de la propiedad por mero convenio estaba en marcha, pero los juristas clásicos, siguieron aferrados obstinadamente a la regla tradicional. En resumen, el Derecho clásico de la posesión resultaba anticuado aun para la misma época clásica.

758. Valoración.

759. Derecho
post-clásico.

Los juristas de la época postclásica intentaron la reforma del Derecho referente a esta materia. El engorroso procedimiento interdicial fué abolido, y los interdictos, substituidos por acciones posesorias. Se suavizaron las normas relativas a la *traditio* siendo admitido el *constitutum possessorium* (infra, § 767) y considerándose suficiente la *traditio* simbólica. Estas y otras reformas fueron llevadas a cabo mediante interpolaciones de los textos clásicos pero una reforma drástica y total, era superior a las posibilidades de esta época y ni siquiera los compiladores justinianos osaron intentarla.

760. Fuentes y
literatura.

Así pues, las fuentes del Derecho romano relativo a la posesión, se nos ofrecen caóticamente; los textos están plagados de interpolaciones y las fuentes verdaderamente fidedignas, son escasas. Aplicar este Derecho, considerándolo como Derecho vivo, constituye una difícil tarea y desde los glosadores, viene esta empresa atormentando a las sucesivas generaciones de juristas. Desde el famoso libro de Savigny *Das Recht des Besitzes* (1803), el Derecho romano de posesión, ha constituido el tema favorito de los romanistas continentales, pero los métodos faltos de crítica que éstos emplearon y su tendencia a la abstracción, han determinado que sus obras (salvo escasas excepciones) no puedan considerarse más que como colecciones de materiales con frecuencia confusas. Mediante la aplicación de modernos estudios críticos y filológicos, a partir de la época de Alibrandi, se han podido establecer las líneas fundamentales del Derecho clásico, si bien numerosos detalles referentes al mismo, resultan todavía dudosos. La exposición del desenvolvimiento post-clásico, con inclusión del Derecho justiniano (mucho más dificultoso que el Derecho clásico), se halla todavía en sus inicios. No disponemos en la actualidad de una obra moderna compresiva de todo el Derecho romano de posesión.

FUENTES

§ 751. Vide D. (41.2) 3 pr.; Gayo, 4.139 [*quod tum... contenditur*]; D. (41.2) 1 pr.; (43.17) 1.2; (37.1) 3.1 [*Hereditatis autem*] *bonorum [ve]*, vide supra, § 377.

§ 752. Vide Gayo, 2.92; D. (41.1) 48.1 [*per longum tempus*] «*usus*»; [*longum tempus*] «*usucapio*».

§ 753. 2b. Vide D. (41.3) 16 [*adeo... dedit*].

§ 753. 2c. Vide Gayo, 2.59, 60; D. (43.26) 20, mutilado por los compiladores; C. (4.54) 3; D. (41.2) 3.5 hasta *accepit*; (43.26) 15.4.

§ 753. 2d. Vide D. (16.3) 17.1.

§ 754. Vide D. (43.26) 6.2.

§ 755. Vide Gayo, 2.93; *Fr. Vat.* 90, primera frase; D. (41.2) 12 pr. *naturaliter enons*; D. (43.26) 6.2.

§ 757. 2. Vide D. (6.1) 9: "possessionem... quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrobi".

§ 757. 3. Vide D. (10.4) 3.15 [non solum... possessioni]; (41.2) 1 pr. 1 [naturaliter]; [naturali]; (41.2) 12 pr. [naturaliter] «non».

BIBLIOGRAFÍA

§ 751. Sobre la etimología de *possessio*, vide Bonfante, *Scritti*, III (1926), 516 y s.; Stolz-Schmalz, *Latin. Grammatik* (1928), págs. 162, 501. Sobre la *iuris possessio*, vide Albertario, *Studi*, II (1941), 307 y s.; Arangio-Ruiz, *Istituzioni* (1947), 281 y s.; Biondi, *Istituzioni* (1946), 243; G. Segrè, *Scritti*, II (1938), 653 y s.; Dénoyez, *Festschrift P. Koschaker*. II (1939), 304 y s.; Monier, *St. Solazzi* (1948), 369, con referencias; Sargenti, *Scritti Ferrini*, II (1947), 226 y s.

§ 752. 3. Beseler, SD., III (1937), 375; Aru, *Bull.* XLV (1938), 191 y s.

§ 753. 2. M. Kaser, "Zum römischen Fremdbesitz", *Z.* LXIV (1944), 389 y s.; Albertario, "La involuzione del possesso del precarista del creditore pignoraticio e del sequestratario nel diritto post-classico e giustiniano", *Studi*, II, 141 y s.

§ 753. 2b. M. Kaser, *Eigentum und Besitz* (1943), 353 y s.; *Z.*, LXIV, 391.

§ 753. 2c. Kaser, *Eigentum und Besitz*, 349 y s., 354; *Z.*, LXIV, 391; Ciapessoni, "Il precarista detentore", *Atti del primo congresso nazionale di Studi Romani*, II (1929), 199 y s., con referencias; Scherillo, *Locazione e precario*, *Rend. Lomb.* LXII (1929); E. Levy, *Z.*, LXVI (1948), 1 y s.; Branca, *St. Solazzi* (1948), 500.

§ 753. 2d. Kaser, *Besitz und Eigentum*, 354; *Z.*, LXIV, 394; Branca, locución citada.

§ 753. 2e. Albertario, "Il possesso del ager vectigalis", *Studi*, II, 387.

§ 754. Albertario, "Possessio e detentio", *Studi*, II, 161 y s.; Radin, *St. Bonfante*, III (1930), 153 y s.

§ 755. Albertario, *Studi*, II, 307, 359; Arangio-Ruiz, Segrè, II, cc.

§ 757. Brassloff, *Possessio in den Schriften der röm. Juristen* (1928, no utilizable).

§ 757. 1. Albertario, *Studi*, II, 161 y s.; Radin, l.c.

§ 757. 3. Bonfante, *Scritti*, III, 534 y s.; Riccobono, *Z.*, XXXI (1910) 321. y s.; *Scritti chironi* (1915), 377 y s.; Albertario, *Studi*, II, 213; Beseler, *Jurist. Miniaturen* (1929), 90 y s.; Kunkel, "Civilis und naturalis possessio", *Symbolae Friburg. in honorem Ottonis Lenel* (1933), 40 y s.; C. A. Maschi, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani* (1937), 112 y s.; Kaser, *Eigentum u. Besitz* (1943), 369.

§ 760. Savigny, *Das Recht des Besitzes*, 1.^a ed. 1803 (vide Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III, 2, (1910), 96. Traducción italiana por Conticini (1839); traducción francesa por Staedler (1870). Para la bibliografía del siglo XIX, vide Windscheid, *Pand.* I (1906), §§ 148 y s. Sobre el conjunto, vide Bonfante, *Corso*, III (1933), 130 y s.; Albertario, "Il possesso", *Bull.* XL (1932), 3 y s. = *Studi*, II (1941), 107 y s.; M. Kaser, *Besitz und Eigentum im alteren röm. Recht* (1943). Bozza, *Sull'origine del possesso* (1931), y Carcaterra, *Possessio, Ricerche di storia e di dogmatica* (1938), no son aprovechables. La bibliografía monográfica se dará más adelante con la debida extensión.

2. ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN

761. *Corpore et animo.*

En este punto solamente trataremos de la adquisición de lo que los juristas clásicos llamaban *possessio rei* (supra, §§ 751 y siguientes). La posesión se adquiría *corpore et animo*, “con el cuerpo y la mente”, esto es, mediante la deliberada obtención, de la disponibilidad física de una cosa corporal.

La frase bien conocida “con cuerpo y alma”, no es, como Beseler mantiene (*Juristische Miniaturen*, 1929, pág. 90), una traducción de la fórmula jurídica derivada de la bíblica $\psi\upsilon\chi\eta\ \kappa\alpha\iota\ \sigma\acute{o}\mu\alpha$, *anima et corpus*, *Matth.* X, 28.

I. Disponibilidad física

762. Concepto de la disponibilidad física.

¿Qué es la disponibilidad física? No podemos contestar esta pregunta con una definición abstracta. Cualquiera fórmula general, sería inservible y solamente reemplazaría unas palabras por otras, las cuales requerirían, a su vez, otra definición. Sólo podemos responder a la pregunta por vía casuística sometiendo a nuestra consideración algunos casos típicos. Se puede tan sólo consignar como observación general, la de que los juristas clásicos requerían para la adquisición de la posesión una disponibilidad física más plena que para su continuidad; el lector comparará los siguientes ejemplos con los aducidos más adelante (§§ 772 y s.).

763. *Occupatio.*

1. Cuando un cazador hería a un animal salvaje, pudiendo ser éste capturado, no adquiría su posesión.

764. Apropiación indebida.

2. Como ya hemos dicho (§ 754), el arrendatario, depositario o comodatario no eran poseedores, sino meros detentadores. Cuando una de estas personas decidía no restituir jamás la cosa, no por ello adquiría la posesión de ésta. La máxima *nemo sibi causam possessionis mutare potest* se aplicaba en este caso. Pero si, por ejemplo, el depositario empleaba parte del dinero depositado en uso propio, adquiría la posesión de la suma así empleada.

765. *Traditio brevi manu.*

3. A entregaba en depósito una valiosa sortija a B. Posteriormente, A vendía el anillo a B, conviniendo ambas partes que el comprador se hiciese en el acto propietario del mismo. B adquiría la posesión (y mediante ésta el dominio) en virtud de este pacto, aunque las partes se hallasen lejos del lugar donde estaba el anillo. Esta forma de *traditio* es llamada *brevi manu* por los modernos romanistas. Por supuesto, tiene lugar también cuando dicho pacto ha sido convenido entre arrendador y arrendatario y entre comodante y comodatario.

4. A vendía una cosa mueble a B. A requerimiento de B, A situaba la cosa en el domicilio del comprador. Este adquiría la posesión de la cosa, inmediatamente, aunque no se hallase en casa en el momento en que A llevase allí el objeto.

766. *Traditio longa manu.*

5. A vendía a B unas mercancías, depositándolas en un almacén, entregando a B las llaves del mismo y conviniendo ambos que B adquiriese al punto la propiedad. B adquiría la posesión (y mediante ésta el dominio), inmediatamente, supuesto que las llaves fueran entregadas en lugar próximo al almacén. Últimamente, Justiniano prescindió del requisito de la proximidad. Si D debía algo a C y a petición de éste, D situaba la cosa en determinado lugar y a la vista del acreedor, este último adquiría al punto la posesión. A vendía un predio a B pactando ambos que B fuera poseedor. B podía adquirir la posesión recorriendo el predio. Este pacto era también eficaz si tenía lugar en la proximidad, cuando menos a la vista, del predio, por ejemplo, en una torre desde la cual, dicho predio fuese visible. En tales casos, los mismos juristas clásicos hablan de una *traditio longa manu*.

6. A vendía un fundo a B. Las partes acordaban que B adquiriese la posesión en el acto, pero que A pudiera retener el fundo por un año como arrendatario de B. En el Derecho justiniano B adquiría la posesión. Los tratadistas modernos llamaban a este modo de adquirir la posesión *constitutum possessorium*, una denominación que no tiene apoyo alguno en nuestras fuentes.

767. *Constitutum possessorium.*

Este término procede del D. (41.2) 17.1: "... possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere".

Los juristas clásicos no conocen el *constitutum possessorium*. La transferencia de la posesión por mero pacto, era desconocida entonces, aun cuando se consignase en un documento y éste fuese entregado al adquirente. Los textos opuestos a esta norma, son todos espurios. La extensión que Justiniano quiso atribuir al *constitutum possessorium* es problema que no nos concierne.

7. La adquisición de la posesión por herencia o *legatum per vindicationem* era desconocida en los derechos clásicos y post-clásico. Cuando el heredero adquiría la herencia, se hacía dueño de los bienes heredados, pero no poseedor. Para adquirir la posesión tenía que tener bajo su física disponibilidad, las cosas de la herencia. Recientemente se ha afirmado que un *suus heres* (supra, párrafo 384), adquiría la posesión automáticamente al adquirir la herencia, pero esta opinión no es correcta. Tal forma de adquirir la posesión *sine corpore et animo* habría dejado importantes

768. *Le mort saisit le vif?*

huellas en nuestras fuentes; en realidad, los textos más importantes establecen lo contrario.

II. *Animus possidendi*

769. Concepto e importancia del *animus possidendi*.

El *animus possidendi* no significa otra cosa que “la voluntad de tener la cosa bajo la disponibilidad física”. La posesión, no podía ser adquirida sin *animus possidendi*, pero el requisito del *animus*, actualmente es de poca importancia, puesto que hay pocos casos en que se pueda adquirir la disponibilidad física sin el *animus*.

Unos niños jugando arrojan una pelota dentro de mi jardín, sin saberlo yo; yo no poseo la pelota puesto que no tengo *animus possidendi*.

En mi ausencia alguien aparca un coche en un terreno mío. Yo soy poseedor del terreno, pero no del coche.

Un ratero perseguido por la policía se aprovecha de una aglomeración para colocar en mi bolsillo un reloj hurtado sin que yo me dé cuenta; aunque yo tenga la disponibilidad física del reloj, no tengo *animus possidendi* y, por tanto, no lo poseo.

Alguien pone un libro en mi lecho cuando yo duermo. Tampoco adquiero la posesión puesto que no tengo *animus possidendi*.

El requisito del *animus possidendi* adquiere mayor importancia si recordamos que el Derecho, por regla general, exige una voluntad calificada. Un *furiosus* (supra, § 344) era considerado incapaz de adquirir la posesión, porque su voluntad no era reconocida por el Derecho. Un *impubes infantia maior* (supra, § 302) podía adquirir la posesión aun sin la cooperación de su tutor; esta norma no puede haber sido nunca objeto de discusión entre los juristas porque el *impubes* era capaz de realizar un acto adquisitivo cualquiera (vide en particular, Gayo 2.83.84). Indudablemente un *infans* (supra, § 302), era absolutamente incapaz de adquirir la posesión.

III. *Adquisición de la posesión por un intermediario*

La adquisición de la posesión con la ayuda de un intermediario se hallaba sometida a normas especiales.

770. Adquisición a través de personas *in potestate*.

1. Todo lo que una persona *in potestate* adquiría, revertía automáticamente en el patrimonio del titular de la *potestas* (supra, § 262). Esta antigua y fundamental norma romana, se aplicaba inflexiblemente a la posesión. Así, el titular de una *potestas* adquiría la posesión por medio del hijo que tenía bajo su potestad o por medio de su esclavo, tuviera aquél o no, conocimiento del acto

adquisitivo (Gayo, 2.89). Justiniano, sin embargo, limitaba este modo de adquirir la posesión a los actos celebrados en interés del peculio.

En estos casos, también se adquiría la posesión *corpore et animo*, aunque el cuerpo y la mente fueran en tales supuestos los del hijo o del esclavo, no los del titular de la *potestas*. La disponibilidad física y el *animus possidendi* por parte de este último tampoco eran exigidos. Algunos juristas han afirmado al parecer, que el dueño sólo podía adquirir la posesión por medio del esclavo por él poseído.

Supóngase que un esclavo perteneciente a M se hallaba en poder de un *bonae fidei possessor* P; un tercero hacía una donación al esclavo. M adquiriría la posesión y el dominio de lo donado, aunque evidentemente no tuviese disponibilidad física ni el *animus possidendi* (Gayo, 2.92). Solamente un esclavo *in fuga* era incapaz de adquirir la posesión para su dueño.

Esta posesión adquirida por el titular de la *potestas* a través de su hijo o de su esclavo, constituye una forma especial de posesión. Aquí *possessio* significa solamente, “la situación jurídica propia de un poseedor ordinario” (supra, § 751). Los juristas clásicos conocieron esta peculiaridad y advirtieron que había sido admitida por razones prácticas, *utilitatis causa iure singulari receptum*.

2. La adquisición mediante personas libres se hallaba en principio excluida por el Derecho clásico: *per extraneam* (o *liberam*) *personam nobis adquiri non potest*, “no podemos adquirir cosa alguna por medio de persona que no está en nuestra potestad”. Esta máxima, también era aplicada a la *possessio* en el siglo II de Jesucristo, pero ya en la primera mitad de este siglo, algunos juristas propendían a admitir una excepción a esta antigua norma, en el caso del *procurator*, estableciendo que *per procuratorem possessio nobis adquiri potest*. Desgraciadamente, en el importante pasaje de las Instituciones de Gayo (2.95), la palabra más importante es ilegible, aunque hoy apenas pueda dudarse que Gayo, tras haber establecido la vieja máxima, proseguía: “*tantum de possessione quaeritur an per procuratorem nobis adquiratur*”. En todo caso, los juristas del siglo II admiten la excepción solamente respecto al procurador y no respecto a toda clase de personas libres. El procurador clásico, era una persona libre (no un esclavo, ordinariamente un liberto) dedicado de modo permanente a la administración de los bienes de su principal, no un simple mandatario que tuviera que ejecutar un negocio singular por cuenta del

771. Adquisición a través de personas libres.

mandante. Un *procurator unius rei* (excepto el *procurator ad litem*), no era un procurador en el sentido técnico clásico. La cuestión era discutida aún en tiempo de Gayo; se aclara algo más durante el siglo II y a partir de SEPTIMIO SEVERO, queda sentado este principio: “Per procuratorem ignorantem quoque adquiritur possessio”. Evidentemente, *possessio* (vide supra, § 770) significa también aquí “la situación jurídica propia de un poseedor ordinario” y no disponibilidad física reconocida por el Derecho. El principal, adquiriría por mediación del *procurator*, la posición jurídica que corresponde al poseedor ordinario, pero no necesariamente la disponibilidad física de la cosa; por supuesto, podía obtener también esta disponibilidad. También los juristas clásicos, destacaron que esta especie de posesión fué solamente *utilitatis causa recepta*.

La nueva regla *per procuratorem possessio nobis adquiri potest* no era, en la época clásica, extensiva a las demás personas libres, y ni siquiera a un *tutor impuberis* o a un *curator furiosi vel prodigi*. Además, fué estrictamente limitada a la posesión. Por tanto, si el *procurator*, deseaba adquirir el dominio de una *res nec mancipi* para su principal, era indispensable, la voluntad (*animus*) de este último de obtener el dominio: *dominium per procuratorem ignorantem non adquiritur*.

Los compiladores justinianos extendieron la regla clásica a toda persona libre y también al caso de adquisición del dominio. Por tanto, en el Derecho justiniano, la norma quedó establecida de este modo: “Per liberam personam possessio etiam ignorantem adquiritur et per hanc dominium”.

FUENTES

§ 761. Vide Paul, *Sent.* (5.2) 1, con Beseler, *Beiträge*, IV. 64; Gayo, 4.153, primera frase (*nec ulla*, etc.) D. (41.2) 3.1, primera frase.

§ 763. Vide D. (41.1) 5.1.

§ 764. Vide D. (41.5) 2.1 [*Quod... propterea*]; (41.2) 3.18,19; (47.2) 68 pr. [*nec enim... furtum est*]; [*nec refert... destinaverit*].

§ 765. Vide D. (41.1) 9.5; (12.1) 9.9 [*animo... condici*].

§ 766. Vide D. (41.2) 18.2 [*mercato*]; (18.1) 74; (41.1) 9.6 «*apud hominem tradiderit*»; (46.3) 79; (41.2) 3.1.

§ 767. Vide D. (41.2) 48; *Fr. Vat.* 263 [*citra stipulationem*]; D. (41.2) 19 pr. (el texto no dice que el dueño sea ahora poseedor); (41.2) 21.3 [*possessio... revertitur*] «*possessionem amisisse videtur*»; C. (8.53) 1, espúreo.

§ 768. Vide Paul, *Sent.* (2.31) 11 ex Cod. Vesonutino (N.B.); D. (41.2) 23 pr. [*naturaliter*]; este texto, tomado de Javoleno, *Epistulae* considera un caso que fué sometido al jurista y en el cual se discutía la *possessio* de los herederos instituidos. Sin duda alguna el texto es una abreviación del original; (41.2) 30.5.

§ 769. Vide D. (41.2) 1.3, gravemente interpolado.

§ 770. Vide Gayo, 2.89; D. (41.2) 34.2, primera frase; (41.2) 4 [*peculiarium nomine*] (un *peculium* es aquí absolutamente fuera de lugar); (41.2) 44.1 hasta *inquirere* [*ex peculii causa*]; [*ne... inquirere*]; (41.2) 1.5 [*earum... tenent*]; [*quia... permiserimus*]; [*ex causa peculiarium*]; (41.2) 3.12 [*peculiariter*]; (41.1) 21.

§ 771. Compárese *Inst. Iust.* (2.9) 5 con Gayo, 2.95. Vide Paul. *Sent.* (5.2) 2; C. (7.32) 8 [*et... eiam*]; C. (7.32) 1 [*liberam personam*] «*procuratorem*»; C. (4.27) 1 pr. [*liberam... subdita*] «*procuratorem*»; D. (3.5) 23; (41.1) 13 [*id est proprietatis*]; [*et tutor... ignorantibus*]; (41.1) 20.2 [*quasi*]; [*liberam personam*] «*procuratorem*», (41.1) 53 [*quemlibet... nobis*] «*procuratorem*».

BIBLIOGRAFÍA

§§ 761 y s. K. Olivecrona, "The Acquisition of Possession in Roman Law", *Lunds universitetes årskrift*, N.S. Afd. I vol. XXXIV, 6 (1938). El trabajo se basa en las ideas de A. Hägerström (*Der röm. Obligationsbegriff*, I, 1927).

§ 764. Jolowicz, *Digest XLVII*, 2 *De Furtis* (1940), 104.

§ 765. Schulz, *Einführung* (1916), 63 y s.

§ 766. Schulz, l.c. 66 y s.; Beseler, *Juristische Miniaturen* (1929), 94; Riccobono, Z., XXXIII (1912), 278 y s.; 283; Luzzatto, "Il constitutum possessorium", AG., CVIII (1932), 244 y s.; Buckland RH., IV (1925), 355 y s.; Pflüger, *Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums* (1937), 65 y s.; erróneo.

§ 768. Windscheid, *Pand.* III (1906), § 605, núm. 5; Solazzi, "Sul possesso dell'heres suus", *Bull.* XXXIX (1931), Fasc. IV-VI, págs. 5 y s.; *Diritto ereditario romano*, II (1933), 145; Kaser, Z., LXII (1942), 31; *Eigentum und Besitz* (1943), 242.

§ 769. Beseler, *Juristische Miniaturen* (1929), 90, 95; Riccobono, Z., XXXI (1910), 365; Lewald, Z., XXXIV (1913), 450; Vassalli, *Miscellanea critica*, II (1914), 31; G. Rotondi, *Scritti*, III, 220; G. Longo, *Bull.* XLII (1934), 469 y s.; Albertario, *Studi*, II (1941), 233 y s.; Lauria, *St. Solazzi* (1948), 784 y s.

§ 770. Beseler, *Beiträge*, IV (1920), 61 y s.; Z. XLIII (1922), 417; SD. III (1937), 381; *Juristische Miniaturen* (1929), 91. Sobre el *servus fugitivus* vide Albertario, *I problemi possessori relativi al servus fugitivus* (1929) = *Studi*, II, 271 y s.; Carcaterra, "Il servus fugitivus e il possesso", AG., CXX (1938), 158; Pringsheim, *St. Solazzi* (1948), 603 y s.

§ 771. Mitteis, RP., I (1908), 211 y s.; Lewald, Z., XXXIV (1913), 449 y siguientes; Schulz, *Einführung* (1916), 74 y s.; Beseler, *Beiträge*, IV (1920), 51 y s.; *Juristische Miniaturen* (1929), 91; Albertario, *Studi*, III (1936), 495 y s.; Arangio-Ruiz, *Il mandato in diritto Romano* (1949), 8 y s., 49 y s.; Serrao, *Il procurator* (1947), no utilizable; Solazzi, "Il procurator ad litem", *Atti Napoli*, LXII (1948).

3. CONTINUACIÓN Y PÉRDIDA DE LA POSESIÓN

Mientras la posesión se adquiría *corpore et animo* (y no sólo *corpore*, ni sólo ánimo), se perdía, en cambio, *aut corpore aut animo*. Debemos partir de esta regla general y consignar ahora sus

772. *Amittitur possessio aut corpore aut animo.*

excepciones. A pesar de que un importante texto (D. 41.2.8) establece que la posesión se pierde solamente *corpore et animo*, esta norma no podía ser clásica en modo alguno y el texto original ha sido deliberadamente alterado, sufrido mutilaciones y referido solamente a casos excepcionales.

Si alguien perdía una sortija, perdía al punto su posesión, aunque no advirtiese inmediatamente la pérdida. Si la sortija era hurtada, el ladrón adquiría en el acto la posesión, perdiéndola en cambio la persona a quien se había hurtado. Son éstos casos claros de pérdida de la posesión *solo corpore*. Por otra parte, si un *bonae fidei possessor*, tomaba del dueño de la cosa ésta en arriendo, perdía aquél la posesión convirtiéndose en un mero detentador (supra, párrafo 754), pero el dueño (por no haber *constitutum possessorium*; supra, § 767) no adquiría la posesión. Además, supóngase que el *procurator omnium bonorum* de A fuese dueño y poseedor de una cosa. Dicho *procurator* vende esta cosa a A y desde este momento quiere tener la cosa para A. El *procurator* cesaba de ser poseedor y A adquiría la posesión, porque como se ha dicho este último podía adquirir la posesión mediante *procurator* (supra, párrafo 771), incluso por efecto de un *constitutum possessorium*. Son éstos ejemplos típicos de pérdida de posesión *solo animo*.

773. Interpretación clásica y excepciones.

Así pues, la posesión clásica se perdía en principio *aut corpore aut animo*. Los juristas clásicos abordaron la cuestión de la pérdida de la *possessio* adoptando la posición propia de su oficio y teniendo siempre en cuenta, las consecuencias jurídicas de su decisión. Se entendía que la posesión, existía siempre que pareciese justo y equitativo, habida cuenta de los efectos jurídicos de la misma (supra, §§ 752-3). Por esta razón, se mostraron menos exigentes en orden a los requisitos precisos para la continuación de la posesión, que respecto a los necesarios para adquirirla (supra, párrafos 752 y s.). Y así llegaron a formular estas dos importantes reglas.

774. *Retinere possessionem corpore alieno.*

1. “*Retinere possessionem possumus per quemlibet, qui nostro nomine sit in possessione*”. Y esta norma se aplicaba, aun cuando la posesión no pudiera ser adquirida mediante una persona cualquiera *qui nostro nomine sit in possessione*, sino únicamente mediante personas *in potestate* o mediante un *procurator omnium bonorum*. Cuando un poseedor entregaba la cosa a su arrendatario, comodatario o depositario (esto es, a una persona que fuese solamente un detentador; supra, § 754), continuaba aquél siendo poseedor, reteniendo la posesión mediante el *detentor*. Cuando un poseedor daba la cosa en prenda, el acreedor *pignoraticio* se hacía poseedor; el *pignorante* perdía la posesión *ad interdicta* (supra,

párrafo 2.757), pero retenía la posesión *quoad usucapionem* (supra, § 753).

2. *Retinere possessionem possumus solo animo*, la posesión no podía adquirirse *solo animo*. El significado clásico de esta regla era el siguiente:

775. *Animo retinere possessionem.*

a) Un poseedor continuaba poseyendo, aun cuando no se hallase en lugar próximo al objeto, con tal de tener el *animus reverendi*. El caso típico era el del *saltus aestivus* o *hibernus*. Esto es, el predio que sólo se usaba durante el verano o durante el invierno. De acuerdo con la doctrina clásica, el poseedor de un *saltus aestivus* continuaba poseyéndolo durante el invierno y el poseedor de un *saltus hibernus* permanecía en la posesión del mismo durante el verano; la posesión se conservaba también, en casos mucho menos extremos, por ejemplo, cuando una tierra se usaba durante todo el año, sin que el poseedor se hallase permanentemente en lugar próximo a ella. Hubiese sido absurdo no conservar la posesión en el último caso y, en cambio, conservarla en el caso de un *saltus aestivus vel hibernus*.

Supóngase que un granjero tuviera tierras situadas a considerable distancia de su residencia; el granjero conservaba la posesión de ellas durante el tiempo que permaneciese alejado de las mismas. Si dejaba en un terreno un arado, ausente, continuaba poseyendo éste durante su ausencia. Hubiese sido absurdo negar la continuación de la posesión en estos casos, después de haber reconocido la posesión durante el invierno en el caso del *saltus aestivus*.

b) A poseía un predio mediante un esclavo o arrendatario. Posteriormente el esclavo o el arrendatario moría, o sufría enajenación mental. El dueño del esclavo o el arrendador, seguía conservando la posesión *animo*. Las fuentes dicen expresamente que esta continuación de la posesión era reconocida *utilitatis causa*, esto es, por razones prácticas.

c) Un caso especial era el del *servus in fuga*. Este esclavo permanecía *in dominio*, pero no se hallaba *in potestate*, a los efectos de la *actio noxalis*. Además, seguía en posesión de la persona, de cuyo poder había escapado, pero era ésta una posesión sólo *ad usucapionem*. Si el esclavo había llevado consigo una cosa perteneciente al dueño de quien había huído, éste conservaba también la posesión de la misma *ad usucapionem*. Lo que un *servus in fuga* adquiría por *stipulatio* o *mancipatio* era automáticamente adquirido por su dueño, pero la posesión adquirida por el esclavo no era adquirida por el dueño y, consiguientemente, tampoco era adquirido el dominio de una *res mancipi* en virtud de *traditio* hecha al

esclavo. Los compiladores, sin embargo, cancelaron esta norma prohibitiva.

776. Casos post-clásicos de *animus retinere possessionem*.

El Derecho post-clásico añadió además dos casos de *animus retinere possessionem*.

a) Alguien poseía tierras mediante un esclavo o un arrendatario; posteriormente, el esclavo o el detentador, abandonaban la tierra sin *animus revertendi*. El poseedor mantenía su posesión, no obstante el principio contrario del Derecho clásico.

b) Si un poseedor poseía una tierra *solo animo* y alguien lo graba introducirse en ella consiguiendo la disponibilidad de hecho de la misma, el primero perdía la *possessio* solamente si conociendo la intrusión, intentaba inútilmente recobrar la tierra. En Derecho clásico la posesión se perdía siempre que otra persona adquiría la posesión del objeto.

F U E N T E S

§ 772. Vide D. (41.2) 21.3 [*possessio... revertitur*] «*possessionem amisisse videtur*»; (41.2) 18 pr., interpolado.

§ 773. Vide D. (41.3) 31.3 [*peculiari... nomine*]; (41.3) 4.3; (41.2) 27.

§ 774. Vide Gayo, 4.158; D. (41.3) 16 [*adeo... dedit*].

§ 775. 2a. Vide Paul. *Sent.* 5.2.1 (con Beseler, *Beiträge*, IV. 64); Gayo, 4.158; D. (41.2) 3.11; (41.2) 27; (45.16) 1.25 (genuino).

§ 775. 2b. Vide D. (41.2) 25.1; 40.1, primera frase.

§ 775. 2c. Vide D. (41.2) 1.14 [*licet... usucapi*], en el fondo clásico; «*non*» *adquiri*; (47.8) 2.25 «*non*» *sunt*; «*non*» *possum*; *Fr. Vat.* 89, cf. D. (7.1) 12.3; Paul. *Sent.* (2.31) 37; D. (47.2) 17.3.

§ 776a. Vide D. (41.2) 31, genuino; (41.2), 40, 1 VV. *aliud... discesserit* (clásico); (41.2) 3.8 VV. *quod si... possessionem*, no clásico; (41.4) 7 pr., decisión no clásica; (4.3) 31 [*non*] *amittitur*.

§ 776b. Vide D. (41.2) 46, totalmente espurio; (41.2) 25.2, interpolado.

B I B L I O G R A F Í A

§ 772. Sobre D. (41.2) 8, vide *Index Interpol.*; sobre D. (41.2) 21.3, vide Schulz, *Einführung* (1916), 78; sobre D. (41.2) 18 pr., vide Schulz, l.c.; Beseler, *Juristische Miniaturen* (1929), 95.

§ 775. G. Rotondi, "Possessio quae animo retinetur", *Bull.* XXX (1921), 1 y s. = *Scritti*, III, 94 y s.; Albertario, "D. (41.2) 8 e la perdita del possesso nella dottrina giustiniana", *Annali Macerata*, V (1929) = *RH.* X (1931), 1 y siguientes = *Studi*, II, 145; Beseler, *Beiträge*, IV (1920), 70 y s.; *Juristische Miniaturen* (1929), 91; Rabel, *St. Riccobono*, IV (1936), 203 y s.; Sobre *servus fugitivus*, vide supra, 770, bibliografía.

§ 776. Beseler, *Beiträge*, IV (1920), 70 y s.; Albertario, l.c.

4. INTERDICTOS POSESORIOS

En el Derecho republicano y clásico la posesión no se hallaba protegida por acciones sino por interdictos. Ya hemos tratado de

776 a) Concepto y clases.

los interdictos en general (§§ 106 y s.); aquí sólo nos ocuparemos de los llamados interdictos posesorios. El término *interdicta possessoria* (o expresiones similares) era desconocido de los juristas clásicos; sin embargo, lo usaremos para designar aquellos interdictos mediante los cuales, se defendía la posesión contra una agresión cualquiera. En el Derecho clásico existieron cuatro interdictos posesorios: (1) el *interdictum de vi armata*; (2) el *interdictum de vi non armata*; (3) el *interdictum uti possidetis*; (4) el *interdictum utrubi*.

Más adelante expondremos los detalles propios de estos recursos defensivos (§§ 779 y s.), ahora sólo nos interesa destacar sus características comunes. Eran utilizables por el poseedor, tuviera o no derecho a poseer y procedía su ejercicio contra cualquiera que hubiese violado la posesión de otro, independientemente de que éste tuviera o no derecho a poseer. Supongamos que un ladrón robaba una cosa y la vendía a un *bonae fidei emptor* P. Posteriormente el dueño de la cosa, O, halla ésta en manos de P y la aprehende. P puede demandar a O con el *interdictum utrubi* por haber violado O la posesión de P; O no podía defenderse alegando y probando su dominio. A esta invocación el pretor habría respondido: “Primero repara lo que has hecho quebrantando la paz y luego trataremos de tu derecho. Me niego a entablar discusión sobre el título con quien ha perturbado la paz”. Por tanto, O debía restituir la cosa a P; una vez hecha la restitución, podía demandar a P con la *rei vindicatio*, pues el *iudicium possessorium* y el *iudicium petitorium* eran dos *iudicia* radicalmente distintos.

777. *Possessorium y petitorium.*

Considérense, en parangón con los interdictos posesorios, los siguientes interdictos ya mencionados.

778. Interdictos no posesorios.

1. El *interdictum Salvianum* era utilizable por el *locator* contra el *colonus* que hubiera hipotecado los *invecta et illata* en garantía del pago de la renta (supra, § 749). No era éste evidentemente un interdicto posesorio, puesto que su objeto no era la protección de la posesión, no siendo el *locator*, como no era, poseedor de los *invecta et illata*. El colono podía, por supuesto, objetar que jamás fueron hipotecados los *invecta et illata* o que había pagado puntualmente la renta, esto es, podía defenderse invocando su derecho a retener las cosas.

2. Tampoco era un interdicto posesorio el *interdictum quorum bonorum*. Era éste utilizable por la persona que hubiera obtenido la *bonorum possessio* (supra, § 749), pero la *bonorum possessio* no era una *possessio rerum*, y este interdicto, lo mismo que el *interdictum Salvianum*, era un *interdictum adipiscendae possessionis*. Cuando la *bonorum possessio* era *sine re* (supra, § 378) y el demandado era heredero *ex iure civili*, éste no podía defenderse invocando su condición de heredero. Sin

embargo, el mencionado interdicto no era posesorio puesto que su objeto no era defender la *possessio rei*.

3. Por la misma razón, el *interdictum de precario* (supra, § 743, 2c) no puede ser considerado como posesorio. El demandado podía defenderse, afirmando que era dueño del objeto.

Consideraremos ahora en detalle los interdictos posesorios.

I. *Interdictum de vi armata*

779. *Interdictum de vi armata.*

Este interdicto se utilizaba por el poseedor de un predio, contra la persona que le hubiera expulsado de él con la ayuda de hombres armados; era un *interdictum recuperandae possessionis* y un *interdictum restitutorium* (supra, § 113d).

1. En el Edicto de Adriano la fórmula del interdicto era como ésta:

“Unde tu illum vi hominibus coactis armatisve deiecisti aut familia tua deiecit, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas”.

“Repón al actor en el lugar del cual (*unde*) tú lo expulsaste valiéndote de fuerza armada, y restituye también las cosas que el actor tenía en tal lugar”.

2. Luego que el pretor hubiera pronunciado este interdicto, el demandado podía solicitar una *formula arbitraria* (supra, párrafo 109). No conocemos nada de la estructura de esta *formula*; tal vez fuera ésta:

“Quod Numerius Negidius Aulum Agerium vi hominibus coactis armatisve de fundo Corneliano, quo de agitur, deiecit, nisi restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito”.

Con esta fórmula u otra similar, comparecían las partes ante el juez y se iniciaba el procedimiento usual *apud iudicem*. Esto no requiere ulterior explicación (supra, §§ 32 y s.).

3. Si el demandado deja de pedir a tiempo la *actio arbitraria*, tenían lugar las *sponsiones* (*sponsio* y *restipulatio*) (supra, § 110). El actor preguntaba al demandado:

“Si contra edictum praetoris non restituisti, tot nummos mihi dare spondes?”.

El demandado respondía: *Spondeo*.

Luego el demandado preguntaba al actor (*restipulatio*):

“Si ex edicto praetoris restitui, tot nummos mihi dare spondes?”.

El actor contestaba: *Spondeo*.

Las arcaicas palabras de la *restipulatio* “*si ex edicto praetoris restitui*” eran también procedentes en el caso de que el demandado no hubiese de restituir el predio, porque, de acuerdo con el Edicto, no estuviese obligado a ello (por ejemplo, si no hubiese expulsado al actor).

4. Quedaron pues estructuradas las *formulae* para las dos *sponsiones*; a la *formula* del actor se añadía un *secutorium iudicium*. La *formula* del actor probablemente venía construida así:

“Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio tot nummos dare oportere, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito.

“Et si Aulus Agerius Numerium Negidium sponsione vicerit neque is fundus restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam”, etc.

La *formula* para el demandado respecto a la *restipulatio* era la siguiente:

“Si paret Aulum Agerium Numerio Negidio tot nummos dare oportere, tantam pecuniam”, etc.

5. Seguidamente las partes dejaban al pretor y comparecían con sus *formulae* ante el juez.

Si el juez entendía que la demanda era justa, condenaba al demandado a pagar la cantidad estipulada en la *sponsio* y, además (en virtud del *iudicium secutorium*), si el demandado rehusaba la restitución del predio, a pagar *quanti ea res erit* y, relativamente a la *restipulatio* absolvía al actor.

Si el juez consideraba que asistía la razón al demandado, condenaba al actor a pagar la suma prometida en la *restipulatio* y absolvía al demandado de la *sponsio* y del *iudicium secutorium*.

6. El demandado no podía defenderse alegando y probando su condición de dueño o la circunstancia de hallarse facultado por algún otro título para proceder a la expulsión del actor. Sólo si el actor hubiera expulsado anteriormente al demandado usando de *vis armata*, podía éste pedir la inserción de una *exceptio* en la *formula* del interdicto (N.B.).

II. *Interdictum de vi non armata*

El interdicto era utilizable por el poseedor de un predio contra la persona que le hubiese expulsado del mismo por la fuerza; era un *interdictum recuperandae possessionis* y un *interdictum restitutorium* (supra, § 113d).

780. *Interdictum de vi non armata*.

1. En el Edicto de Adriano, la fórmula del interdicto rezaba así:

“Unde in hoc anno tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, cum ille possideret, quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas”.

“Restituye al actor en el lugar de que fué expulsado por ti en el transcurso de este año, y restitúyete también las cosas que el actor tuviese en tal lugar, supuesto que el actor no hubiese obtenido de ti la posesión, *vi, clam o precario*”.

Esta fórmula se diferenciaba del *interdictum de vi armata* en lo siguiente:

a) Solamente podía ser utilizada durante un año a partir de la *deiectio*. Transcurrido este año, el pretor podía otorgar una *actio in factum*, pero no un interdicto.

b) Este interdicto contenía la *exceptio vitiosae possessionis*; si el actor hubiera conseguido del demandado la posesión *vi, clam o precario* (supra, § 753.2c), tal posesión era denominada *possessio vitiosa*.

Supóngase que A fuese poseedor de un fundo y que B le hubiese expulsado del mismo por la fuerza. Más tarde B era a su vez expulsado por C. Entonces B demandaba a C con el interdicto *unde vi*. Aunque B hubiera obtenido la posesión por la fuerza, no era la suya una *possessio vitiosa*, puesto que B no la había adquirido de C con violencia. (N. B.)

2. En otros aspectos se aplicaban al *interdictum de vi non armata*, las normas aplicables al *interdictum de vi armata*.

III. *Interdictum uti possidetis*

781. *Interdictum uti possidetis.*

Era éste un recurso muy complicado. Como los *interdicta unde vi* se aplicaba solamente a los inmuebles, si bien en otros aspectos difería mucho de aquéllos.

1. Como punto de partida estudiemos ahora la fórmula del interdicto tal como figura en el Edicto de Adriano:

“Uti nunc eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto”.

“Prohibo que se use de la fuerza para impedir a aquel de vosotros dos que al presente esté en posesión libre de vicios de la casa disputada, que la posea como al presente la posee”.

2. De acuerdo con esta fórmula el interdicto era un *interdictum prohibitorium y retinendae possessionis*; sin embargo, a veces ser-

vía como medio de recuperar la posesión perdida, cumpliendo en tal caso, conviene destacarlo, la función llamada recuperatoria. Los romanistas deben tener esto muy en cuenta y no dejarse alucinar por la terminología clásica.

3. El interdicto era un *interdictum duplex*, pues el pretor lo dirigía a ambas partes. Consecuentemente, cada parte actuaba y estaba obligada a actuar como actor y demandado. Cada parte también debía defender la posesión presente, aunque sólo una de las partes se hallase poseyendo en realidad.

4. Terminadas estas alegaciones formales, el pretor pronunciaba la fórmula del interdicto dirigido a ambas partes.

5. Cada una de las partes realizaba un acto simbólico de violencia en el fundo objeto de la discusión (*vis ex conventu*) y ambas comparecían luego de nuevo ante el pretor.

6. La posesión del fundo era concedida provisionalmente a una de las partes. Prescindimos ahora de los detalles propios de esta parte del procedimiento.

7. Después tenían lugar las *sponsiones*. Mientras en los *interdicta unde vi* solamente se requería una *sponsio* y una *restipulatio* (en total dos estipulaciones), en el *interdictum uti possidetis*, por su carácter de *interdictum duplex*, debían tener lugar dos *sponsiones* y dos *restipulationes* (en total, cuatro estipulaciones).

Sponsio de A: A preguntaba a B

“Si adversus edictum praetoris possidenti mihi a te nec vi nec clam nec precario vis facta est, tot nummos mihi dare spondes?”.

B respondía: *Spondeo*.

Restipulatio de B: B preguntaba a A

“Si adversus edictum praetoris possidenti tibi a me nec vi nec clam nec precario vis facta non est, tot nummos mihi dare spondes?”.

A respondía: *Spondeo*.

Sponsio de B: B preguntaba a A

“Si adversu edictum praetoris possidenti mihi a te nec vi nem clam nec precario vis facta est, tot nummos mihi dare spondes?”.

A respondía: *Spondeo*.

Restipulatio de A: A preguntaba a B

“Si adversus edictum praetoris possidenti tibi a me nec vi nec clam nec precario vis facta non est, tot nummos mihi dare spondes?”.

B respondía: *Spondeo*.

8. Una vez redactadas estas cuatro fórmulas para las cuatro estipulaciones, se añadía otra fórmula para el *iudicium secutorium* (supra, § 779) contra la parte que hubiese obtenido la posesión provisional del fundo discutido.

9. Con estas *formulae* las partes comparecían ante el juez, el cual, conforme al resultado del examen del caso, llevado a cabo por él, condenaba a una parte y absolvía a la otra.

10. Permítasenos ahora ilustrar el procedimiento en conjunto con la consideración de los dos casos siguientes.

a) A era poseedor de una parcela de terreno y B había perturbado su posesión. Las partes comparecen ante el pretor y formulan sus respectivas pretensiones; se expedía el interdicto, tenían lugar los actos de fuerza simbólicos y se otorgaba la posesión provisional a B. Se procedía luego a formalizar las *sponsiones* y las partes comparecían ante el juez con sus *formulae*. Supongamos que el juez llega a la conclusión de que la pretensión de A era justa, y que condena a B a pagar la cantidad por él prometida en la *sponsio* y la *restipulatio* de A, absolviendo a éste relativamente a la *sponsio* y la *restipulatio* de B. Si B rehusaba restituir la parcela (cuya posesión había obtenido provisionalmente), era condenado además a pagar el valor de ésta (*quanti ea res erit*). En este caso el interdicto funcionaba como interdicto *retinendae possessionis*. En cuanto a B, o restituía la parcela a A (y en este caso A readquiría la posesión que tenía al iniciarse el procedimiento y, además, el dinero prometido con ocasión de su *sponsio* y *restipulatio*) o rehusaba restituirla (y en tal caso A obtenía el valor de la parcela más las cantidades prometidas por efecto de sus *sponsio* y *restipulatio*).

b) Consideremos ahora otro caso. A era poseedor de un predio, siendo arrojado de éste por B. A demanda a B con el *interdictum uti possidetis*. Se seguía el procedimiento descrito anteriormente. Al final del procedimiento *apud iudicem*, el juez llegaba a la conclusión de que la pretensión de A era justa y, por tanto, condenaba a B y absolvía a A lo mismo que en el caso precedente. Por tanto, en el supuesto b), el *interdictum possidetis* tiene una función recuperatoria y sus efectos eran los propios del *interdictum recuperandae possessionis*, a pesar de que los juristas clásicos lo consideraban un *interdictum retinendae possessionis*, denominación ésta evidentemente inadecuada. Estas apreciaciones tal vez produzcan extrañeza en el lector. Se puede objetar que en el caso b) los *interdicta unde vi* son los recursos propiamente utilizables. Evidentemente ello es cierto y siempre que pudiese ejercitarse un *interdictum unde vi*, difícilmente usaría el actor el *interdictum uti possidetis*, ya que éste entrañaba mayor riesgo para él, porque si no vencía en el proceso debía pagar una doble multa por efecto de la *restipulatio* y *sponsio* del demandado. El *interdictum unde vi*, en cambio, no era un *interdictum duplex*. Pero, supongamos que B hubiera ocupado el predio en ausencia de A (*clam*). Entonces el *interdictum*

unde vi era completamente improcedente y el *uti possidetis* en su función recuperatoria, era el único remedio posesorio utilizable por A.

IV. *Interdictum utrubi*

Este interdicto sólo procedía en caso de tratarse de cosas muebles. Su fórmula, como aparece en el Edicto de Adriano, era la siguiente:

782. *Interdictum utrubi.*

“Utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni nec vi nec clam nec precario ab altero fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto”.

“Aquel de vosotros que durante la mayor parte del año precedente hubiera poseído sin vicio el esclavo, puede llevarlo y prohibo que se use fuerza para impedir que se lo lleve”.

De su texto se desprende que es éste un *interdictum prohibitorium*. Los juristas clásicos lo describen como un *interdictum retinendae possessionis*, no obstante utilizarse, por regla general, como un medio de recuperar la posesión, perdida, porque el vencedor en este proceso interdictal era siempre quien hubiera poseído sin vicio alguno la cosa durante la mayor parte del tiempo en el año precedente a la expedición del interdicto. La función recuperatoria de este interdicto es característica, ya que la perturbación de la posesión de una cosa mueble es difícilmente concebible.

Supongamos que A poseía una cosa desde el 1 de diciembre hasta el 1 de abril siguiente. En tal fecha es hurtada la cosa y posteriormente vendida a un *bonae fidei emptor* B. Este último posee la cosa desde el 1 de octubre hasta el 20 de noviembre; en esta última fecha A recobra la cosa de B empleando la fuerza. En 1 de diciembre B demanda a A con el *interdictum utrubi*. A vence en el proceso por haber tenido la pacífica posesión de la cosa durante cuatro meses del año precedente (desde el 1 de diciembre al 1 de abril), mientras que B ha sido poseedor sólo por un mes y 19 días. En este caso el interdicto operaba como un remedio *retinendae possessionis*.

Supóngase, por otra parte, que A era poseedor de una cosa mueble desde el 1 de diciembre al 1 de abril. En esta fecha la cosa es hurtada y vendida eventualmente a un *bonae fidei emptor* B, en 1 de octubre. Posteriormente A descubría la cosa en manos de B y le demandaba con el *interdictum utrubi* en 1 de diciembre. A resultaba vencedor. En este caso el interdicto tenía función recuperatoria.

Al calcular el período cada parte podía unir a la suya la posesión sin vicios de su predecesor, por ejemplo, la posesión de

la persona a la que hubiese comprado la cosa. Ésta era la clásica *accessio temporis*, la que estimuló a los compiladores a admitir esta misma *accessio temporis* en la *usucapio* (supra, § 627).

En definitiva, el *interdictum utrubi* era un *interdictum duplex* como el *interdictum uti possidetis* y las *sponsiones* y las *formulae*, tenían lugar de modo semejante a las propias del *interdictum uti possidetis*.

783. Carácter general de los interdictos posesorios.

Como ya hemos dicho antes (§ 777), el *iudicium possessorium* estaba rigurosamente separado del *iudicium petitorium*, pues el derecho a poseer, no era en el procedimiento posesorio, objeto de discusión. Esta separación, constituye una importante nota distintiva de los interdictos posesorios clásicos, que da a éstos el carácter de remedios sumarios: indudablemente en un *iudicium* posesorio, la sentencia, podía obtenerse en un plazo considerablemente más breve que en el *iudicium petitorium*, en que se discutía el derecho a poseer. De aquí que al juicio interdicial, siguiera a veces, un *iudicium petitorium*, en que la parte que había resultado vencedora en el primero, tenía una posición jurídica más ventajosa, ya que, como poseedor, no venía forzado a probar su derecho a poseer: la tan conocida frase *beati possidentes* tuvo originariamente un estricto sentido jurídico. Sin embargo, es equivocado considerar los interdictos posesorios, como remedios preliminares conferidos con objeto de preparar el *iudicium petitorium*. La confusa nota de las Instituciones de Gayo (4.148), se halla probablemente interpolada. En ocasiones, las partes se conformaban con el resultado del procedimiento interdicial y en otras, era éste el único procedimiento realmente utilizable. Cuando un acreedor pignoraticio, perdía la posesión de la prenda, solamente pudo disponer del interdicto mientras no existió la *actio Serviana* (supra, § 706a). Tampoco el *precario accipiens* y el *sequester* disponían de otros remedios distintos de los interdictos. El sospechoso texto de Gayo 4.148 ignora enteramente estos casos. En la época clásica, la principal finalidad de los interdictos posesorios era proteger el hecho de la posesión contra las agresiones de que pudiera ser objeto y, en consecuencia, la de mantener la paz. Para atender a esta finalidad fueron los interdictos, remedios muy eficaces, al excluir como excluían, toda cuestión referente al derecho a poseer. Su carácter penal es evidente, pues las *sponsiones* eran *sponsiones poenales*, y no *praetudiciales* como afirma Gayo, 4.94.141 expresamente.

784. Derecho post-clásico.

El período post-clásico abolió el arcaico procedimiento clásico y sustituyó los interdictos por acciones. Los compiladores Justinianos, fundieron los dos *interdicta unde vi*, suprimieron el inter-

dictum utrobi y extendieron el *interdictum uti possidetis* a las cuestiones posesorias sobre cosas muebles. La “función recuperatoria” del *interdictum uti possidetis*, fué olvidada ya en los tiempos prejustinianos. Así pues, en el Derecho de Justiniano, sólo se dieron dos interdictos posesorios, el *interdictum unde vi* y el *interdictum uti possidetis*, habiendo éste perdido su “función recuperatoria”. Los compiladores no repararon en la carencia de un remedio posesorio que sirviese para recuperar la posesión de una cosa mueble. La *actio spoli* medieval colmó esta laguna, aunque apoyándose en bases muy diferentes. Los detalles del desenvolvimiento post-clásico y medieval caen fuera del ámbito de este libro.

FUENTES

§ 778. Vide Gayo, 4.144, 147.

§§ 779, 780. Vide Gayo, 4.154, 155 [*nam... possessionem*]; Beseler, Z., XLVII (1937), 359. Sobre *scuta et gladios*, vide Cic. *pro Caec.* 15.43; 21.60; 22.62; 23.64 (no tenido en cuenta por Beseler, l.c.).

§ 781. Vide Gayo, 4.148 [*solet... gratia*]; 4.149, 150; 4.160 [*nec quisquam... loquitur*] (Beseler, Z., LVII (1937), 25; LXVI (1948), 342); 4.166-8.

§ 782. Vide Gayo, 4.148, 151, 152; Paul. *Sent.* (5.6) 1.

§ 783. Vide Gayo, 4.148 [*solet... gratia*].

§ 784. Vide *Inst. Iust.* (4.15) 4.4a, 6.8; D. (43.31) 1; Paul. *Sent.* (5.6) 1; obsérvese Paul. *Sent.*: *is potior est, qui redditus interdicti tempore... possidet*, en contraste con Gayo 4.150: *eum potiozem esse praetor iubet*, etc. Gayo se refiere únicamente al texto literal del interdicto y no excluye su función recuperatoria.

BIBLIOGRAFÍA

§§ 776a y s. Berger, art. “interdictum”, PW. IX 1609, y s., con referencias, especialmente col. 1706; Windscheid, *Pand.* I (1906), §§ 158 y s., con referencias; Bonfante, *Corso*, III (1933), 348 y s.

§ 779. Lenel, *Edict.* (1927), pág. 467; Berger, l.c. 1680, 1692 y s.; v. Bethmann-Hollweg, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts*, II (1865), 365 y s.

§ 780. Lenel, l.c. págs. 461 y s.; Berger, l.c. págs. 1.677 y s.

§ 781. Lenel, l.c. § 247; Berger, l.c. 1682, 1695 y s.; v. Bethmann-Hollweg, l.c. 372 y s.; P. Krüger, *Kritische Versuche* (1870), 78 y s., 93 y s.; Ciapessoni, “Appunti sul testo edittale degli interdetti *uti possidetis* e *utrobi*”, *St. Albertoni*, II (1934), 15 y s.; Beseler, Z., LXVI (1948), 342. Sobre la función recuperatoria del *interdictum uti possidetis*, vide especialmente Windscheid, l.c. § 159, núm. 10; Siber, *Röm. Privatrecht* (1928), 149, 151.

§ 782. Lenel, l.c. § 264; Berger, l.c. 1684; E. Fränkel, Z., LIV (1934), 312 (con razón contra Lenel); Ciapessoni, l.c. 103 y s.; Beseler, Z., LXVI (1948), 342.

§ 783. Beseler, Z., XLIII (1922), 421 y s.; *Juristische Miniaturen* (1929), 96 y s. (inadmisibile).

§ 784. Vide supra, 112, 113; Windscheid, l.c. §§ 162, 162a; Ruffini, *L'actio spoli* (1889); E. Levy, “Possessory Remedies in Roman Vulgar Law”, *Scritti Ferrini*, III (1948), 109 y s.



QUINTA PARTE

DERECHO DE OBLIGACIONES

INTRODUCCIÓN

La palabra *obligare* es relativamente antigua (aparece ya en las comedias de Plauto) y significa "atar". La palabra es usada en su acepción literal (*obligare tabellam*, Plauto, *Bacch.* 748) y metafóricamente. En el lenguaje jurídico tiene dos acepciones: *obligare rem* = "atar una cosa", "darla en garantía, *pignus* o hipoteca", y *obligare personam* = "imponer un deber a una persona". *Obligare* fué usado en estos dos sentidos en las épocas clásica y post-clásica. En contraste con *obligare*, el sustantivo *obligatio* aparece tardíamente. No era corriente todavía al final de la República. No aparece en las comedias de Plauto y sí únicamente en las voluminosas obras de Cicerón (*epist. ad Brutum*, 1.18.3); las palabras *obligare* y *obligatio* no figuran en los escritos de César, Virgilio, Tácito y Apuleyo. Esta estadística es significativa y no puede decirse que el sustantivo *obligatio*, no es de origen tardío, alegando como razón que el verbo *obligare* existía ya desde antiguo. La lengua latina era poco propicia a la admisión de nombres: *contractus* es voz tardía (infra, § 799), no obstante ser usado el verbo *contrahere* ya por Plauto; el verbo *adstringere* fué usado por los juristas clásicos y en cambio no usaron éstos, el sustantivo *adstrictio*. En la época clásica *obligatio* fué un término jurídico bien conocido y lo mismo que *obligare*, usado en relación con cosas y personas (*obligatio rei*, *obligatio personae*). En esta parte nos ocuparemos tan sólo de la *obligatio personae* y de *obligare personam*. Pretendemos fijar el significado técnico de estas expresiones en el ámbito propio del Derecho privado clásico.

Ante todo hemos de advertir que los juristas clásicos no intentaron jamás definir la *obligatio*. Las dos famosas definiciones que hallamos en nuestras fuentes (D. 44. 7. 3 pr.; *Inst. Iust.* 3.13 pr.) son de origen post-clásico y ello nos autoriza a concluir, la inexis-

785. *Obligare* y *obligatio*.

786. Definición no clásica de la *obligatio*.

tencia de una definición clásica, porque si tal definición hubiera existido, los compiladores la hubieran insertado seguramente en sus compilaciones. Ello responde a la actitud general de los juristas clásicos, reacios siempre a definir conceptos fundamentales, y del mismo modo que no dieron definiciones de la *actio* y del *legatum*, se abstuvieron también de definir la *obligatio*. Intentaremos por tanto precisar la significación de la palabra *obligatio* atendiendo al uso que de la misma hicieron los juristas de la época clásica.

787. Concepto clásico de la *obligatio*.

La doctrina clásica dominante usaba los términos *obligatio* (*personae*) y *obligare* (*personam*) dentro de la esfera propia del Derecho privado, limitando su aplicación al *ius civile*. *Obligatio* era un vínculo jurídico entre dos personas, que implicaba un deber de una de éstas respecto a la otra, reconocido por el *ius civile* y susceptible de hacerse efectivo mediante una *actio in personam* (supra, § 56). Explicaremos el alcance de esta definición.

1. *Obligatio* fué un concepto limitado al *ius civile*, lo mismo que los conceptos de *dominium*, *heres* y *hereditas*. No existió *obligatio honoraria* alguna, como no existieron el *dominium honorarium* (o *praetorium*) ni el *heres honorarius* (o *praetorius*). Si una persona estaba vinculada *iure praetorio* para hacer algo en favor de otra, esta relación no venía expresada con los términos *obligatio* y *obligare*. Los juristas clásicos decían que en tales casos *actione* (por ejemplo, *de dolo*) *tenetur*, o usaban las palabras *debere* o *adstringere*, palabras cuyo significado abarcaba deberes de todo género. El edicto evita el uso de *obligatio* y *obligare* y los juristas limitaron el empleo de estos términos al *ius civile*.

2. Cuando un deber jurídico era susceptible de hacerse efectivo mediante una *extraordinaria cognitio* (supra, § 20), no se emplean tampoco los términos *obligatio* y *obligare*, pues únicamente el deber que podía hacerse efectivo por una *actio in personam* era constitutivo de *obligatio*. Así por ejemplo cuando se imponía a un heredero un *fideicommissum*, el heredero debía realizar algo en beneficio del *fideicommissarius*, pero este deber, no constituía tampoco una *obligatio* porque la *persecutio fideicommissi* no era una *actio* propiamente dicha (supra, § 41). Los juristas pueden decir *heres restituere debet hereditatem fideicommissario* (Paul. Sent. 4.3.2), pero esta expresión no denota una *obligatio* en sentido clásico.

3. Deberes derivados de un *ius in rem* y que pueden hacerse efectivos mediante una *actio in rem* (supra, § 56), no eran tampoco *obligationes*. Así, por ejemplo, el propietario de una cosa puede exigir su restitución mediante una *rei vindicatio*, incluyendo en ella la reclamación de los frutos y de los daños. Los juristas cuando hacen referencia a estos casos dicen *rem, fructus restituere debet*

o *restituere eum oportet*, evitando el empleo de las expresiones *obligatio* y *obligare*.

Tal fué el sencillo concepto de la obligación clásica.

La época post-clásica intentó en esta materia como en otras distintas, realizar la fusión del *ius civile* y del *ius honorarium*. La *obligatio honoraria* no fué ya considerada como una contradicción en los términos y cuando se daba una *actio in personam*, los juristas no dudaron en admitir la existencia de una *obligatio*. Además, como por otra parte la distinción clásica entre procedimiento ordinario y extraordinario, había desaparecido, los deberes jurídicos que en la época clásica sólo podían hacerse efectivos mediante una *extraordinaria cognitio*, fueron ahora denominados también *obligationes*. Este nuevo concepto de *obligatio* se abre paso en los textos clásicos, mediante glosas e interpolaciones que obscurecieron la primigenia terminología clásica.

788. Concepto post-clásico.

Este proceso de fusión quedó completado en el período post-clásico, pero el comienzo de las tentativas para consumarlo, se acusa ya de un modo visible, en la misma época clásica. Gayo se destaca como un precursor en este movimiento.

789. El concepto de Gayo.

En su sección dedicada a las *obligaciones ex delicto* (3.182 y s.) Gayo se ocupa de las *acciones furti*, *vi bonorum raptorum*, *legis Aquiliae*, e *iniuriarum*. La *actio furti manifesti*, la *actio vi bonorum raptorum* y las *acciones iniuriarum*, fueron *acciones honorariae* lo mismo que las *acciones legis Aquiliae utiles*. A pesar de esto, Gayo las llama *obligationes*. No va tan lejos que incluya otras acciones penales pretorias tales como la *actio de dolo o metus causa*, sino que se refiere únicamente a aquellas que se hallan íntimamente relacionadas con el *ius civile*. El *furtum manifestum* era ya castigado por las Doce Tablas, aunque el castigo no consistió en multa, hasta llegar al Derecho pretorio. El *raptor* fué una especie de *fur* (*fur improbius*). Las *acciones legis Aquiliae utiles* se hallaban en íntima relación con la *lex*. También en orden a la *iniuria*, las provisiones adoptadas en el Código decenviral, constituyeron la base histórica de las normas pretorias referentes a la *iniuria*. Aunque Gayo limitó en principio sus Instituciones al *ius civile*, se refiere al Derecho honorario, siempre que la referencia le parece útil para conseguir su objetivo. Así como se ocupa de la *bonorum possessio* al tratar del Derecho sucesorio, así también se refiere a las acciones penales pretorias en su sección de las *obligationes ex delicto*. Propiamente, no podía ocuparse del *furtum* sin mencionar la *actio pretoria furti manifesti*. Al ocuparse de la *lex Aquilia*, no podía dejar aparte las *acciones utiles* y cuando pretende exponer las normas establecidas por las Doce Tablas, relativas a la *iniuria*, no podía silenciar las contenidas en el Edicto. Esto le indujo a aplicar el término *obligatio* a todas las obligaciones derivadas del *furtum*, del *damnum iniuria datum* y de la *iniuria*, sin tener en cuenta si tales

obligaciones eran susceptibles de hacerse efectivas mediante *actiones civiles* o *actiones honorariae*. Gayo fué tal vez el inventor de esta nueva y vaga concepción de la *obligatio*, sin que su innovación hallase adeptos durante el período clásico, como no los halló tampoco su idea de un *duplex dominium* (*dominium civile* y *dominium honorarium*; supra, párrafo 655) la cual fué prácticamente ignorada por los demás juristas. *Iniuriarum obligationes* aparece solamente una vez en el *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae* (III, 748, 749) y este texto único (D. 4.5.7.1), es seguramente espurio. La expresión *iniuriarum obligari* no es nunca usada. Posiblemente Gayo considera los deberes derivados del *fideicommissum*, como constitutivos de una *obligatio* (Gayo, 2.184, *per fideicommissum obligemus*; 2.277, *heredem suum obligatum reliquit de fideicommissis restituendo*), pero el segundo de estos dos pasajes está ciertamente interpolado y en el primero, la palabra *obligemus*, puede muy bien haber substituído a la originaria *rogemus*. Sea lo que fuere, conforme al uso predominante entre los juristas clásicos, el deber derivado de un *fideicommissum* no fué denominado *obligatio*.

790. Fuentes y método.

El concepto clásico de *obligatio* ha sido tema de profundos estudios desde la publicación de la obra de Perozzi titulada *Le obbligazione romane* (1903), pero en general, la literatura sobre el particular adolece de falta de método. Como ya se ha dicho, los textos utilizables se hallan interpolados, interpolaciones que fueron hechas mediante leves alteraciones de los textos originarios. Si, por ejemplo, un texto clásico referente a la *actio institoria* creada por el pretor, dice *in-solidum dominus tenetur* (D. 14.3.5.1), el autor o editor post-clásico, sólo tiene que reemplazar *tenetur* por *obligatur*, y así aparece en Paul. *Sent.* 2.6.1: *in solidum dominus obligatur*. Tales interpolaciones dejan trazas leves y por esto resulta su prueba en ocasiones difícil, particularmente, si el texto que la contiene, es considerado aisladamente y sin tener en cuenta su conexión con otros textos. Debe estudiarse toda la masa de fuentes utilizables para con la impresión general obtenida, deducir la conclusión pertinente.

1. Es evidente que los juristas clásicos decían *furti obligare* (*Voc. Iur. Rom.* II, 979, 26 y s.; *furti obligatio* únicamente en D. 7.3.1.22, itp.), pero nunca *doli obligare* u *ob dolum* o *propter dolum obligare* (*Voc. Iur. Rom.* II, 324 y s.; IV, 374). Del mismo modo, estos juristas no dijeron nunca *iniuriarum obligare* (*Voc. Iur. Rom.* III, 749); *iniuriarum obligatio* aparece como ya se dijo sólo una vez en un texto interpolado. Solamente Gayo dice que “*obligatio ex delicto nascitur si quis iniuriam commiserit*”; tal expresión constituye una forma usual gayana.

2. Es también evidente que los juristas clásicos no consideran *obligatio* el deber derivado de un *fideicommissum*. En el *Vocabularium Iurispr. Rom.*, *obligare* en relación con *fideicommissum* aparece (prescindiendo

de la *Instituta* de Gayo), solamente en cuatro pasajes (D. 36.1.78; (35.2) 32.4; 36.1.18; 34.5.7). Todos ellos están interpolados, y si Gayo 2.184, 277 son genuinos, es también incuestionable que nos hallamos frente a una expresión peculiar de Gayo.

3. Algunas veces las interpolaciones son evidentes, como ocurre con los textos referentes al *fideicommissum* que acabamos de citar. Otro ejemplo típico nos lo ofrece el D. (46.4) 8.4. Este texto se ocupa de las *actiones adiecticiae* las cuales fueron *actiones honorariae*. Ulpiano dice con razón *filius patrem non obligat*, pero los compiladores escribieron *civiliter non obligat*, considerando la *actio adiecticia* como una *obligatio honoraria*, y refiriéndose pocas líneas después a las *honorariae obligationes si quae sunt adversus dominum*. Es evidente que la palabra *obligationes*, ha reemplazado aquí la original de *actiones*, pues la expresión *obligatio est adversus aliquem* no es latina. Cuando hallamos esta frase (o la frase *obligatio contra aliquem*), es seguro que los compiladores han cambiado *actio* por *obligatio*: D. (12.1) 36; (12.2) 9.3; (17.1) 45 pr.; (21.2) 51.3; (24.3) 64.4; (46.1) 21.2; (46.1) 47 pr.

4. Estos hechos son concluyentes. El uso dominante en el período clásico, limitaba el concepto de *obligatio* al *ius civile*.

No obstante lo dicho, como en la exposición que sigue no podemos prescindir del derecho honorario, hemos de adoptar forzosamente el uso post-clásico que comprendía tanto la *obligatio* clásica como la que en el período post-clásico fué llamada *obligatio honoraria*. Como ya se dijo, *debitum* y *debere* tienen un significado demasiado amplio para poder ser usados como términos técnicos.

El acreedor sólo excepcionalmente puede actuar privadamente por sí, para obtener satisfacción de su crédito. Así el arrendador, puede recuperar por sí la cosa arrendada, ya que el arrendatario no es *possessor* (supra, § 754). El *precario dans* puede también por sí tomar el objeto dado en *precarium*, porque el *precario accipiens*, aunque *possessor*, no se hallaba protegido frente al *precario dans* (supra, §§ 780, 781, 782). Aparte estos casos, la defensa o acción privada, fué prohibida y a tenor de una disposición del Emperador Marco Aurelio (*decretum divi Marci*), el usar de ella, implica nada menos que la pérdida de la pretensión del acreedor. El acreedor debe contentarse con ejercitar la acción correspondiente (*actio civilis honoraria, persecutio* en la *extraordinaria cognitio*). Si el deudor era condenado, podía utilizarse la ejecución en su persona y en su patrimonio (supra, § 43).

Esta responsabilidad del deudor experimentaba restricciones en ciertos casos.

1. Un hijo sometido a potestad podía ser deudor y ser demandado por su acreedor, pero en consideración a la *patria potestas*, quedaba excluida la ejecución en su persona (supra, § 267).

791. Defensa privada.

792. Hijo sometido a potestad como deudor.

793. *Condemnatio in id quod debitor facere potest.*

2. En algunos casos, la ejecución en la persona pareció excesivamente dura y fué evitada en la práctica, limitando la responsabilidad del deudor, a la cuantía de su patrimonio. Se insertaba en la fórmula una *taxatio* (*dumtaxat in id quod facere potest*), autorizándose con ella al juez, a condenar únicamente por el importe de la deuda, cubierto con la cuantía del patrimonio del deudor. Cuando, por ejemplo, el deudor debía 100 y el valor de su patrimonio ascendía solamente a 50, el juez le condenaba a pagar esta última cantidad. La ejecución en la persona era también legalmente posible por la suma de 50, pero el deudor podía eludirla fácilmente, pagando al acreedor esta cantidad.

Basta ahora mencionar los siguientes casos :

a) Un *socius omnium bonorum* demandado con la *actio pro socio* (infra, 952), era condenado solamente *in quantum facere potest* a tenor de una cláusula especial del Edicto.

b) Si un hijo sometido a potestad debía algo *ex contractu* y más tarde era emancipado, el pretor declaraba en su Edicto, que otorgaría una acción contra el hijo *in quantum facere potest*. La misma restricción de su responsabilidad se producía, cuando el hijo venía a ser *sui iuris* al morir el padre sin ser heredero de éste.

c) A tenor de un rescripto de Antonino Pío, la persona que había prometido una donación, era solamente responsable *in quantum facere potest*.

d) Un marido demandado con la *actio rei uxoriae* (supra, § 217), era también condenado únicamente *in quantum facere potest*. En este caso no era exigida la *taxatio* en la fórmula.

794. *Beneficium competentiae.*

En Derecho justiniano el deudor, en los casos de responsabilidad limitada, se hallaba facultado para retener una parte de su patrimonio con el fin de poder atender con ella a su subsistencia. Como en el latín medioeval *competencia* significa "suficiencia de medios para vivir" (de aquí deriva la palabra inglesa *competence* o *competency*), los juristas, a partir del siglo XVI, llamaron este privilegio *beneficium competentiae*. En lo que se refiere al Derecho clásico, este término se presta a confusión y debe ser evitado, pues en la época clásica, el deudor no contaba con este beneficio ni siquiera en el caso de que fuese donante. Todos los textos en que aparece se hallan seguramente interpolados.

795. *Obligatio naturalis.*

Un esclavo era incapaz de ser deudor con relación a su dueño y también con relación a una tercera persona. Si un esclavo prometía algo a alguien, el pretor concedía una *actio de peculio* contra el dueño. La fórmula, autorizaba al juez para indagar si el esclavo hubiera quedado obligado por la promesa en el supuesto de ser

libre y en el caso de decidir esta cuestión afirmativamente, para condenar al dueño por el importe del *peculium*:

“Si paret Stichum qui in Numerii Negidii potestate est, si liber esset ex iure Quiritium, Aulo Agerio centum dare oportere, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio centum dumtaxat de peculio condemnato, si non paret absolvito”.

En el cálculo del importe del *peculium*, el dueño podía deducir lo que el esclavo le debía. Consecuentemente, los juristas clásicos hablan de *debita* y *debere* de los esclavos. Sabían perfectamente estos juristas, que tales términos no podían ser usados en su acepción propia y estricta, pero los estimaron convenientes y, por otra parte, no había peligro de que produjesen confusión. Estos débitos aunque no accionables eran, no obstante, auténticos débitos, de tal modo, que si se pagaban, no podía ejercitarse la *condictio indebiti*. Además podían ser garantizados mediante una *fideiussio* o una *pignoris datio*. Las palabras *obligatio* y *obligare* fueron siempre evitadas por los juristas clásicos, pero en un pasaje único de la *Instituta* de Gayo (3.119a), las deudas del esclavo, son llamadas *obligationes naturales*. El empleo de este término sorprende, pues se halla solamente en el citado pasaje y Gayo no explica su sentido. Las palabras “at ne... adiciatur”, ofrecen todas las características propias de un aditamento, aunque tampoco se excluye la posibilidad de que el propio Gayo las hubiese escrito. Gayo fué posiblemente el primero en aplicar el término *obligatio naturalis* generalizado después en la época post-clásica.

La obligación de un esclavo, fué el caso más relevante de *obligatio naturalis*, aunque no el único. El *status jurídico* de una *filia familias*, era a este respecto muy semejante al del esclavo ya que también la *filia*, era incapaz de ser deudora (supra, § 267). Las deudas de la *filia familias* con su padre o con un tercero, eran igualmente consideradas como *obligationes naturales*. Un hijo sujeto a potestad, era capaz de obligarse por contrato (supra, § 267), pero no con su padre. Por tanto, sus deudas con el padre fueron obligaciones naturales. En Derecho clásico no existen *obligationes naturales* salvo en el supuesto de personas sujetas a potestad, y solamente en el período post-clásico, fueron reconocidos como tales obligaciones otros casos diferentes. Así, si un pupilo formulaba una promesa, sin la *auctoritas tutoris*, no quedaba ni siquiera *naturaliter obligatus* (supra, § 302). Su débito constituía sin duda una *causa solvendi*, pero no podía ser garantizado con un *fideiussio*. En nuestras fuentes es llamada *obligatio naturalis*, pero los textos que contienen esta denominación no son fidedignos. No nos ocuparemos

del artificioso fenómeno de una deuda, que no puede ser objeto de acción. Los textos utilizables se hallan gravemente interpolados y no se ha llegado todavía a adoptar en esta cuestión posiciones claras a pesar de la moderna investigación llevada a cabo sobre este problema.

796. Aprecia-
ción de conjun-
to.

El Derecho romano de obligaciones ha despertado siempre especial admiración y ha influido en el Derecho europeo más acusadamente que las restantes partes del Derecho de Roma. El mismo Otto Gierke, campeón fanático del Derecho germánico, declaraba:

“La victoria del Derecho romano fué más completa en el ámbito del Derecho de obligaciones que en cualquiera otro. Indudablemente, este Derecho, constituye la más perfecta creación del genio jurídico de Roma, aplicable al comercio mundial y desarrollado lógicamente hasta sus más sutiles consecuencias, meta ésta que en Derecho germánico difícilmente hubiera sido alcanzada. Ofrece este Derecho, aparte lo dicho, un carácter universal, no se pliega servilmente a las condiciones especiales de la vida económica y social de Roma como se pliegan otras partes del Derecho romano. Así pues, el Derecho de obligaciones ocupa el trono de la jurisprudencia y ha mantenido su poder soberano hasta el presente.”

Este elogio se halla plenamente justificado si se refiere al Derecho romano modernizado tal como se practica desde el siglo XVI hasta el XIX, pero por lo que se refiere al Derecho clásico y al justinianeo, se impone una valoración más prudente.

1. Es cierto que los romanos fueron los primeros en estudiar a fondo las obligaciones. La abundancia de problemas planteados y discutidos en las fuentes es admirable y otros Derechos, no inspirados en el romano ofrecen, por lo que se refiere a esta materia, unas características de indudable primitivismo, ocupándose únicamente del Derecho de personas, de familia, sucesiones y patrimonial. Bastará citar las palabras con que Maitland iniciaba su capítulo sobre el contrato.

“El Derecho contractual, ocupa un lugar poco relevante en las instituciones de Derecho inglés antes de la conquista normanda. Es de hecho rudimentario. Han de pasar algunas centurias, para conseguir el predominio que en la actualidad se le otorga. En los mismos esquemas de Hale y Blackstone, aparece como un simple suplemento al Derecho patrimonial.”

Considerado desde este punto de vista, el Derecho romano de obligaciones es indudablemente una obra única y realmente grandiosa en la historia de la civilización humana.

2. Volviendo a los detalles, podemos observar que instituciones

tales como los contratos consensuales y las acciones para repetir el enriquecimiento injusto, son muy útiles y originales. El principio *pacta sunt servanda* fué observado inflexiblemente; la *bona fides* jugó un papel preponderante, la clásica *actio iniuriarum* fué un enérgico remedio para proteger intereses materiales y la *actio de dolo* sirvió de arma eficaz contra todo género de fraudes.

3. No debemos olvidar, sin embargo, los graves defectos de que adolece esta tan ponderada parte del Derecho romano. En este campo, como en otros, el estéril conservatismo de los juristas clásicos, impidió la debida modernización del Derecho. La figura central en el cuadro de los contratos, la *stipulatio*, ofrece indudables caracteres de arcaísmo y, a pesar de ello, los juristas la conservaron obstinadamente en lugar de sustituirla por el contrato escrito. El Derecho concerniente a la compra-venta, fué innecesariamente intrincado, especialmente en lo que se refiere a lá garantía que está obligado a prestar el vendedor por los vicios de la cosa. El contrato de hospedaje y el de arrendamiento de obras y servicios fué insuficientemente desarrollado. La repugnancia en admitir la cesión de créditos, condujo a la adopción de sustitutivos artificiosos e inútiles. El Derecho referente al *furtum*, resultaba complicado y arcaico. Esta lista de defectos podría ser ampliada con facilidad. Los juristas postclásicos, especialmente los compiladores justinianeos, tuvieron la intención de modernizar el antiguo Derecho clásico, pero esta tarea resultaba superior a sus posibilidades. Las interpolaciones, cuidadosamente practicadas, solamente sirvieron para allanar el camino de la controversia fácil y superflua. La cuestión fundamental, por ejemplo, de si un acreedor puede exigir el cumplimiento específico de la obligación (*an debitor praecise teneatur*), fué tema de discusión durante varias centurias.

El plan de esta obra se limita únicamente a exponer las líneas fundamentales de las instituciones clásicas, remitiendo para los detalles de las mismas, a otras obras. No contamos aún con un libro completo sobre Derecho de obligaciones.

797. Objeto de este libro.

F U E N T E S

- § 786. Vide D. (44.7) 3 pr.; *Inst. Iust.* (3.13) pr.
§ 791. Vide D. (4.2) 13; (48.7) 7.
§ 793. Vide D. (14.5) 2 pr.; (14.5) 7 [*sed... potest*]; (4.21) 16 [*id est... alieno*]; (17.2) 63 pr. [*etiam*]; [*attamen*] «non»; *Inst. Iust.* (4.6) 38; (50.17) 28; (46.2) 33 [*exceptionem*] «*taxationem*».
§ 794. Vide D. (50.17) 178 pr.; (42.1) 19.1, ambos textos interpolados.
§ 795. Vide Gayo, 3.119 a.

BIBLIOGRAFÍA

§§ 785-90. Vide Albertario, "La cosiddetta obligatio honoraria", *Studi*, III (1936), 19 y s.; "La cosiddetta obligatio ex causa fideicommissi", *Studi*, III, 43 y s.; *Corso di diritto romano. Le obbligazioni, Parte generale* (1947), 7 y s. Además Cornil, "Debitum et obligatio", *Mélanges Girard*, I (1912), 199 y s.; G. Segrè, "Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano", *St. Bonfante*, III (1930), 499 y s.; Radin, PW. XVII, 1917 y s.; Grosso, *Obbligazioni Contenuto e requisiti della prestazione, obbligazioni alternative e generiche* (1947). Sobre Hägerström, *Der röm. Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen röm. Rechtsanschauung* (1927), vide además J. Binder, *Kritische Vierteljahresschrift*, XXIV (1931), 269 y s.

§ 786. Marchi, "Le definizioni romane dell'obbligazione", *Bull.* XXIX (1916), 5 y s.; Albertario, "Le definizioni dell'obbligazione romana", *Studi*, III, 1 y s.; Schulz, *Principles* (1936), 47; Arangio-Ruiz, "Noterelle Galiane", *Festschrift für L. Wenger*, II (1944), 56 y s.

§ 791. Schulz, *Einführung* (1916), 46.

§§ 793, 794. Zanzucchi, "Sul così detto beneficium competentiae", *Bull.* XXIX (1916), 100 y s.; Levet, *Le Bénéfice de compétence* (1927); Beseler, *St. Bonfante*, II (1930), 60; Solazzi, *L'estinzione della obbligazione* (1931) 190 y s. (la segunda edición de esta obra (1935) no es utilizable); Guarino, "Il beneficium competentiae del promissor dotis", *Riv. It.* XIV (1939), "Il beneficium competentiae dei milites", *Rend. Lomb.* LXXII (1938/9); "Sul beneficium competentiae dell'extraneus promissor dotis", *Festschrift P. Koschaker*, II (1939), 49 y s.; "Studi sulla taxatio in id quod facere potest I", *SD.*, VII (1941).

§ 795. Siber, *Naturalis obligatio* (1925); Pringsheim, Z., XLVI (1926), 350 y s.; Beseler, T. VIII (1928), 318 y s.; *Bull.* XLV (1938), 187 y s.; Albertario, "A proposito di obligatio naturalis", *AG.* CII (1929), 230 y s. = *Studi*, III (1936), 57 y s.; *Corso di diritto romano, de obbligazioni, Parte generale* (1947), 29 y s.; Vázny, "Naturalis obligatio", *Studi Bonfante*, IV (1930), 129 y s.; Flume, *Studien zur Akzessorietät der röm. Bürgerschaftsstipulationen* (1932), 70 y s.; Maschi, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani* (1937), 122 y s.

§ 796. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, III, *Schuldrecht* (1917), 4; Stobbe-Lehmann, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, III (1898), 114 y s.; Pollock y Maitland, *History*, II (1911), 184.

CAPÍTULO I

DERECHO DE CONTRATOS

I. INTRODUCCIÓN

Los juristas clásicos no desarrollaron una teoría sistemática de lo que en la actualidad se denomina “contrato”. Por regla general, se conformaron con discutir los tipos singulares de contrato y cuando excepcionalmente se atrevieron a esbozar una teoría general, no hicieron otra cosa que llevar a cabo un pobre intento. La clásica falta de interés por las generalizaciones y sistematización resulta evidente. Las escuelas post-clásicas de Derecho mostraron a este respecto un mayor interés, pero en conjunto, fué la jurisprudencia del Derecho romano común, la verdadera creadora de una teoría general del contrato. Examinemos primeramente la terminología clásica.

798. Carencia de una teoría sistemática.

El verbo *contrahere* es un verbo antiguo y fué usado literal y metafóricamente (*Thes. L.L. IV, 757 y s., 764*). Usado metafóricamente *contrahere* significa, por regla general, (*Voc. Iud. Rom. I, 1.001*) “realizar”, “perpetrar”, “concitar” (*admittere, committere, constituere*): *contrahere invidiam, offensionem, amicitiam, inimicitias, culpam, crimen, stuprum, incestum, aes alienam, societatem, nuptias, etc.* Los autores deben guardarse mucho de creer que en la lengua latina, la palabra *contrahere* significa primariamente “celebrar un contrato”. Los mismos juristas clásicos, usaban *contrahere* en el amplio sentido que antes hemos indicado. Algunos de los textos más importantes son espurios, pero cuando Gayo (*Inst. 2.14*) dice: “Incorporales res sunt quae tangi non possunt qualia sunt... obligationes quoquo modo contractae”, indudablemente está pensando tanto en las *obligationes ex delicto* como en aquellas otras que nacen *ex contractu*.

799. *Contrahere* y *contractus*.

En contraste con el verbo *contrahere*, el sustantivo *contractus* apareció mucho más tarde (*Thes. L.L. IV 753 y s.*). No se remonta más allá de la época de Cicerón. Se halla ausente de las obras de César, Cicerón, Salustio, Livio, Tácito, Suetonio y los Plinius (*maior* y *minor*). Cicerón habla alguna vez de *res contracta* (o *con-*

trahenda) pero nunca usa la palabra *contractus*. Nuestro primer texto no jurídico es Varrón, *De re rustica*, 1.68. En este texto *contractus* significa el prensado de las uvas e incluso en la literatura no jurídica posterior, hasta el siglo IV, tal término aparece raramente. Nuestro primer texto jurídico, lo constituye el *liber de dotibus* de Servio Sulpicio, el conocido amigo de Cicerón. Al ocuparse de los esponsales establece (Gelio, 4.4 = Bremer, *Jurispr. Antehadríana*, I, 226; Seckel-Kübler, *Jurisprud. Antejust.* I, 33): *Is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur sponsalia*. Lo que debe traducirse: "Esta declaración (*contractus*) o *sponsiones* fueron denominados *sponsalia*". Sin duda alguna, el término jurídico *contractus* fué acuñado por los juristas del período último de la República, tal vez por el mismo Servio. Originariamente significó celebrar o realizar un acto y fué usado en unión con un sustantivo en genitivo: *contractus stipulationis* (la celebración de una estipulación), *contractus emptionis* (la celebración de una venta); pero como los juristas aplicaron el nuevo término únicamente a los contratos, ocurrió que éste se identificó con el contrato mismo. Labeo intentó definir el *contractum* (no el *contractus*). Desgraciadamente, un texto importante (D. 50.16.19) está corrompido, sin que sea posible su restauración, pero con todo, es indudable que en él, se limitó la aplicación del indicado término exclusivamente al contrato. Pedio declaró (D. 2.14.1.3): "nullum esse contractum qui non habet in se conventionem". No podemos entrar en el examen de todos los textos en que el término *contractus* aparece. Dichos textos están parcialmente interpolados y reclaman un trabajo crítico de depuración. Sin embargo, son indispensables unas pocas observaciones sobre algunos conocidos pasajes de la *Instituta* de Gayo, que han contribuído a producir confusión y dudas. Gayo, en su pasión por las clasificaciones, se atrevió a declarar (3.88):

"Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species diducitur; omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto".

Indudablemente es ésta una clasificación que abarca todas las obligaciones posibles. Consiguientemente, el *contractus* es todo acto jurídico del que derivan obligaciones, excluyéndose de él los delitos; de suerte que la *condictio*, utilizada en el caso de enriquecimiento injusto, la *actio negotiorum gestorum*, la *actio tutelae*, y las obligaciones resultantes de un *legatum per damnationem* (supra, § 556), son incluídas en el grupo de las *obligationes ex contractu*. Ello resulta evidente. El argumento usual de que Gayo no

quiere decir lo que en realidad dice y el de que en un libro elemental bien pudo incurrir en descuidos, no convencen. La dicotomía se repite en *Inst.* 4.2 y 4.182 y en este último pasaje, la *actio tutelae*, figura expresamente entre las *obligationes ex contractu*. Por otra parte, al tratar de las *obligationes ex contractu* en 3.89 y s., Gayo se refiere a lo que hoy llamamos “contratos” y en 3.91 establece que la *condictio indebiti*, no surge de una *obligatio ex contractu*, poniendo así de manifiesto, que su dicotomía resulta insuficiente porque la *condictio* no es una *actio ex delicto*. Seguramente 3.91 fué interpolado, pero aun suprimiendo la segunda frase, “sed... contrahere”, sigue siendo indudable el hecho de que 3.92 se refiere solamente a los contratos en la acepción moderna. Solamente puede explicarse esta flagrante contradicción, admitiendo que se trata de unas simples notas que no fueron publicadas por Gayo. Dos puntos están fuera de toda duda:

1. La afirmación de Gayo “*omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*” no puede derivar como ha sido aceptado repetidamente, de un texto republicano de Derecho. Si este libro llegó a existir (lo que es muy dudoso), no pudo haber contenido la frase transcrita, porque *obligatio* y *contractus* no fueron términos jurídicos usuales en la época republicana.

2. La amplia concepción del *contractus* debida a Gayo, fué extraña a los juristas clásicos, anteriores y posteriores a él. Los pocos textos que han sido citados para probar lo contrario no merecen crédito.

D. (3.5) 15. Aquí la *negotiorum gestio* parece ser considerada como *contractus*, pero el texto original, se ocupa del *procurator* con *mandatum*.

D. (42.4) 3.3 (42.4) 4: “*videtur impubes contrahere cum adit hereditatem. Sed et is qui miscuit se, contrahere videtur*”. La significación aquí es la de que el término “contrahere” usado en la cláusula edictal *quod cum pupillo contractum erit* (Lenei, *Edict.* 204) comprende la *aditio hereditatis*.

D. (50.17) 19 pr. “... cum (heres) non sponte cum legatariis contrahit”. Este texto probablemente se ocupa de la *cautio legatorum servandorum causa*.

D. (11.7) 1. Este texto no puede ser genuino; vide *Index Interp.*

D. (5.1) 57. El texto no prueba nada y difícilmente puede haber sido escrito por Ulpiano; vide *Index. Interp.*

En las *Res cottidianae* de Gayo, la dicotomía fué suprimida y reemplazada por una tricotomía:

D. (44.7) 1 pr. “*Obligations aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*”.

Puede ser éste un texto post-clásico, pero como toda la obra, fué probablemente escrita en los albores de la época post-clásica, ello confirma el hecho de que el concepto de Gayo sobre el *contractus*, no fué adoptado por los juristas clásicos que le siguieron. Tal concepto fué probablemente una audaz creación de Gayo semejante a la de la *obligatio* (supra, § 789) y al del *duplex dominium* (supra, § 655), los cuales ni él mismo llevó a la práctica, ni fueron adoptados tampoco, por ninguno de los juristas de mayor relieve.

Aristóteles, *Eth. Nic.* 1181a, 1 y s., dice:

τῶν γὰρ συναλλαγμάτων τὰ μὲν ἐκούσια ἔστι τὰ δ'ἀκούσια. ἐκούσια μὲν τὰ τοιαῦτα οἷον πρᾶξις, ὤνη, δανεισμός, ἐγγύη, κρήσις, παρακαταθήκη, μίσθωσις --- τῶν δ'ἀκούσιων τὰ μὲν λαθραία, οἷον κλοπή --- τὰ δὲ βίαια, οἷον --- θάνατος ἀρπαγῆ.

Aristóteles emplea aquí el término *synallagma* (apartándose del uso ordinario de esta palabra en Grecia) en el sentido de "acto que contiene una obligación". El texto transcrito debe traducirse de este modo:

"Los actos que implican obligación son voluntarios o involuntarios. Voluntarios tales como la venta, préstamo de dinero, fianza, préstamo de cosa, depósito, arrendamiento... Los actos involuntarios se realizan secretamente, como el hurto... o por la fuerza como el asesinato, el robo...

En otras palabras: "omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto".

800. Especies de *contractus*.

Gayo, probablemente, había leído el texto de Aristóteles en las obras del filósofo o utilizando una fuente intermedia.

J. Partsch, *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften* (1931), 12; Beseler, *Z.* LII (1932), 294; Bortolucci, *Acta Cl.* I (1935), 261, no son convincentes.

Llegamos pues a la conclusión de que aunque la palabra *contractus* era usada todavía en su acepción amplia, *contractus* entre los juristas más destacados de la época clásica, significa propiamente "contrato", o sea, un acuerdo reconocido por el *ius civile* y celebrado por las partes con el fin de crear una obligación.

Gayo (3.89) distingue cuatro únicas especies de contratos.

1. Contratos reales (*re contrahitur obligatio*).
2. Contratos verbales (*verbis contrahitur obligatio*).
3. Contratos literales (*litteris contrahitur obligatio*).
4. Contratos consensuales (*consensu contrahitur obligatio*).

Esta clasificación no es ni mucho menos completa y fué probablemente inventada por Gayo.

Re contrahitur obligatio significa que la obligación se produce por la entrega de una cosa corporal (*mutuum, depositum, commodatum, pignus*). Por otra parte, los contratos así agrupados no ofrecen notas comunes.

Verbis contrahitur obligatio significa que estos contratos requieren la

pronunciación de ciertas palabras. Este grupo comprende, en primer lugar, la *stipulatio*, la *dotis dictio* (supra, § 209) y la declaración jurada de un liberto, mediante la cual, éste promete prestar a su patrono determinados servicios (Gayo 3.95a). El nombre adoptado para designar esta especie de contratos, puede producir confusión, si se tiene en cuenta que parece dar por sentada, la existencia de otros contratos, que no se perfeccionan por palabras, sino mediante señales o gestos.

Litteris contrahere obligationem no significa simplemente “celebrar un contrato escrito” (vide infra, § 870).

Consensu contrahitur obligatio da a entender que la obligación se produce nudo consensu (*emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas*, *mandatum*). También aquí es impropia la denominación aceptada, porque el *consensus* es requisito necesario de todo contrato. Aparte su falta de forma, los contratos agrupados aquí, no ofrecen tampoco notas comunes que justifiquen la inclusión de todos ellos en este grupo.

En el fondo, esta clasificación es bastante precisa y no se dieron en verdad más contratos clásicos que los que figuran en el anterior esquema. *Mancipatio*, *in iure cessio* y *traditio* no figuraron entre los *contractus*. Podemos considerarles como acuerdos, pero siendo en realidad como son, actos traslativos, no fueron clasificados como *contractus*. La misma *mancipatio fiduciae causa* no fué llamada *contractus*. Gayo en su exposición de los contratos, no la menciona (3.90 y s.), si bien en un pasaje posterior (4.182), estima la *actio fiduciae* como una *actio ex contractu*. Este último texto no constituye sin embargo prueba bastante, como lo sería la aceptación de esta idea por los juristas más relevantes, máxime teniendo en cuenta como ya se ha dicho (§ 799), que el citado autor sitúa la *actio tutelae* entre las *actiones ex contractu*.

El término “cuasi-contrato” no figura en nuestras fuentes, pero un grupo de obligaciones (derivado de la tutela, *negotiorum gestio*, legado, *communio* y enriquecimiento injusto) es descrito como grupo *obligationes quae nascuntur quasi ex contractu* o *non proprie ex contractu*. Ambos términos son de origen post-clásico y el primero es indudablemente bizantino. Toda la clasificación es meramente escolástica y carece de valor práctico.

Podemos recordar aquí toda una serie de antiguas expresiones como *pacere*, *pagere*, *pacisci*, *pactio*, *pactum*, *convenire*, *conventio*, *pactum conventum*. Fueron éstas empleadas, para designar convenios de todo género y usadas algunas veces en su acepción genérica. Originariamente *pacere* y *pacisci* significan “convenir”, “llegar a un acuerdo”; *pactum* significa “compromiso”, “arreglo” y no un contrato como es por ejemplo, la compraventa, el arrendamiento o el préstamo.

801. Cuasi-contratos.

802. *Pactum conventum*.

XII Tab. 1.7: “Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem *causan coiciunto*”. Si las partes no llegan a un acuerdo deben iniciar sus reclamaciones en el proceso.

XII Tab. 8.2: “Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto”. Si alguien rompe un miembro de otro hombre y no llega a un acuerdo con él, debe sufrir la pena del talión.

En la terminología clásica *pactum* significa “compromiso” y también todo pacto adicional. Si alguien promete pagar mediante estipulación una suma de dinero en primero de julio y luego obtiene del acreedor un aplazamiento del pago de dicha suma, el correspondiente pacto de aplazamiento, es llamado *pactum de non petendo*. Los pactos añadidos a la *mancipatio*, recibieron también la denominación de *pacta*, así por ejemplo el *pactum fiduciae*. Ya hemos mencionado antes, el *pactum de pignore vendendo* (supra, § 724), y podrían aumentarse los ejemplos. El edicto pretorio contiene una rúbrica especial *de pactis conventis*. Éste fué el título verdadero de la rúbrica en que el pretor declaraba:

“Pacta conventa, quae neque dolo malo neque adversus leges plebis scita, senatus consulta, edicta decreta principum neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo”.

Esta altisonante declaración persigue un fin modesto. Se refiere únicamente al compromiso y a los pactos adicionales que tienen por objeto limitar o suprimir una obligación y el pretor, mediante la cláusula transcrita, prometía proteger dichos pactos concediendo al efecto la llamada *exceptio pacti*. El pretor no pretendía, ni mucho menos, conceder una acción para proteger cualquier pacto no formal que tuviese un objeto lícito. Cuando, por ejemplo, alguien recibía un préstamo de dinero y prometía, mediante pacto, no por estipulación, pagar intereses, el acreedor, no tenía acción alguna para reclamar el pago de éstos. Excepcionalmente el *pactum* podía originar una acción y así por ejemplo el *pactum fiduciae* se hallaba protegido por la *actio fiduciae*. Además, los pactos añadidos a un contrato de los que daban lugar a un *iudicium bonae fidei* (como por ejemplo la compra-venta), se hallaban protegidos por una acción y el juez estaba obligado a reconocer su eficacia, a tenor de la cláusula formularia *ex fide bona* (supra, § 60). Es dudoso si esta regla limitaba su aplicación a los *pacta in continenti adiecta* (pactos añadidos al celebrarse el contrato), porque los textos utilizables están gravemente interpolados. Solamente unos pocos acuerdos o convenios fueron mencionados en el Edicto como obligatorios *iure praetorio* (así por ejemplo, el *constitutum debiti*;

infra, § 963). Los autores modernos llaman a estos pactos *pacta praetoria* (infra, § 962), pero en realidad no fueron llamados *pacta* por el Edicto ni por los juristas. El pretor pudo proteger cualquier acuerdo o convenio, mediante la concesión de una *actio in factum* (supra, párrafo 47) no prevista en el Edicto, pero esto ocurrió muy raras veces (infra, §§ 901 y s.).

La obligada conclusión que deriva de los antecedentes expuestos es la de que el Derecho clásico, conoció únicamente una serie limitada de contratos típicos (*iuris civilis* y *honorarii*). Dentro de ciertas restricciones, las partes, podían adaptar estos tipos a los fines concretos que pretendían y la *stipulatio*, sirvió para ello muy eficazmente. Con todo, las partes no podían crear tipos contractuales enteramente nuevos. No podían, por ejemplo, sustituir la *stipulatio* por un contrato escrito. Los contratos no formales, fueron reconocidos ampliamente, tal vez con exceso, pero aparte su definida esfera de aplicación, fué la *stipulatio*, la que reinó en esta época con indiscutible soberanía. El sistema clásico, había experimentado ya serias conmociones en la época sucesiva, causadas por el reconocimiento de los llamados contratos innominados (infra, § 901) y desapareció, con la eliminación de lo que fué su piedra angular, la *stipulatio*. Bajo el influjo de los Derechos canónico y natural, la *stipulatio*, fué reemplazada en la Edad Media por el contrato no formal. Fué ésta una innovación insensata que permitió que los contratos no formales conquistaran una posición que jamás habían logrado en un Derecho tan liberal como el romano. Ni siquiera para un contrato peligroso como el de fianza, fué requerida forma alguna. Es cierto que la *stipulatio*, resultaba anacrónica, pero el substitutivo indicado para la misma era el contrato escrito.

En esta obra nos referiremos únicamente al Derecho clásico de los contratos, prescindiendo de la historia republicana de los mismos y haremos meras alusiones al Derecho post-clásico. El desenvolvimiento medioeval y moderno del Derecho contractual romano, queda por completo fuera del ámbito de la presente obra.

803. Cese y desaparición del sistema clásico.

804. Finalidad de este libro.

FUENTES

§ 799. Vide Gayo, 2.14, 38; 3.88, 89; 4.2.182.

§ 800. Vide Gayo, 3.89, 92, 95a, 96, 135, 136; D. (44.7) 1.1-3, 5-6.

§ 801. Vide *Inst. Inst.* (3.27) pr.-6; D. (44.7) 5 pr., 1 [*sed quia... videntur*]; 2.3 [*quasi... datione*].

§ 802. Vide Paul. *Sent.* (2.14) 1; *consult.* 4.9; C. (4.65) 27; D. (2.14) 7.5 (ciertamente un texto post-clásico); D. (19.5) 23; (19.5) 1.1 [*civilem*].

BIBLIOGRAFÍA

§ 799. Pernice, "Zur Vertragslehre der röm. Juristen", Z., IX (1888), 195 y s. (el mejor libro sobre este tema, aunque no bastante crítico); Perozzi, *Le obbligazioni Romane* (1903), 31 y s.; Mitteis, RP., I (1908), 146; Riccobono, "Dal diritto classico al diritto moderno", *Annali Palermo*, X (1915), 263 y s., 689 y s.; *St. Bonfante*, I (1930), 123 y s.; Bonfante, *Scritti*, III (1926), 107 y s., 185 y s.; Segre, "Sulla classificazione di cause delle obligationes nelle istituzioni di Gaio", *Rend. Accad. Lincei*, V (1929), 49-57; Bortolucci, *Acta C.J.* I (1935), 246 y s., con referencias; Albertario, "Le fonti delle obbligazioni", *Scritti*, III (1936), 71 y s.; "Ancora sulle fonti delle obbligazioni", *ibid.* 95 y s.; Nocera, "Le definizioni bizantine di contratto", *Riv. It.* 1936; P. Voci, *Scritti Ferrini* (1946), 383 y s.; Maschi, "Cenni intorno alla definizione di *contractus*", *Annali Triestini*, XVI (1947), 159; Solazzi, *Bull. II/L* (1948), 360 y s. Sobre D. (50.16) 19 y (2.14) 1.3, vide *Index Interp.* Sobre el carácter de la *Instituta* de Gayo, vide Schulz, *History* (1946), 159 y s. Sobre Gayo, *Res cottidianae*, vide Albertario, *Studi*, III, 97; Schulz, l.c. 167; Di Marzo, *Bull. X/XI* (1947), 1 y s.

§ 800. Pernice, l.c. 220 y s.; Perozzi, "Il contratto consensuale classico", *Studi Schupfer*, I (1898), 163 y s.; Arangio-Ruiz, *Il mandato* (1949), 80; Brasiello, "Obligatio re contracta", *St. Bonfante*, II (1930), 541 y s.; R. de Ruggiero, "La classificazione dei contratti et l'obbligazione letterale nel diritto class. e nel giustiniano", *St. Perozzi* (1925), 369 y s. Sobre *fiducia* como *contractus*, vide Erbe, *Die Fiducia* (1940), 19 y s., con referencias.

§ 801. Riccobono, "Dal diritto class.", l.c. 263 y s.; Kübler, Z. XXXIX (1918), 214, con referencias; Albertario, "Ancora sulle fonti", l.c. 131 y s.

§ 802. Manenti, "Contributo critico alla teoria generale dei patti secondo il diritto romano", *St. Senesi*, VII/VIII (1891); "Pacta conventa", *ibid.* XXXI (1915); Pernice, l.c. 218 y s.; Lenel, *Edict.* (1927), págs. 32, 64; Riccobono, *FIRA*, I (1941), 339; Mitteis, RP. I (1908), 148. Sobre *pacta adiecta*, vide Viard, *Les Pactes adjoints aux contrats en droit rom. class.* (1929); Rotondi, *Scritti*, II, 210 y s.; Siber, Z. XLII (1921), 80 y s.; Grosso, *Efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia* (1928), especialmente 18 y s.; Stoll, Z. (1930), 551 y s.

§ 803. L. Seuffert, *Geschichte der obligatorischen Verträge* (1881); O. Gierke, DP. III (1917), 344.

2. LA «STIPULATIO» EN GENERAL

La *stipulatio* clásica fué un contrato formal, aunque de forma muy sencilla. El futuro acreedor (*stipulator*) preguntaba al futuro deudor (*promissor*) si éste estaba dispuesto a hacer una cierta promesa, y el último prometía inmediatamente. Ya en tiempos de Cicerón, el promitente no estaba obligado a repetir en su respuesta el contenido de la pregunta. Podía dar su promesa con sólo una palabra (Cicerón, *pro Caecina*, 3.7: "si quis, quod spondit, qua in re verbo se obligavit uno...").

El tipo más sencillo de *stipulatio* es el siguiente:

Stipulator: Centum mihi dari spondes?

Promissor: Spondeo.

Se dice *dari*, no *dare*. El lenguaje legal usaba *spondere* y *promittere* con acusativo e infinitivo en la voz pasiva. Siempre que textos clásicos contienen *dare*, ello es debido, probablemente a los amanuenses. Vide para el material correspondiente el *Voc. Iur. Rom.* II, 296; además Stolz-Schmalz, *Lat. Gramm. Syntax*, § 170.

En la *mancipatio*, no se requería una fórmula precisa, y ni siquiera se admitió el empleo de palabras estereotipadas. El uso de la lengua griega (en el siglo tercero después de J.C. y también el uso de cualquier otra lengua) fué permitido, tanto si las partes eran ciudadanos romanos como si eran peregrinos. Solamente la *sponsio* (esto es una *stipulatio* en la forma *spondesne?-spondeo*) era reservada exclusivamente a los ciudadanos y exigía el uso del latín.

Pocas reglas debían tenerse en cuenta para la celebración de este contrato, pero las pocas existentes, debían observarse escrupulosamente.

1. La estipulación clásica fué un contrato oral. Ambas partes debían hablar y ser capaces de entenderse recíprocamente. Las señas y los escritos no fueron admitidos como sustitutivos de las declaraciones orales, y los mudos y los sordos no podían usar esta forma contractual.

2. Ambas partes deben hallarse presentes al celebrarse el acto. La pregunta debe, invariablemente, preceder a la respuesta y ésta seguir inmediatamente a la pregunta (*unitas actus*). Si la persona a quien se hace la promesa, comienza diciendo *centum tibi dari promitto* y el promitente contestaba *accipio*, ello constituía una *stipulatio non existens* (sic).

3. La respuesta debe corresponder precisamente a la pregunta. Si el estipulator se expresa en latín, el promitente podía responder en griego. Si el *stipulator* preguntaba *dari spondes?* el promitente no puede contestar *promitto*; si el *stipulator* preguntaba *100 mihi dari spondes?* y el promitente contestaba *150* (o *50*) *tibi dari spondeo*, la *stipulatio* era nula.

Tal fué la *stipulatio* practicada durante todo el período clásico. Fué una institución netamente romana, mencionada ya en las Doce Tablas (Gayo, 4.17a). Es ocioso por tanto especular sobre sus orígenes y sobre su forma primitiva. La etimología de *stipulari* y *stipulatio* es oscura y lo que dicen sobre ella los autores antiguos no es otra cosa que simples conjeturas. Si en realidad la *stipulatio* en sus orígenes, tuvo lugar mediante actos simbólicos, por ejemplo

obligándose simbólicamente el promitente mediante una paja (*stipula*), esta forma, fué totalmente olvidada en las postrimerías de la República y los mismos antiguos etimologistas no tuvieron ya conocimiento de ella.

806. *Stipulari, stipulatio, stipulatus.*

El verbo *stipulari* es un verbo deponente y significa “estipular”, “pedir una promesa”. Cuando *stipulari* se usa en sentido de *promittere* o en la voz pasiva, el texto se halla corrompido o interpolado.

D. (4.3) 1.4: [“ut puta, si de dolo stipulatum sit”].

D. (38.1) 10 pr.: [“itaque patrono dari stipulandum est”].

D. (46.3) 5.2: “si forte usurae non sint debitae et quis simpliciter solverit [quas omnino non erat stipulatus]”.

D. (13.4) 7.1 (corrompido); (12.6) 26.13 (corrompido).

Stipulatio o *stipulatus* expresa todo el contrato, no únicamente el acto de preguntar.

807. Carácter romano.

La estipulación es una creación romana que no tiene paralelo en los demás sistemas jurídicos. Se funda en la *fides*, la cual vincula al hombre, con una sanción religiosa a mantener su palabra. La estipulación es además una prueba de la predilección que siente el romano por todo lo preciso, breve y sencillo.

1. Psicológicamente la fuerza vinculativa de una promesa formal y oral dada en presencia de la otra parte, es (cuando menos para los romanos), mucho mayor que la que posee un documento que el promitente puede firmar sin haber leído o sin conocer su contenido.

2. Las discusiones preliminares no forman parte del contrato. La pregunta y respuesta formales no permiten dudar sobre el momento en que terminaron las negociaciones previas para dar lugar al nacimiento del contrato.

3. Un contrato celebrado con la presencia de ambas partes, ofrece menos ocasión a incurrir en malentendidos, que un contrato celebrado *inter absentes*.

4. La precisa correspondencia entre pregunta y respuesta denota claramente que se ha conseguido el necesario *consensus*.

5. La forma de la *stipulatio* (en contraste con la de la *mancipatio*) no pretende ser la prueba de la celebración efectiva del contrato. Ello es consecuencia de la inclinación romana a distinguir entre Derecho y prueba, inclinación que se nos muestra a través de toda la jurisprudencia clásica. El contrato era válido aun cuando se celebrase sin testigos y aunque no fuese reducido a forma escrita; *non ius deficit sed probatio*, y la *fides* romana constituía garantía suficiente de seguridad. La redacción de un documento basado en la *stipulatio* fué practicada ya en los pri-

meros tiempos de la República y se mantuvo en el período clásico. Las partes pueden referirse al documento en cuestión para los detalles de sus declaraciones respectivas, lo mismo que el testador que otorga un testamento mancipatorio, puede referirse a las *tabulae testamenti* (supra, § 432). Pero este documento era exclusivamente probatorio y no sustituyó a las declaraciones orales, las cuales eran actos constitutivos. Desde luego, fué siempre admitida la prueba en contrario. Si por ejemplo se afirmaba en un documento que una estipulación había tenido lugar en Roma el primero de julio, el demandado podía probar que en tal fecha no se hallaba en Roma.

Tal fué la forma de la *stipulatio* clásica, una forma reverentemente mantenida por los juristas como un verdadero *palladium* de la romanidad. La presencia de ambas partes, fué un requisito ciertamente embarazoso en muchas ocasiones por hallarse excluida la representación directa, pero un hijo sometido a potestad o un esclavo podían actuar como *stipulator* para su padre o dueño y también como *promissor* al menos *iure praetorio*. Además, para otros numerosos supuestos, se dispuso de otras especies de contratos (especialmente los de compra-venta, de arrendamiento y de préstamo), los cuales podían celebrarse *inter absentes*. El requisito de la presencia de las partes, no podía ser suprimido sin destruir la esencia de la *stipulatio*, y los juristas no se atrevieron a dar paso tan radical. Con la *constitutio Antoniniana* (212 después de J.C.), la estipulación recibe el golpe de gracia. La *stipulatio* se hallaba íntimamente enlazada con las costumbres y el peculiar temperamento de Roma y era demasiado extraña también en Oriente, para ser debidamente entendida y aplicada por la gran masa de nuevos ciudadanos romanos. Era entonces la ocasión de sustituir la *stipulatio* por el contrato escrito, pero no se consumó esta innovación. Diocleciano se mostró, como siempre, campeón del clasicismo jurídico, y después de él, la *stipulatio* inicia ya su decadencia. La forma clásica no se observó con la antigua escrupulosidad y el documento escrito, fué sustituyendo progresivamente a la declaración oral. Los amanuenses profesionales de documentos, hacían en ellos referencia al hecho de haberse celebrado la estipulación oral, pero pensando razonablemente, debemos dudar de la veracidad de tales referencias y aun admitiendo que fueran veraces, no podemos tener seguridad de que la forma clásica fuese rigurosamente observada. En los libros jurídicos de Justiniano, la estipulación se mantiene gracias a la tendencia clasicista del Emperador y de sus compiladores, pero su forma fué modificada y en la práctica legal, el documento escrito, llegó a ser el verdadero sustitutivo de la *sti-*

808. Degeneración de la *stipulatio*.

pulatio. Este interesante proceso de degeneración, no puede ser descrito aquí en sus detalles, pero debemos recordar, al leer las fuentes clásicas, lo que llevamos dicho, ya que esta evolución fué la causa que produjo muchas alteraciones en los textos clásicos.

809. *Actio ex stipulatione.*

De toda estipulación válida derivaba una *actio civilis in personam*. Los juristas clásicos, no poseyeron un término genérico para designar esta acción, pero como necesitamos de uno cualquiera, podemos aceptar el de *actio ex stipulatione*.

1. Bajo la rúbrica *si certum petetur* (Lenel, *Edict.* 95), el Edicto pretorio ofrecía tres *formulae*.

1. La fórmula *certae creditae pecuniae* era ésta:

“Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia dare oportere, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia condemnato, si non paret absolvito”.

Esta *actio* fué llamada *actio certae creditae pecuniae*, tal vez también *condictio certae pecuniae*; *condictio certi* es un término bizantino. La fórmula era aplicable a la *actio ex stipulatione* cuando había sido prometida una cierta suma de dinero.

2. Otra fórmula venía concebida así:

“Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio tritici Africi optimi modios centum dare oportere, quanti ea res est, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, etc.”.

Ésta fué la fórmula propia de una *actio ex stipulatione* cuando se había prometido una cantidad definida de cosas. Los bizantinos, no los juristas clásicos, llamaron a esta acción *condictio triticaria* o *condictio incerti*.

3. El texto de la tercera fórmula era éste:

“Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio servum Stichum dare oportere, quanti ea res est, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, etc.”.

La fórmula transcrita era la propia de una *actio ex stipulatione*, cuando se había prometido una cosa individualmente determinada. El nombre clásico de la acción nos es desconocido (*condictio certae rei?*). Los bizantinos la llamaban, como a la núm. 2, *condictio triticaria* o *condictio incerti*.

Como claramente demuestra la rúbrica edictal, ninguna de estas tres *formulae* limitaba su aplicación a la *actio ex stipulatione*, y así la *formula certae creditae pecuniae* fué también la fórmula empleada para la *actio ex mutuo*. Insistiremos sobre este punto (*infra*, § 879).

II. En otra rúbrica del Edicto, que probablemente reza “si cum eo agatur qui incertum promiserit” (Lenel, *Edict.* § 55), aparece la siguiente fórmula:

“Quod Aulus Agerius de Numerio Negidio incertum stipulatus est, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet eius, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, etc.”.

Esta fórmula (en contraste con las tres restantes), se aplicó a la *actio ex stipulatione*. Era la fórmula adecuada para el caso de haberse prometido un *incertum* (esto es ni *certa pecunia* ni *certa res* o *quantitas*). Especialmente se aplicaba cuando se había prometido un *facere* (por ejemplo, *aedificium mihi fieri spondes?*). Los autores modernos, aplican a esta acción y sólo a ella (no a las acciones mencionadas anteriormente I), la denominación de *actio ex stipulatu*, pero ello deriva de un absurdo uso bizantino. Si los juristas clásicos usaron este término, no limitaron su aplicación a la *actio ex stipulatione incerta*.

El término *actio ex stipulatu* no figura en *Gai Inst.*; y tampoco en el *Epitome Ulpiani*, en los *Fragmenta Vaticana*, en la *Collatio legum Moisaicarum et Romanorum*, y en la llamada *Consultatio*. En las *Sententiae* de Paulo aparece una vez solamente (2.22) 2, donde la frase *ex stipulatu* es sin duda alguna interpolada; *Sent.* (5.5A) 1 contiene únicamente *ex stipulatu petere*. *Sent.* (1.1) 3 dice *ex stipulatione peti* y no *ex stipulatu* (acertadamente E. Levy, *Pauli Sent.* (1945) 51). En un rescripto de Caracalla que figura en Apéndice I de la Visigótica *Lex Romana* (Mommsen, Krüger, Studemund, *Collectio*, III, 253 y s.) el texto está corrompido y la conjetura de Mommsen es seguramente equivocada; la frase final (*quo si... dabitur*) parece espuria. En tales circunstancias nos hallamos autorizados para eliminar el término *actio ex stipulatu* del vocabulario clásico.

La fórmula de la *actio ex stipulatione* clásica, fué siempre abstracta, esto quiere decir que la *causa stipulationis*, no se mencionaba nunca (por ejemplo *dotis causa*). Tampoco contenía la *clausula ex fide bona* (supra, § 60), aun cuando fuese técnicamente posible, insertar ésta en la fórmula (por ejemplo cuando la *intentio* comenzaba con *quidquid*; supra, § 61). No obstante, no podemos considerar la *actio ex stipulatione* como una *actio stricti iuris* (como un *iudicium stricti iuris* o un *iudicium strictum*) o la *stipulatio* como un *contractus stricti iuris*. Tales expresiones no fueron nunca usadas por los juristas clásicos, porque el demandado, podía solicitar siempre la inserción en la fórmula de una *exceptio doli*, por virtud de la cual, el juez venía obligado a tener muy en cuenta las exigencias de la *bona fides*. Seguramente la libertad del juez era mu-

cho mayor en un *bonae fidei iudicium*. En el *iudicium venditi*, por ejemplo, el juez podía imponer el pago de intereses, si el demandado incurría *in mora*, mientras que en el *iudicium ex stipulatione* únicamente podía imponer dicho pago si el interés había sido estipulado expresamente. Evidentemente, la *exceptio doli* no podía favorecer al actor, y si el acreedor ha concedido al deudor un aplazamiento en el pago mediante un *pactum* no formal y después de celebrado éste, demanda al promitente *ex stipulatione* sin consideración alguna al *pactum* celebrado, el juez absolvía al demandado en virtud de la *exceptio doli* opuesta por éste.

810. Ámbito de la estipulación.

Los fines de la *stipulatio* fueron variadísimos. Podía celebrarse *donationis* o *dotis causa* y las numerosas *cautiones* que nos ofrece el Derecho privado romano, fueron también estipulaciones (ejemplo la *cautio usufructuaria*, supra, § 678; la *cautio de conferendis bonis*, supra, § 409; la *cautio legatorum servandorum causa*, Lenel, *Edict.* § 287, etc.). El promitente podía prometer un *mutuum*, un *commodatum* o un *pignus*; podía prometer una multa en caso de incumplimiento del contrato, etc. Incluso cuando era utilizable un contrato no formal, las partes podían preferir la celebración de una *stipulatio*. Quien recibía un *mutuum*, podía prometer por *stipulatio* la restitución del dinero recibido. En lugar de celebrar un contrato consensual de compra-venta, las partes, podían prometer, mediante estipulación, entregar las mercancías y pagar el precio. En resumen, toda obligación podía ser constituida por estipulación con tal de que no lo prohibiese el ordenamiento jurídico. Si se celebraban esponsales mediante estipulaciones, no derivaba de ellas obligación alguna (supra, § 184). Y no podía ser estipulada una penalidad por infracción de promesa. Un marido podía prometer una penalidad para el caso de que tuviese una concubina y no en cambio para el caso de divorciarse de su mujer (supra, § 223).

811. *Stipulatio abstracta*, fórmula abstracta, obligación abstracta.

La estipulación puede mencionar la *causa stipulationis* (por ejemplo, *centum mihi dotis causa dari spondes?*) o silenciar ésta (por ejemplo, *centum mihi dari spondes?*). En este último caso, se trata de una estipulación abstracta. La fórmula propia de la *actio ex stipulatione* era siempre abstracta, independientemente de que la estipulación lo fuese o no. Las obligaciones derivadas de una estipulación abstracta eran también abstractas y no dependían, por tanto, de la existencia de una *causa stipulationis*. Si la causa era mencionada en la *stipulatio*, la obligación era igualmente abstracta, siempre que la obligación no se hiciese depender expresamente de la causa, considerando ésta como condición.

Supongamos que una estipulación adoptaba esta forma: *centum mihi dari spondes? spondeo*. Ambas partes convenían que la estipulación se

hacia *dotis causa*. Indudablemente la obligación surgía aun cuando el matrimonio no tuviese lugar o el compromiso se hubiese disuelto posteriormente. Si la estipulación fué hecha expresamente *dotis causa*, el efecto era probablemente el mismo; D. (23.3) 21 se refería originariamente a la *dotis dictio* y no a la *stipulatio dotis*. Vide Riccobono, *Bull.* VIII/IX (1948), 39.

No debe exagerarse el carácter abstracto de la *obligatio ex stipulatione*. Por efecto de una *exceptio doli* o de una *exceptio* de otra especie, el juez venía obligado a tener en cuenta la causa. Los estudiantes no deben olvidar nunca esto. El demandado debe, al invocar una *exceptio* probar su fundamento. Debe además tenerse en cuenta que toda *exceptio* ha de insertarse en la fórmula antes de la *litis contestatio* (*supra*, § 17).

Examinemos ahora los siguientes casos.

1. Sea una estipulación de la forma: *centum mihi dari spondes? spondeo*. El promitente formula la promesa porque el *stipulator* ha prometido, de modo no formal, darle 100 a título de préstamo (*mutuum*). Más tarde, el *stipulator* se niega a entregarle dicha cantidad y muere. Su heredero halla entre los papeles del difunto, un documento que prueba la estipulación y basándose en él, demanda al promitente con la *actio ex stipulatione*. Es indudable que el promitente se hallaba obligado *ex stipulatione*, pero basándose en una *exceptio doli* inserta en la fórmula, podía objetar ante el juez, que la estipulación fué hecha *mutui causa* y que nunca recibió el préstamo. Si podía probar su afirmación, el juez debía absolverle (Gayo, 4.116).

2. La misma estipulación fué hecha *dotis causa*. Posteriormente el compromiso matrimonial queda disuelto. Indudablemente el promitente continúa obligado, pero en el caso de ser demandado por el *stipulator*, puede utilizar la *exceptio doli* y conseguir de este modo la absolución.

3. Las partes en lugar de celebrar un contrato consensual de compraventa, celebraban dos estipulaciones, una el vendedor, prometiendo la entrega de ciertas mercancías, y otra el comprador prometiendo el pago del precio convenido. El vendedor demanda al comprador con la *actio ex stipulatione* sin haber por su parte entregado las mercancías. El comprador podía, en tal caso, negarse a pagar el precio, oponiendo la *exceptio mercis non traditae* (llamada *exceptio non adimpleti contractus*) y el juez en tal caso, debía absolverle. Se ha dicho muchas veces que la estipulación fué un contrato estrictamente unilateral que implicaba obligación en sólo una de las partes. Ello es cierto, pero no debe olvidarse que la *exceptio* puede enlazar entre sí dos estipulaciones recíprocas.

Las constituciones imperiales del siglo tercero introdujeron la *exceptio non numeratae pecuniae*. Su existencia se halla irrefutablemente probada por un rescripto de Diocleciano inserto en la visigótica *Lex Romana* del año 506 después de J.C. (*Collectio libro-*

812. *Exceptio non numeratae pecuniae.*

rum, ed. Mommsen, Krüger, Studemund, III, pág. 234), pero se discute la función que cumple esta nueva *exceptio* por hallarse interpolados los demás textos utilizables. No podemos entrar aquí en el examen de las teorías que a este propósito han sido ideadas, y nos limitaremos a exponer nuestra propia opinión. Supongamos que el promitente prometía pagar mediante *stipulatio* una suma de dinero que el *stipulator* había de modo no formal, prometido entregarle como préstamo. Posteriormente el *stipulator* demanda al promitente con la *actio ex stipulatione*, pero el demandado le arguye que no ha recibido el préstamo. En tiempo de Gayo (*Inst.* 4, 116), el demandado podía defenderse con la *exceptio doli*, pero había de probar haber sido hecha la estipulación *mutui causa* y no haber recibido el dinero. Por virtud de la nueva *exceptio non numeratae pecuniae*, era el actor quien tenía que probar que el préstamo se había hecho, aun en el caso de que el promitente hubiese reconocido por escrito haberlo recibido. Esta *exceptio* privilegiada podía utilizarse solamente durante un año, y transcurrido este plazo, el promitente sólo podía valerse de la *exceptio doli*, sopor-tando en tal caso la carga de la prueba. Difícilmente pudo ser de otro modo. Los Emperadores no debieron abolir la *exceptio doli*, la cual no estaba sujeta en su aplicación a plazo alguno. La *exceptio non numeratae pecuniae* podía únicamente utilizarse en el caso en que el *stipulator* ejercitaba su acción, y era posible al *stipulator* aplazar el ejercicio de esta acción hasta que el año hubiese transcurrido. Sin la *exceptio doli* el promitente hubiese quedado indefenso en caso de que el actor se hubiese valido de esta argucia, pues el prominente no podía compeler al *stipulator* a promover su acción antes de transcurrir el año, ni tenía tampoco una acción para exigir del *stipulator* que le liberase de deuda (*condictio liberationis*). Fué ésta la última y clásica *exceptio non numeratae pecuniae*. Diocleciano la otorgó por cinco años y Justiniano por dos, pero los compiladores justinianos fundieron la *exceptio non numeratae pecuniae* con la *exceptio doli* de modo que en Derecho justiniano el demandado una vez transcurridos dos años, no podía oponer ya la *exceptio doli*. Si el *stipulator* no le demandaba dentro de este período de tiempo, el promitente podía, siempre en Derecho Justiniano, demandar al *stipulator* dentro del plazo de dos años, para exigir de él la liberación (*condictio liberationis*).

813. Responsabilidad.

El promitente respondía por *dolus* y *culpa* (negligencia). Si dejaba de cumplir voluntariamente o por negligencia la obligación en el tiempo debido — *si per eum steterit quominus solveretur* (si el incumplimiento le era imputable) — incurría *in mora debitoris*. Supongamos que el promitente estaba obligado a entregar el esclavo

Stichus en primero de julio, y que olvida cumplir su obligación, creyendo que ésta vencía una semana después. A partir del día dos de julio el deudor estaba incurso *in mora*, pues es inadmisibile que la *mora debitoris* consistiese únicamente en el retraso voluntario en satisfacer la prestación debida. El promitente era en tal sentido responsable de la *culpa in non faciendo*. La mora no producía efectos jurídicos, si se había prometido dinero u otras cosas fungibles (por ejemplo una cierta cantidad de trigo). En estos casos el juez no estaba autorizado a imponer al deudor el pago de intereses moratorios, pero en el de una *stipulatio certae rei* (de la *stipulatio incerta*, por ejemplo *aedificium fieri*, nada sabemos), el *debitor in mora*, era responsable del *casus* (caso fortuito). Si por ejemplo se estipuló *Stichum dari* y días más tarde moría Stico en un accidente, la obligación quedaba extinguida, pero si el promitente se hallaba incurso en mora cuando Stico murió por efecto del accidente, la obligación subsistía íntegramente, *perpetuatur obligatio*. El *stipulator* puede demandar al promitente utilizando la fórmula usual (supra, § 809) “si paret Numerium Negidium Aulo Agerio Stichum dare oportere”, aunque Stico hubiese muerto y pueda, en tal supuesto, conseguir la indemnización del perjuicio sufrido. Aparte lo establecido en caso de mora, el promitente respondía solamente por dolo y negligencia en la ejecución de actos positivos (*culpa in faciendo*). Así, si el deudor debía entregar un esclavo y lo manumitía, era responsable; si lo azotaba y le ocasionaba por ello involuntariamente la muerte también era responsable “per eum stetit quominus solveretur; obligatio perpetuatur”. Pero si no prestaba al esclavo enfermo los cuidados que su dolencia requería y, por este abandono moría el esclavo, la obligación quedaba extinguida.

F U E N T E S

§ 805. Vide Gayo, 3.92, 93; D. (45.1) 1.4 [*nisi in decem*]; [*licet... inesse*]; Paul. *Sent.* (2.3) 1; (5.7) 1; (5.7) 2, primera frase; C. (4.32) 1; D. (45.1) 137 pr. [*ut tamen... possit*]; [*ceterum... spondisset*]; D. (45.1) 65, *sed* [*et*] *si*; [*non obesse*]; «*non obligaberis*»; «*non obligaberis*».

§ 807. Vide C. (4.2) 14; D. (13.5) 24 hasta *successisse*.

§ 808. Vide Paul. *Sent.* (5.7) 2; D. (2.14) 7.12 [*non tatum... paciscendum*]; D. (45.1) 1 (muy interpolado) con el comentario de Riccobono, Z., XXXV (1914), 247 y s. e *Index Interp.*; C. (8.37) 10 y 14; *Inst. Iust.* (3.15) 1; (3.19) 12; (3.20) 8.

§ 809. Para la terminología bizantina, vide D. (13.3) 1 pr. (espurio); (46.2) 12 vv. [*conditione incerti... esset*]; *Inst. Iust.* (3.15) pr.

§ 811. Vide Gayo, 4.116; D. (19.1) 25, primera frase con Schulz, *Principles*, 94, núm. 3; Gayo, 4. 126a.

§ 812. Vide Gayo, 4.116 con *Inst. Iust.* (4.13) 2 y adviértase que los

compiladores han sustituido *doli por pecuniae non numeratae*; C. (4.30) 3 [seu doli seu]; el rescripto de Diocleciano en la *Collectio librorum*, III, 234, de Mommsen, Krüger, Studemund.

§ 813. Vide D. (22.1) 32 pr. [*id. est... solverit*]; (44.7) 45; (12.1) 5; (46.3) 33, 1, primera frase; (45.1) 91 pr. (en el fondo clásico); (45.1) 91.3 (clásico en lo substantivo).

BIBLIOGRAFÍA

§ 905. Weiss, PW., IIIA. 2540 y s.; Riccobono, Z. XXXV (1914), 243 y s.; Brandileone, "La stipulatio nell'età imperiale romano e durante il medioevo", *Scritti di storia del diritto privato italiano*, II (1931), 419 y s.; Kaser, *Altröm. Jus.* (1949), 256 y s. Sobre la etimología, vide A. Walde, *Lat. Etym. Wörterbuch* (1910), vv. "stipo" y "stips"; Ernout-Millet, *Dictionnaire étym. de la langue lat.* (1939), v. "stipulari"; Weiss, l.c.; Beseler, *Beiträge*, IV (1920), 107; Z. XLV (1925), 430; Kaser, *Altröm. Jus.* (1949), 267.

§ 806. Beseler, Z. LVI (1936), 195.

§ 807. Schulz, *History* (1946), 25.

§ 808. Riccobono, Z. XXXV (1914), 214 y s.; XLIII (1922), 262 y s.; "Punti di vista critici", *Annali Palermo*, XII (1928), 522 y s.; Brandileone, l.c. y contra él Riccobono, *Annali Palermo*, l.c. 540 y s.; Taubenschlag, *Law of Greco-Roman Egypt* (1944), 299.

§ 809. Lenel, *Edict.* (1927), §§ 95, 55. Robbe, "L'autonomia dell'actio certae creditae pecuniae e la sua distinzione della condictio", SD. VII (1941), 35 y s. (inacceptable).

§ 812. H. Kreller, "Zur Geschichte der exceptio non numeratae pecuniae", *St. Riccobono*, II (1936), 283 y s., con referencias; H. Krüger, "Querella non numeratae pecuniae", Z. LVIII (1938), 1 y s.; Lemosse, *St. Solazzi* (1948), 470 y siguientes.

§ 813. Siber, Z. XXIX (1908), 47 y s.; Gradenwitz, Z. XXXIV (1913), 255 y s.; Genzmer, Z. XLIV (1924), 86 y s., 92 y s., 118 y s., 121 y s.; Montel, *La mora del debitore* (1930, no utilizable, pero vide, la recensión de Felgen-träger, Z. LI (1931), 523 y s.); Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano* (2.ª ed. 1933), 9 y s.; Guarneri Citati, *Annali Palermo*, XI (1923), 229 y s., 269 y s.; Beseler, Z. LVI (1936), 77.

3. TIPOS ESPECIALES DE «STIPULATIO»

814. Carácter general.

Consideraremos ahora tipos especiales de estipulación que ofrecen gran interés. El Derecho que las regula tuvo su desarrollo en la época republicana y presenta por esta razón, las características propias de la jurisprudencia republicana. Es un Derecho formalista, sencillo y claro. La única excepción es la *fideiussio*, creada entre fines de la República y comienzos del Principado.

I. *Novatio*

815. Concepto y especie.

La institución clásica llamada *novatio* fué una *stipulatio* que si era eficaz, sustituía una obligación existente por otra nueva. Examinemos los casos siguientes, incluidos en este concepto.

1. A y B celebran un contrato de compraventa y posteriormente una *stipulatio*; A (vendedor) pregunta a B: "Quod tu mihi debes ex vendito dari mihi spondes?". Y B contestaba: "Spondeo". ¿Cuáles son los efectos jurídicos que en este caso se producen? Un jurista moderno diría seguramente que se dan en este supuesto dos obligaciones, una resultante de la venta, y otra de la estipulación, pero de tal suerte, que si una de ellas se cumple, la otra queda automáticamente extinguida. La regla clásica y republicana era diferente: La *obligatio ex vendito* expiraba ocupando su puesto la *obligatio ex stipulatione*, independientemente de que las partes tuviesen o no *animus novandi*. La nueva obligación difería de la antigua solamente en que la *actio venditi* era una *actio bonae fidei* y la *actio ex stipulatione* no lo era.

Si B recibía 100 de A a título de préstamo y posteriormente prometía por estipulación restituir a A dicha suma, la *obligatio ex mutuo* quedaba extinguida, subsistiendo únicamente una *obligatio ex stipulatione*. Indudablemente la acción derivada del *mutuum*, era la misma que la que dimanaba de la estipulación. Se trataba en ambos casos, de una *actio certae creditae pecuniae* (supra, § 809), pero la obligación *ex stipulatione* se diferenciaba de la obligación *ex mutuo* en que la primera podía extinguirse por *acceptilatio* (Gayo, 3.169) y ser garantizada mediante *sponsio* o *fidepromissio* (Gayo, 3.119; infra, § 845). Así pues la nueva obligación implicaba una innegable ventaja para el acreedor y, por esta razón, la novación era eficaz. Si B debía 100 a A *ex stipulatione* y posteriormente prometía esta misma suma a A en virtud de otra estipulación, esta última era nula, por lo menos en Derecho clásico, pues no contenía nada que no estuviese ya contenido en la estipulación anterior (Gayo, 3.177). En cambio era válida, si la segunda estipulación contenía un *dies* o una *condicio* que faltaban en la primera.

Una pluralidad de obligaciones puede ser novada por estipulación y, consiguientemente, las obligaciones todas que pesaban sobre el prominente en favor del *stipulator* al tiempo de celebrarse la estipulación, eran susceptibles de ser novadas *uno actu*. Fué ésta la innovación introducida por Aquilio Galo, un amigo de Cicerón, con la llamada *stipulatio Aquiliana*.

2. D debía algo a C *ex vendito*, *mutuo* o *stipulatione*. Posteriormente B prometía a C por estipulación pagarle lo que D debía a C. Un jurista moderno diría que en tal caso D y B son deudores de C, de tal manera que si uno de ellos paga al acreedor, el otro queda liberado de su débito. En Derecho republicano y clásico era éste un caso de *novatio*, independientemente de que las partes tuviesen o no *animus novandi* y B quedaba deudor único de C. No se requie-

ría el consentimiento de D, pues B podía pagar al acreedor de D sin el consentimiento de éste y en tal caso la nueva obligación contenía algo realmente nuevo; el deudor.

3. D debía algo a C *ex vendito, mutuo* o *stipulatione*. Posteriormente D prometía a B, por estipulación, pagar lo que D debía a C. Era éste también un caso de *novatio*, siempre que C hubiera dado su consentimiento aunque éste no hubiese sido formalmente manifestado y, en tal caso, C no podía reclamar ya por ser B el único acreedor de D. Tampoco era exigido un especial *animus novandi*.

816. *Animus novandi*.

Estas reglas son muy sencillas aunque excesivamente formalistas. Los juristas post-clásicos requirieron el *animus novandi* y Justiniano fué todavía más lejos, al disponer (C. 8.41.8) que la *novatio* tuviese lugar solamente, cuando las partes declarasen de modo expreso su *animus novandi*. Los numerosos textos clásicos en que se consigna el requisito del *animus novandi*, están interpolados y Gayo naturalmente, nada sabe de este requisito.

Debemos consignar ahora las siguientes reglas adicionales.

817. Prior y nueva obligación.

1. Supongamos que la estipulación rezaba: "Quod Titius mihi debet tu, Seie, mihi dari fieri spondes? Spondeo". Si Ticio nada debía en realidad, Seio tampoco debe nada. Si Ticio debía algo pero podía invalidar la acción del acreedor mediante una *exceptio*, Seio podía también oponer ésta.

2. La anterior obligación se extingue y con ella todos los derechos accesorios del acreedor (fianza y *pignus*).

3. En el Derecho republicano, según la doctrina de Servio Sulpicio, la antigua obligación quedaba extinguida, incluso cuando no nacía una nueva. Indudablemente se consideraba que el acreedor había abandonado su pretensión o renunciado a ella. Los juristas clásicos mitigaron la dureza de esta norma con las siguientes artificiosas distinciones:

a) Si la estipulación novatoria era una *stipulatio non existens*, subsistía íntegramente la *prior obligatio*. Ocurría esto por supuesto, cuando no se observaba la forma prescrita para la estipulación y también, cuando el promitente era un peregrino y empleaba la palabra *spondeo* (cuyo uso sólo se permitía a los ciudadanos romanos; supra, § 805) asimismo cuando el promitente era un esclavo.

b) Si el promitente en la estipulación novatoria era un *pupillus* o una mujer, que actuaban sin la *auctoritas tutoris*, la anterior obligación quedaba extinguida y la nueva estipulación, no era una *stipulatio non existens*, aunque la promesa del *pupillus* o de la mujer fuese nula y no produjese obligación alguna.

818. Funciones.

La *novatio* clásica producía efectos parecidos a la *datio in solutum*, pues el acreedor de la obligación primitiva, era satisfecho con

lo que no le era debido. Si el *stipulator* en la estipulación novatoria, no era el acreedor de la obligación primitiva, la *novatio* venía en tal caso a ser un sustitutivo de la cesión de créditos. Si el promitente en la estipulación novatoria no era el mismo deudor de la obligación originaria, la *novatio* era en tal caso un sustitutivo de la transmisión de débitos.

Indudablemente la *novatio* sólo podía tener lugar mediante la *stipulatio*. Gayo solamente menciona esta forma de novación. Se acepta generalmente que el llamado contrato literal (infra, § 370), operaba también una *novatio*. Es posible pero no seguro. Los autores modernos afirman ordinariamente que la *litis contestatio*, operaba también una *novatio* (la llamada *novatio* necesaria en contraste con la *novatio* voluntaria celebrada mediante estipulación), en aquellos casos en que la obligación ordinaria quedaba extinguida por *litis contestatio*. Gayo se ocupa, en efecto, de la extinción de una obligación por *litis contestatio* inmediatamente después de su capítulo sobre la *novatio* (Gayo, 3.180, 181), pero sin considerar expresamente como *novatio* este medio extintivo. Gayo reproduce el dicho republicano corriente:

“ante litem contestatam dare debitorem oportere;
post litem contestatam condemnari oportere;
post condemnationem iudicatum facere oportere”.

Condemnari oportere no implica ciertamente una obligación a cargo del demandado. Además, el *pignus* en una acción personal, no se extinguía por *litis contestatio*. La idea de una *novatio necessaria* fué totalmente extraña a los juristas clásicos, y debe por tanto ser abandonada aunque tropecemos con ella en algunos textos post-clásicos anteriores a Justiniano.

II. *Alteri stipulari*

Los autores modernos, acostumbrados largamente al concepto de “contrato en favor (*en beneficio*) de una tercera persona”, se preguntaban si tal contrato fué válido en Derecho romano y, en caso afirmativo, con qué extensión lo fué. El concepto general de estos contratos comprensivos de casos muy heterogéneos, fué desconocido de los juristas clásicos y no sirve por tanto para el estudio del Derecho por ellos elaborado.

1. B prometía a A, por estipulación, pagar una suma de dinero a una tercera persona (Ticio). En Derecho clásico esta estipulación era absolutamente inválida y ni Ticio ni A tenían acción alguna contra B. La estipulación era válida en cambio si A era esclavo

819. ¿Contrato literal? *novatio* necesaria?

820. *Contractus in favorem tertii*.

821. *Alteri stipulari nemo potest*.

de Ticio o hijo *in potestate* de este último. En este caso Ticio y sólo él, era acreedor y adquiría la *actio ex stipulatione*. La regla se halla establecida expresamente por Gayo:

3. 103. "Inutilis est stipulatio, si ei dari stipulemur, cuius iuri subiecti non sumus".

3. 163. "Expositis generibus obligationum, quae ex contractu nascuntur, admonendi sumus adquiri nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eas personas quae in nostra potestate manu mancipiove sunt".

Resulta vano el intento de desfigurar este principio: una *stipulatio alteri* era nula a menos que el *stipulator* estuviese en poder de tercero. No se debe afirmar que la estipulación fuese inválida sólo en tanto no implicase una obligación frente a tercero, ni debemos admitir que la efectividad de la estipulación pueda exigirse por el *stipulator* si éste tenía un interés real en el cumplimiento de la estipulación. Ello constituye un "escapismo" de la peor especie, pues tales interpretaciones resultan absolutamente inconciliables con el texto de Gayo.

822. Razones que inspiran la norma clásica.

2. Los romanistas han intentado reiteradamente hallar la razón que justifica la norma clásica antes mencionada. Ciertamente que no fué la falta de interés en el *stipulator* lo que determinaba la nulidad de la *stipulatio alteri*, pues este interés prácticamente existía siempre. Sería insensato estipular en favor de una tercera persona, sin estar interesado en el cumplimiento de esta estipulación. Aún en el caso de que una persona desee hacer una donación en favor de un tercero, habría un interés razonable. Los juristas clásicos no pudieron ignorar esto. Por otra parte, el esclavo que estipula en beneficio de su dueño, no tenía interés alguno en la estipulación y a pesar de ello, la estipulación, era perfectamente válida. La verdadera razón fué ésta: El Derecho privado clásico excluía el principio de la representación directa. Este principio tuvo una expresión inadecuada en la conocida máxima: "per extraneam personam adquiri nobis non potest". De esta máxima deriva inmediatamente, que el promitente, no estaba obligado al tercero y que, este último no tenía acción alguna contra el promitente. La máxima enunciada implicaba además, que toda estipulación que intentase crear un derecho en el tercero, era absolutamente nula. Tal estipulación fué, para los juristas republicanos (podemos referir la regla relativa al *stipulari alteri* a Q. Mucio) una *stipulatio alteri*, pues según la forma de ésta, su única finalidad parece haber sido la de obligar al promitente con el tercero. Los juristas republicanos no pudieron distinguir entre *alteri stipulari* y *stipulari* en nombre de tercera persona (representación directa). Esta sutil

distinción confundió a muchos juristas de los siglos posteriores. Así pues la regla *alteri stipulari nemo potest*, fué una consecuencia de otra más general que excluía la representación directa. Lo dicho se confirma y aclara con la excepción, pues siempre que se admite la representación directa, es válida también la *stipulatio alteri* (por ejemplo, cuando el *stipulator* se hallaba *in potestate* del tercero).

3. Si la explicación que acabamos de dar es cierta, de ella derivará como consecuencia, que no solamente toda estipulación, sino también cualquier contrato es nulo, cuando contraviene al principio establecido de exclusión de la representación directa.

823. Otros contratos prohibidos.

Un marido celebra un contrato de compra-venta en nombre de su mujer (*nomine uxoris*); el contrato es nulo y ni el marido ni la mujer derivan de él acción alguna. Si A entrega en depósito a B una cosa, conviniendo ambos que el depositario devuelva a Ticio la cosa depositada, el contrato es igualmente nulo. A entrega una suma de dinero a B y acuerda con éste que la entrega deba ser considerada por B, como un préstamo otorgado por Ticio, el cual, por lo demás, ignora absolutamente el negocio celebrado. El contrato es nulo, pero Ticio tendrá una *condictio sine causa* contra B.

4. Por otra parte, los contratos que no se oponen a este principio son válidos aunque puedan ser considerados por modernos autores, como contratos en favor de tercero.

824. Contratos válidos *in favorem tertii*.

a) Un *mandatum aliena gratia* era válido (Gayo, 3.155). Supongamos que A encarga a B mediante un *contractus mandati* pagar a Ticio una cierta suma de dinero. La representación directa no se da aquí en absoluto, pues B no promete a A pagar a Ticio la cantidad mencionada, sino que promete ejecutar el mandato, que A puede revocar en cualquier tiempo.

b) "Centum mihi dari spondes si Ticio centum non dederis? La estipulación era válida por no implicar representación directa.

c) A y B celebran un contrato de *locatio conductio operis* por cuya virtud B promete elevar un edificio en el solar de A (*fundus Cornelianus*). B contrata los obreros necesarios para ejecutar la obra. Estos contratos son válidos, por supuesto. B podía celebrar una *locatio conductio operis* con un arquitecto, por cuya virtud este último, prometía a B levantar un edificio en el *fundus Cornelianus* de A. B podía incluso celebrar una estipulación en la cual dicho arquitecto formulase la promesa. Todos estos contratos en favor de tercera persona fueron válidos porque B no actúa en ellos como representante directo de A.

d) "Mihi et Titio dari spondes?". El promitente quedaba solamente obligado con el *stipulator*, y la cuestión que esta fórmula suscita es la de si el *stipulator* puede reclamar 100 o solamente 50 (Gayo, 3.103).

e) "Mihi aut Titio dari spondes?". El promitente quedaba obligado

solamente con el *stipulator*, pero podía pagar a Ticio (como *solutionis causa adiectus*) y pagándole, extinguir la obligación contraída con el *stipulator*.

f) A confía un depósito a B, conviniendo ambos que el depositante A pueda reclamar el depósito y que después de su muerte pueda reclamarlo igualmente Ticio. El contrato era válido, pero solamente A puede reclamar la devolución del depósito y después de muerto A, puede reclamarlo únicamente su heredero.

825. *Donatio sub modo.*

5. A hace una donación a B conviniendo con éste de modo no formal, que B transmita la donación a Ticio transcurrido que sea un cierto tiempo. Tal fué la llamada *donatio sub modo* (infra, párrafo 974); ni A ni Ticio, tienen acción alguna para exigir el cumplimiento de lo convenido, pero en los comienzos de la época clásica (fines del siglo segundo y siglo tercero), constituciones imperiales otorgaron una acción a Ticio *benigna iuris interpretatione* (Fr. Vat. 286). En el período clásico este caso, constituyó una excepción.

826. Derecho justiniano.

6. El Derecho justiniano difería del clásico en dos puntos principales:

a) El principio *alteri stipulari nemo potest* fué mantenido, pero fundado ahora en la errónea suposición de faltar ordinariamente un interés por parte del *stipulator* en el cumplimiento de la promesa. Si la *stipulatio alteri* fué hecha por el *stipulator* para liberarse este mismo de su obligación frente al tercero, se consideró válida tal estipulación por apreciar en el *stipulator* un interés razonable.

b) En algunos casos Justiniano otorgó una acción al tercero. Todos los textos clásicos en que esta acción aparece, están interpolados, con la única excepción de aquellos que se ocupan de la *donatio sub modo* aludida anteriormente (Fr. Vat. 286 = C. 1.8.54.3). Fué probablemente este excepcional caso clásico, el que indujo a los compiladores a proveer al tercero con una acción: el *fideicommissum a debitore relictum* quedaba fuera de sus previsiones.

III. *Plures rei stipulandi et promittendi*

827. Forma de la estipulación.

En una y la misma estipulación, dos o más personas pueden actuar como *stipulatores* o promitentes. Estas estipulaciones tienen lugar del modo siguiente:

1. Mevio y Seio preguntaban a Ticio:

Maeuius: Decem mihi dari spondes?

Seius: Eadem decem mihi dari spondes?

Titius: Utrique vestrum dari spondeo.

El efecto jurídico de esta estipulación fué el propio de lo que los modernos autores llaman “solidaridad activa”. Mevio y Seio pueden reclamar de Ticio 10, pero si Ticio paga 10 a Mevio, su obligación frente a Seio, queda extinguida y si Mevio condona a Ticio su deuda por *acceptilatio*, ambas obligaciones, se extinguen también. Incluso si Mevio demanda a Ticio, ambas obligaciones quedan igualmente extinguidas por el efecto consuntivo propio de la *litis contestatio*.

2. Ticio pregunta a Mevio y a Seio:

Titius: Maevi, decem mihi dari spondes?

Sei, eadem decem mihi dari spondes?

Maevius y Seius: Spondeo.

El efecto jurídico de esta estipulación fué el propio de la llamada por los autores modernos “solidaridad pasiva”. Mevio y Seio deben 10 a Ticio, pero si Mevio paga 10 ambas obligaciones se extinguen y si Ticio condona a Mevio su deuda por *acceptilatio*, Seio queda liberado. Incluso si Ticio demanda a Mevio, ambas obligaciones quedan extinguidas por efecto de la *litis contestatio*.

Los tipos de solidaridad que hemos examinado fueron los casos de la llamada “correalidad” (correalidad activa y pasiva) por los romanistas del siglo XIX, para diferenciarlos de aquellos otros constitutivos de “simple solidaridad”, en los que la *litis contestatio* por un *stipulator* o con un *promisor*, dejaba subsistente la otra obligación o las restantes obligaciones. Esta terminología no aparece en nuestras fuentes. *Correus* aparece solamente una vez (D. 34.3, 3.3) y no en sentido técnico.

828. Correalidad.

La cuestión de determinar con qué extensión podía crearse la correalidad por otros medios en Derecho clásico — en virtud de otros contratos, por ejemplo, *commodatum* o *depositum*, o fuera del ámbito contractual, por *legatum per damnationem* o por hurto (por ejemplo, una *condictio furtiva* que se da contra cada uno de los dos ladrones) — es de solución difícil que aquí no podemos abordar. Los textos más importantes se hallan interpolados y no ha habido unanimidad de pareceres acerca de lo que constituye Derecho propiamente clásico. Debemos tener presente que en Derecho clásico, dos o más acciones penales de la misma especie, se acumulan invariablemente (supra, § 73), así que en esta esfera, no hubo correalidad ni solidaridad simple. Fueron los compiladores los que convirtieron la acumulación clásica, en solidaridad en ciertos casos (infra, § 977).

829. Fin de la correalidad.

Justiniano abolió el efecto consuntivo de la *litis contestatio* en los casos clásicos de correalidad pasiva, sustituyendo ésta por

830. Reforma Justiniana.

una solidaridad simple. En lo que se refiere a la correalidad activa fué mantenido el Derecho clásico.

IV. *Adstipulatio*

831. Concepto y forma.

Una *adstipulatio* tenía lugar de este modo:

Maevius: Titi, decem mihi dari spondes?

Titius: Spondeo.

Seius: (preguntando con el consentimiento de Mevio):

Titi, eadem decem mihi dari spondes?

Titius: Spondeo.

La segunda estipulación era llamada *adstipulatio* y Seio era el *adstipulator*. La *adstipulatio* era accesoria a una estipulación completa anterior y añadida a ésta, en beneficio del *prior stipulator*.

832. *Stipulator* y *adstipulator*, no son *plures rei stipulandi*.

1. Los dos *stipulatores* no eran *plures rei stipulandi* porque no se daba la *unitas actus* (vide supra, § 827). La *adstipulatio* tenía lugar luego que la estipulación principal quedaba perfecta con el primer *spondeo* de Ticio. En la época clásica, la *adstipulatio* seguía inmediatamente a la estipulación, pero no había inconveniente alguno, en que mediase un intervalo entre ambas. El *adstipulator* podía además usar de palabras distintas de las usadas por el *stipulator* principal. Por ejemplo, podía preguntar *promittis?* cuando el *stipulator* principal había preguntado usando la palabra *spondes?*

833. Carácter accesorio de la *adstipulatio*.

2. La *adstipulatio* era accesoria a la estipulación principal, no a la obligación principal. Una estipulación principal debía preceder, observándose en ella la forma prescrita para la *stipulatio* (supra, § 805), pero la *adstipulatio* era válida, aun cuando la estipulación principal no crease una obligación.

Consideremos ahora el caso siguiente:

Maevius: Titi, decem mihi post mortem meam dari spondes?

Titius: Spondeo.

Seius: Titi, eadem decem mihi dari spondes?

Titius: Spondeo.

La estipulación principal era aquí ineficaz porque la *stipulatio post mortem stipulatoris* era *inutilis* (Gayo, 3.100), pero la *adstipulación* en cambio era eficaz. Gayo llega a decirnos que en esta época era éste el único caso en que se utilizaba la *stipulatio* (Gayo, 3.117).

El carácter accesorio de la *adstipulatio* se revela claramente por la regla que establece que el *adstipulator* puede estipular por menos, nunca por más, que el *stipulator* principal.

834. Contraste con la *novatio*.

3. La *adstipulatio* no produce los efectos propios de la *novatio* (supra, §§ 815 y s.). Si el segundo *stipulator* hubiese preguntado:

“Titi, quod debes Maevio id mihi dari spondes?” hubiera habido una *novatio* (supra, § 815), pero esta fórmula era cuidadosamente evitada en la *adstipulatio*.

4. Si una obligación derivaba de la primera *stipulatio*, la *adstipulatio* añadía una segunda obligación. El promitente era ahora deudor de cada uno de los dos *stipulatores*. Era éste un caso de solidaridad activa (supra, § 827). El promitente debía pagar una vez solamente. Si pagaba a uno de los dos *stipulatores*, ambas obligaciones quedaban extinguidas y si uno de ellos, hacía remisión de deuda al *promisor* mediante una *acceptilatio*, se producía idéntico efecto, porque la *acceptilatio* era considerada una *imaginaria solutio* (Gayo, 3.169). Por otra parte el *adstipulator*, podía exigir el pago del *promisor* lo mismo que el *stipulator* principal, lo cual evidencia que la *adstipulatio* solamente puede celebrarse con el consentimiento no formal del *stipulator*, lo mismo que la *novatio* con cambio de *stipulator* solamente podía tener validez si mediaba el consentimiento del acreedor originario (supra, § 815.3).

835. Solidaridad activa.

5. El deficiente estado de las fuentes no nos permite hacer afirmaciones precisas respecto a la *litis contestatio*. Indudablemente no hubo aquí correalidad y la *litis contestatio* de uno de los dos acreedores no afectaba al otro. De la misma manera la *novatio* de una de las dos obligaciones no surtía efecto en la otra (D. 45.2.2. se ocupa con *plures rei stipulandi* y no con la *adstipulatio*).

836. *Litis contestatio* y *novatio*.

6. El *adstipulator* fué una especie de fiduciario. Por esta razón su derecho, era estrictamente personal e intransferible a su heredero. Un esclavo podía actuar como *stipulator* adquiriendo para su dueño, pero no podía, en cambio, actuar como *adstipulator*. Un hijo sometido a potestad podía ser *adstipulator* pero su padre, no adquiriría la acción derivada de la *adstipulatio*; ésta se reservaba al hijo hasta el momento en que adquiría la condición de *sui iuris*. El *adstipulator* debía actuar en interés del *stipulator* principal. Si el promitente pagaba al *adstipulator*, éste venía obligado a restituir el importe de lo recibido al *stipulator* principal, el cual en Derecho clásico, tenía una *actio mandati* contra el *adstipulator* (Gayo, 3.111). Cuando el *adstipulator* hacía remisión de deuda al promitente, mediante una *acceptilatio in fraudem stipulatoris* (del *stipulator* principal), este último tenía a su disposición una acción oponible al *adstipulator* que fué introducida por el segundo capítulo de la *lex Aquilia* (infra, § 1.005). En el tiempo en que rigió esta ley, la *actio mandati* no existía aún (Gayo, 3.215). En Derecho clásico, esta *actio legis Aquiliae* resultaba en verdad superflua, pero fué mantenida a pesar de su inutilidad, porque implicaba para el *stipulator* principal, la ventaja de que en ella *lis infitiando crevit in*

837. El *adstipulator* como fiduciario.

duplum (infra, § 1.009). Lo dispuesto en D. (9.2) 27. 4: “Huius legis (scil. *Aquiliae*) secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit” debe considerarse como atrevida interpolación y no como texto de Ulpiano.

838. Desaparición.

7. La *adstipulatio* estaba ya moribunda al final del siglo segundo después de J.C. y desapareció totalmente en la época post-clásica. No se encuentra en nuestras fuentes post-clásicas, incluyendo en éstas, las obras jurídicas de Justiniano. En unos pocos papiros egipcios del segundo siglo después de J.C. aparecen, según algunos autores, casos claros de *adstipulatio*, pero en realidad éstas *adstipulationes* nada tenían que ver con la *adstipulatio* romana, la cual difícilmente pudo ser conocida y menos aún, practicada en Egipto.

V. *Sponsio* y *fidepromissio* accesoria.

839. *Sponsio* (Terminología).

Sponsio en su sentido más amplio es toda estipulación en que las partes usan la palabra *spondere*. En su acepción más restringida significa, una especie de garantía creada por estipulación y en la que las partes usan también la palabra *spondere*. En este lugar no hemos de referirnos a la *sponsio* en sentido amplio, sino a la acepción estricta de la misma, que llamaremos “*sponsio* accesoria”. Esta *sponsio* era en la época republicana antigua, una institución que en los tiempos clásicos, era usada exclusivamente por los ciudadanos romanos, y era inaccesible a los peregrinos de cualquiera clase que fuesen (supra, § 805).

La palabra *spondere* es semejante en su significado a la griega σπένδειν, la cual significa “hacer una libación” y “celebrar un contrato”. Al celebrar un contrato, se solía beber un vaso de vino (Jacob Grimm. *Deutsche Rechtsaltertümer*, I, 1899, 263 y s.), acto que en la antigüedad equivalía a una libación. Esta formalidad fué olvidada en la época republicana. Relacionar *spondere* con *pendere* es erróneo, ya que en la *sponsio* no hubo acto alguno de pesaje.

840. *Fidepromissio* (terminología).

Otra forma republicana de garantía, aunque de origen menos antiguo, fué la *fidepromissio*. En su acepción más amplia *fideipromissio* significa toda estipulación en la cual, las partes, usan la palabra *fidepromitto*; en su significado más estricto, equivale a una especie de seguridad que llamaremos “*fidepromissio* accesoria”. Esta forma era utilizable por los peregrinos lo mismo que por los ciudadanos.

841. Derecho referente a la *sponsio* y a la *fidepromissio*.

La *sponsio* y la *fidepromissio* accesorias se hallaban sometidas a las mismas normas legales (dejando aparte ahora la ley Publilia; infra, § 854). En atención a la brevedad, reduciremos la siguiente

exposición a la *sponsio* accesoria, debiendo tener en cuenta el lector, que nuestras afirmaciones referentes a la misma, son extensivas también a la *fidepromissio*, a menos que se diga otra cosa.

La *sponsio* accesoria tenía lugar del siguiente modo:

842. Forma

Titius: Maevi (el deudor principal) decem mihi dare spondes?

Maevius: Spondeo.

Titius: Sei (el fiador) eadem decem mihi dari spondes?

Seius: Spondeo.

La segunda *sponsio* es la *sponsio* accesoria y en el caso de la *fidepromissio*, las partes en la estipulación accesoria, usaban el verbo *fidepromittere* en lugar de *spondere*.

La *sponsio* accesoria (y la *fidepromissio*) es la contrapartida clara de la *adstipulatio* (supra, § 831). En esta, última, se daba un segundo *stipulator*, un *adstipulator*, en la primera en cambio un segundo *promisor*, un *adpromissor*.

843. *Adpromissio*.

El término *adpromissor*, comprende el *sponsor* y el *fidepromissor* y fué conocido de la jurisprudencia republicana como demuestra Festo (v. *adpromissor* [Bruns, *Fontes*, II, pág. 2]) siendo dudoso que fuese usada aún por los juristas clásicos. En nuestras fuentes legales, aparece solamente tres veces (*Voc. Iur. Rom.* I 256) y los textos que la contienen no son fidedignos.

El paralelismo es importante y debe ser tenido muy en cuenta. El lector debe comparar en detalle las normas que a continuación se establecen con lo que ya hemos dicho acerca de la *adstipulatio* (§§ 831 y s.).

1. El deudor principal y el *sponsor* accesorio no eran *plures rei promittendi*, del mismo modo que el *stipulator* principal y el *adstipulator* no eran tampoco *plures rei stipulandi*. La estipulación accesoria seguía a la estipulación celebrada con el deudor principal. No aparecían las dos combinadas en un solo acto (no había *unitas actus*). La *sponsio* accesoria podía seguir a la principal después de haber transcurrido un lapso de tiempo considerable desde que esta última se celebró y podía también diferir en cuanto a la forma, de la misma estipulación principal:

844. No hay *plures rei promittendi*.

Titius: Maevi, decem mihi dari promittis?

Maevius: Promitto.

Titius: Sei, eadem decem mihi dari spondes?

Seius: Spondeo.

2. Semejante a la *adstipulatio*, la *sponsio* accesoria era accesoria de una estipulación principal, no de una obligación principal.

845. Carácter accesorio.

a) Requería ineludiblemente la celebración de una estipulación principal. La obligación derivada del contrato consensual de compraventa, no podía ser garantizada por una *sponsio* accesoria, a menos que la mencionada obligación, fuese previamente transformada mediante *novatio* en una obligación verbal.

b) Si de la estipulación principal no derivaba obligación alguna, ello no obstante, la *sponsio* era eficaz.

Titius: Maevi, decem mihi post mortem meam dari spondes?

Maevius: Spondeo.

Titius: Sei, eadem decem mihi dari spondes?

Seius: Spondeo.

La estipulación principal era aquí ineficaz porque una estipulación *post mortem stipulatoris dari* era *inutilis* (Gayo, 3.100), pero la *sponsio* accesoria, era plenamente válida (Gayo, 3.119). Si, por ejemplo, el *promisor* de la estipulación principal era un *pupillus* o una mujer que actuaban sin la *auctoritas tutoris*, tanto el *pupillus* como la *mulier* quedaban libres de toda obligación, pero la obligación del fiador (*sponsor* o *fidepromissor*) subsistía (Gayo, 3.119).

c) La *sponsio* accesoria no podía nunca exceder a la estipulación principal. Si el *promisor* principal había prometido 10 no podía el *promisor* accesorio prometer 20; ello es lógico. Por supuesto, el fiador, podía prometer 5 únicamente (Gayo, 3.126).

846. No es una *novatio*.

3. La *sponsio* accesoria no producía el efecto de una *novatio*. Si la segunda estipulación rezaba: "quod Maevius mihi debet, id tu Sei mihi dari spondes?", se daba una *novatio* (Gayo, 3.176) pero esta fórmula era cuidadosamente evitada cuando se trataba de celebrar una *sponsio* accesoria (Gayo, 3.116).

847. Solidaridad pasiva.

4. Cuando una obligación derivaba de una estipulación principal (lo que constituía el caso corriente), la *sponsio* accesoria añadía una segunda *stipulatio*; era éste un caso de solidaridad pasiva.

848. No hay *beneficium excussionis*.

a) El acreedor podía reclamar el importe total del crédito de uno cualquiera de sus dos deudores; podía incluso dirigirse primeramente contra el fiador, y éste no podía exigir que el acreedor se dirigiese antes contra el deudor principal (el *sponsor* no tenía el *beneficium excussionis*; vide infra, § 865). La *fides* requería seguramente, que el acreedor intentase primero conseguir el pleno pago de su crédito del deudor principal, si para el acreedor resultaba ello tan fácil como exigir el pago del fiador. Si el acreedor voluntariamente se dirigía contra el fiador para con ello difamar al deudor principal, este último podría en tal caso intentar la *actio iniuriarum* contra el acreedor.

En una ciudad relativamente pequeña como fué la Roma antigua, la murmuración era inevitable y cuando un acreedor se dirigía primeramente contra el fiador se pensaba, tal vez maliciosamente, que el deudor principal era insolvente (vide infra, § 1.016).

b) Si el fiador pagaba al acreedor, el deudor principal quedaba libre y viceversa; y si el acreedor remitía la deuda a uno de sus dos deudores por *acceptilatio*, ambas obligaciones quedaban extinguidas, pues *acceptilatio* equivalía a una imaginaria *solutio*. 849. Pago.

c) La mora y la culpa de uno de los dos deudores no afecta al otro. 850. Mora y culpa.

Supongamos que P prometía *Stichum dari* y el *sponsor* accesorio (S) prometía *eundem Stichum dari*.

S incurría *in mora debitoris*, y el esclavo moría por caso fortuito. La obligación de S subsistía intacta (*perpetuatur obligatio*; supra, párrafo 813), pero la obligación de P de entregar el esclavo quedaba extinguida porque su cumplimiento era, sin culpa de P, imposible para éste

Como ya hemos dicho reiteradamente, la estipulación de un *sponsor* accesorio era accesorio de la estipulación principal, pero la obligación resultante de la *sponsio* accesorio, no era accesorio de la obligación principal y por esta razón, cuando la obligación principal se extinguía (exceptuando los casos de pago y *acceptilatio*), subsistía ello no obstante, la obligación del *sponsor* accesorio.

Si P incurría en mora y el esclavo moría en accidente, la obligación de P se perpetuaba, pero S quedaba libre de toda obligación. La opinión contraria, apoyada en un *argumentum e contrario* tomado del D. (45.1) 127 no es defendible, porque el texto carece de fidedignidad.

5. Por lo que se refiere al efecto de la *litis contestatio*, debemos partir del supuesto de que el *promisor* principal y el *sponsor* accesorio no eran *plures rei promittendi* (supra, § 832). Consiguientemente, no se daba la correalidad. Si el acreedor demandaba al deudor principal, la obligación principal quedaba extinguida por efecto de la *litis contestatio*, pero la del *sponsor* subsistía intacta, porque la existencia de éste no dependía de la existencia de la obligación principal. Si el acreedor demandaba al *sponsor* accesorio, la obligación de éste quedaba extinguida por efecto de la *litis contestatio*, subsistiendo en cambio la obligación del deudor principal. Del mismo modo, la novación de una de las dos obligaciones no extinguía la otra. 851. *Litis contestatio*.

6. La obligación del *sponsor* accesorio tenía un carácter estrictamente personal (como el derecho del *adstipulator*; supra, § 837). Dicha obligación quedaba extinguida invariablemente por la muerte del *sponsor*, sin que se transmitiese al heredero de éste (Gayo, 3.120). 852. Carácter personal de la *sponsio*.

853. Prescrip-
ción.

7. Por virtud de una *lex Furia* de fecha desconocida (aunque seguramente del siglo segundo antes de J.C.), el *sponsor* accesorio quedaba libre de su obligación, transcurrido que fuese el plazo de dos años. La citada ley se aplicaba únicamente en Italia (Gayo, 3.121, 122).

854. *Actio de-
pensi, mandati
y negotiorum
gestorum.*

8. Si el *sponsor* pagaba la deuda y no era reembolsado en el plazo de seis meses, una *lex Publilia* le otorgaba una *actio depensi* especial contra el deudor principal. La fecha de esta ley nos es desconocida, pero probablemente es del siglo segundo antes de J.C. La mencionada acción, no era utilizable por el *fideipromissor*, pero en Derecho clásico el *sponsor* accesorio y el *fideipromissor* disponían de una *actio mandati* o *negotiorum gestorum* para reclamar el reembolso.

Nos hemos ocupado únicamente del caso en que interviene un *sponsor* accesorio o un *fideipromissor*; debemos considerar ahora el supuesto de una pluralidad de fiadores (*sponsors* o *fidepromisores*).

855. *Cosponso-
res, solidaridad
y correalidad.*

1. Dos o más fiadores pueden obligarse a un mismo tiempo, *uno actu* o sucesivamente, uno después de otro: podían contraer la obligación en diferentes tiempos (por ejemplo uno hoy, el otro mañana). La *sponsio* de cada uno de ellos era accesorio de la estipulación principal; esto no necesita explicación alguna. En todo caso los *cosponsors* eran deudores solidarios. El acreedor podía reclamar el importe íntegro de su crédito de cualquiera de ellos, pero si uno pagaba al acreedor, los demás quedaban libres de la obligación.

Supongamos que el deudor principal debía 100. Tres fiadores, A, B y C habían prometido *eadem sexaginta dari*. El acreedor podía reclamar 60 de cada uno de ellos, pero si A pagaba los 60, las obligaciones de B y C quedaban extinguidas y el deudor principal debía solamente 40.

Cuando los *cosponsors* se habían obligado *uno actu* (pero después) se daba la correalidad y la *litis contestatio* con uno de los fiadores, liberaba a los demás.

856. *Beneficium
divisionis.*

2. Estas normas fueron modificadas por la *lex Furia* antes mencionada (supra, § 853). Según esta ley, el acreedor venía obligado a dividir el importe de la deuda entre los fiadores que viviesen en el tiempo en que la deuda era debida.

Supongamos que A, B, C y D fueron fiadores por una deuda de 60. Debiéndose la deuda, muere D (supra, § 852). El acreedor podía reclamar únicamente 20 de A, 20 de B y 20 de C.

La *lex Furia*, como ya se ha dicho, regía únicamente en Italia. En provincias, sobrevivió la antigua solidaridad durante todo el período clásico. El *beneficium divisionis ex epistula divi Hadriani* (infra, § 867), no se extendió nunca a la *sponsio* y la *fidepromissio* en la época clásica (Gayo, 3.121a es, con toda probabilidad, totalmente espurio; se llama a Italia, provincia).

3. La *lex Apuleia* (más antigua que la *lex Furia*) establecía que si el *sponsor* accesorio o el *fidepromissor*, hubiesen pagado más de su porción respectiva, podían reclamar el exceso de los demás cofiadores.

857. *Lex Apuleia*.

Si A, B y C eran fiadores de una deuda de 60, y A pagaba ésta totalmente, podía A reclamar 20 de B y 20 de C.

VI. *Fideiussio*

Era ésta una tercera forma de garantía creada como la *sponsio* y la *fidepromissio* accesorias, por estipulación, pero fundamentalmente distinta de estas dos antiguas especies. La *fideiussio* no es de origen antiguo. Podemos fijar su aparición en la época de Labeon. Los terminos *fideiussio* y *fideiubere* no figuran en las obras de César y Cicerón, ni en la literatura antigua. Tampoco aparecen en las *leges* que conocemos. Podemos pues afirmar, que la *fideiussio* fué creada por la jurisprudencia en el período tardío de la República o en los comienzos del Principado, probablemente por Servio Sulpicio o por Labeon. Sea de esto lo que fuere, lo cierto es que la *fideiussio*, constituye la forma más moderna de garantía y no puede extrañar, el hecho de que esta forma, eliminase las otras dos más antiguas. En Derecho justiniano sobrevive únicamente la *fideiussio*.

858. Origen.

El carácter jurídico de la *fideiussio*, en contraste con el de la *sponsio* y la *fidepromissio* puede ser descrito brevemente.

859. Carácter.

1. El *fideiussor* (a diferencia del *sponsor* y del *fidepromissor*) no promete aquello mismo que el deudor principal prometió (no era un *adpromissor* ni fué designado como tal por los juristas clásicos; supra, § 843), sino que se declara responsable del cumplimiento de la obligación principal por el deudor principal. Permítasenos ilustrar esta diferencia con los siguientes ejemplos:

Sponsio accesoría

Titus: Maevi, decem mihi dari spondes?

Maevius: Spondeo.

Titius: Sei, eadem decem mihi dari spondes?

Seius: Spondeo.

Fideiussio

Titius: Maevi, decem mihi dari spondes?

Maevius: Spondeo.

Titius: Sei, quod Maevius mihi debet, id fide tua esse iubes?

Seius: Fideiubeo.

Fideiubeo significa *iubeo debitum fide mea esse*, “Yo deseo que la deuda se apoye en (sea soportada por) mi *fides*” (mi buena fe, mi lealtad, mi fidelidad, mi responsabilidad). *Iubere* es usado como sinónimo de *velle* en *sic volo, sic iubeo* o *velitis iubeatis*. Debe advertirse que *fidepromitto* es únicamente una variante estilística de *promitto*; *fide mea spondeo* (Plinio, *epist.* 1.14.10) sólo estilísticamente difiere de *spondeo*; en ambos casos *fide* pudo haberse omitido. Pero en *fideiubeo*, “*fide*” es esencial; *fideiubeo* es una abreviatura de *iubeo id fide mea esse*.

2. La *fideiussio* no fué, como las otras dos antiguas formas de garantía, una estipulación accesoria de otra principal, sino más bien una estipulación que implicaba una obligación accesoria de otra obligación principal cuya causa podía ser distinta de la *stipulatio*. Pasemos ahora a los detalles.

860. Carácter de la obligación principal.

1. La *fideiussio* no requería como supuesto, una estipulación principal. La obligación principal, podía originarse en una *causa* que no fuese la *stipulatio* e incluso una obligación natural (*supra*, § 795), era base suficiente de la *fideiussio* (Gayo, 3.119a). Las *obligationes ex delicto* no podían por su carácter penal ser objeto en Derecho clásico de una *fideiussio*.

861. Inexistencia de la obligación principal.

2. Cuando *ab initio* la obligación principal no existe, la *fideiussio* es nula.

El contraste entre la *sponsio* y *fidepromissio* accesorias y la *fideiussio*, resulta particularmente evidente, cuando la garantía se refiere a una estipulación principal:

Sponsio accesoria

El *promisor* principal era un *pu-pillus* que actuaba sin la *auctoritas* de su tutor: la *sponsio* accesoria era válida.

El *promisor* principal era un esclavo: la *sponsio* accesoria era nula (Gayo, 3.119).

Fideiussio

El *promisor* principal era un *pu-pillus* que actuaba sin la *actoritas* de su tutor: la *fideiussio* era nula.

El *promisor* principal era un esclavo: la *fideiussio* era válida porque el esclavo estaba *naturaliter obligatus* (Gayo, 3.119a).

862. La obligación principal dejaba de existir.

3. Cuando la obligación se extinguía posteriormente, cesaba de un modo automático la responsabilidad del *fideiussor*. Así si el acreedor era satisfecho en su crédito por el deudor principal o si el acreedor remitía a éste la deuda por *acceptilatio*, el *fideiussor* quedaba liberado. Si la obligación principal se extinguía por *novatio* o *confusio* (por ejemplo el acreedor heredaba al deudor principal), la responsabilidad del *fideiussor* cesaba igualmente. Si el acreedor demandaba al deudor principal y se extinguía así la obligación principal de éste (por *litis contestatio*), el *fideiussor* que-

daba también libre de su obligación (Paul. *Sent.* 2.17.16). Si el cumplimiento de la obligación principal resultaba imposible por causa no imputable al deudor principal (por ejemplo, éste debía entregar el esclavo Stico y Stico moría por caso fortuito), cesaba la obligación de este último y también la del *fideiussor*. Incluso si el esclavo moría por *dolus* del *fideiussor*, no solamente quedaba extinguida la obligación principal (puesto que el deudor principal no era responsable de la muerte del esclavo), si que también la del *fideiussor*, porque siendo ésta accesoria como era, no podía existir sin el supuesto de una obligación principal. En este caso el acreedor tendría una *actio de dolo* contra el *fideiussor*. Si el esclavo moría en cambio, por *dolus* de un *sponsor* accesorio, la obligación principal se extinguía porque el deudor principal no era responsable de la muerte, pero la obligación del *sponsor* subsistía intacta porque esta obligación podía existir independientemente de la obligación principal.

4. Si el deudor principal se hallaba protegido por una *exceptio*, el *fideiussor* podía hacer uso de la misma, independientemente del hecho de que el deudor principal estuviese o no obligado a reembolsar al fiador. 863. *Exceptio.*

5. La obligación del *fideiussor* no podía ser más onerosa que la obligación principal. Si el deudor principal debía 100, el *fideiussor* podía responder por 50, pero nunca por más de 100. En este aspecto la *fideiussio* no difiere de la *sponsio* y *fidepromissio* accesorias (Gayo, 3.126). 864. *Fideiussio in minus.*

6. El deudor principal y el *fideiussor* eran deudores solidarios. El acreedor podía dirigirse primeramente contra el *fideiussor*, el cual en Derecho clásico carecía del *beneficium excussionis*. Este beneficio fué introducido por Justiniano (*Novella*, 4, cap. 1). El deudor principal y el *fideiussor* no eran *plures rei promittendi* y, por tanto, no podía darse en ellos la correalidad. Si la obligación del *fideiussor* era objeto de novación, la obligación principal subsistía inalterada, y si el acreedor demandaba al *fideiussor*, la *litis contestatio* extinguía la obligación de éste, pero no en cambio la del deudor principal. Una doctrina muy extendida afirma que la *litis contestatio* con el *fideiussor* consumía también la obligación principal, pero esta afirmación no tiene, en verdad, apoyo alguno en textos fidedignos y se basa solamente en dudosas especulaciones. 865. *Solidaridad, no correalidad.*

7. Si el *fideiussor* pagaba al acreedor, podía exigir del deudor principal, el reembolso con la *actio mandati* o *negotiorum gestorum*. El artificioso expediente del *beneficium cedendarum actionum* no existió con toda seguridad en Derecho clásico. 866. *Reembolso.*

Supongamos que el acreedor reclamaba el pago del *fideiussor* y que este último se declaraba dispuesto a efectuarlo si el acreedor le cedía su acción contra el deudor principal. Accedía el acreedor y el *fideiussor* pagaba. Este pago podía ser considerado como el precio satisfecho para adquirir la acción, ya que ésta no quedaba extinguida. Si el *fideiussor* era demandado por el acreedor podía éste ser compelido por el juez (mediante una *exceptio doli*) a ceder su acción contra el deudor principal (la cual como ya se ha dicho no se consumía por la *litis contestatio* con el *fideiussor*) al *fideiussor*. Este artificioso medio no fué practicado en Derecho clásico y la *actio mandati* con la *negotiorum gestorum*, fueron remedios suficientes.

867. *Beneficium divisionis*.

8. Dos o más *fideiussores* son deudores solidarios y sólo en el caso en que se hubieran obligado *uno actu* serían deudores correales. En una *epistula Hadriani*, los *cofideiussores* gozaban de un *beneficium divisionis*, por cuya virtud el acreedor, venía obligado a distribuir el importe de la deuda entre los fiadores que fuesen solventes al tiempo de producirse la *litis contestatio*. La opinión que limita este beneficio a los *fideiussores* obligados *uno actu*, es infundada.

Supongamos que A, B, C fueran *confideiussores* por 60. Si todos ellos eran solventes, el acreedor podía reclamar 20 de cada uno; pero si C era insolvente A y B debían responder cada uno por 30.

868. Reembolso entre *confideiussores*.

9. Si uno de los *cofideiussores* pagaba al acreedor, los demás se hallaban obligados a reembolsarle *pro parte*. El fiador que hubiese pagado tenía contra ellos una *actio mandati, negotiorum gestorum* o *pro socio*; el *beneficium cedendarum actionum* no existe en Derecho clásico.

869. Derecho justiniano.

Como ya se ha dicho (§ 858), sólo la *fideiussio* sobrevive en Derecho Justiniano, habiendo desaparecido ya la *sponsio* y *fidepromissio* accesorias. Cuando los compiladores insertaban en sus compilaciones un texto referido a la *sponsio* o *fidepromissio* accesorias, sistemáticamente, sustituían estas viejas formas de fianza por la más moderna de la *fideiussio*. En general, es fácil la prueba de estas interpolaciones. Justiniano abolió también el efecto consuntivo de la *litis contestatio* (C. 8.40.28). De otras especies de interpolaciones relacionadas con esta materia, no podemos ocuparnos aquí. Baste decir que no contamos todavía con un análisis completo y crítico de los textos justinianos.

FUENTES

§ 815. Vide Gayo, 3.176, 177; D. (46.2) 1 pr. [*vel... naturalem*]; [*transfusio atque*]; (46.2) 8.5 [*si hoc... alter liberatur*]; (46.2) 34.2; *Stipulatio Aquiliana*: D. (46.4) 18; *Inst. Inst.* (3.29) 2; D. (2.15) 4.

§ 816. Vide *Inst. Iust.* (3.29) 3a; D. (46.2) 2 [*ex quacumque... obligationes*].

§ 817. Vide Gayo, 3.176, 179; C. (8.40) 4 [*legitime perfecta*]; D. (46.2) 18 [*legitime facta*]; (13.7) 11.1.

§ 819. Vide Gayo, 3.180, 181; D. (20.1) 13.4; (46.2) 29 [*voluntariae*]; [*si id... actum est*], pero el texto completo es de origen post-clásico; *Fr. Vat.* 268 [*si... novavit*]; vide Beseler, *Z. XLIII* (1922), 539.

§ 821. Vide Gayo, 3.103, 163; 2.95; D. (50.17) 73.4; C. (5.12) 26; (8.38) 3 pr. [*nisi sua intersit*].

§ 823. Vide C. (4.50) 6.3; (3.42) 8 [*commodavit aut*]; [*strico iure*]; [*utilis... actio*]; D. (12.1) 9.8 [*nec dubitari... debitori nostro*].

§ 824a. Vide D. (17.1) 6.4.

§ 824b. Vide D. (45.1) 38.17.

§ 824c. Vide D. (45.1) 38.21 (texto corrompido, pero clásico en lo sustancial).

§ 824d. Vide Gayo, 3.103; D. (45.1) 110 pr.; D. (18.1) 64 [*est*] «*esto*»; [*personam... ideoque*].

§ 824e. Vide Gayo, 3.103a; D. (20.1) 33; (46.1) 23.

§ 824f. Vide D. (16.3) 26 pr., *salva* [*ve*]; [*filio an marito*]; cf. Stephanus schol. 3 ad Bas. (13.2) 26, Heimbach, 2.54.

§ 825. Vide *Fr. Vat.* 286.

§ 826. Vide D. (45.1) 38.17 y 22 (interpol.); *Inst. Iust.* (3.19) 19 y 20, primera frase; C. (8.38) 3 pr. [*nisi sua intersit*]; C. (5.14) 7 [*licet*]; [*tamen... actio*]; cf. Thalelaeus schol. 2 and Bas. (29.1) 37, Heimbach, 3.483; D. (30) 77 [*quasi... debitori*]; [*quod cum... potest*]; vide Beseler, *Z. XLV* (1925), 262.

§ 827. Vide *Inst. Iust.* (3.16) pr. y 1; D. (45.2) 16, auténtico; (46.2) 31.1 para *utriusque obligationem*; [*iudicium*]; (45.2) 2 [*aut... aut*]; [*et singuli... ideoque*]; (45.2) 11. 2.

§ 829. Vide D. (45.2) o pr. [*funt... decem dato*] con Beseler, *St. Bonfante*, II, 74; (30) 8.1, espúreo (Beseler, *Z. XLVII*, 371 y s.) (31) 16, espúreo (Beseler, *ibid.* 373); Gayo, 2.205; D. (9.3) 1.10; (9.3) 3 [*sed*] «*ets*»; «*non*» *liberabuntur*; cf. Bonfante, *Scritti*, III, 231.

§§ 831 y s. Vide Gayo, 3.110-14, 117, 215, 216.

§ 842. Vide Gayo, 3.116, primera frase.

§ 845. Vide Gayo, 3.118, 119, 126.

§ 846. Vide Gayo, 3.116, 176, 179 *in fine*.

§ 848. Vide D. (47.10) 19.

§ 850. Vide D. (38.1) 44, *debito* [*fideiussor*] «*sponsor*»; (45.1) 88 [*fideiussor*] «*sponsor*» *hominem*; [*fideiussor*] «*sponsor*» *autem*; (45.1) 127 [*pupillus*] «*mulier*»; [*fideiussorem*] «*sponsorem*» *dedit*; [*pupillo*] «*muliere*» *nec* [*fideiussor*] «*mulier*» *nec* *sponsor*; [*propter... moram*]; [*fideiussorem*] «*sponsorem*» *obligatum*.

§ 852. Vide Gayo, 3.120.

§ 853. Vide Gayo, 3.121, 121a; Ulpiano, *Disput. lib. III* (*Fragmenta Argorat. Seckel-Kübler, Iurisprud. Anteiust. I*, 493).

§ 854. Vide Gayo, 3.127; 4.9.

§ 856. Vide Gayo, 3.121.

§ 857. Vide Gayo, 3.122.

§ 859. Vide Gayo, 3.116.

§ 860. Vide Gayo, 3.119a; D. (46.1) 70.5 [*non*] *sic*; [*nam... vim habet*].

§ 861. Vide D. (46.1) 23.

- § 862. Vide C. (8.40) 4 [legitime perfecta]; D. (46.1) 21.3; Paul. Sent. (2.17) 16; D. (4.3) 19.
- § 863. Vide D. (39.5) 24 legis «Cincia».
- § 864. Vide Gayo, 3.126.
- § 866. Vide Gayo, 3.127.
- § 867. Vide Gayo, 3.121.
- § 868. Vide Gayo, 3.122, verb. itaque si, etc.
- § 869. Cp. Inst. Inst. (3.20) pr. §§ 5, 6 con Gayo, 3.115, 117, 126, 127.

BIBLIOGRAFÍA

§§ 815 y s. E. Weiss, PW. XVII, 1.156 y s., con referencias; Beseler, Z. XLVII (1927), 357; LXVI (1948), 386; Bonifacio, St. Solazzi (1948), 290 y s. (inaceptable); Beretta, St. Ferrini, III (1947), 77 (inaceptable). Sobre "aliquid novi", vide Beseler, Z. LXVI (1948), 330, con referencias, 601. Sobre la stipulatio Aquiliana, vide Wlassak Z. XLII (1921), 394 y s.; Taubenschlag, Law Greco-Roman Egypt (1944), 307, 322.

§ 816. De Ruggiero, "Novatio legitime facta", Bull. XI (1898), 49; Scialoja, St. Perozzi (1925), 407 y s.; Cornil, "Cause et conséquences de l'apparation tardive de l'animus novandi", Mélanges Fournier (1929), 87 y s.; Meylan, "La Réforme justinienne de la novation", Acta CI. II (1935) 277.

§ 817. W. Flume, Studien zur Akzessorietät der röm. Bürgerschaftsstipulationen (1932), 65-9.

§ 819. I. Goldschmidt, Prozess als Rechtslage (1925), 53, 56.

§§ 820 y s. Pernice, Labeo, III, 1 (1892), 189, 193, 333 y s.; Eisele, Beiträge zur röm. Rechtsgeschichte (1896), 76 y s.; Riccobono, "Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in diritto romano", Annali Palermo, XIV (1930), 399 y s.; Pacchioni, I contratti a favore di terzi (3.^a ed. 1933, no utilizable); Cornil, St. Riccobono, IV (1936), 241 y s.; Vazny, ibid. 359 y s.; Albertario, "I contratti a favore di terzi", Festschrift P. Koschaker, II (1939), 16 y s., con referencias; CORSO, Le obbligazioni (1948), 199, 229; Beseler, Scritti Ferrini, III (1948), 276. No nos hemos ocupado de la stipulatio post mortem, sobre ésta vide F. E. Vassalli, Di talune clausole con riferimento ad "dies mortis" nel legato e nella stipulazione (1910); Albertario, Lc. 36 y s. Sobre la distinción entre representación directa y contratos en favor de tercero, vide H. Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingekung von Verträgen (1852), 121 y s. (historia de la doctrina de los glosadores); O. Gierke, DP. III (1917), 380, 386 y s. Sobre el Derecho medieval y holandés, vide De Wet, Die ontwikkeling van die voorenkoms ten behoeve van'n derde (1940).

§ 826. Vide especialmente Eisele, l.c.; Albertario, l.c. 22 y s. Sobre el fideicommissum a debitore relictum, vide K. Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte (1899), 1 y s. (completamente acritico); Beseler, Z. XLV (1925), 262 y s.; Windscheid-Kipp, Pand. II (1905), § 316, núm. 4.

§§ 827 y s. J. Binder, Die Korrealobligationen (1899), con referencias a la antigua bibliografía; E. Levy, Die Konkurrenz der Aktionen und Personen, I (1918), 173 y s.; 375 y s.; Kerr Wylie, Solidarity and Correalty (1923); Bonfante, Scritti, III (1926), 209, y s., 368 y s.; Beseler, Beiträge, IV (1920), 271 y s.; St. Bonfante, II (1930), 74; Z. XLIV (1924), 387; XLVI (1926), 89 y s.; XLVII (1927), 371 y s., 373; Schulz, St. Bonfante, I (1930), 357 y s.; Albertario, "Sulla applicabilità della riforma giustiniana a conte-

nuta in C. 8.40.28", *Studi Mancaleari*, 1938 (*Studi Sassaressi*, ser. 2, vol. 10), no utilizable; Corso, *Le obbligazioni solidali* (1948); Archi, "La funzione del rapporto obbligatorio solidale", *SD. VIII* (1942), 197 y s.; *Sul concetto di obbligazione solidale* (1940).

§§ 831 y s. Pernice, *Z. XIX* (1898), 178.

§ 838. Taubenschlag, *Law of Greco-Roman Egypt* (1944), 233.

§§ 839 y s. W. Flume, *Studien zur Akzessorietät der röm. Bürgschafts stipulationen* (1932, fundamentalmente); E. Levy, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio* (1907); sobre este libro, vide Mitteis, *Aus. röm. und bürg. Recht (Festgabe für E. I. Bekker, 1907)*, 126, núm. 1; *Z. XXVIII* (1907), 487, número 1; Wenger, *Z. XXVIII* (1907), 487 y s.; Flume, 11; Kerr Wylie, *Solidarity and Correality* (1923); Levy, *Seminar*, II (1944), 6 y s. De Martino, *Studi sulle garanzie personali, I. L'autonomia classica della sponsio* (1937), inacceptable; Beretta, *Scritti Ferrini*, III (1947), 77 y s., con referencias (inacceptable). Anticuado, pero todavía útil: Girtaner, *Die Bürgschft nach gemeinem Civilrecht* (1850); O. Geib, *Zur Dogmatik des röm. Bürgschaftsrechts* (1894).

§ 843. Solazzi, *Bull. XXXVIII* (1939), 19 y s.; Flume, 14 y 126.

§ 844. Flume, 13.64 y s.

§ 850. Flume, 105 y s., con referencias; Beseler, *Z. LXVI* (1948), 317.

§ 852. Levy, l.c. 45 y s.

§§ 853, 854. Levy, l.c. 58 y s.; G. Rotondi, *Leges publicae* (1912), 473, 476.

§ 856. Beseler, *Beiträge*, IV (1920), 111; Solazzi, *Glosse a Gaio*, II, 313; Albertario, *Studi*, V (1937), 487; Archi, l.c. 265, 275 y s.

§ 857. Levy, l.c. 58; Rotondi, l.c. 246, 506; Archi, l.c. 265 y s.

§ 858. Vide para bibliografía 831 y s. Bibliografía. Además Buckland, "Les Limites de l'obligation du fideiussor", *RH. XII* (1933), 116 y s.; "Principal and fideiussor. Consumptio litis", *Juridical Review*, LIII (1941), 281 y s.

§ 860. Levy, l.c. 132, núm. 3; Beseler, *Beiträge*, IV (1920), 273; V (1931), 80; Siber, *Röm. Privatrecht* (1928), 295.

§ 862. Flume, 105 y s., con referencias.

§ 863. Beseler, *St. Bonfante*, II (1930), 75.

§ 865. Siber, l.c. 297; Buckland, "Principal and fideiussor", l.c.

§ 867. Levy, l.c. 137 y s.; Archi, l.c. 276 y s.

§ 868. Levy, l.c. 164 y s.; Beseler, *Beiträge*, IV (1920), 275; Archi, l.c. 279 y siguientes.

§ 869. Levy, l.c. 87 y s.; Schulz, *St. Bonfante*, I (1930), 357 y s.

4. LOS LLAMADOS CONTRATOS LITERALES

Entre las obligaciones creadas por contrato, Gayo menciona la *obligatio quae literis fit* (Gayo, 3.88 y 128). No fué éste un simple contrato escrito (Gayo, 3.134), y su naturaleza exacta, no puede ser deducida de la corta exposición gayana (3.128-33). Se cree generalmente que este contrato, consistía en asientos practicados en el libro mayor (*codex accepti et expensi*), el cual fué muy usado en Roma. Esta doctrina no puede ser probada por deficiencia de las fuentes, pero es muy posible que corresponda a la verdad. Tal vez las tablillas halladas en Herculanium, puedan proporcionar mate-

870. Contrato literal.

rial más abundante. Por de pronto renunciamos a ocuparnos de este enigmático contrato. En todo caso, esta forma contractual, no sobrevivió al Principado. Lo que Justiniano llama en sus Instituciones (3.21) *litterarum obligatio*, no guarda relación alguna con el contrato literal y se refiere, a la *exceptio non numeratae pecuniae* (supra, § 812).

F U E N T E S

Vide. Gayo, 3.128-33; *Inst. Iust.* 3.21.

B I B L I O G R A F Í A

Steinwenter, PW. XIII. 786 y s. Arangio-Ruiz, "Les Tablettes d'Herculanum", RIDA. I (1948), 15-17.

5. CONTRATOS REALES EN GENERAL

871. Concepto y especies.

Volvemos ahora a ocuparnos de los contratos no formales de Derecho clásico, comenzando con los llamados contratos reales. Ya hemos mencionado este grupo de contratos (supra, § 800) y repetimos aquí su definición: Los contratos reales eran contratos no formales, celebrados mediante la transmisión de cosas corporales y que obligaban a restituirlas al que las recibía (*re contrahitur obligatio*). El Derecho civil clásico conoció cuatro contratos reales: *mutuum*, *commodatum*, *depositum*, *pignus*. Expondremos a continuación, los detalles concernientes a cada uno de estos contratos. El contrato real pretorio, llamado *receptum cautionum*, será tratado al estudiar los *pacta praetoria* (infra, § 971).

872. Elementos constitutivos.

Dos requisitos eran esenciales en todo contrato real: (1) una *traditio rei* o *rerum*: (2) el acuerdo de las partes sobre la finalidad legal de la *traditio*. Ambos requisitos eran en realidad, elementos constitutivos del contrato. Si no había acuerdo no había contrato y si faltaba la *traditio* el acuerdo era nulo. Si A entregaba a B en depósito una suma de dinero y B la recibía creyendo que se le entregaba como préstamo, no hay *depositum* ni *mutuum*.

873. Carácter de la obligación.

De todo contrato real deriva una obligación de restituir la cosa dada y recibida, bien la misma cosa o bien (en caso de *mutuum*), otra cosa de la misma especie. Así por ejemplo si se entrega en *mutuum* cierta cantidad de vino, el que la recibe, no puede ser obligado por acuerdo mutuo a restituir cereales, ni tampoco puede quien recibe un préstamo de dinero ser obligado por el solo efecto del contrato real, a pagar intereses. Si la cosa depositada parecía

y el depositario era responsable de su pérdida, venía obligado a reparar el daño causado.

En Derecho clásico no existió el tipo de contrato mixto real verbal — *re et verbis contrahitur obligatio* —. A puede prometer a B, previamente, por estipulación, restituir un préstamo que espera recibir de B. Luego que B le ha otorgado el préstamo, no hay más que un solo contrato: el de estipulación. Si la estipulación seguía a la *datio mutui*, se daba una *novatio* (supra, § 815). Si la persona que recibía un préstamo de dinero, prometía intereses por estipulación, se daban dos contratos: el contrato real *mutuum* y el contrato verbal.

874. Contrato real verbal.

FUENTES

§ 871. Vide Gayo, 3.89, 90; D. (44.7) 1.3-5.

§ 872. Vide D. (12.1) 18 pr. hasta *acceperit*; (12.1) 18.1 hasta *accepi*.

§ 873. Vide D. (12.1) 2 pr.

§ 874. Vide D. (44.7) 52 pr. 3 (espurio); (46.2) 6.1 [*sine stipulatione*]; [*unus contractus est*] «*duo contractus sunt*»; [*idem*] «*aliud*»; (46.2) 7 [*non*] *puto*; [*quia... fieri*].

BIBLIOGRAFÍA

§§ 871 y s. Brasiello, “*Obligatio re contracta*”, *St. Bonfante*, II (1930), 539 y s.

§ 874. Pernice, “*Der sogenannte Realverbalcontract*”, *Z. XIII* (1892), 246 y s.; Segrè, “*Mutuo e Stipulatio nel diritto rom. class. e giustiniano*”, *St. Simoncelli* (1917), 233 y s., no utilizable; De Ruggiero, *St. Perozzi* (1925), 375.

6. «MUTUUM» Y «COMMODATUM»

El *mutuum* es un préstamo de dinero o de otras cosas fungibles (vino, cereales, etc.) que consiste en la transmisión al que las recibe, de la propiedad de dichas cosas, quedando el prestatario obligado a restituir una cantidad igual de éstas y no las mismas cosas recibidas *in specie*.

875. Conceptos.

La etimología de la palabra *mutuum* es dudosa. La explicación de Gayo (3.90) “*mutuum appellatum, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit*” es, por supuesto, disparatada. *Mutuum* derivaba de *mutare* y probablemente significa “cambio”, esto es “dar unas monedas para recibir otras de igual valor”: Varro, *De lingua Latina*, 5. 179 (Bruns, *Fontes*, II, 54): *Si datum quod reddatur, “mutuum”*.

Commodatum (= *commodo datum*) o *utendum datum*, era un préstamo de cosas muebles (por regla general no fungibles) o in-

muebles. Este préstamo no supone transmisión de propiedad al receptor, y éste venía obligado a restituir las mismas cosas recibidas.

876. Formas de préstamo.

El *mutuum* y el *commodatum* son formas de préstamo. Escritores no juristas no sienten escrúpulo alguno en decir *nummos dare utendos mutuos* o *nummos commodare* siendo el término jurídico propio para designar el interés, *usurae*, esto es, recompensa o premio por el *usus*. Los juristas introdujeron una distinción terminológica entre ambas formas: lo que se presta en concepto de *mutuum* es el valor de las monedas (o de otras cosas fungibles) y no las cosas mismas, y no hay por tanto necesidad de restituir éstas; lo que se presta en *commodatum* es, en cambio la cosa misma.

Maitland (Pollock y Maitland, *History*, II, 170) dice: “El *mutuum* no se distingue del *commodatum* (en la literatura jurídica inglesa de la Edad Media...). Frecuentemente se aplica al prestamista la expresión *commodare* o *accommodare pecuniam*... Incluso en nuestros días, carecemos en inglés de palabras que correspondan claramente a esta distinción. Prestamos libros y medias coronas, confiando en que recuperaremos los mismos libros, pero no aquellas mismas medias coronas que prestamos. En ambos casos, se habla aún de préstamo”. Gibbon, *Decline and Fall*, c. 44: “La lengua latina expresa muy felizmente la fundamental diferencia existente entre *commodatum* y *mutuum*, distinción que por nuestra pobreza lexicológica, no es posible mantener en inglés, viéndonos por ello precisados a subsumir ambos conceptos en una sola palabra: préstamo”. Esta pobreza, no es sin embargo privativa de la lengua inglesa. El término griego *χρησις* designa *commodatum* y *mutuum*, aunque Aristóteles (*Eth. Nic.* 1.131a. 3) intentó diferenciar *χρησις* (*commodatum*) del *δανεισμός* (*mutuum*); vide Taubenschlag, *Law of Greco-Roman Egypt* (1944), 267. El *Code civil* francés, art. 1.874, aplica el término *prêt* a los dos conceptos de *commodatum* y *mutuum*, distinguiendo *prêt à usage ou commodat* y *prêt de consommation ou simplement prêt*. El BGB, alemán (§§ 598, 607) llama al *mutuum* “Darlehen” y al *commodatum* “Leihe”, terminología desdichada y extraña al Derecho germánico, el cual insiste en denominar “Leihe” al *mutuum*. El Derecho de obligaciones suizo (art. 305 y 312) llama a ambos contratos “Leihe”, distinguiendo entre “Gebrauchsleihe” (*commodatum*) y “Darlehen” (*mutuum*). El antiguo Derecho germánico no diferenció ambas formas, denominándolas indistintamente “Leihe” y las fuentes latinas *res praestita* (Gierke, *DP.* III, 575). Para terminar: la nomenclatura romana es única y este detalle, revela el especial rigor del pensamiento jurídico romano y su tendencia a la *proprietas verborum* (Quintiliano, *Inst. or.* 5.14.34).

I. *Mutuum*

877. Transmisión de propiedad.

Era requisito esencial del *mutuum*, la transmisión de la propiedad del dinero o las cosas fungibles a la persona que las recibía.

Por motivos de brevedad nos ocuparemos solamente del préstamo de dinero en esta exposición.

1. El caso más simple fué el de un propietario de dinero que transmitía la propiedad por *traditio mutui causa*. Si el prestamista no era dueño del dinero, no podía transmitir su propiedad (supra, § 620) y consiguientemente no había *mutuum*. Pero ¿qué ocurría si el receptor en este caso mezclaba el dinero recibido con el suyo propio adquiriendo así la propiedad, o si llegaba a ser propietario por *usucapio*? En realidad no había contrato de *mutuum*. El prestamista podía ejercitar una *condictio* contra el receptor, la cual sería una *condictio sine causa* y no una *condictio ex mutuo*.

2. A debía 100 a B. El acreedor B, ordenaba a su deudor A, que entregase 100 a C como préstamo que el mismo B otorgaba a C. Mediante esta entrega, había un contrato de *mutuum* entre B y C, siempre que B y C hayan llegado a un acuerdo respecto al objeto o finalidad jurídicos de dicha entrega. Éste era el punto de vista clásico. Otros juristas más antiguos negaron que en tal caso hubiese un *mutuum* por exigirse ineludiblemente para que lo hubiese, una transmisión de propiedad del *mutuo dans* al *mutuo accipiens* (vide Gayo, 3.90 *ex meo tuum fit*).

3. A debe a B 100 como precio de una compra-venta. Cuando esta deuda era exigible, A solicita retener la suma adeudada como préstamo, y B accede. En Derecho justiniano se daba en tal caso el *mutuum*, en cambio no se daba en Derecho clásico. Los juristas clásicos, Juliano lo mismo que Ulpiano, estimaron nulo este acuerdo.

4. A entrega una *res nec mancipi* a B, autorizándole a vender la cosa y a retener el precio conseguido con la venta en concepto de préstamo. En Derecho justiniano B retenía la suma como *mutuum*, y asumía el riesgo de la cosa hasta el momento de venderla. Los juristas modernos llaman a este contrato, innecesaria y erróneamente, *contractus mohatrae*. En Derecho clásico no se daba aquí *mutuum* y A soportaba el riesgo de la cosa.

Mohatra es una palabra del latín medieval derivada de la voz árabe *muchatara* (= riesgo): Du Cange, *Glossarium*, v. "mohatra". Este término fué usado para designar la siguiente transacción: A vende a B una cosa por 100 con la condición de que el precio le sea satisfecho, por ejemplo, al transcurrir un año. Inmediatamente de celebrada esta venta, A compra la misma cosa a B por 80, y el comprador recibe la cosa y paga el precio (80). Transcurrido el plazo de un año B debe pagar 100, o sea, un préstamo de 80 más 20 de interés. Tal expediente sirvió para eludir la prohibición canónica de la estipulación de intereses.

878. Interés.

El *mutuum* no era necesariamente gratuito, pero el interés no podía ser reclamado *ex contractu mutui*, pues el contrato real, sólo podía crear la obligación de restituir la cosa recibida (en el caso de *mutuum* cosas de la misma especie). El prestatario podía prometer intereses mediante una estipulación. El límite clásico fué la *usura centesima*, esto es 1/100 mensual = 12 por ciento al año. En el caso de *faenus nauticum* no se daba esta limitación.

Faenus nauticum o *pecunia traiectica*, era un préstamo que el prestatario debía restituir solamente en el caso, de que la nave llegase salva al puerto de destino. El riesgo asumido por el prestamista en este caso parecía justificar lo elevado del interés. En el fondo fué este préstamo un contrato de seguro, y el interés la prima.

879. Acciones.

No hubo en Derecho clásico una *actio ex mutuo* especial. El prestamista podía utilizar la *actio certae creditae pecuniae* (tratóndose de un préstamo de dinero) o la llamada *condictio triticaria* (en el caso de préstamo de otras cosas fungibles). Ya anteriormente hicimos mención de estas acciones (§ 809) y sólo queremos subrayar ahora que la *mora debitoris*, no producía consecuencia jurídica alguna, pues ni podían reclamarse intereses *ex mora* mediante el ejercicio de las mencionadas acciones (supra, § 813), ni la responsabilidad del prestatario aumentaba tampoco por efecto de la mora, ya que desde el momento de aceptación del préstamo, el deudor respondía como cualquier otro deudor de dinero u otras cosas fungibles, por *omnis casus*.

380. *Senatusconsultum Macedonianum*.

Un *senatusconsultum* del tiempo de Vespasiano, llamado por los juristas *senatusconsultum Macedonianum*, disponía que en caso de otorgarse un préstamo de dinero a un hijo sometido a potestad, el prestamista no tenía acción alguna contra él. El préstamo hecho a un hijo de familia era válido *iure civili*, a pesar de que el hijo no adquiría la propiedad del dinero, y de pasar éste íntegramente al padre. El prestamista podía demandar al hijo, pero la ejecución de la sentencia no era posible, por la sencilla razón de que el hijo no tenía patrimonio y la ejecución en su persona, no era permitida (supra, § 267). Cuando el hijo pasaba a ser *sui iuris* por muerte de su padre, el acreedor podía valerse de los medios ejecutivos usuales. De conformidad con el texto del *senatusconsultum*, el pretor (o el gobernador de la provincia) debía denegar la *actio certae creditae pecuniae* (*denegare actionem*; supra, § 17). Algunas veces el pretor rehusaba la acción de modo directo, pero, por regla general, se contenta con insertar una *exceptio* en la *formula*: “si in ea re nihil contra senatusconsultum Macedonianum factum est” (Lenel, *Edict.* § 279). Si el pretor no denegaba la acción, venía

obligado *officio suo* a insertar esta *exceptio*, por obediencia al *senatusconsultum*.

El fin perseguido por el *senatusconsultum* fué impedir que los capitalistas prestasen dinero a los hijos sometidos a potestad, ya que estos préstamos eran considerados *adversus bonos mores*. El *senatusconsultum*, no obedeció a la necesidad de cortar el abuso que suponía el hecho de que el prestamista estipulase un interés excesivo, ya que el *senatusconsultum* se aplicaba también cuando no se hubiese estipulado interés alguno y como, por otra parte, el prestamista no puede esperar que la restitución se haga efectiva sino después de la muerte del padre, los préstamos a los hijos de familia, constituían en cierto modo, una peligrosa asechanza puesta a la vida del *pater* ya que el prestamista, podía sentirse estimulado a atentar contra ella, para conseguir así, el reintegro de su préstamo. Recuérdesse que la *substitutio pupillaris*, se disponía en tabillas separadas (*in secundis tabulis*), para no poner en peligro la vida del *pupillus* (supra, § 458). Por otra parte, estos préstamos proporcionaban al hijo, los medios de mantener una vida poco decorosa, librándole al propio tiempo, de la preocupación de restituirlos, ya que esta restitución no era posible legalmente, mientras viviese el padre. La finalidad perseguida por esta disposición legal a que nos referimos, no fué la de proteger al hijo contra las consecuencias de su propia locura; esta protección hubiera sido absurda, porque en muchas ocasiones se trataba de un hijo que había conseguido ya una completa madurez. El cónsul mismo podía perfectamente hallarse sometido al poder paterno. En realidad, el castigo impuesto al prestamista, venía a ser un medio de protección en favor del hijo, pero era un efecto, un reflejo, de la medida punitiva. Así, cuando el acreedor no merece sanción alguna, por no saber que el prestatario se hallaba sometido a potestad, no se aplica el *senatusconsultum*. Por otra parte, si el hijo pagaba el préstamo después de adquirir la condición de *sui iuris*, no podía reclamar el dinero devuelto, ni siquiera cuando lo hubiese pagado inadvertidamente. El Senado decretó en este caso solamente que debía ser denegada la acción.

Aunque poseemos el texto del *senatusconsultum* (D. 14.6 1 pr.), éste es problemático. Macedo, que dió el nombre a la disposición, no fué un cónsul, sino un hijo sometido a potestad, y protagonista de un suceso que provocó el senadoconsulto. Macedo había cometido un crimen y en el proceso correspondiente declaró, que sus deudas le habían impulsado a cometerlo. Los profesores bizantinos referían a sus alumnos que Macedo, bajo la presión de sus acreedores, había asesinado a su padre. (Teófilo, *Paraphrasis Inst.* 4.7.7; cf. *Inst. Inst.* 4.7.7.; D. 14.6.3.3). Evi-

dentemente esta historia no corresponde a la verdad, ya que en Derecho clásico, el acreedor no cuenta con medio alguno de conseguir el pago por el hijo sometido a potestad. A este respecto, la posición jurídica del hijo, lejos de mejorar, empeora con la muerte del padre, porque con ella, se convierte en *sui iuris* y, consiguientemente, expuesto a sufrir la ejecución. Sin embargo, puede ser cierto que Macedo matase a su padre; tal vez necesitase más dinero para continuar su vida licenciosa y no pudiese conseguir crédito por las muchas deudas contraídas. Si esperaba conseguir una cuantiosa herencia de su padre, ésta representaría para él, el medio de pagar a sus acreedores y de obtener más crédito. Sex. Roscio fué acusado también de haber asesinado a su padre. Cicerón (*pro Sex. Roscio Amerino*, 14.39) plantea la cuestión: “luxuries igitur hominem nimirum et aeris alieni magnitudo (N.B.) et indomitae animi cupiditates ad hoc scelus impulerunt?”. Pero sea de ello lo que fuere, los juristas clásicos, no mencionan la historia referida, por no considerarla suficientemente importante para la interpretación del *senatusconsultum*. Aún suponiendo que Macedo, hubiese matado efectivamente a su padre, el objeto de la disposición no fué proteger a los padres contra el peligro de hijos asesinos. Tal medida hubiera sido inadecuada y expuesto a los padres a graves peligros, al no poder los hijos, conseguir por ningún medio, crédito alguno.

No queremos descender a los detalles. Los textos más importantes se hallan interpolados y muchos de ellos son oscuros. Toda la institución guarda relación íntima con la *patria potestas* romana y con la incapacidad patrimonial del hijo sometido a potestad. Una vez desaparecida la *potestas* desapareció también la base en que dicha institución se apoyaba, pero a pesar de ello, el senadoconsulto continuó rigiendo en Alemania hasta el primero de enero de 1900.

II. *Commodatum*

881. Génesis.

Este tipo de préstamo tenía lugar mediante la entrega de una cosa mueble o inmueble sin transferir su propiedad al prestatario. Por esta razón el prestamista podía ser un no propietario. El prestatario no adquiere tampoco la posesión jurídica en sentido estricto. Era un simple detentador, continuando la posesión en el prestamista (*supra*, § 754). Por regla general, objeto del *commodatum*, eran las cosas no fungibles, pues el préstamo de frutos para ser usados con un fin exclusivo de ostentación, fué más bien un caso académico. El *commodatum* era estrictamente gratuito. Cuando el prestatario prometía una compensación por el uso, el contrato era de arrendamiento (*locatio conductio rei*) y no de *commodatum*.

882. Origen tardío.

Este contrato fué desconocido en el viejo Derecho de la República. Indudablemente que en todos los tiempos se prestaron

cosas gratuitamente a los vecinos, parientes y amigos, pero los juristas romanos consideraron este préstamo, engendrado en la amistad y no susceptible, por tanto, de ser incluido en la esfera propia de las relaciones jurídicas. Aún hoy, el *commodatum*, constituye raro tema de litigios. No fué feliz la idea de la jurisprudencia republicana tardía, de incluir el *commodatum* entre los contratos.

El Edicto pretorio, tal como ha sido codificado por Adriano, ofrecía dos *formulae* al prestamista, una *in factum concepta* y la otra *in ius concepta*. Así lo manifiesta Gayo (4.47). La fórmula *in ius concepta*, muestra claramente, que el *commodatum* fué reconocido por el *ius civile* en tiempos de Adriano, a pesar de que Gayo no lo mencione (3.90, 91). Desgraciadamente Gayo no da los textos de las *formulae*.

883. Las dos *formulae*.

Sobre la *formula in factum concepta*, pocas dudas pueden surgir. Debió ser similar a la *formula depositi in factum concepta* dada por Gayo, 4.47:

“Si paret Aulum Agerium Numerio Negidio rem qua de agitur commodasse eamque Aulo Agerio redditam non esse, quanti era res erit, tantam pecuniam iudex”, etc.

Por lo que respecta a la *formula in ius concepta*, se duda sobre si contenía o no la *clausula ex fide bona*. Gayo, 4.47, sugiere que la contenía lo mismo que la *formula depositi in ius concepta*. Pero, por otra parte, la *actio commodati*, no aparece mencionada en la lista de Gayo, de los *bonae fidei iudicia* (4.62). Pero Gayo no tiene por qué dar una lista completa en este pasaje, que se refiere a la *compensatio*. Además, toda la enumeración, puede muy bien ser un aditamento posterior. El desarrollo de la *formula in ius concepta*, resulta difícilmente inteligible, si no se admite que contuviese la cláusula *ex fide bona*. La *formula in factum concepta*, se originó indudablemente en la época republicana, cuando el *commodatum* aún no había sido reconocido por el *ius civile*. La *formula in ius concepta*, debió, pues, corresponder a este período, aunque no fuese considerada a la sazón como tal *formula in ius concepta*: el juez vendría autorizado a decidir el caso conforme a la *bonae fides*, en contraste con el *ius civile*.

Sólo muy posteriormente, todas estas acciones que contenían la *clausula ex fide bona*, fueron consideradas como *actiones in ius (civile) conceptae* (supra, § 63). Indudablemente, la *clausula ex fide bona*, resultaba indispensable en un tiempo en que el *commodatum* todavía no había sido reconocido por el *ius civile*: sin esta cláusula, el juez habría sido compelido siempre a sentenciar favoreciendo en lo posible al demandado (el hecho de que la *actio commodati* falte en la lista de los *bonae fidei iudicia*, dada por Cicerón en *De off.* 3.17.70, carece de importancia por la simple razón del carácter espurio de dicha lista: Beseler, *Bull.* XXIX (1931), 338 y s.). En el Edicto de Adriano, la fórmula fué considerada

ciertamente como *in ius (civile) concepta*, pero no es posible que Juliano inventase esta fórmula.

Llegamos, pues, a la conclusión de que la *formula commodati in ius concepta* contenía la *clausula ex fide bona* y estaba concebida en estos términos:

“Quod Aulus Agerius Numerio Negidio rem qua de agitur commo-
davit, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare
facere oportet ex fide bona, eius iudex”, etc.

El prestamista podía elegir entre estas dos *formulae*. La diferente construcción de las mismas, hace pensar en diferencias sustantivas entre ellas, pero es muy posible que estas diferencias, hubiesen desaparecido ya en la época clásica. De todos modos resulta difícil discernir sus divergencias porque los compiladores llevaron a cabo la fusión de ambas acciones. Por esta razón, nos limitamos a exponer seguidamente el Derecho sustantivo, dejando aparte la cuestión de la fórmula que el actor podía usar para conseguir lo que pretendía.

884. No es revocable a voluntad.

En contraste con el *precarium* (supra, § 753, 2c), el *commodatum* no es revocable a voluntad. Si la cosa fué prestada por un año y el prestamista la reclamaba antes de haber transcurrido el plazo, demandando a tal efecto al prestatario, este último, podía defenderse con éxito (en el caso de la *formula in ius concepta*, en virtud de la *clausula ex fide bona*, y en el caso de la *formula in factum concepta*, mediante la *exceptio doli*). Pero si el prestamista se apoderaba de la cosa, sin utilizar las vías de derecho, el prestatario carecía indudablemente de toda acción contra él, ya que no podían ser utilizadas la *actio furti* ni la *actio commodati contraria*.

885. Custodia.

El comodatario respondía por *dolus*, *culpa* (negligencia) y *custodia* (guarda). La responsabilidad por custodia, fué antiguamente una responsabilidad por culpa. La responsabilidad del comodatario fué definida de modo casuístico o de modo típico. Era el comodatario responsable por aquellos hechos que fueron considerados como evitables con un mayor cuidado y vigilancia de la cosa dada en comodato, y no respondía en cambio de otros casos típicos, estimados como inevitables, aun empleando el mayor cuidado y diligencia. Así, si la cosa objeto del comodato, era hurtada por una tercera persona, el comodatario respondía invariablemente frente al comodante, sin que pudiera excusarse alegando haber vigilado la cosa con la debida diligencia. Por otra parte, si enemigos invasores o una banda de ladrones se apoderaban de la cosa dada en comodato, el comodatario estaba exento de responsabilidad. El comodatario respondía igualmente, por aquellos casos que ocasionaban la destrucción o deterioro de la cosa objeto de comodato, así por ejemplo

cuando el libro prestado se restituía sucio o con deterioros; no respondía si la cosa quedaba destruída o perjudicada por ladrones o enemigos. Los esclavos no eran vigilados ordinariamente y así, si se prestaba un esclavo a otra persona, el comodatario no respondía por custodia, a menos de que hubiese asumido expresamente esta responsabilidad. El concepto clásico de la responsabilidad por custodia, no puede ser adecuadamente expresado con una fórmula abstracta; pues la nota esencial de este concepto, es la de venir definido de modo casuístico y concreto. Si a pesar de esto, queremos construir una fórmula general con la que sea posible distinguir los dos grupos de casos fortuitos a que nos hemos referido, podemos decir (usando una terminología moderna y post-clásica), que la responsabilidad por custodia, implicaba una responsabilidad por casos fortuitos menores (*casus minor*), esto es por hechos que no pueden ser calificados de *vis maior*, con otras palabras, una responsabilidad por toda pérdida que no fuese consecuencia de *vis maior*. Este primitivo concepto de culpa, aparece en todo el Derecho primitivo y lo que debe más bien sorprendernos, es hallarlo vigente todavía en el Derecho clásico. Los compiladores justinianeos, suavizaron la responsabilidad clásica por custodia convirtiéndola en una simple responsabilidad por *culpa* (o *diligentia*) *in custodiendo*, mediante interpolaciones unas de fondo, y otras superficiales. Los textos clásicos no pueden ser restaurados con seguridad, pero el carácter de la responsabilidad clásica por custodia — responsabilidad por ciertos casos fortuitos típicos — se halla fuera de duda.

Aparte la responsabilidad por custodia, no debemos olvidar la que se deriva del *dolus* y de la *culpa*. Supongamos que el comodatario, recibía la cosa con la condición expresa de usarla únicamente en su propia casa. Contra la condición pactada, el comodatario lleva la cosa consigo en una excursión que realiza cierto día. En esta excursión es atacado por una banda de ladrones que le roban la cosa. El comodatario en tal caso, era responsable, no por haber faltado a su deber de custodia, sino porque voluntariamente, infringió la condición estipulada. Además si el comodatario demoraba la restitución de la cosa por negligencia, incurría *in mora debitoris* y en tal supuesto era responsable por *omnis casus*, incluso por *vis maior*.

La fórmula *commodati in ius concepta*, puede también ser utilizada por el comodatario (la llamada *actio commodati contraria*; supra, § 70), pudiendo con ella exigir el reembolso de los gastos por él efectuados y la reparación de los daños que por causa del comodato hubiese sufrido.

886. *Dolus* y culpa.

887. *Actio contraria*.

888. No es *actio famosa*.

Debe advertirse, finalmente, que la *actio commodati* no implica infamia.

FUENTES

- § 875. Vide Gayo, 3.90; *Ulp. Inst. Fragm. Vindobon.* fr. 2 (Seckel-Kübler, *Iurispr. Anteiust.* 1.498); D. (12.1) 2 pr.; (44.7) 1.2, y 3.
- § 877.1. Vide D. (12.1) 13 pr. y 1.
- § 877.2. Vide D. (12.1) 15 hasta *acceperis*.
- § 877.3. Vide D. (17.1) 34 pr. hasta *fieri posse*; (12.1) 15, segunda frase (espurio).
- § 877.4. Vide D. (12.1) 4 pr. [*qui suscepit*]; «non» *habebit*; la interpolación es evidente porque Ulpiano habría escrito *tuo periculo est*; (12.1) 11 pr. «non» *puto*; *quod si lancem*, etc.: el texto está muy interpolado sin que sea posible restaurar el original.
- § 879. Vide D. (44.7) 1.4 hasta *securus est*.
- § 880. Vide D. (14.6) 1 pr.; 3 pr. (clásico en el fondo); 7.7 [*sed et si... nocere*], contrato real-verbal (N.B.); 7.9.
- § 881. Vide D. (13.6) 1.1; 3.6; 4.
- § 883. Vide Gayo, 4.47.
- § 884. Vide D. (47.2) 15.2 y 60.
- §§ 885, 886. Vide Gayo, 3.206; *Paul. Sent.* (2.4) 3; D. (44.7) 1.4 [*alias... poterit*]; (13.6) 5.9 [*diligentia*] «*custodia*», interpolación evidente puesto que la última línea ha conservado *custodiam*; (13.6) 5.4 [*aut... accidit*]; 5.5 [*etiam diligentem*]; 5.6; 5.7 hasta *meum erit periculum*; 5.10; 5.13 [*culpam*] «*custodiam*»; [*nisi... culpam*]. Sobre D. (13.6) 19 y (19.2) 41, vide Beseler, *Z. L.* (1930), 54. H. J. Wolff, *Seminar VII* (1949), 69 y s.
- § 887. Vide *Coll.* (10.2) 5; (47.2) 60; (47.2) 15.2; (13.6) 21 pr.; (13.6) 18.2 [*sed et... pertineant*]; (13.6) 17. 1-3 (post-clásico).

BIBLIOGRAFÍA

- § 875. Sobre la etimología de *mutuum*, vide Mommsen, *Röm. Geschichte*, I (6.^a ed. 1874), 155, traducción inglesa por Dickson, I (1894), 200.
- § 877. Pernice, *Labeo*, II, 2.1 (1900), 94 y s.; P. E. Viard, *La mutui datio*, I (1939).
- § 877. 3. Beseler, *T. X* (1930), 205; *Z. LIII* (1933), 25.
- § 877. 4. Beseler, *T. X* (1930), 206, nota; Sachers, *Festschrift Paul Koschaker*, II (1939), 80 y s., 86 y s.
- § 878. Sobre el *foenus nauticum*, vide Windscheid, *Pand.* II (1906), párrafo 371, núm. 7; Taubenschlag, *Law of Greco-Roman Egypt* (1944), 239.
- § 880. G. Mandry, *Das gemeine Familiengüterrecht*, I (1871), 431 y s.; Vassalli, "Iuris et facti ignorantia", *St. Senesi XXX* (1914), no utilizable; Beseler, *Beiträge*, IV (1920), 130, 176; Siber, *Naturalis obligatio* (1925), 52 y s.; Daube, *Z. LXV* (1947), 261 y s.; *Index Interp. ad D.* 14.6, con referencias; Windscheid, l.c. § 373; Stobbe-Lehmann, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, IV (1900), 436 y s.
- §§ 881 y s. Ferrini, "Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano", *Scritti*, III (1929), 81 y s.; Cicogna, *Bull. XIX* (1907), 285 y s.; De Ruggiero, "Depositum vel Commodatum", *Bull. XIX* (1907), 5 y siguientes.

§ 883. Lenel, *Edict.* (1927) § 98, con referencias; Beseler, Z. XLVII (1927), 366; Kaser, *Quanti ea res est* (1935), 69, 75; *Eigentum und Besitz* (1943), 23.

§ 884. Kaser, *Eigentum und Besitz* (1943), 29.

§ 885. Schulz, Z. XXXII (1911), 23 y s.; Z. für vergleich. Rechtswissenschaft, XXV (1911), 459 y s.; XXVII (1912), 145 y s.; Vazny "Custodia", *Annali Palermo*, XII (1926), 101 y s.; Paris, *La Responsabilité de la custodia en droit romain* (1926); Beseler, T. VIII (1928), 286; Z. LXVI (1948), 346; Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano* (2.ª ed. 1933), cap. III-V; Luzzatto, *Caso fortuito e forza maggiore*, I. *La responsabilità per custodia* (1938); Jolowicz, *Digest XLVII, 2 De Furtis* (1940), págs. XXXI y s.; De Martino *Riv. di diritto di navigazione*, 1936, 61 y s. (no utilizable); Pflüger, Z. LXV (1947), 121 y s.; Krückmann, Z. LXIV (1944), 1 y s. El trabajo de Haymann, Z. XL (1919), 167 y s., carece de método y puede causar error, por lo que debemos prescindir de él.

§ 887. Lenel, *Edict.* (1927), § 98 *in fine*; vide supra. §§ 70, 71. Bibliografía.

7. «DEPOSITUM» Y «PIGNUS»

I. *Depositum*

Este contrato consistía en la entrega de una cosa mueble o inmueble confiando su custodia a la persona que la recibía. El depositario no adquiere propiedad ni posesión. Lo mismo que el comodatarario, era un mero *detentor* y el depositante continuaba siendo *possesor* de la cosa depositada. Este contrato, lo mismo que el de *commodatum*, era rigurosamente gratuito.

889. Concepto.

Depositum es un venerable contrato que hallamos reconocido como institución en los más viejos sistemas jurídicos. En los tiempos primitivos, las gentes sentían frecuentemente la necesidad de confiar la custodia de objetos valiosos a personas de cuya lealtad estuviesen seguros. No es extraño pues que las Doce Tablas, protegiesen ya al depositante, concediéndole una acción por el doble del valor de la cosa depositada. Era ésta una acción penal especial por quebrantamiento de la lealtad y no una *actio furti nec manifesti*, puesto que en la época de las Doce Tablas, *furtum* significa solamente "llevarse la cosa" (*furtum* derivaba de *ferre*). Los detalles de esta acción prácticamente desaparecida en la época republicana (el *praetor* no otorga la fórmula correspondiente), nos son desconocidos.

890. Las Doce Tablas.

El Edicto pretorio codificado por Adriano contenía cuatro fórmulas:

891. El Edicto.

1. Una *formula in factum concepta* por el doble del valor, en el caso del llamado *depositum miserabile*, esto es en el caso de un depósito hecho *tumultus, incendii, ruinae, naufragii causa*. Era ésta una acción penal semejante a la concedida por el Código de las Doce Tablas.

2. Una *formula in factum concepta in simplum* para los casos ordinarios de depósito.

3. Una *formula in ius concepta* para depósitos de todo género. Las dos últimas fórmulas aparecen en Gayo (4.47). La *formula in ius concepta* contenía la *clausula ex fide bona*.

4. Finalmente el Edicto, contenía una fórmula *sequestraria* especial, referente al depósito hecho conjuntamente por dos o más personas que discuten sobre la cosa depositada. Esta fórmula no nos ha sido transmitida. Ya hemos dicho anteriormente (§ 753) que en este caso el depositario (*sequester*) era *possessor*.

892. Responsabilidad.

En Derecho clásico el depositario era únicamente responsable por *dolus* y no por *culpa* o *custodia*. Su responsabilidad aumentaba por efecto de la *mora debitoris*.

893. Actio contraria.

La *formula in ius concepta* puede ser usada como *actio contraria*; mediante ella, el depositario (lo mismo que el comodatario), podía reclamar el reembolso de los gastos efectuados en la cosa y la indemnización de los perjuicios causados por el depósito.

894. Actio famosa.

En contraste con la *actio commodati*, la *actio depositi*, tanto la *directa* como la *contraria*, implican *infamia*.

895. Antigüedad de estas acciones.

Tal era el Derecho clásico en tiempo de Gayo. Indudablemente, el *depositum* fué luego reconocido por el *ius civile*, como prueba claramente su *formula in ius concepta*. El hecho de que el *commodatum* y el *depositum* no aparezcan mencionados en el capítulo que Gayo dedica a los contratos reales (3.90, 91), solamente puede explicarse, teniendo en cuenta el carácter de la *Instituta*: ésta no fué otra cosa que notas sobre lecturas, dejadas sin acabar por el autor y publicadas después de su muerte.

El desarrollo de los remedios pretorios queda sumido en la obscuridad. Probablemente, tales remedios, se dieron ya en la época republicana, siendo como es la *formula in ius concepta* más reciente que la *formula in factum concepta*. Causa extrañeza, el hecho, que la llamada *lex Iulia municipalis* (lin. 110), no mencione la *actio depositi* entre las *actiones famosae*, pero es poco verosímil que al final de la República, esta acción no implicase aún *infamia*. La *lex*, tal como la conocemos en la actualidad, no merece mucho crédito. Además la *actio depositi*, pudo quedar cubierta por la cláusula *deve dolo malo condemnatus est*.

El depósito puede hacerse transmitiendo al depositario la propiedad de la cosa depositada.

896. Fiducia cum amico.

1. Podía usarse de la *fiducia* con este fin (*fiducia cum amico contracta* en contraste con la *fiducia cum creditore contracta*; supra, § 704), aunque limitando su aplicación a las *res mancipi*. Una *res nec mancipi* podía ser transmitida al depositario, mediante

traditio, prometiendo este último por estipulación, retransferir la cosa al depositante cuando éste la reclame. Nada conocemos de estas transacciones. De todos modos la *fiducia*, no fué nunca llamada *depositum*.

2. El dinero y las demás cosas fungibles, pueden ser ordinariamente objeto de un depósito (entregándolas cerradas en una caja o en una bolsa sellada). El que las recibía, venía obligado a restituir las mismas cosas recibidas. ¿Era, sin embargo, posible depositar cosas fungibles (especialmente dinero), atribuyendo su propiedad al depositario y obligando a éste a restituir otras cosas del mismo género? La respuesta clásica es claramente negativa. Este contrato fué invariablemente considerado como un *mutuum*, independientemente de que las partes lo considerasen como tal o como un *depositum*. El llamado *depositum irregulare* no existe en Derecho clásico. Todos los textos en que aparece están interpolados. En realidad, este género de *depositum*, es una institución híbrida e innecesaria, apta solamente para crear dificultades. Admitiendo que este tipo de depósito, fuese reconocido, el depositante, podía exigir del depositario, el pago del interés convenido, mediante un pacto no formal, intentando al efecto la *actio depositi in ius concepta*, y sin que fuera posible ejercitar con este objeto la *acción ex mutuo*. Pero no hay razón alguna que pueda justificar la admisión por los clásicos del *depositum irregulare*. Si el depositario estaba dispuesto a pagar intereses, podía prometerlos por estipulación. A los ojos de los juristas clásicos, la estipulación no constituía un obstáculo, sino el expediente usual en tales casos. Solamente Justiniano, deseó evitar a las partes, el recurso a la estipulación. Por exigencia de claridad y sencillez el Derecho clásico, rechazó el *depositum irregulare*. El Derecho de la Europa continental ha conservado, desgraciadamente, esta desdichada institución de Derecho bizantino. El Derecho inglés concuerda en cambio con el romano clásico.

897. *Depositum irregulare*.

II. *Pignus*

Este contrato consistía en la transmisión de una cosa mueble o inmueble al acreedor, para seguridad de su crédito. El *pignus ius in rem*, ha sido ya estudiado (§§ 706 y s.). Además, hemos dicho (§ 753) que el acreedor era *possessor* de la cosa pignorada. Nos ocuparemos ahora de las obligaciones derivadas del contrato real de *pignus*.

898. Concepto.

El Edicto pretorio codificado por Adriano contenía dos *formulae*, una *in factum concepta* y la otra *in ius concepta*. La existencia

899. El Edicto.

de esta última, provista de la cláusula *ex fide bona*, no admite discusión. Está confirmada por un rescripto inimpugnabile C. (4.24) 6. Además, el *pignus*, figura entre los *contractus iuris civilis* en los *libri rerum cottidianorum* atribuidos a Gayo, y aunque esta obra fué probablemente escrita en época post-clásica, su autor, no hubiera podido proceder como lo hizo, de no existir una *actio in ius concepta*. Por último, hubo una *actio pigneraticia contraria*, la cual es concebible únicamente en forma de *actio in ius concepta*. El texto de las *formulae* no nos ha sido transmitido.

900. Responsabilidad.

El acreedor era responsable por *dolus*, *culpa* y *custodia*. La responsabilidad por custodia implicaba, como ya se ha dicho, una responsabilidad en el supuesto de pérdida de la cosa por *casus minor* (supra, § 885). Los compiladores convirtieron (supra, § 885) la responsabilidad clásica por custodia, en una responsabilidad por *diligentia in custodiendo*. Cuando el acreedor hacía uso de su *ius vendendi* (supra, § 724), venía obligado a restituir el exceso del precio obtenido sobre el importe de la deuda (supra, § 728). El pignorante puede exigir el *superfluum* mediante el ejercicio de la *actio pigneraticia directa*. Con la *actio pigneraticia contraria* el acreedor puede exigir el pago de los gastos por él efectuados.

F U E N T E S

- § 889. Vide D. (16.3) 1 pr.; 1.8; 17.1.
§ 890. Paul. *Sent.* (2.12) 11.
§ 891. Vide D. (16.3) 1.1.; Gayo, 4.47.
§ 892. Vide Paul. *Sent.* (2.12) 6; *Coll.* (10.2) 1; D. (44.7) 1.5 [*magnam... cadere*]. Cp. *Coll.* (10.8) 1 con C. (4.34) 1.
§ 893. Vide *Coll.* (10.2) 5.
§ 894. Vide Gayo, 4.182; *Coll.* (10.2) 4.
§ 896. Vide Gayo, 2.60 hasta *essent*.
§ 897. Vide D. (12.1) 9.9.
§ 898. Vide D. (44.7) 1.6.
§ 899. Vide C. (4.24) 6.
§ 900. Vide Gayo, 3.204 (*unde* prueba de un modo irrefutable que el propietario no está legitimado activamente para el ejercicio de la *actio furti*, *quia eius non interest*; pero carece de interés, únicamente si el acreedor pignoraticio es responsable por *custodia*); D. (13.7) 13.1 (abreviado por los compiladores, pero clásico en el fondo); (47.2) 15 pr. [*sed... preaestabit*], con Beseler, Z. LXVI (1948), 379; D. (47.2) 88 (auténtico); C. (4.24) 6 y 7, 1.

B I B L I O G R A F Í A

- § 889. G. Rotondi, *Scritti*, II. 56.
§ 890. Schulz, Z. für vergleich. Rechtswissenschaft, XXV (1911), 464; XXVII (1912), 144 y s.

§ 891. Lenel, *Edict.* (1927), § 106, con referencias; Rotondi, *Scritti*, II, 1 y s.; Beseler, *Z.* XLVII (1927), 366; Kaser, *Quanti ea res est* (1935), 69 y siguientes; *Eigentum und Besitz* (1943), 23.

§ 892. Rotondi, *Scritti*, II, 91 y s.; Sachers, "Die Verschuldungshaftung des Depositors", *Festschrift P. Koschaker*, II (1939), 80 y s.

§ 894. Lenel, *Edict.* (1927), pág. 77, núm. 10.

§ 895. Sobre el carácter de la *Instituta* de Gayo, vide Schulz, *History of Roman Legal Science* (1946), 168 y s.; sobre la llamada *lex Iulia munic.*, vide Schulz, *ibid.* 88.

§ 896. W. Erbe, *Die Fiducia in röm. Recht* (1940), 121 y s.

§ 897. Bonifacio, "Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano", *Bull.* VIII/IX (1948), 80 y s. Schulz, *Scritti Ferrini* 4 (1949), 254.

§ 898. Dernburg, *Das Pfandrecht*, I (1860), 138 y s.; La Pira, *St. Senesi*, XLVII, 61 y s. (no utilizable).

§ 899. Lenel, *Edict.* (1927), § 99, con referencias; Beseler, *Z.* XLIII (1922), 429, con referencias; Kaser, *Quanti ea res est* (1935), 78 y s.; Kreller, *Z.* LXII (1924), 167 y s., 173 núm. 127 (referencias), 181-3.

§ 900. Schulz, *Z.* XXXII (1911), 43 y s.; 92; Kaser, *Quanti ea res est* (1935), 148 y s., con referencias; Beseler, *Z.* LXVI (1948), 379; Pflüger, *Z.* LXV (1947), 139 y s. Vide además bibliografía sobre *custodia*, supra, en la bibliografía correspondiente al § 885.

8. LOS LLAMADOS CONTRATOS REALES INNOMINADOS

En Derecho justiniano hubo un grupo de contratos llamados por los modernos romanistas "contratos reales innominados". Dicho grupo comprende los siguientes tipos contractuales: (1) *do ut des*; (2) *do ut facias*; (3) *facio ut des*; (4) *facio ut facias*. La peculiaridad de estos contratos consiste, en que se dan solamente cuando una de las partes cumple la prestación convenida. El ejemplo más sencillo es el de la permuta. A y B convienen, de modo no formal, que A entregue a B su casa a cambio de la casa de B. En Derecho justiniano no era éste un contrato consensual, sino un contrato real innominado. Si A transmitía su casa a B, este último venía obligado a transmitir la suya a A. El mero acuerdo no tenía por sí solo, fuerza de obligar, pero B resultaba obligado por el hecho de haber A ejecutado la prestación que le incumbía. Podría decirse perfectamente: *re obligatur*. A podía exigir la ejecución de la prestación que corresponde a B por medio de una acción llamada por los compiladores *actio in factum civilis* (término éste que hubiera horrorizado a los juristas clásicos) o *actio praescriptis verbis*. En lugar de exigir la ejecución, A podía demandar la restitución de la casa que había entregado, utilizando al efecto una *condictio ob causam datorum*; con otras palabras A tenía un *ius paenitendi*. Otros casos de contratos reales innominados fueron tratados de modo similar.

901. Concepto y especies.

902. La denominación.

La denominación de contratos reales innominados resulta un tanto extraña si se piensa que uno de estos contratos es designado con un nombre específico: el de permuta (*permutatio*). Pero no puede negarse su condición de contratos reales, esto es de contratos que requerían para su existencia, que se llevase a cabo la ejecución de la prestación (entrega de la cosa), lo mismo que el *mutuum*, *commodatum*, *depositum* y *pignus*. Se asemejan estos contratos reales innominados muy singularmente al *mutuum*. El préstamo de dinero podía ser concebido como un contrato consensual, pero en Derecho romano, fué el mutuo, un contrato que requería una *datio*. También la permuta podía ser un contrato consensual, pero en Derecho justiniano, fué un contrato real que suponía la ejecución de la prestación por una de las partes.

903. Principio clásico.

La doctrina justiniana no es clásica, desde luego, pero tampoco fué inventada por los compiladores. Existió ya en la época prejustiniana en forma más o menos perfecta, aunque los juristas clásicos no tuvieran conocimiento de la misma. Los compiladores introdujeron de modo despiadado la doctrina post-clásica en los textos clásicos, pero como no poseemos otros textos que los que figuran en el *Corpus iuris*, resulta sumamente difícil, la prueba de las interpolaciones efectuadas. No podemos entrar en detalle, pero podemos afirmar en conclusión, que el principio clásico, fué el de que cuando un acuerdo o convenio no podía ser considerado como contrato consensual, no había acción para exigir el cumplimiento. La parte que había transmitido alguna cosa en ejecución de lo convenido, podía recuperarla mediante la *condictio ob causam datorum*; cuando esta acción no se daba, únicamente podía utilizarse la *actio de dolo*.

904. *Permutatio*.

1. El Derecho clásico referente a la permuta, es particularmente claro. Los sabinianos, acertadamente, consideraban la permuta como una especie de venta, esto es, como un contrato consensual, pero desgraciadamente, este punto de vista no prevaleció. De acuerdo con la doctrina clásica dominante, la permuta, no fué un contrato y así si una de las partes, A, cumplía la prestación que según el convenio le incumbía, y la otra B rehusaba cumplir la suya, A podía demandar a B para exigirle la restitución de lo que le había entregado mediante una *condictio ob causam datorum*, pero no tenía en cambio una *actio in factum* o *praescriptis verbis* para exigir de B el cumplimiento de la prestación.

905. El llamado *contractus aestimatorius*.

2. A entregaba una cosa a B conviniendo con éste que B vendiera la cosa, y que en el caso de que el precio obtenido excediese del importe de una cierta suma anticipadamente fijada por A y B, este último pudiese retener el exceso y pagar a B únicamente la

estimación fijada (*aestimatum*). Si B no vendía la cosa, debía restituirla a A. Los juristas clásicos, discutían acerca de la acción que debía otorgarse a A. Se habló de *actio mandati*, *actio locati* y *actio pro socio*. Los detalles de esta discusión, no se transparentan en aquellos textos que realmente merecen crédito, pero seguramente la opinión dominante en el siglo III después de J.C., fué favorable al reconocimiento de la *actio pro socio*. El Edicto no contenía una acción especial para este caso. El D. 19. 4 es una atrevida construcción de los compiladores y la *actio aestimatoria* (o de *aestimato*) *praescriptis verbis* fué completamente desconocida en Derecho clásico.

El desarrollo de los contratos reales innominados debe ser considerado como una fase de la lucha post-clásica contra la estipulación. Los juristas clásicos habrían dicho a las partes en estos casos: si ustedes desean celebrar un contrato obligatorio, deben recurrir a la estipulación. Pero los juristas post-clásicos se mostraron siempre inclinados a disuadir a las partes de evitar el empleo de esta forma negocial.

905. Aversión a la estipulación.

FUENTES

§ 901. Vide D. (19.5) 5 pr. y § 1.

§ 903. Vide D. (19.5) 9 [*incerti actione*] «*condictione*»; [*itaque... sequetur*]; cf. D. (12.4) 4; D. (19.5) 18 [*melius... agere*] «*depositi agere possum*»; (19.5) 22 [*placet... verbis*] «*obligatio nulla est*»; cf. Gayo, 8.143; *Inst. Iust.* (3.24) 1; (19.5) 25 hasta *acciperet* [*praescriptis... agere*] «*condicere*»; C. (2.20) 4.

§ 904. Vide Gayo, 8.144; D. (18.1) 1.1; C. (4.64) 3 y 7.

§ 905. Vide D. (17.2) 52.7; (17.2) 44 [*si animo... sit*]; [*si minus... verbis*]; (19.5) 13 pr. [*placet*] «*ille scripsit*»; [*neque... neque*]; [*sed... exceptit*].

BIBLIOGRAFÍA

§§ 901 y s. Lenel, *Edict.* (1927), § 112; De Francisci, *Synallagma*, I (1931), 41 y s.; Meylan, *Origine et nature de l'action praescriptis verbis* (1919); Beseler, *Beiträge*, II (1911), 156 y s.; IV (1920), 134 y s.; Buckland, *Mélanges Cornil*, I (1926), 139 y s. = LQR. XLIII (1927), 74; LQR. XLVIII (1932), 495.

9. CONTRATOS CONSENSUALES EN GENERAL

La denominación "contratos consensuales" denota aquellos contratos que pueden ser concluidos *nudo consensu*, mediante consentimiento no formal. El consentimiento se exigía en estos contratos lo mismo que en los demás, pero en estos de que ahora nos ocupa-

907. Concepto y variedades.

mos, no se requería nada más que el consentimiento. No eran necesarios documentos, testigos, actos simbólicos, fórmulas ni entrega de cosa, como en los contratos reales. Los contratos consensuales podían celebrarse *inter absentes*, mediante nuncio o por carta. El *ius civile* clásico reconoció solamente cuatro contratos consensuales: *emptio venditio* (compra-venta), *locatio conductio* (arrendamiento), *societas* (sociedad) y *mandatum* (mandato). Las *formulae* utilizables por las partes en los contratos consensuales, tuvieron siempre la misma estructura. Fueron *formulae in ius conceptae*, que contenía la cláusula *fide bona*. Ya hemos hablado de este tipo de fórmula y solamente debemos referirnos ahora, a nuestras anteriores observaciones (supra, §§ 60 y s.).

908. Consideración general.

Los contratos consensuales constituyen una obra notable de la jurisprudencia clásica y son un noble engendro de la *fides Romana*. La celebración de estos contratos, no exigía el cumplimiento de enojosas formalidades. El contenido de las obligaciones derivadas de los mismos fué flexible y definido siempre con referencia a la buena fe. El juez tenía respecto a ellos un amplio poder discrecional que le facultaba para tener en cuenta las particularidades todas del caso concreto. Todas estas características ponen de relieve, el espíritu liberal, audaz y creador de los juristas republicanos. Los contratos considerados como consensuales, fueron seleccionados con un raro instinto, y su regulación en tiempos de la república, fué la necesaria. Debe advertirse por otra parte, que la fianza, la promesa de una donación o de una *dos*, la promesa de otorgar un préstamo, se excluyeron acertadamente de este grupo y fueron confinados a los dominios propios de la estipulación. Puede dudarse si fué un acierto considerar el mandato como un contrato, pero la idea de considerarlo como tal, apareció tardíamente y respondía a las costumbres y vida social de Roma. Tal vez se piense que para la venta de inmuebles, debió haberse exigido el cumplimiento de ciertas formalidades, pero el liberalismo romano no admitió a este respecto distinción fundamental entre cosas inmuebles y cosas muebles. En conjunto, los juristas republicanos estuvieron en lo justo. Sin embargo, después de sus altivos y laudables comienzos, el Derecho republicano tardío y el clásico, decaen evidentemente. El Derecho referente a la compra-venta, no constituye ni mucho menos una obra maestra. Resulta complicado, artificioso y en parte primitivo. El Derecho relativo al arrendamiento se adapta mal a las necesidades sociales y es más bien pobre. Basta que el lector compare el *Digesto*, título 19,2 (que abarca arrendamiento de cosas y arrendamiento de obras) con los libros referentes a los legados (30-6). El Derecho concerniente a la sociedad

adolesce de un extremado individualismo. La *clausula ex fide bona*, no fué tan eficaz como podía esperarse. Los juristas clásicos — fueron éstos los responsables y no los jueces romanos que dependían en su actuación de los juristas — no se atrevieron a usar del amplio arbitrio que esta cláusula les concedía y se mostraron más bien conservadores y faltos de fuerza creadora. Insistiremos sobre esto al tratar de los contratos en particular.

F U E N T E S

§ 907. Vide Gayo, 3.135-7 D. (44.7) 48.

B I B L I O G R A F Í A

§§ 907, 908. Perozzi, "Il contratto consensuale classico", *St. Schupfer* (1898, no utilizable); Arangio-Ruiz, *Il mandato* (1949), 90.

10. COMPRA-VENTA («EMPTIO VENDITIO»)

I. *Concepto y génesis*

1. Podemos establecer en términos generales que la compra-venta (*emptio venditio*) fué un contrato por el cual, se cambiaban cosas por dinero. Más precisamente podemos definir la *emptio venditio*, como un contrato no formal cuyo objeto es el cambio de mercancías por dinero y que produce el nacimiento (actual o potencial) de determinadas obligaciones. Desde un punto de vista académico, la *emptio venditio* ordinaria, es un contrato en el que ambas transmisiones, la de la cosa y la del precio, ocurren posteriormente a la fecha del contrato. De este contrato derivan dos obligaciones: el vendedor viene obligado a entregar la cosa al comprador y éste a pagar por ella el precio convenido. Ahora bien, en muchísimos casos, la cosa y el precio son intercambiados inmediatamente después de concluido el contrato. Solamente después, cabe que eventualmente surjan otras obligaciones (por ejemplo si la cosa adolece de vicios). Sería artificioso, contrario a la realidad, decir que las obligaciones de entregar la cosa y de pagar el precio comienzan y se cumplen simultáneamente.

909. Definición.

2. La *emptio venditio* no supone transmisión. Si alguien compra una *res nec mancipi*, adquirirá su propiedad, no por virtud del contrato de compra-venta, sino por efecto de la *traditio*. Es oportuno recordar aquí, que el *constitutum possessorium* fué desconocido en Derecho clásico (supra, § 767). Si se compraba una *res mancipi*, se

910. Compra-venta y transmisión.

adquiría su propiedad por *mancipatio* o *in iure cessio* y no por *emptio venditio*. Así pues, compra-venta y transmisión, son actos absolutamente distintos. De lo dicho se deriva que la venta de una cosa no perteneciente al vendedor, es en principio perfectamente válida, y que no se aplica por tanto la máxima “*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*” (supra, § 620). La compra-venta pertenece al Derecho de obligaciones y, por otra parte, la transmisión de la propiedad, no dependía en Derecho clásico del pago del precio (supra, § 616).

911. Venta y estipulación.

3. En lugar de celebrar el contrato consensual de compra-venta, las partes podían recurrir a dos estipulaciones, prometiendo el vendedor la cosa y el comprador el precio. Económicamente era esto una compra-venta, pero jurídicamente no era una *emptio venditio* y no se aplicaba por tanto el Derecho propio de este contrato. Sin duda alguna, las dos obligaciones verbales derivadas de las estipulaciones, se hallaban entre sí relacionadas de modo recíproco (supra, § 811), de modo que si el vendedor demandaba al comprador para exigir de éste el pago del precio convenido, con la *actio ex stipulatione*, sin haber por su parte entregado o al menos ofrecido, la cosa, el demandado podía defenderse con la *exceptio mercis non traditae*. Hubo una especie de compra-venta que sólo podía celebrarse concluyendo dos estipulaciones. Así, por ejemplo, la compra-venta de una cantidad de cosas fungibles o de una cosa fijada genéricamente, por ejemplo “un caballo” o “un esclavo”. La *emptio venditio*, era utilizable si se vendía una cierta cantidad de las existencias que de determinadas mercancías tenía el vendedor o si, por ejemplo, se trataba de una cantidad de tejas que el vendedor había de fabricar. Pero dejando aparte estos casos, una *emptio venditio* puramente genérica, fué desconocida en Derecho clásico. En este aspecto, el Derecho clásico adolece de imperfección y primitivismo, aunque debemos tener en cuenta que las normas jurídicas propias de una compra-venta genérica difieren radicalmente, de las peculiares de la compra-venta de cosa específica. En la siguiente exposición nos ocuparemos exclusivamente de la compra-venta de cosas individuales. Además las estipulaciones accesorias a la compra-venta consensual, jugaban un papel considerable en Derecho clásico, no obstante, el hecho de que los pactos podían originar acciones a tenor de la cláusula formularia *ex fide bona*. Más tarde nos ocuparemos de estas estipulaciones.

4. La *emptio venditio* se refería únicamente al cambio de mercancías por dinero.

912. Materia del contrato.

a) La materia de este contrato podía ser un derecho cuya investidura realizada por el vendedor en la persona del comprador

fuese posible: propiedad, usufructo, servidumbres prediales, e incluso una acción. El uso de una cosa o el trabajo humano, no podían ser *merx*. Si A “vendía” el uso de su inmueble, habría una *locatio conductio rei*, y si el trabajador “vendía” su trabajo habría una *locatio conductio operarum*. Una cosa futura, podía también ser vendida, pero había en tal caso un contrato condicional, y la condición se cumplía cuando la cosa futura era actualmente existente. Dejamos aparte la idea realmente audaz de la *emptio spei*, esto es, de la compra de una mera eventualidad.

b) El precio debe consistir siempre en dinero. Ya hemos dicho anteriormente (supra, § 904) que los sabinianos rechazaron este principio considerando la permuta, como una especie de compra-venta, aunque, desgraciadamente, este punto de vista no prevaleciese. Conforme a la opinión victoriosa de los proculeyanos, la permuta no fué una venta y ni, por tanto, contrato (supra, § 904). El comprador podía prometer algo además del dinero, lo que constituía un supuesto que daba la razón a las dos opiniones en conflicto, y que como todos los de esta especie no hizo otra cosa que producir dificultades.

913. *Præcium*.

Fué muy discutido entre los juristas si las partes podían encomendar a una tercera persona la fijación del precio. Por lo demás, aquéllas eran completamente libres en convenirlo y el liberalismo y realismo clásicos, no conoció nada que tuviese la más remota relación con el *pretium iustum*. El desenvolvimiento post-clásico, incluyendo las lamentables normas justinianas relativas a las *laesio enormis*, no encajan en la finalidad de la presente obra.

5. Por ser la compra-venta un contrato, requería el consentimiento de las partes. No podemos ofrecer una teoría general de los actos jurídicos o de los contratos, sencillamente porque los romanos no la tuvieron. Los juristas clásicos, se ocuparon ocasionalmente de cuestiones que hubieran podido encajar en esta teoría a que aludimos, pero de modo casuístico y sin entregarse nunca a generalizaciones más o menos comprensivas. Dejamos pues aparte estas cuestiones, pero son indispensables ciertas observaciones previas, para poder entender cumplidamente la exposición referente a la responsabilidad del vendedor por vicios (infra, §§ 925 y s.). Los juristas clásicos, no acertaron a distinguir entre intención y declaración de la intención y, por lo mismo, no se plantearon el problema de la discrepancia de las declaraciones de las partes contratantes, ni tampoco el de la divergencia posible entre la intención y la manifestación de la intención. Así, en los casos de *error in corpore*, esto es, cuando el vendedor piensa en una cosa concreta y el comprador en otra distinta, según la opinión de los juristas, no

914. Consentimiento. Error in corpore e in substantia.

había *consensus* y, por tanto, no podía haber contrato. Pero estos casos ocurren en la práctica muy raramente. Mucho más importante es la cuestión de si el error *in qualitate*, excluía el consentimiento en Derecho clásico. Desgraciadamente los textos utilizables se hallan tan gravemente interpolados, que no parece probable conseguir eliminar las adiciones post-clásicas y corrupciones de estos textos y reconstruir los mismos reduciéndolos a su forma genuina. El Derecho clásico es sin embargo discernible.

a) *Error in qualitate*, en principio, no impide el *consensus*. El vendedor podrá responder por los vicios y defectos que el comprador ignorase (insistiremos sobre esto más adelante; infra, §§ 925 y s.), pero el contrato es válido.

b) Desde la época de Juliano la opinión clásica prevalente fué la de que si ambas partes incurrieran en error sobre una cualidad esencial de la cosa vendida (*error in substantia*), el contrato era nulo. Así, si se vende una mesa creyendo ambas partes que era de plata maciza, siendo en realidad plateada, el contrato es considerado nulo porque el consentimiento concerniente a la cosa, no se da en realidad (D. 18.1, 41.1, genuino). La cuestión realmente importante e insoluble, de determinar qué cualidades son esenciales y qué otras no lo son, fué resuelta por los juristas de modo casuístico. Por otra parte se vieron forzados a hacer tal distinción, pues de no hacerla, hubieran minado las normas referentes a la responsabilidad del vendedor por vicios ocultos (infra, §§ 925 y s.). La doctrina de Juliano que conduce fatalmente al planteamiento de esta cuestión, fué desdichada y combatida, aunque sin éxito, por Marcelo, partidario de la vieja doctrina, la cual únicamente tenía en cuenta el *error in corpore*.

c) La doctrina de Juliano fué extendida por los juristas post-clásicos, los cuales negaban la existencia del consentimiento incluso cuando solamente una de las partes, el vendedor o el comprador, padecía error sobre la substancia de la cosa. Este desdichado Derecho referente al *error in substantia*, ha ejercido notable influencia en el Derecho continental europeo, contribuyendo a la confusión que reina sobre la responsabilidad del vendedor por vicios. El Derecho inglés es en este punto muy claro.

II. *Las dos obligaciones principales derivadas de la compra-venta*

1. Las dos obligaciones principales que derivan de la *emptio venditio* fueron (1) la obligación del vendedor de entregar la cosa al comprador; (2) la obligación del comprador de pagar el precio. Para exigir el cumplimiento de estas obligaciones, el vendedor dis-

ponía de la *actio venditi* y el comprador de la *actio empti*. El contenido de las obligaciones propias del vendedor exige alguna aclaración. Limitémonos al caso más sencillo, esto es, al de la venta de una *res Mancipi* o *nec Mancipi*. Si se vendía una *res Mancipi*, el vendedor debía realizar la *Mancipatio* o la *in iure cessio* y transmitir la posesión de la cosa; si se vendía en cambio una *res nec Mancipi*, solamente venía aquél obligado, a hacer una *traditio venditionis causa*. Supongamos que el vendedor no era el propietario de la cosa vendida ni estaba autorizado por el dueño de ésta para enajenarla. Podemos suponer también que fuese propietario de un fundo y que no pudiese enajenarlo por tratarse de un *fundus dotalis* (supra, § 214). En tales casos, la *Mancipatio* o la *traditio* no podían operar la transmisión de la propiedad al comprador. ¿Podía el comprador, al saber que no había adquirido la propiedad de la cosa, demandar al vendedor con la *actio empti*? ¿No estaba obligado el vendedor a hacer al comprador propietario de la cosa vendida? A primera vista, parece imponerse una respuesta afirmativa. La *actio empti* era una *actio bonae fidei* y por imperativo de la buena fe, el vendedor debía, al parecer, hallarse obligado a hacer todo lo posible por aliviar la enojosa situación del comprador en este caso. Indudablemente el comprador era *possessor*, pero en realidad sabiendo que no era propietario, la posesión significaba poco para él. En efecto, si la cosa era mueble, no podía usarla, pues de lo contrario hubiera cometido *furtum*. Si la cosa era inmueble no podía adquirir sus frutos, porque solamente el *bonae fidei possessor fructus suos facit* (supra, § 752.3) y el comprador ya no tenía la buena fe. Ciertamente que el comprador podía adquirir el dominio de la cosa por *usucapio* ya que *mala fides superveniens non nocet* (supra, § 626), pero una cosa mueble hurtada o un *fundus vi possessus* no podían ser usucapidos (supra, § 623), y cuando una *Mancipatio* o *traditio* válidas no transmiten la propiedad, la cosa objeto de estos actos, tenía la consideración de *res furtiva* o *vi possessa*. La posición del comprador en este caso, era indudablemente embarazosa y clamaba por una reparación. Juliano, audazmente, declaró que el *bona fide emptor*, en caso de evicción, era un *bonae fidei possessor* aun después de haber descubierto que no era propietario (D. 22.1, 25.2). Por otra parte el vendedor, no estaba obligado a hacer al comprador propietario de la cosa vendida. Su deber como vendedor, consistía en realizar el acto jurídico necesario para transmitir la propiedad y hacer *possessor* al comprador. Si cumplía este deber, cumplía la obligación resultante del contrato. Cuando el comprador descubría que no era propietario, en el Derecho republicano y en el clásico, no había lugar a la *actio empti* ni si-

quiera en caso de “evicción”, esto es, cuando el verdadero dueño de la cosa, había demandado victoriosamente al comprador mediante el ejercicio de la *rei vindicatio* (*evincere*). Eventualmente (a partir de Juliano; infra, § 923), los juristas clásicos, abogaban por la procedencia de la *actio empti* en caso de evicción, y también en algunos casos especiales, como el del vendedor que hubiese incurrido *in dolo* sin haber tenido lugar la evicción. Pero estos juristas, persistieron obstinadamente en mantener el principio de que el vendedor no estaba obligado a hacer propietario al comprador, admitiendo que cumpliera aquél su obligación con asegurar al comprador el *habere possidere licere*. Fué Juliano quien concediendo la *actio empti* contra el vendedor que sabía no ser propietario, dió todavía mayor realce a la vieja regla:

D. (19.1) 30.1: “... quamvis enim aloquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat, quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam non suam ignoranti vendidit”.

Normas semejantes hallamos en el primitivo Derecho de otros pueblos, pero lo sorprendente es que el Derecho clásico, resultase todavía a este respecto, tan primitivo y simple. De nuevo hemos de consignar que la fuerza creadora de los juristas clásicos fué más bien limitada.

2. Las dos obligaciones fueron recíprocamente conexas, funcionando una como compensación de la otra, si bien esta conexión no fuese muy tenida en cuenta por los juristas clásicos.

916. *Exceptio non adimpleti contractus.*

a) Supongamos que una cosa debe entregarse a determinada persona y su precio ser pagado un mes después de la celebración del contrato. Transcurrido este lapso de tiempo, el vendedor exige el pago del precio sin, por su parte, entregar la cosa. El comprador se hallaba autorizado en tal caso a rehusar el pago del precio, en tanto no le fuese ofrecida la cosa y si el vendedor le demandaba con la *actio venditi*, el comprador se hallaba protegido judicialmente en virtud de la *clausula ex fide bona*. Los autores modernos hablan de una *exceptio non adimpleti contractus*, aunque en realidad no hubo tal *exceptio* en Derecho clásico, porque la *clausula ex fide bona*, la hacía innecesaria (supra, §§ 60 y s., 96.3).

917. No existe el *Ius pignitendi*.

b) Supongamos que el vendedor ha entregado ya la cosa y que el comprador demora el pago del precio. El vendedor puede demandar al comprador exigiéndole el pago con la *actio venditi*, pero no puede en cambio reclamar la cosa. Era éste un férreo principio de Derecho romano, observado inflexiblemente por los juristas

clásicos. Éstos no se atuvieron nunca a las ideas griegas tan propicias a una acción de restitución de la cosa.

c) Si no se da una de las dos obligaciones, no surge tampoco la otra. Así, si se vende un animal que ha perecido ya al tiempo de celebrarse el contrato, el vendedor no queda obligado (*impossibitium nulla obligatio*) y tampoco el comprador. Pero este principio, no fué siempre rigurosamente observado. Ya hemos aludido al *negotium claudicans* (supra, § 303). Supongamos que un *pupillus* compra una cosa sin la *auctoritas* de su tutor. La obligación del vendedor, surge en este caso, pero no en cambio la del *pupillus*. Indudablemente, si el *pupillus* (o su tutor), demandaba al vendedor con la *actio empti*, este último, podía rehusar la entrega y acogerse a la *clausula ex fide bona*. Pero ¿qué ocurriría en el caso en que el vendedor hubiese entregado la cosa al *pupillus* sin recibir de éste el precio convenido? No podía aquél ejercitar la *actio venditi* por el precio, ya que el *pupillus* no quedaba obligado por el contrato; y no podía tampoco reclamar la cosa, porque al entregar ésta el vendedor cumplía su obligación. Por consiguiente, en Derecho republicano y en el clásico antiguo, el vendedor no cuenta en estos casos con medio alguno protector (supra, § 303).

918. Conexión genética.

d) *Perfecta emptione periculum est emptoris*. La significación de esta regla es muy clara, dentro de la estructura del *Corpus iuris*. Quiere decir que con la celebración del contrato, el riesgo pasa al comprador y así, si la cosa perezce por caso fortuito, después de celebrado el contrato, el vendedor no incurso en dolo o culpa, queda libre, pero el comprador viene obligado a pagar el precio convenido. Esta famosa regla ha atormentado a muchas generaciones de juristas, pero en la presente obra, debemos ocuparnos solamente de Derecho clásico. Este principio rigió ya en la época clásica, pero tuvo entonces un significado diferente. *Perfecta emptione periculum est emptoris* significa en Derecho justiniano, que con la celebración del contrato, el riesgo pasaba al comprador, pues *emptio perfecta* no puede significar otra cosa que contrato concluso. En Derecho clásico, el vendedor era responsable por custodia, esto es por *casus minor* (supra, § 885). Y así, si la cosa perecía por *casus minor*, el vendedor respondía de su pérdida; el comprador se hallaba por supuesto, obligado a pagar el precio y, de esta manera, las dos obligaciones podían ser recíprocamente contrapuestas. Si la cosa perecía por *casus maior* y *sine dolo aut culpa venditoris*, el vendedor quedaba ciertamente libre de toda obligación por su parte, pero podía sin embargo exigir el pago del precio. El vendedor se obligaba a considerar la cosa como si fuese propia del comprador. Debía aquél los frutos de la cosa al comprador y había asumido

919. *Periculum est emptoris*.

también la responsabilidad por culpa y custodia. Todo esto le hacía acreedor a una recompensa y tal era el precio convenido en el contrato. La regla aludida en su contexto clásico, lejos de estar injustificada, constituye la solución ideal del problema planteado. En Derecho justiniano, el vendedor, era solamente responsable por culpa, y la recompensa del precio resulta tal vez un tanto desproporcionadamente elevada, en relación con los deberes que sobre aquél pesaban, aunque la norma opuesta *periculum est venditoris* sea todavía peor por sus consecuencias. No podemos descender aquí a los detalles. Los textos más importantes están muy interpolados y no podemos utilizar textos fidedignos que no figuren en el *Corpus iuris*.

III. Garantía en caso de evicción

Ya hemos aludido a la responsabilidad del vendedor en caso de evicción del comprador (supra, § 915) y queremos tratar ahora de los recursos que el comprador puede utilizar en este caso.

920. *Actio auctoritatis.*

1. La llamada *actio auctoritatis*. Cuando se vendía una *res mancipi* y se celebraba la correspondiente *mancipatio*, el comprador tenía en caso de evicción, una acción contra el vendedor para exigir de éste el pago del doble del precio satisfecho. Esta garantía implícita era llamada *auctoritas* (Paul. *Sent.* 5.10 rubr. De *contrahenda auctoritate*), y por tanto podemos denominar la acción correspondiente, *actio auctoritatis*, habida cuenta de que su nombre clásico nos es desconocido. La acción se remonta a los tiempos republicanos, tal vez a la época de las Doce Tablas. Existía aún en el Edicto pretorio codificado por Adriano, pero desapareció en los tiempos post-clásicos, juntamente con la *mancipatio* y no figura en el *Corpus iuris*. Las fuentes utilizables son muy pobres (el texto más importante es el de Paulo, *Sent.* 2.17.1 y 3, desgraciadamente un texto también poco seguro) y no permiten sacarnos de la duda acerca de cuál fué realmente el carácter de dicha acción. Tal vez se halló ésta condicionada al pago del precio. Si fué así, el *duplum* incluía el precio pagado por el comprador y la acción no fué tal vez considerada como acción penal.

921. *Stipulatio duplae.*

2. *Stipulatio duplae* (scil. *pecuniae*). Esta estipulación venía concebida así:

“Si quis eum hominem partemve quam ex eo evicerit, quo minus me eumve, ad quem ea res pertinebit, habere recte liceat, qua de re tibi recte denunciata erit, tum quanti is homo emptus est, tantam pecuniam duplam partemve eius duplam dari spondes?”.

Las partes recurrían a esta estipulación cuando no había tenido lugar la *mancipatio*, creando de este modo, una garantía similar a la garantía implícita contenida en la *mancipatio*. El vendedor venía obligado a pagar el doble del precio, en caso de evicción y nuestros documentos, parecen indicar que la estipulación se celebraba únicamente después de haber sido satisfecho el precio, lo mismo que la *actio auctoritatis* estuvo probablemente condicionada al pago de éste.

3. La *stipulatio duplae* era potestativa. En su lugar las partes podían celebrar una *stipulatio triplae* o *quadruplae*. Las partes podían omitir cualquier género de estipulación, pero en Derecho republicano y clásico antiguo, el comprador no tenía recurso alguno en caso de evicción, ya que la *actio empti*, no procede en este período. La estipulación podía ser hecha obligatoriamente por *pactum adiectum*. El comprador podía exigir la estipulación con la *actio empti*.

922. Estipulación potestativa y obligatoria.

4. Eventualmente la *actio empti* fué otorgada en caso de evicción *in id quod interfuit emptoris rem habere*. Indudablemente Juliano fué el primero en dar este paso, dotando al contrato consensual de compra-venta de una garantía implícita en caso de evicción.

923. *Actio empti* en caso de evicción.

Aparte la *stipulatio duplae*, Varro, *De re rust.* 2.3.5; 2.4.5; y 2.2.6 menciona una *stipulatio habere licere* que adoptaba esta forma: “*eam recte mihi habere licere spondes?*”. Pero en la época clásica, el objeto de esta estipulación no fué otro que proteger al comprador frente a cualquier interferencia del vendedor o de sus herederos, no en caso de evicción por tercera persona.

924. *Stipulatio habere licere*.

IV. Garantía en caso de vicios ocultos

El vendedor de una cosa individual — nos ocupamos solamente de ventas de esta especie (supra, § 911) — no puede nunca hallarse obligado a entregar una cosa exenta de todo vicio. El vendedor debe entregar la cosa objeto del contrato y no otra distinta, pero el Derecho puede hacerle responsable de los vicios de que la cosa adolece y es ésta la responsabilidad de que debemos ocuparnos ahora.

A) *Ius civile clásico*. — El principio rector fué *caveat emptor* (aunque esta máxima no es romana); ni *mancipatio* ni venta consensual, implicaban responsabilidad del vendedor por defectos o vicios de calidad en la cosa. El vendedor era únicamente responsable:

925. *Ius civile*.

1) por *dicta et promissa in vendendo* (no *in mancipando*), esto es, por declaración expresa no formal (*pacta adiecta*; supra, § 802)

hechas en el acto de la celebración de la *emptio venditio* (Lenel, *Edict.* pág. 555, núm. 10; 269, núm. 1);

2) si el vendedor había ocultado vicios de la cosa *dolo malo*;

3) si el vendedor asumía la obligación de prestar garantía mediante una estipulación.

En los dos primeros casos, el comprador disponía de la *actio empti*, para exigir la reparación de los perjuicios. No podemos discutir aquí, la medida exacta de los daños que el comprador pueda reclamar. La responsabilidad del vendedor por vicios, conforme al *ius civile*, fué más bien limitada; no debe olvidarse que a partir de Juliano, ciertos vicios latentes (*error in substantia*; supra, párrafo 914) excluían el consentimiento y anulaban todo el contrato.

926. El Edicto edilicio.

B) *Derecho edilicio clásico*. — Al lado de la garantía limitada, por vicios cualitativos establecida por el *ius civile*, hubo una responsabilidad honoraria creada por los *aediles curules*. Estos magistrados tenían una jurisdicción (supra, § 18) concurrente con la del pretor sobre las ventas llevadas a cabo en el Mercado de Roma. En su Edicto (*edictum aedilium curulium*, edicto edilicio) prometían otorgar acciones semejantes a las prometidas en el Edicto pretorio. El Edicto de los ediles, fué codificado últimamente por Juliano y Adriano, juntamente con el Edicto pretorio. El Edicto edilicio se ocupaba de la compra-venta, en dos rúbricas: *de mancipiis vendendis* (venta de esclavos) y de *iumentis vendendis* (venta de animales de tiro). El texto del Edicto en lo que se refiere a la responsabilidad del vendedor por vicios, nos ha sido conservado por el *Digesto* (D. 21.1.1.1 y 21.1.38 pr.). En conjunto es fidedigno, aunque no completo. El Edicto edilicio existía ya en la época republicana, pero sabemos muy poco de su contenido. Una leve referencia del Edicto pre-adrianeo contenida en Gelio (4.2.1), muestra que su texto difería del Edicto estabilizado. Es dudoso si las diferencias eran esenciales. En tales circunstancias, debemos referirnos solamente al Edicto de Adriano y exponer esquemáticamente su contenido.

927. Aplicación del Edicto.

1. El Edicto edilicio se aplicaba únicamente a las ventas llevadas a cabo en el mercado de Roma, pues solamente estos contratos se hallaban sometidos a la jurisdicción de los *aediles*. Era aplicable únicamente en el procedimiento que tenía lugar ante los *aediles* y si el comprador prefería demandar al vendedor ante el pretor, el edicto edilicio no se aplicaba. En las provincias no hubo *aediles*, por regla general, pero en las denominadas provincias senatoriales (*provinciae populi Romani*) los *quaestores* provinciales suplían a los *aediles* y publicaban como propio, el Edicto edilicio. En las provincias imperiales (*provinciae Caesaris*) no hubo *aediles*

ni *quaestores* y no se aplicó por tanto el Edicto edilicio. Lo dice expresamente Gayo (1.6) y debemos admitirlo.

2. El Edicto edilicio se refería únicamente a las ventas de esclavos y animales de tiro. A las de otras especies se aplicaba esta jurisdicción, solamente cuando el Edicto se refería a enfermedades de animales (“*Quae de iumentorum sanitate diximus, de cetero quoque pecore omni venditores faciunt*”).

928. Especies de compra-venta.

3. De acuerdo con el Edicto, el vendedor respondía de ciertos vicios cualitativos. Ambos Edictos (el de esclavos y el de animales) establecían una responsabilidad general por enfermedades y vicios (“*qui morbi vitiive cuique (scil. seruo) sit*”; “*qui in quoque eorum (scil. iumentorum) morbi vitiive sit*”). El Edicto referente a la venta de esclavos, mencionaba además otros vicios, por ejemplo, el caso de un esclavo fugitivo (*fugitivus*) o vagabundo (*erro*) o que había cometido un delito que exponía a su dueño a la *actio noxalis* (*nox caput sequitur*).

929. Especies de vicios.

4. El vendedor respondía por los vicios, independientemente de que tuviera o no o de que pudiera o no tener conocimiento de los mismos. No era su responsabilidad condicionada a las declaraciones expresas o promesas del vendedor (*dicta el promissa*). La responsabilidad edictal era implícita en el contrato de compra-venta.

5. Esta responsabilidad edictal estaba regulada del modo siguiente: el comprador podía exigir la rescisión del contrato y la devolución del precio entregando a su vez la cosa. A tal objeto, los *aediles* otorgaban al comprador una acción honoraria especial, llamada *actio redhibitoria*, la cual podía utilizarse dentro de los seis meses siguientes a la fecha de conclusión del contrato.

930. *Actio redhibitoria*.

a) El Edicto sobre la venta de los esclavos establecía: *iudicium dabimus ut id mancipium redhibeatur*, lo que significa que el vendedor, recuperaba el esclavo (*re-habere*, aunque los juristas alguna vez usaron *redhibere* en sentido de *reddere*). El Edicto sobre la venta de ganado, utilizaba una fórmula diferente: *de inemptis faciendis iudicium dabimus*, pero la significación legal de esta fórmula era la misma que la de la anterior: el comprador podía reclamar el precio restituyendo el animal. A pesar del carácter enigmático del texto (D. 21.1.45) el comprador no podía exigir el doble del precio. La *actio redhibitoria* se da también por los *dicta y promissa*, lo que implicaba una responsabilidad conforme al *ius civile* (supra, § 925). El edicto relativo a la venta de esclavos decía: “*sive adversus quod dictum promissumve fuerit (scil. mancipium), cum veniret, fuisset quod eius praestari oportere (scil. iure civili) dicitur*”. La cláusula no figura en el *edictum de iumentis*.

931. *Actio
quanto minoris.*

b) De acuerdo con la opinión dominante, los *aediles* otorgaron otra acción en función alternativa con respecto a la *actio redhibitoria*. Mediante esta acción el comprador, dentro del año siguiente a la conclusión del contrato, podía exigir una reducción proporcional en el precio. Fué ésta la llamada *actio quanto minoris* (scil. *res fuit ob vitium cum veniret*) o *actio aestimatoria*. Esta acción fué creación justiniana. Por lo que se refiere al Derecho clásico, la doctrina dominante, se apoya en una base frágil. A nuestro parecer esta acción fué completamente extraña al Derecho clásico.

El *edictum de mancipiis*, tal como nos ha sido transmitido, no menciona la *actio quanto minoris*. Es mencionada en cambio en el *edictum de iumentis*: “vel quo minoris cum venirent fuissent (scil. *iumenta*) in anno iudicium dabimus”, pero esta cláusula es interpolada como demuestra la palabra *vel* en lugar de *sive* (vide Eisele, Z. XXI, 1900, 3 y s.). Otros importantes textos del *Digesto* son también sospechosos. Gelio, 4.2.5 no nos suministra prueba alguna del clasicismo de esta acción.

932. *Stipulatio
duplae.*

6. El comprador podía exigir del vendedor la celebración de una estipulación en la que este último asumiese la responsabilidad por ciertos vicios y prometiese además pagar el doble del precio recibido en caso de evicción. La forma propia de esta estipulación, viene ilustrada por las tablillas de Transilvania. Si el vendedor se negaba a celebrarla, el Edicto otorgaba al comprador una *actio redhibitoria* — en este caso utilizable únicamente dentro del plazo de dos meses y por el doble del precio (no alternativamente una absurda *actio quanto minoris* en el plazo de seis meses) — recurso éste cuya finalidad era estimular la celebración de la *stipulatio duplae*. Los compiladores suprimieron esta parte del Edicto (D. 21. 1.28, se dejó subsistente, pero se añadió al texto la absurda *actio quanto minoris*).

933. *Desenvol-
vimiento post-
clásico.*

C) *Derecho post-clásico.* — Tal fué el Derecho clásico referente a la responsabilidad del vendedor por vicios cualitativos. En la época post-clásica desapareció la jurisdicción de los *aediles* y *quaestores* pudiendo ejercitarse las acciones edilicias ante un tribunal cualquiera. Por supuesto, ya no se limitaba la aplicación de estas acciones a las ventas que tenían lugar en los mercados. Siendo dudoso que se aplicasen a ventas que tuviesen por objeto cosas que no fuesen esclavos o ganado. Los compiladores justinianos, extendieron esta acción a las ventas de cualquier especie, incluso las de predios rústicos y por una atrevida interpolación proclamaron este principio, absolutamente extraño a los clásicos, en el comienzo del título 21.1 del *Digesto*, atribuyéndolo en un rasgo de raro humor, al jurista Labeón. La *actio quanto minoris* fué inventada

y la *actio empti* amalgamada con las acciones edilicias, así que la rescisión del contrato y la reducción del predio pudieron ser exigidas ahora con la *actio empti*.

D) *Consideración general.* — 1. Las normas romanas relativas a la responsabilidad del vendedor por vicios cualitativos, han sido muy elogiadas y ha impresionado durante muchos siglos a los legisladores continentales. Especialmente, la responsabilidad creada por los *aediles* — garantía general por vicios cualitativos de todo género, garantía implícita, no dependiente de los *dicta et promissa* o de la *scientia* del vendedor; por otra parte una responsabilidad, no por los daños, sino que diese lugar a una rescisión del contrato o a la reducción del precio convenido — parecía a los legisladores continentales, un sistema ideal. Gradualmente nos ha invadido el escepticismo, al comprobar que el Derecho romano, crea a este respecto serias dificultades. Las normas del Código Civil alemán, basadas en el Derecho romano, son indudablemente, como Gierke afirmaba, muy intrincadas, artificiosas en parte y frecuentemente oscuras. Un autor alemán moderno ha confesado admirar con envidia la bondad de las reglas del Derecho anglo-americano atinentes a esta materia, las cuales concuerdan con los principios del Derecho germánico anterior a la recepción del *Ius romanum*. El Derecho inglés es tal vez preferible por su mayor claridad y valor práctico.

324. Consideración general.

2. Un rudo golpe fué asestado al título 21.1 del *Digesto* en los comienzos de este siglo por un apasionado campeón de la llamada *Freirechtbewegung* (Ernst Fuchs) al declarar: "Nadie puede leer este título sin experimentar profundo disgusto". Este autor, falto ciertamente de sentido histórico, sintió extrañeza ante las discusiones republicanas y clásicas sobre *morbus* y *vitium*. Estas discusiones parecieron estériles y pedantescas. Luego que el Edicto equiparó *morbus* y *vitium*, resulta superflua toda distinción entre los mismos, pero esto no obstante, prosiguieron las viejas discusiones. La jurisprudencia clásica, no se halló enteramente libre de esa pedantería escolástica (vide por ejemplo la regulación de la *implantatio* y de la *specificatio*, supra, §§ 635, 638). Esto no obstante, rebajar por tal motivo a los juristas clásicos, resulta tan absurdo como exaltarlos.

F U E N T E S

§ 910. Vide D. (18.1) 28 [*nam... venditio*].

§ 911. Sobre la *exceptio mercis non traditae*, vide supra, § 811, Fuentes. Sobre la venta genérica, vide Gayo, 3.147; D. (18.1) 65 hasta *conductionem*, y Beseler Z. L. (1930), 39.

- § 912. Vide D. (18.1) 8 e *Index Interp.*
- § 913. Vide D. (19.1) 6.1; Gayo 3.140-1; D. (19.2) 22.3; (4.4) 16.4; *Epit. Ulp.* 2. 11 [*iusto pretio*].
- § 914. Vide D. (18.1) 41.1 (genuino); (18.1) 9 pr.-2 (muy interpolado).
- § 915. Vide Gayo, 4.131a; Paul. *Sent.* (1.13a) 4; (19.1) 30.1 [*ad est... vendiderit*] y Lenel, Z. LI (1931), 42; (22.1) 25.2.
- § 916. Vide D. (19.1) 13.8, e *Index Interp.*
- § 917. Vide C. (3.32) 12; (4.49) 1 y 6 [*facile*].
- § 918. Vide D. (18.1) 15 pr.; (50.17) 185.
- § 919. *Inst. Inst.* (3.23) 3; D. (18.6) 3 [*talem*]; *praestare eam* [ut... *adhiberet*]; (47.2) 14 pr. [*mandare... oportebit*]; [*dummodo*] «*sed*»; [*praestet*] «*praestare debet*»; (47.2) 81 pr. [*sine culpa mea*]; [*dominum... teneor*] «*custodiam praestare debeo*». Sobre frutos, vide Paul. *Sent.* (2.17) 7; *Fr. Vat.* 15.
- § 920. Vide Paul. *Sent.* (2.17) 1 y 3.
- § 921. Vide el documento de Transilvania, Bruns, *Fontes*, núm. 130 = Lenel, *Edict.* (1927), 567 = FIRA III, núm. 88, y la nota de Arangio-Ruiz, así como Maylan, *Rev. des études Lat.* XXI/XXII (1945), 34.
- § 922. Vide D. (21.2) 60 [*et ex... interest*]; (21.2) 56 pr. [*simpliciter*]; [*nisi... convenerit*].
- § 923. Vide D. (21.2) 8; *Fr. Vat.* 17, primera frase.
- § 926. Vide el Edicto en Lenel, *Edict.* (1927), 535 y 565 o FIRA, I, número 66; traducción: De Zulueta, *The Roman Law of Sale* (1945), 139 y 145. Vide además C. (4.58) 2 [*etenim... est*].
- § 931. Vide Gellius, 4.2.5 = Seckel-Kübler, I, 92. El texto debe ser leído del siguiente modo: "... sed cui morbus est, idem etiam vitiosus est... quam ob rem cum de homine morbo agatur (scil. actione redhibitoria), aequè inquit, ita dicitur: quando ob id vitium minoris fuerit". Se refiere a la alegación del actor, para justificar la *actio redhibitoria*. Lenel, *Edict.*, página 561, da un texto equivocado.
- § 932. Vide Lenel, *Edict.* (1927), § 296.
- § 933. Vide D. (21.1) 1 pr. (espúreo); (21.1) 63 (espurio); Paul. *Sent.* (2.17) 6.
- § 934. 2. Vide Gellius, *Noct. Att.* 4.2; Seckel-Kübler, *Iurispr. Anteiust.* 1.61, núms. 28, 29; 1.92, núm. 1.

BIBLIOGRAFÍA

- §§ 909 y s. Una obra moderna y comprensiva de Derecho romano sobre la venta, no existe. Bechmann, *Der Kauf nach gemeinem Recht* (I, 1867; II, 1884; III, 1905; IV, 1908) es anticuada. Una valiosa síntesis es dada por F. de Zulueta, *The Roman Law of Sale*, Introduction and select texts (1945). Vide además (anticuado) Pernice, *Labeo*, I (1873), 454 y s.; Mommsen, *Schr.* III (1907), 132 y s.; Ferrini, *Opere*, III (1929), 49 y s.
- § 910. Kaser, *Eigentum und Besitz* (1943), 111, con referencias; De Zulueta, l.c. 1 y s.
- § 911. Sobre la venta genérica, vide Seckel-Levy, Z. XLVII (1927), 122 y s.; Beseler, Z. L (1930), 34 y s.; Krückmann, Z. LIX (1939), 7 y s.; De Zulueta, l.c. 14.
- § 913. De Senarclens, "La maxime pretium debet esse verum certum iustum", *Mélanges Fournier* (1929), 685; De Zulueta, 16 y s., con referen-

cias; Albertario, *Studi*, III (1936), 401; Solazzi, *Bull.* XXXI (1921), 51 y s.; Scheuer, *Z für vergl. RW.* XLVII (1932), 77.

§ 914. Beseler, *Byzantinisch-Neugriech. Jahrbücher*, I (1920), 343 y s.; *Z.* XLV (1925), 213 y s.; *Bull.* XII (1948), 103; Lenel, *Archiv. f. d. zivil. Praxis*, CXXIII (1925), 161 y s.; Simonius, *Festschrift P. Koschaker*, I (1939), 358 y s.; De Zulueta, l.c. 25 y s.; W. Flume, *Eigenschaftsirrtum und Kauf* (1948), 64 y s.

§ 915. Monier, *Mélanges Cornil*, II (1926), 139 y s.; vide bibliografía infra, 920 y s., Bibliografía.

§ 917. Felgenträger, *Antikes Lösungsrecht* (1933), 27 y s.

§ 919. F. Haymann, *Z.* XL (1919), 254 y s.; XLI (1920), 44 y s.; XLVIII (1928), 814 y s. (falta de método e inaceptables las conclusiones); Rabel, *Z.* XLII (1921), 543 y s.; Seckel-Levy, *Z.* XLVII (1927), 117 y s. (acertadamente contra Haymann); Beseler, *Bemerkungen zu Z 1927* (1927), 7 y s.; T. VIII (1928), 279 y s.; *Z.* L (1930), 34 y s. (La doctrina de Beseler es correcta, aunque su reconstrucción de los textos clásicos resulte, frecuentemente problemática); Vogt, *Festschrift P. Koschaker*, II (1939), 162 y s.; Krückmann, *Z.* LIX (1939), 1 y s.; LX (1940), 1 y s.; De Zulueta, l.c. 30 y s. Vide, además, bibliografía sobre *custodia*, supra, § 885, Bibliografía; Pflüger, *Z.* LXV (1947), 205.

§§ 920 y s. Girard, *Mélanges de droit romain*, II (1923), 1 y s. (fundamental); Rabel, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte* (1902); De Zulueta, l.c. 42 y s.

§ 920. Girard, l.c. 5 y s., 163 y s.; Rabel, l.c. 5 y s.; Lenel, *Edict.* (1927), § 290; Beseler, *Beiträge*, IV (1920), 307; *Z.* XLVI (1926), 96; M. Kaser, *Eigentum und Besitz* (1948), 107 y s., 115 y s., 128, 129 y s.

§ 921. Girard, l.c. 46 y s.; Kaser, l.c. 202 y s. Sobre *satisfactio secundum mancipium*, vide Lenel, *Edict.* 546 y s.; Kaser, l.c. 66; Maylan, *RH.* XXVI (1948), 1.

§ 922. Kaser, l.c. 204, núm. 9; 210, núm. 27.

§ 923. Kaser, l.c. 221; *Z.* LIV (1934), 162 y s., 169.

§ 924. Kaser, *Eigentum und Besitz*, 210 y s.

§§ 925 y s. R. Monier, *La Garantie contre les vices cachés dans la vente romaine* (1930); De Zulueta, *The Roman Law of Sale* (1945), 46 y s.; Flume, *Eigenschaftsirrtum und Kauf* (1948), 57 y s.

§ 925. F. Haymann, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, I (1912), 1 y s., 44 y s.; Beseler, *Beiträge*, IV (1920), 306, acertadamente contra Partsch, *Z.* XXXIII (1912), 601 y s.; Monier, l.c. 3 y s., 113 y s.; Flume, l.c. 57 y s., 60 y s.

§§ 926 y s. H. Vicent, *Le Droit des édiles* (1922); Lenel, *Edict.* (1927), §§ 293, 294; Monier, l.c. 19 y s.

§ 926. F. Haymann, *Haftung des Verkäufers*, 19 y s.; De Senarclens, "La Date de l'édit des édiles de mancipii vendundis", *T.* IV (1923), 396 y s.

§ 927. S. Weiss, *Z.* XXXVII (1916), 167 y s.; Solazzi, *Istituti tutelari* (1929), 117 y s.

§ 930. Lenel, *Edict.* (1927), 556 y s., con referencias; Monier, *La garantie contre les vices* (1930), 56 y s.; De Senarclens, "La Duplex condemnatio de l'action redhibitoire", *Studi Bonfante*, III (1930), 91 y s.

§ 931. Lenel, *Edict.* l.c. 561 y s.; Monier, *La Garantie contre les vices*, 170 y s. (contra Monier, sin éxito F. Haymann, *Z.* LI (1931, 479 y s.); Giffard, "L'Action édilicienne quanti minoris", *RH.* X (1931), 682 y s.

§ 932. Lenel, *Edict.* (1927), 562 y s., 567; Monier, l.c. 104.

§ 933. *Index Interp.* ad D. (21.1) pr.; De Senarclens, "L'Extension de l'édit des édiles aux ventes de toutes espèce des choses", RH. VI (1927), 385 y s.; Monier, *La Garantie*, 161 y s., 186 y s.; Flume, l.c. 58.

§ 984. Gierke, *Deutsch. Privatrecht*, III (1917), 468; Grossmann-Doerth, *Rechtsfolgen vertragswidriger Andienung* (1934), 27, citado por Flume, l.c. 59; Ernst Fuchs, *Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz* (1909), 170 y s., 265.

11. ARRENDAMIENTO ("LOCATIO CONDUCTIO")

935. La no romana tricotomía.

Bajo la expresión *locatio conductio* los juristas clásicos agruparon tres tipos de contratos definidos del siguiente modo por los romanistas modernos:

1. *Locatio conductio rei*. — Era éste un contrato consensual por cuya virtud una parte (el *locator*), convenía ceder a la otra parte (*conductor*), el uso de una cosa (finca rústica, casa, habitación, esclavo, animal, u otra cosa mueble cualquiera) prometiendo el *conductor* pagar una compensación.

2. *Locatio conductio operis*. — Fué un contrato consensual en que una parte (*conductor*), prometía producir un cierto efecto o resultado con su trabajo, por ejemplo construir una casa o confeccionar un traje, a cambio de una compensación que debía ser pagada por la otra parte (*locator*).

3. *Locatio conductio operarum*. — También un contrato consensual en que una parte (*locator*), prometía servicios de cierta especie (por ejemplo trabajo doméstico), a cambio de una remuneración que debía ser pagada por la otra parte (*conductor*).

La terminología produce a primera vista perplejidad. El trabajador es llamado *conductor* en el núm. 2 y *locator* en el núm. 3. Además, en ciertos casos concretos, resulta difícil distinguir *locatio conductio operis* de *locatio conductio operarum*. Una persona contrataba el trabajo de un jardinero por un año, y una suma fija de dinero con objeto de arreglar un jardín. O se alquilaban unos músicos, para celebrar un baile. ¿Son estos contratos casos de *locatio operis* o de *locatio operarum*?

Tal tricotomía no se halla en las fuentes romanas, ni fué implícitamente aceptada por los juristas clásicos. Éstos solamente conocieron una *locatio conductio* y en principio, aplicaron las mismas reglas, a las variedades todas de este contrato. Las diferencias terminológicas respondieron a conveniencias lingüísticas y al uso, sin que tuvieran mayor trascendencia. *Locare* significa (lo mismo que el griego ἐκδοῦναι) "colocar", esto es, confiar o entregar algo a una persona. La etimología de *conducere* es oscura. En las obras no jurídicas significa "llevar juntamente" (*conducere populum in*

forum, conducere copias), pero los juristas clásicos le dieron la acepción de *secum ducere*. Así, cuando alguien arrendaba un esclavo, se decía de él que era *conductor*, esto es, persona que llevaba al esclavo consigo (*rem utendam conducere*). La persona que proporcionaba el esclavo era llamada *locator*, porque “colocaba” el esclavo a disposición del *conductor*. Si alguien recibía una cosa para transportarla a otro lugar, el que la recibía era llamado *conductor* porque llevaba consigo la cosa (*rem perferendam conduxit*). El que entregaba la cosa para su transporte era llamado *locator* porque “colocaba” la cosa en poder del porteador. Los términos *locare* y *conducere* fueron también usados metafóricamente. Si alguien contrataba a un arquitecto para construir una casa, el arquitecto era llamado *conductor* porque asumía la tarea (*domum aedificandam conduxit*); la otra parte era llamada *locator* (*domum aedificandam locavit*) porque “colocaba” o encargaba esta tarea al arquitecto. Pero si alguien arrendaba obreros para construir una casa bajo su propia dirección, parecía más propio considerar a los obreros como *locatores* (*locant operas suas in aedificio faciendo*), puesto que se colocaban ellos mismos a disposición de la otra parte. Insistimos en que esta diferenciación terminológica, fué más bien formal y que en todo caso, el trabajador podía llamarse a sí mismo *locator* o *conductor* según le pluguiese. En el caso del jardinero antes mencionado, éste puede decir: *hortum curandum conduxi* u *operas meas locavi in horto curando*. Los juristas no se cuidaron de decidir qué expresión de estas dos resultaba más propia. Si alguien alquilaba un flautista para amenizar una reunión vespertina, no se paraban a deliberar si este caso era una *locatio conductio operarum* o una *locatio conductio operis* y si, consiguientemente, el flautista era *locator* o *conductor*. Era ésta una cuestión absolutamente desprovista de importancia jurídica. Una persona encargaba a un orfebre una sortija de oro con material del mismo orfebre. La doctrina clásica dominante, consideraba este contrato como una compra-venta, pero Casio lo estimó como venta de oro combinada con una *locatio conductio operarum* (Gayo, 3.147). Repárese en que se dice *operarum*, no *operis*, contra lo que piensan los modernos autores. Gayo no dice si Casio llama al orfebre *locator* o *conductor*. De hecho era esta cuestión, jurídicamente intrascendente. Pudo haberle llamado *conductor* (*anulum faciendum conduxit*) o *locator* (*operas suas locavit in anulo faciendo*). Debemos pues abandonar la indicada tricotomía. Es ésta un producto del escolasticismo jurídico continental que crea dificultades y errores innecesarios, pues alude a diferencias jurídicas en una materia en que realmente éstas no existen. La cuestión de responsabilidad

y riesgo no están condicionadas al hecho de si el contrato es *locatio conductio operarum* o *locatio conductio operis*.

936. Definición.

Una definición de *locatio conductio* en general podía ser la siguiente: *Locatio conductio* es un contrato consensual por el que una de las partes (*locator*) colocaba una cosa, un trabajo o servicios, a disposición de otra parte llamada *conductor* con una cierta finalidad y a cambio de una remuneración prometida por el *locator* o el *conductor*.

937. Carácter del Derecho de arrendamiento clásico.

El Derecho clásico de arrendamiento produce impresión de pobreza si se compara con el moderno, pero precisa tener en cuenta, que las condiciones sociales y económicas de Roma diferían grandemente de las actuales y que el Derecho clásico de arrendamiento, refleja en definitiva, las características propias de su época. Los contratos con los trabajadores libres, no fueron entonces tan frecuentes como ahora, pues el trabajo de los esclavos superó en importancia al mercenario. Los obreros de las fábricas, eran por regla general, esclavos. Las personas acomodadas tenían sus artesanos (zapateros, sastres, etc.), que eran sus propios esclavos. Así pues el problema actual del Derecho de trabajo no pudo plantearse entonces. Por lo que respecta al arrendamiento de una casa, de un piso, de una habitación, conviene aclarar que estos contratos eran celebrados generalmente por las gentes económicamente débiles, pues las personas de posición, vivían por lo común, en casas propias. La insuficiencia de viviendas en Roma al final de la República y durante los dos primeros siglos del principado, fué sencillamente pavorosa; el espacio edificable destinado a viviendas se hallaba cada día más mermado, debido a la abundancia de edificios públicos y de palacios y jardines de los grandes capitalistas. No se podían construir casas nuevas para la gente humilde, ni siquiera lejos del centro de la ciudad, por falta de medios de comunicación. Aquellas personas que se veían forzadas a vivir en locales arrendados (*inquilini* = *incolini*) se hallaban a merced de los capitalistas, los cuales imponían a su gusto los términos de los correspondientes contratos de arrendamiento. Algunas veces una manzana de casas (*insula*), era arrendada a una persona, la cual subarrendaba las habitaciones del edificio, actuando así como un *procurator* del dueño. El arrendamiento de predios rústicos acusaba también rasgos semejantes. Conforme a la concepción económica romana, era más provechoso para los grandes terratenientes arrendar pequeñas parcelas de sus dominios. Los arrendatarios (*coloni*) eran, por regla general, gentes que disponían de escasos medios, a las que el propietario proveía de muebles y enseres sometiéndolos a su personal vigilancia o a la de su *procurator*. Algunas

veces un inmueble era arrendado a una persona, que se situaba en la posición propia de un *procurator* para subarrendar las parcelas y vigilar a los subarrendatarios. No existió una clase extensa de *coloni* económicamente independientes y en situación próspera.

El Derecho clásico de arrendamiento, respondía naturalmente a las condiciones económicas y sociales de la época. Los juristas escribían y trabajaban para la clase de los *beati possidentes*, clase a la que ellos mismos pertenecían, acusando por ello una evidente falta de sentido social. Se interesaron poco por la situación de los obreros, y la idea de proteger a éstos y a los pobres inquilinos de habitaciones o arrendatarios de terrenos, frente al capitalismo, les fué totalmente extraña. Por ello se ocuparon raramente de estas cuestiones tan vitalmente interesantes en nuestra época. Las partes contratantes fueron perfectamente libres de celebrar el contrato, de configurarlo como les pareciese, lo cual significa, naturalmente, que el contrato era del tenor que placía al capitalista. Las normas especiales referentes al arrendamiento de casas, pisos y habitaciones de una parte, y de otra, las concernientes al arrendamiento de terrenos, no tuvieron grandes posibilidades de desarrollo. La denuncia del contrato fué desconocida y las habitaciones, tierras o servicios fueron arrendados a plazo fijo. Por lo que se refiere a las reparaciones de la casa o habitaciones arrendadas, los juristas se contentaron con establecer la obligación del dueño de repararlas, pero sin excluir la posibilidad de que el contrato dispusiese lo contrario. Los capitalistas romanos hallaron muy provechosas, como el famoso señor Sartorio, la explotación de viviendas pobres. Los compiladores intentaron mejorar el Derecho de arrendamiento en beneficio de los arrendatarios, pero las interpolaciones por ellos llevadas a cabo, están reclamando un estudio comprensivo.

Un ejemplo elocuente de la actitud clásica ofrece la inscripción ILS. 7457 (cf. Suetonio, *Vespas.* 1; Pernice, Z. VII, 1, 1886, 97 y s.). Existieron grupos de trabajadores de una granja (*turmae messorum*) quienes dirigidos por un capataz (*ductor*) emigraban cada verano a determinados lugares para proceder a la recolección de la cosecha. Los juristas clásicos no fueron capaces de apreciar el alcance de este fenómeno.

Después de haber expuesto las generalidades relativas al Derecho de arrendamiento, habremos de centrar nuestra atención en algunas reglas importantes del mismo.

El arrendatario de cosa o la parte que tomaba en arriendo a un obrero, debía prometer una remuneración (*merces*), pues de otro modo, el contrato habría sido de *commodatum* o de *mandatum*. 938. *Merces*.

En Derecho clásico la *merces* debe consistir en una suma de dinero. La única excepción a esta regla fué la llamada *colonia partiaria* por virtud de la cual, el *conductor* prometía como remuneración una parte de los frutos de la cosecha. A falta de pactos especiales, la remuneración debía ser pagada al final del contrato.

939. Acciones.

De la *locatio conductio* derivaban dos acciones, la *actio locati* en favor del *locator* y la *actio conducti* para el *conductor*. Las *formulae* de los antiguos tiempos de la República, se inspiraban en los modelos de las acciones derivadas de la compra-venta. Fueron por tanto *in ius conceptae* y contenían la cláusula *ex fide bona* (Lenel, *Edict.* § 111).

“*Actio locati.* Quod Aulus Agerius Numerio Negidio fundum fruendum (domum faciendam, operas suas) locavit, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato etc. *Actio conducti.* Quod Aulus Agerius de Numerio Negidio fundum fruendum (donum faciendam, operas) conduxit, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, etc.”

940. Venta rompe arrendamiento.

Los derechos derivados del contrato de arrendamiento fueron *iura in personam*. La persona que recibía una cosa de la otra parte (*fundum fruendum, vestimenta sarcienda*) no era *possessor* sino mero *detentor* (supra, § 754) y no estaba por tanto, protegido por los interdictos posesorios. Constituye esto, un expresivo ejemplo de la dependencia económica y social del arrendatario. A tomaba en arriendo de B, una habitación por un año. Antes de transcurrir el tiempo fijado, podía B expulsar de propia autoridad al arrendatario, o bien promover un *interdicto posesorio* (no se da la *rei vindicatio*; supra, § 645). A podía ejercitar la *actio conducti* contra B, pero, con todo, lo cierto es que A había perdido su vivienda. Si B enajenaba la casa antes de haber transcurrido el año, el adquirente podía desahuciar al arrendatario, el cual no tenía más recurso que el ejercicio de la *actio conducti* contra B (no contra el nuevo propietario). En la Edad Media esta posibilidad fué expresada mediante la famosa máxima “venta rompe arrendamiento”, fórmula que origina confusión, particularmente si se refiere al Derecho clásico.

El contrato de arrendamiento no es ciertamente rescindido por la venta, por el contrario, subsiste intacto y la prueba de ello es que proporciona al arrendatario el único remedio de que éste puede disponer, la *actio conducti*. El nuevo dueño no tiene más derechos que el arrendador, el cual podía desahuciar al arrendatario (en la época de Justiniano se restringió algo el *ius expellendi* del arrendador). La única dife-

rencia fué la de que el nuevo propietario, no se hallaba obligado por el contrato y no podía, por tanto, diversamente de lo que acaecía con el *locator*, ser pasivamente legitimado en caso de una *actio conducti* intentada por el arrendatario.

Ambas partes fueron responsables por *dolus* y *culpa*, pero la parte contratante que recibía una cosa de la otra (tanto si era llamado *conductor* como si era designado con el término de *locator*) respondía además por *custodia* (supra, § 885). Es indudable, que el sastre que recibía unos trajes para su reparación y limpieza, era responsable por la custodia de los mismos. Lo dice expresamente Gayo (3.205, 206). Si resulta cierto que la famosa tricotomía no existe y que la *locatio conductio* fué un concepto unitario (supra, § 935), se sigue de ello que una persona que tomaba en arriendo un esclavo o un animal (*rem utendam conduxit*), era responsable por *custodia*. También algunas veces alcanzaba al *locator* esta misma responsabilidad. Supongamos que A tomaba en arriendo un departamento del almacén (no todo el almacén) de B y entregaba a éste cierta cosa. B (llamado *locator*) respondía por la custodia a menos que esta responsabilidad fuese expresamente excluida. Aparece esto en la *lex horreorum* conservada en una inscripción.

941. Responsabilidad.

Bruns, *Fontes*, núm. 166; FIRA, III, núm. 145, ILS. 5414: "Invectorum in haec horrea custodia non praestabitur".

Lo repetimos una vez más: no tuvo la más mínima importancia jurídica, determinar, si la persona que recibía la cosa era llamada *locator* o *conductor*. Los compiladores sustituyeron usualmente (supra, §§ 885, 900) la expresión *diligentia in custodiendo* en lugar de la clásica *custodia*, mediante numerosas interpolaciones.

El *locator rei utendae* estaba obligado a entregar al *conductor*, la cosa objeto del arrendamiento, así como a repararla *ex fide bona*. Se consideró suficiente esta regla y las normas tan complicadas, referentes a la evicción y a los vicios cualitativos de la compra-venta (supra, §§ 885, 900), no se aplicaron al arrendamiento. No pudo darse la evicción en el arrendamiento, porque el *conductor* no era *possessor* y, consiguientemente, no procedía contra él la *rei vindicatio* (supra, § 645). El Edicto de los ediles, no se aplicó tampoco. Puesto que éste se refiere únicamente a las ventas y a los arrendamientos no se extendió la jurisdicción de aquéllos. Si el *locator* dejaba de cumplir sus obligaciones, el *conductor* podía intentar contra él la *actio conducti*. En Derecho clásico no podía denunciar el contrato. Los compiladores le reconocieron esta facultad.

942. Evicción y vicios cualitativos.

El Derecho clásico referente al riesgo fué el siguiente. Si A tomaba en arriendo una casa por un año y transcurridos seis meses,

943. *Periculum*.

la casa era destruída por un incendio, el inquilino tenía que pagar solamente el alquiler de medio año. Por tanto *periculum est locatoris*. Si A tomaba en arriendo un obrero, también por un año, y moría éste a los seis meses, el heredero del obrero podía reclamar la mitad de la remuneración convenida por todo el año. Si A entrega oro a un orfebre para que éste le hiciese una sortija y el oro era hurtado al orfebre, éste era responsable por custodia y no podía exigir remuneración alguna por su trabajo si hubiese comenzado el anillo y tampoco si lo hubiese ya acabado (*periculum est conductoris anuli faciendi*). Si un arquitecto asumía la tarea de dirigir la construcción de una casa (*domum faciendam conduxit*) y ésta, a medio construir, sufría los efectos de un incendio, no podía reclamar remuneración alguna y venía obligado a construir otra casa (*periculum est conductoris*), aunque resultase dudoso si los juristas clásicos aplicaron inflexiblemente norma tan rigurosa.

FUENTES

- § 938. Vide Gayo, 3.142, 162; D. (19.2) 19. 7.
§ 940. Vide D. (43.16) 1.22 [*et si... est*]; C. (4.65) 3 [*nisi... es*]; D. (19.2) 25.1; C. (4.65) [*nisi... emit*]; *Fr. Vat.* 44; D. (43.16) 12 [*nisi... facisset*].
§ 941. Vide Gayo, 3.205, 206; D. (19.2) 60.9; *Coll.* 10.9 = C. (4.65) 1; C. (4.65) 28; *Inst. Iust.* (3.24) 5 [*talis*]; [*qualem... adhibet*]; [*aliquo casu*] *casu maiores*.
§ 942. Vide D. (19.2) 9 pr. [*plane... locatorem*]; (19.2) 25.2 [*certe... dubitatio est*]; (19.2) 83 (interpolado).
§ 943. Vide D. (19.2) 59 abreviado, pero genuino en el fondo.

BIBLIOGRAFÍA

- §§ 935 y s. No disponemos de una obra moderna y comprensiva sobre la *locatio conductio*. Para la bibliografía antigua, vide Windscheid, *Pand.* II (1906), §§ 399 y s. Vide además E. Costa, *La locazione di cose nel diritto romano* (1915); Pernice, *Labeo*, I (1873), 466; Z. IX (1888), 239 y s.; XIX (1898), 89 y s.; Mommsen, *Schr.* III (1907), 132 y s.; Brasiello, "L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano", *Riv. It.* II/III (1927-8), extracto; F.M. de Robertis, *I rapporti di lavoro nel diritto Romano* (1946), 120 y s.
§ 935. Pernice, Z. IX (1888), 239 y s.; Brasiello, l.c.; Arangio-Ruiz, *Istituzioni* (1947), 346; Oliver Martín "Des divisions du louage en droit romain", *RH.* XV (1936), 419 y s. Sobre *conducere*, vide Mommsen, l.c. 137; Pernice, Z. IX (1888), 241, núm. 1, *in fine*.
§ 937. Pernice, Z. XIX (1898), 89 y s.; M. Weber, *Die röm. Agrargeschichte* (1891), 232 y s.; Gummerus, "Der röm. Gutsbetrieb", *Klio*, 5. Beiheft (1906); R. Pöhlmann, *Die Übervölkerung der antiken Gross-Städte* (1884); Mommsen, *Schr.* V (1908), 605 y s.
§ 938. Sobre *colonia partiaría*, vide Ferrini, *Scritti*, III (1929), 1 y s.;

Longo, *Mélanges Girard*, II (1921), 105 y s.; F. Kobler, *Der Teilbau im röm. und geltenden italienschen Recht* (1928, no utilizable, vide Eisser Z. XLIX (1929), 552).

§ 940. Windscheid, l.c. § 440, núm. 7; Pernice, Z. XIX (1898), 95 y s.; Schulin, Z. XLI (1920), 205 y s. Germ. Abt.

§ 941. Sobre *custodia*, vide *bibliografía supra*, § 885, Bibliografía; sobre los difíciles textos D. (13.6) 19 y (19.2) 41, vide Beseler, Z. L (1930), 54. Vide además Brasiello, l.c. 60 y s.; De Robertis, l.c. 150, 164 y s.; Pflüger, Z. LXV (1947), 193.

§ 943. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto Romano* (1933), 190; probablemente erróneo, Beseler, T. VIII (1928), 302.

12. SOCIEDAD («SOCIETAS»)

La *societas* clásica surgía en virtud de un contrato consensual por el que dos o más personas, convenían cooperar a la consecución de un fin común. Nada más se exigía en este contrato. En algunos textos, se habla de un especial *animus* o *affectio contrahendae societatis*, pero estos textos están interpolados. Por regla general, los socios o algunos de ellos, prometían realizar aportaciones pecuniarias. Podían también prometer la aportación de todo su patrimonio presente y futuro (*societas omnium bonorum*). Así pues, las partes que celebraban este contrato, se hallaban recíprocamente obligadas a hacer o entregar algo, de modo semejante a lo que ocurre en los contratos de compra-venta o arrendamiento, pero la diferencia fundamental respecto a éstos, estriba en que en estos últimos, una prestación, funciona como compensación de la otra, mientras que las prestaciones que se derivan de las obligaciones propias de la *societas*, no tienen nunca este carácter compensatorio. No obstante Gayo incluye, certeramente, la *societas* en el grupo de contratos consensuales, situándola entre la compra-venta y el arrendamiento de una parte, y el mandato de otra. Ciertamente no fué el primero en obrar así.

944. Concepto y génesis.

El *contractus societatis* clásico pertenecía al *ius civile* y no al *ius honorarium*. Las obligaciones derivadas de él fueron obligaciones civiles y la *actio pro socio*, fué consiguientemente una *actio in ius concepta*. Los lectores de Gayo 3.154 no deben confundirse ante la afirmación de este autor *societas iuris gentium est; ius gentium* es usado en este pasaje por Gayo, no en oposición al *ius civile*, sino más bien en oposición al *proprium ius civile*, esto es a aquellas instituciones de Derecho romano que Gayo no encuentra en el Derecho propio de otros pueblos. La clásica *societas* existió ya en el último siglo de la República y fué ya entonces una institución propia del *ius civile*. La cuestión de si la forma originaria

945. *Contractus civilis*.

fué la *societas omnium bonorum*, no tiene importancia alguna para nuestro objeto.

946. El *consortium*.

Gayo 3.154a, 154b (texto recientemente descubierto) hace referencia a la preclásica institución del *consortium*. Fué éste una sociedad de co-herederos (*fratrum societas*), los cuales deseando dilatar la partición de la *hereditas*, constituían una *societas*, aportando a la misma, sus respectivas porciones hereditarias. Otras personas podían también constituir un *consortium* según el modelo de la *fratrum societas*. Esta forma de sociedad ofrecía algunos rasgos peculiares, pero lo mismo que la *societas clásica*, requería un acuerdo o convenio (*consensus*). Una *societas re contracta*, esto es, una *societas* que se constituyese automáticamente con la *communio bonorum*, no existió jamás. Desde el descubrimiento de los nuevos fragmentos de Gayo, el *consortium* ha sido un tema favorito de la moderna literatura, pero no debemos entrar ahora en discusión acerca del mismo, pues aquí nos referimos solamente al Derecho clásico y el viejo *consortium* no existió ya en la época del mismo, según acredita el propio Gayo. Es posible, aunque no cierto, que la *societas* clásica derivase de este *consortium*.

947. No es persona jurídica.

La *societas* clásica no fué una persona jurídica o, si preferimos, una *gesamte Hand*. No fué, tampoco, como la corporación, una organización con miembros variables (supra, § 146). Un nuevo miembro podía ingresar en esta *societas*, pero solamente con el consentimiento de los antiguos socios. Si uno de éstos moría o abandonaba la *societas*, ésta se extinguía, aunque pudiese perdurar mediante un contrato no formal celebrado entre los *socii* remanentes. El patrimonio común formado por las aportaciones de los socios y por otras adquisiciones, fué una *communio* semejante a cualquiera otra, por ejemplo a la de la *hereditas* en caso de pluralidad de herederos (supra, § 525). Cada socio tiene una parte en la propiedad de estos bienes y puede disponer libremente de ella *durante societate*. Si A y B eran socios y un inmueble pertenecía al patrimonio común, A y B tenían cada uno una parte de la propiedad del inmueble y cada uno de ellos también, podía enajenar su parte sin el consentimiento del otro socio, por ejemplo por venta y *mancipatio*. El adquirente adquiriría la parte vendida, pero no la condición de *socius*. No existen deudas de la *societas* o de los *universi socii* (supra, §§ 157, 173) y sí únicamente deudas de los socios singulares.

948. Administración.

La administración de la *societas* resultó dificultada por la falta de una representación directa. Así, la aportación de los socios a la *societas*, exigía la celebración de actos jurídicos con cada uno de los *socii*. Incluso en el supuesto de una *societas omnium bonorum*, el

patrimonio de los socios no se hacía patrimonio común automáticamente por la sola virtud de la celebración del contrato consensual. Los textos opuestos a este principio son espurios. Si un socio, actuando por la *societas*, compra alguna cosa, era él quien adquiría la propiedad y quien estaba obligado a satisfacer el precio al vendedor. Ciertamente venía obligado también a transferir la cosa adquirida al patrimonio común y tenía derecho a exigir de sus consocios el reembolso del precio satisfecho.

949. Participación en beneficios y pérdidas.

La participación del socio en los beneficios y pérdidas de la sociedad fué fijada contractualmente. En este punto, las partes eran en Derecho clásico enteramente libres, salvo la prohibición existente de la *societas leonina*, contrato por el cual, una parte, participaba únicamente en las pérdidas y no en los beneficios.

La clásica responsabilidad recíproca de los socios, es materia dudosa. En el Derecho de Justiniano respondía por la "*diligentia quam quis suis rebus adhibere solet*", pero este principio no fué de Derecho clásico. Evidentemente, el *socius*, respondía solamente por *dolus* a pesar de que algunos juristas clásicos, abogaron por imponerle una responsabilidad por *culpa* y *custodia* en casos especiales. Un contrato de sociedad del año 167 después de J.C. conservado en una inscripción (Bruns, *Fontes*, núm. 171; FIRA, III, 157) menciona únicamente la responsabilidad por *dolus* y, por otra parte, las post-clásicas y prejustinianas *Sententiae Pauli* (2.16), admitieron la responsabilidad por *culpa*. No podemos ocuparnos de este problema. Los textos utilizables están muy interpolados y resulta muy difícil su aclaración.

950. Responsabilidad.

La *societas* se extinguía necesariamente por muerte de uno de los socios. El heredero del socio difunto, no sucedía a éste en la sociedad. En Derecho justiniano, el contrato podía prever la continuidad de la *societas* con los socios supervivientes, pero no así en Derecho clásico. Todo socio era libre de denunciar el contrato en todo tiempo, abandonando la sociedad, y los pactos contrarios a esta libertad del socio eran nulos. Esta *renuntiatio*, no solamente implicaba la cesación del socio, en la *societas*, si que también la disolución total de ésta. En ambos casos, los socios remanentes, eran libres de continuar la *societas* y podían convenirlo así de modo no formal, pero en este caso se creaba en realidad una *societas* nueva.

951. Extinción.

El socio tiene contra los demás socios la *actio pro socio*. El Edicto pretorio contenía una rúbrica *pro socio* que significa "para el socio". Esta acción fué llamada *actio pro socio* (acción para el *socius*). La fórmula no nos ha sido conservada, pero la reconstrucción de Lenel, resulta muy probable. Fué una fórmula *in ius concepta* y contenía la cláusula *ex fide bona*.

952. *Actio pro socio*.

Lenel, *Edict.* § 109: "Quod Aulus Agerius cum Numerio Negidio societatem coiit, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato", etc.

La condena implicaba *infamia* (Gayo, 4.182 y la llamada *lex Iulia municipalis*, 1.111; Bruns, *Fontes*, núm. 18; FIRA. I, número 13). Además, el *socius omnium bonorum* (y en Derecho clásico solamente él), gozaba del llamado *beneficium competentiae* (supra, §§ 793, 794). En la actualidad, se estima generalmente, que esta acción se daba tan sólo cuando la *societas* se había ya extinguido. Esto resulta muy verosímil, si nos referimos a la *actio pro socio* clásica, la cual fué probablemente una acción de liquidación. Así, no podía ser intentada una acción contra un socio para obligar a éste a realizar la aportación debida, *manente societate*. Para pedir la división del patrimonio común, se utilizaba la *actio communi dividundo* (supra, § 86) y no la *actio pro socio*.

953. Consideración de conjunción.

Con esta simple ojeada al Derecho clásico referente a la sociedad, se evidencian sus caracteres liberales e individualistas así como la aversión sentida por los romanos a toda forma de *societas*. El contrato genera solamente un *mínimum* de obligaciones y el Derecho se muestra siempre respetuoso con la libertad del individuo. Esta característica, no sufrió alteración esencial en el período post-clásico. Las formas modernas de las sociedades comerciales e industriales, no se desarrollaron en el Derecho de Roma, el cual, si se compara a este respecto con el moderno, resulta indudablemente interesante pero arcaico.

F U E N T E S

§ 944. Gayo, 3.148.

§ 948. Vide D. (17.2) 73 hasta *redigendam*; (17.2) 1.1. [*continuo*]; (17.2), 2, enteramente espurio.

§ 949. Vide Gayo, 3.149; D. (17.2) 29.2 [*et nos... spectet*].

§ 950. Vide *Inst. Iust.* (3.25) 9. El texto fué tomado de la *Res cottidianae*, atribuido a Gayo (vide D. 17.2.72); el texto prejustiniano está interpolado del modo siguiente: [*etiam*]; «*non tenetur*»; [*culpa autem... solet*]; Di Marzo, *Bull.* LI/LII (1947), 53. Vide, además, Paul. *Sent.* 2.16.

§ 951. Vide Gayo, 3.152; cf. *Inst. Iust.* (3.25) 5; Gayo, 3.151.

B I B L I O G R A F Í A

§§ 944 y s. Manigk, PW. IIIA. 772 y s., con referencias; Pernice, *Labeo*, I (1873), 448 y s.; Z. III (1882), 48 y s.; IX (1888); 232 y s.; Ferrini, *Scrivetti*, III (1829), 17 y s.; Costa, *Cicerone giureconsulto*, I (1927), 186 y s.; Del

Chiaro, *Le Contrat de société en droit privé Romain sous la république et au temps des jurisconsultes classiques* (1928) con Steinwenter, Z. L (1930), 592 y s.; A. Poggi, *Il contratto di società in diritto romano classico*, vol. I y II (1930, 1934, no utilizable); Wieacker, Z. LIV (1934), 35 y s.; *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft* (1936); Daube, *Cambridge Law Journal*, VI (1938), 381 y s.

§ 946. Solazzi, "Societas e communio", *Atti Napoli*, LVII (1935), Extracto; Arangio-Ruiz, *St. Riccobono*, IV (1936), 357 y s.; Lévy-Bruhl, *Nouvelles Études sur le très ancien droit romain* (1947), 51 y s.; Beseler, *Scritti Ferrini*, II (1948), 278.

§ 948. Riccobono, Z. XXXIV (1918), 188 y s.

§ 949. Beseler, *Scritti Ferrini*, III (1948), 276 y s.

§ 950. Vide especialmente Wieacker, Z. LIV, l.c.; Pflüger, Z. LXV (1947), 188.

§ 952. Lenel, *Edict.* § 109; E. Levy, *Konkurrenz der Aktionen* II, 1 (1922), 143, núm. 5, con referencias.

§ 953. Schulz, *Principles* (1936), 149 y s.

13. MANDATO («MANDATUM»)

El *mandatum* fué un contrato consensual en que una parte (*mandatarius*), prometía realizar gratuitamente una comisión o encargo que le había sido encomendado por la otra parte (*mandator*). Éste fué el concepto del consensual *contractus mandati* tal como es descrito en Gayo 3.155 y s. Requería (1) consentimiento no formal; el requerimiento unilateral, la orden o la autorización (*iussum*) no bastaban (2); una promesa obligatoria del *mandatarius* de ejecutar la comisión que le había sido confiada. Esta obligación del *mandatarius* era esencial en todo *contractus mandati*. Por esta razón, no había *contractus mandati* válido cuando la ejecución del encargo interesaba exclusivamente al *mandatarius* (el llamado *mandatum tua gratia*; vide infra, § 959), pues en tal caso el *mandatarius* no tenía intención de obligarse y su obligación era, como ya hemos dicho, elemento esencial del contrato.

954. Concepto y terminología.

El término *mandare* derivaba de *manum dare* = *in manum dare* y en el latín vulgar significa "confiar una cosa a alguien", "dar una comisión o encargo", "autorizar", "dar una orden o instrucción". *Mandatum* en sentido estricto de contrato consensual, fué una creación artificial de la literatura jurídica. Todavía es dudoso si los juristas clásicos llegaron a usar *mandare* y *mandatum* en su más amplia acepción (en el sentido de *iussum*). En este lugar debemos ocuparnos solamente del *contractus mandati*.

El *mandatum* figura en último lugar en la exposición que hace Gayo de los contratos consensuales. Tal vez fué el más reciente de los contratos que figuran en este grupo. Cuando se elaboró el ca-

955. *Actio mandati*.

pítulo segundo de la *lex Aquilia* (supra, § 837), la *actio mandati*, no era aún conocida; además, el contrato de mandato, se hallaba ya reconocido en la época de Cicerón. Su desarrollo durante la República, resulta un tanto obscuro por la carencia de fuentes, pero indudablemente, en la época clásica, el mandato fué un *contractus iuris civilis* del que derivaba una acción (*actio mandati*) en favor de cada una de las partes contratantes. La fórmula no nos ha sido conservada, pero fué *in ius concepta* y contenía la *clausula ex fide bona*. La condena implicaba *infamia*. Mediante la llamada *actio mandati directa* (supra, § 70), el *mandator* podía exigir la ejecución del encargo, y consiguientemente la entrega de todo aquello que el *mandatarius* había adquirido al cumplimentar la comisión recibida. Por medio de la llamada *actio mandati contraria* (supra, § 70), el mandatario podía exigir el reembolso de los gastos que hubiese efectuado con ocasión del mandato. Cuando se confiaba al *mandatarius* la celebración de un negocio jurídico cualquiera, los derechos y deberes derivados del negocio, se adquirían y contraían respectivamente (por falta de representación directa) por el *mandatarius*. Si A encargaba a B la compra de una cosa de S y B realizaba el encargo, era B el titular de la *actio empti* contra S y S el facultado para ejercitar la *actio venditi* contra B para reclamar el precio. B venía obligado a transferir la *actio empti*, a A, y A obligado por su parte a liberar a B de las obligaciones contraídas frente a S.

956. Base social del contrato.

La génesis de este contrato, necesita una explicación. ¿Por qué fué creado por los juristas republicanos? En los tiempos modernos, incluso en el Derecho continental, cuyos codificadores adoptaron el *mandatum* romano, este contrato, desempeña una función muy modesta. El mandato de hacer algo en favor del *mandator* sin compensación alguna, queda en realidad fuera del ámbito jurídico, ya que las partes no sienten, por causa de la gratuidad, el deseo de obligarse jurídicamente. En Roma, y especialmente en aquellos estratos sociales a que pertenecían los juristas, ciertas reglas y costumbres sociales fueron en realidad las que sugirieron este contrato. La amistad (*amicitia*) imponía serios y hasta penosos deberes. El amigo romano tiene exigencias que en la actualidad serían inconcebibles. En la Roma republicana, no se titubea en acudir a un amigo en demanda de la ayuda precisa para salir de una situación penosa. Al amigo podía exigírsele hospitalidad, patrocinio, despliegue de actividades e incluso préstamos. Era parte muy principal del *officium* de una persona, ayudar al amigo en lo posible. Cuando Cicerón fué desterrado, y su familia en Roma, pasó por situaciones apuradas, el famoso orador escribía a su mujer

confortándola y diciéndole, *Ad fam.* 14.1.5, “si erunt in officio amici, pecunia non deerit”. Estas ideas fueron generalmente aceptadas y la persona que realizaba una comisión o encargo por cuenta del amigo, no esperaba de éste remuneración alguna, pero a pesar de ello, atendía al negocio ajeno por lo común, muy concienzudamente. Además, los libertos, desempeñaban un papel importante en la vida social de Roma. El patrono gustaba de confiar a su liberto negocios importantes y el liberto a su vez se sentía obligado por su *officium*, a ejecutar la comisión gratuitamente. Por último, no toda especie de servicios eran adecuados para constituir objeto de una *locatio conductio*. En el caso de un contrato celebrado con un jurista, un abogado o un maestro, la *locatio conductio* no pareció la forma contractual propia, pues la concepción aristocrática que de estas funciones tenían los romanos, exigía que fueran desempeñadas gratuitamente. Cicerón, por ejemplo, no habría consentido que sus servicios de abogado, fuesen objeto de un arrendamiento, aunque, por lo demás, no sintiese escrúpulo alguno en aceptar remuneraciones en forma un tanto menos vulgar. En todos estos casos el *mandatum* parecía ser el contrato más idóneo.

En estas circunstancias hubo una amplia posibilidad y hasta necesidad, de recurrir al *contractus mandati* y los juristas republicanos procedieron cuerdamente al admitirlo. Mostraron pues, en este punto, su habitual discreción.

1. El *mandatarius* era únicamente responsable por *dolus*, lo mismo que el *depositarius*. Ambos prestaban gratuitamente sus respectivos servicios y era obligado, naturalmente, imponerles una mínima responsabilidad. Tal fué el Derecho clásico y también el republicano. Las diatribas del joven Cicerón (*pro Roscio Amerino* 38.111 y s.) no deben inducirnos a error.

957. Responsabilidad del *mandatarius*.

2. El *mandatum* era estrictamente personal y, por ello, se extinguía con la muerte de una de las partes.

958. Extinción.

3. Cada una de las partes podía denunciar el contrato y desistir de él mientras no se hubiese iniciado la ejecución del encargo confiado.

Como quiera que el *contractus mandati* era consensual y gratuito, precisaba distinguirlo del mero consejo (*consilium*). La diferenciación de ambos no ofrece dificultad. El criterio distintivo del *contractus mandati*, es la intención de obligarse del *mandatarius*. Si esta intención falta, debemos estimar que hay un simple consejo. Pero los juristas republicanos, deseando un criterio distintivo más preciso, aceptaron la siguiente fórmula: un *mandatum tua gratia* (esto es un mandato en interés del *mandatarius*) equivale a un mero consejo, pues — así argumentaban — en tal caso, el *man-*

959. *Mandatum* y *consilium*.

datarius no tiene intención de obligarse. Esta fórmula no era enteramente errónea, pero sí descuidada. A aconsejaba a B invertir el dinero que éste tenía en la compra de tierras. Es éste un *mandatum tua tantum gratia* (exclusivamente en interés del *mandatarius*). Constituye un simple consejo, pues B, no tiene intención alguna de obligarse; B no está obligado a ejecutar el encargo y si lo hace, A no es responsable de que el consejo resulte perjudicial a B. Por otra parte, si A requiere de B que éste otorgue un préstamo de dinero a C, había en tal caso un *mandatum tua gratia*, pero no *tua tantum gratia*. No obstante Servio Sulpicio, el tan conocido amigo de Cicerón, estimó esta última forma un consejo y fué Sabino quien certeramente la consideró *contractus mandati*. Al final del período clásico hallamos en la *Res cottidianae* atribuidas a Gayo, la siguiente distinción que está en la línea estilística de los glosadores boloñeses (1): *mandatum tua tantum gratia* (2); *mandatum mea tantum gratia* (3); *mandatum aliena tantum gratia* (4); *mandatum mea et aliena gratia* (5); *mandatum tua et mea gratia* (6); *mandatum tua et aliena gratia*. Estas distinciones son innecesarias, carecen de importancia jurídica y responden a un criterio escolástico. Lo importante es el concepto de *mandatum tua tantum gratia* así como la afirmación de que este *mandatum*, es propiamente un consejo. Las demás distinciones, repetimos, no interesan y son una exponente del escolasticismo de la época.

960. Desenvolvimiento post-clásico.

En Derecho justiniano el *mandatarius* responde por culpa y no solamente por *dolus*, como ocurría en la época clásica. Fué ésta una innovación improcedente, puesto que el mandatario difícilmente estaría dispuesto a asumir esta responsabilidad sin recibir compensación alguna. Es interesante apreciar, cómo los modernos autores, han intentado justificar la responsabilidad por culpa. Windscheid por ejemplo dice (*Pand.* II § 410, núm. 4): “La promesa de ejecutar un encargo (*etwas für einen andern zu besorgen*), implica la promesa de ejecutarlo cuidadosamente (*das Versprechen der Sorgfalt*) como indica la palabra “besorgen”. Ésta promesa implícita es producto de una interpretación arbitraria y el argumento lingüístico es absurdo, pensando que su validez se reduce sólo a la lengua alemana. De hecho, la responsabilidad por culpa es absurda y, por tanto, injustificable. Los juristas clásicos estuvieron en lo cierto. En el moderno Derecho romano, el *contractus mandati* desapareció casi enteramente al desaparecer las condiciones sociales en que aquél se basaba (supra, § 956).

961. *Mandatum credendi*.

Un tipo especial de *mandatum* fué el mandato de conceder crédito a una tercera persona. El caso más sencillo es el siguiente: A encarga a B que preste dinero a C. Si B cumplía el encargo, éste

tendría una *actio ex mutuo* contra C y una *actio mandati contraria* contra A. Guarda este contrato indudable semejanza con la *fideiussio* y en el fondo, constituye una especie de fianza, pero las diferencias existentes entre esta especie de mandato y la *fideiussio*, resultan muy acusadas en el Derecho clásico. Si el acreedor demandaba al deudor principal, el *fideiussor* quedaba libre por efecto de la *litis contestatio* (supra, § 862). Si B demandaba C, su *actio mandati contraria* contra A subsistía intacta. Todas las *exceptiones* utilizables por el deudor principal, lo eran también por el *fideiussor* (supra, § 863), pero en cambio A no podía utilizar las *exceptiones* que competían a C. En resumen, el *mandatum credendi* fué un mandato semejante a otro cualquiera y no se hallaba sujeto a reglas especiales. La tendencia de los compiladores fué asimilar el *mandatum credendi* a la *fideiussio* para, de este modo, postergar en lo posible la *stipulatio* (indispensable para la *fideiussio*). Así pues, en el Derecho de Justiniano, las excepciones utilizables por C fueron también utilizables por A y en el caso de una pluralidad de *mandatores*, el *beneficium divisionis* se aplicaba a éstos también, mientras que el *beneficium divisionis* de Adriano se aplicaba exclusivamente a los *confideiussores* (supra, § 867). En Derecho Justiniano el *mandatum credendi*, no fué un contrato semejante a los demás mandatos, sino un *mandatum sui generis*, una forma de mandato sometida a normas especiales. Por esta razón fué llamado *mandatum qualificatum* por los modernos juristas, denominación ésta que debe ser evitada siempre que se trate de Derecho clásico.

F U E N T E S

§ 954. Vide Gayo, 3.135, 136; D. (17.1) 1; Gayo, 3.157; D. (17.1) 12.11 con Beseler, Z. LIII (1933), 25.

§ 955. Vide Gayo, 4.62, 182; D. (17.1) 20 pr.; (17.1) 10.6.

§ 957. Vide *Coll.* (10.2) 3.

§ 958. Vide Gayo, 3.159, 160 hasta *adferet*.

§ 959. Vide Gayo, 3.155, 156 con Beseler, *St. Bonfante*, II (1930), 58; D. (17.1) 2; D. (17.1) 16 «non esse et» *hoc*; [*deducto... persequi*]. Celso fué un proculyano y sigue la opinión de Servio; Ulpiano y los compiladores siguieron a Sabino.

§ 960. Vide D. (50.17) 23 interpolado; C. (4.35) 11 [*tam*] *dolum* [*quam culpam*]; C. (4.35) 13 [*et omnem culpam*]; [*improvisum casum*] «*culpam*».

§ 961. Vide Paul. *Sent.* (2.17) 16; D. (17.1) 32 [*si quis... procul dubio est*]; C. (4.30) 12 [*tam... quam*]; D. (46.1) 32 [*ceterisque accessionibus*]; C. (4.18) 3 [*mandatores et*]; [*aequitatis... debet*]; D. (27.7) 7 [*fideiussores*] «*sponsors*»; [*nam et... excludit*].

BIBLIOGRAFÍA

- §§ 954 y s. Para la bibliografía antigua, vide Windscheid, *Pand.* II (1906), §§ 409 y s. La obra modelo es ahora la de Arangio-Ruiz, *Il mandato in diritto Romano* (1949). Vide además Donatuti, *Contributi alla teoria del mandato in diritto romano*, I. *L'actio mandati dell'adpromissor* (1929), II. *La volontà del mandante* (1929); "Mandato incerto", *Bull.* XXIII (1923), 168 y s.; "Il silenzio come manifestazione di volontà", *St. Bonfante*, IV (1930), 161 y s.; "Mandatum praesumptum", *St. Albertoni*, I (1935), 367 y s.; Kreller, *PW.* XIV, 1.015 y s.; "Zum iudicium mandati", *Festgabe für Heck, Rümelin, Schmidt, Beilageheft zu Archiv f. d. ziv. Praxis*, CXXXIII (1931), 118 y s.
- § 954. Pernice, *Labeo*, I (1873), 441 y s.; Z. IX (1888), 237 y s.; Beseler, *St. Bonfante*, II (1930), 58; Donatuti, *Contributi*, II, l.c. Sobre *mandatum e iussum*, vide Beseler, Z. L (1930), 54 (sobre D. 17.1.26.1); Consentini, "Ratihabitio mandato comparatur", *Annali Catania*, I (147). Sobre la etimología de *mandare*, vide A. Walde, *Lat. Etymolog. Wörterbuch* (1910), 460; Ernout-Meillet, *Dictionnaire étymologique* (1939), 586; *Lexicon Plautinum*, ed. G. Lodge, II (1926), 24; Pernice, l.c.
- § 955. Pernice, *Labeo*, I, 442 y s.; Lenel, *Edict.* (1927), § 108; Kreller, "Zum iudicium mandati", l.c. 120 y s. Sobre *excessus mandati*, vide Pampaloni, *Bull.* XX (1908), 210 y s.; Pringsheim, *St. Besta*, I (1939), 325; Riccobono, *Festschrift P. Koschaker*, II (1939), 382 y s.; Arangio-Ruiz, l.c. 168.
- § 956. Schulz, *Principles* (1936), 149. Sobre *operae liberales*, vide De Robertis, *I rapporti di lavoro* (1946), § 183 y s.
- § 957. Mitteis, *RP.* I (1908), 325 y s.; Sachers, "Zur Lehre von der Haftung des Mandatars im klass. röm. Recht", Z. LIX (1939), 432 y s.; Pfüger, Z. LXV (1947), 169 y s.
- § 959. Mancaloni, "Mandatum tua gratia e consilium", *Riv. It.*, XXVII (1899), no utilizable; Beseler, Z. XLIII (1922), 542; *St. Bonfante*, II (1930), 58; Rabel, *ibid.* IV (1930), 283 y s.; Kreller, "Zum iudicium mandati", l.c. 142 y s.
- § 961. Bortolucci, "Il mandato di credito", *Bull.* XXVII (1914), 129 y s.; XXVIII (1915), 191 y s., especialmente 239 y s.

14. «PACTA PRAETORIA»

962. Concepto.

Después de haber expuesto todo lo relativo a los contratos reconocidos por el *ius civile* romano, nos referiremos ahora a los llamados *pacta praetoria*, esto es, a los contratos no formales de los que deriva una acción pretoria. Ya hemos dicho (*supra*, § 802) que el término *pacta praetoria*, no fué conocido por los juristas clásicos, los cuales no tratan tampoco de los *pacta* en general. Ahora bien, en realidad, estos convenios fueron pactos, esto es, contratos no formales, y por esta razón, mantenemos la nomenclatura tradicional. El lugar adecuado para ocuparse de ellos en esta obra, es el que inmediatamente sigue al destinado al estudio de los contratos consensuales. Nos referiremos únicamente al Derecho clásico, o

más precisamente al Derecho del Edicto de Adriano. A tal objeto, bastarán unas breves observaciones. En realidad los aludidos pactos son relativamente poco importantes.

I. *Constitutum debiti*

1. Bajo la rúbrica de *pecunia constituta*, el pretor (conforme al Edicto de Adriano) prometía una acción en los siguientes términos:

963. Edicto y fórmula.

“Qui pecuniam debitam constituit se soluturum esse, in eum iudicium dabo”.

Constituere no significa aquí “confirmar”, “corroborar”, sino más bien fijar un día, en el cual la deuda deba ser pagada. Si D prometía por estipulación pagar 100 a C, el día 1.º de enero, esta fijación de plazo podía equivaler a un *constituere*, pero no era un *constituere* en el sentido de la cláusula edictal antes transcrita. No era un *constituere debitam pecuniam* porque la fijación del día, formaba en este caso parte del contrato mismo. El *constitutum* edictal se hallaba condicionado a la existencia de una obligación. Si D prometía por estipulación pagar 100 a C el día 1.º de enero y posteriormente C y D convenían en que la deuda fuese pagada el siguiente 1.º de julio, este acuerdo era un *constitutum* en el sentido del Edicto, pues la fijación del día en que había de pagarse la deuda existente, tenía lugar mediante un acuerdo especial. De este acto derivaba la *actio de constituta pecunia* pretoria. La fórmula no nos ha sido conservada, pero la reconstrucción de Lenel, resulta muy verosímil, pues solamente la fórmula así concebida, hace inteligible la génesis y el objeto de toda la institución. La fórmula fué, por supuesto, *in factum concepta* y estructurada de forma que el actor, podía obtener con ella, no solamente el importe del débito originario, si que también la indemnización de los perjuicios ocasionados al acreedor por la mora en el pago.

“Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia constituisse se soluturum,

neque fecisse quod constituit neque per Aulum Agerium stetisse quominus fieret quod constitutum est, eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse, quanti ea res est, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato”, etc.

Las palabras *neque fecisse quod constituit* implican que *quanti ea res est* comprende los daños por el retardo en el cumplimiento, y el importe del débito. El actor en esta acción podía recurrir a

una apuesta judicial. A su requerimiento el demandado, debía prometer mediante *sponsio* la mitad del importe que el actor reclamaba con la acción pretoria, comprometiéndose a pagarla si él, el demandado, era vencido en el proceso. Por otra parte, el actor debía también prometer la mitad de dicha suma, obligándose igualmente a pagarla si el demandado vencía en el pleito (*sponsio et restipulatio dimidia pars*). Aunque esta *dimidia pars* fué ideada como multa y las *sponsiones* fueron *sponsiones poenales*, la acción pretoria en sí misma, no fué una acción penal. Se daba contra el heredero del *constituens* y no tenía una vigencia limitada a un período fijo de tiempo (no fué una *actio annua*; vide supra, § 85).

964. Condiciones.

2. El *constitutum* era únicamente posible referido a una obligación ya existente. El Edicto se refería tan sólo a obligaciones pecuniarias (*de constituta pecunia*). Realmente su aplicación fué aún más modesta, limitándose a las obligaciones pecuniarias, cuya ejecución podía exigirse mediante una *actio certae creditae pecuniae* (supra, § 809). Pero los juristas extendieron con su interpretación, la originaria aplicabilidad del *constitutum*. Si se debía por causa de *mutuum* o por estipulación, una cierta cantidad de cosas fungibles, la obligación podía ser objeto de un *constitutum*. Toda obligación sobre *certa pecunia* o *certa quantitas* (por ejemplo la obligación del comprador de pagar el precio), fué considerada como base suficiente de un *constitutum*. Solamente un *debitum* podía ser objeto de *constitutum*, sin que éste pudiese exceder nunca del importe de la deuda originaria, ni versar sobre una prestación distinta de la del débito objeto del *constitutum*.

965. Efectos.

3. El *constitutum* no producía los efectos propios de una novación (supra, § 815). Así, si el débito original, era creado por estipulación, el acreedor contaba con dos acciones ejercitables contra el deudor, la *actio ex stipulatione* y la *actio de constituta pecunia*. Por supuesto, el deudor, sólo una vez debía pagar y si la *obligatio ex stipulatione* era extinguida por *acceptilatio* (*imaginaria solutio*), el deudor, se hallaba en tal caso protegido, por una *exceptio* oponible a la acción pretoria. Si la obligación originaria quedaba extinguida por otro modo cualquiera, esto es, por modo que no fuese cumplimiento o la *imaginaria solutio*, la acción pretoria subsistía intacta. El *constitutum*, aunque condicionado a la existencia de una obligación en el momento de contraerse, no dependía en cuanto a su subsistencia de la subsistencia de dicha obligación.

Consideremos el caso siguiente. D debía 100 a C por estipulación; y S debía á C la misma suma de 100 como *sponsor* accesorio (supra, § 839). Posteriormente S convertía su débito *ex sponsione* en un *constitutum*. Recuérdese que la obligación de un *sponsor* se extinguía por la muerte

de éste (§ 852). Así, si S moría, su obligación *ex sponsione* quedaba extinguida, pero la acción pretoria derivada del *constitutum* subsistía intacta y podía ser ejercitada contra el heredero de S. Además, de conformidad con la *lex Furia*, el *sponsor* quedaba libre, transcurridos que fueran dos años (§ 853). Una vez pasado este tiempo, S quedaba libre de su obligación *ex sponsione*, pero expuesto en cambio, a la acción pretoria la cual subsistía intacta.

4. ¿Cuál fué el objeto de este tan complicado aparato? ¿Cuál fué la función práctica del *constitutum debiti*? La cuestión ha sido muy discutida y apenas podemos contestarla con una respuesta clara. La acción pretoria, protegía al acreedor frente a la eventualidad de la extinción de la obligación principal por muerte del deudor o transcurso del tiempo, pero el objeto primario y principal del *constitutum* fué el siguiente: Recordemos que en la *actio certae creditae pecuniae* no se reconocen como indemnizables al acreedor, los perjuicios que a éste derivan en caso de *mora debitoris* (supra, § 813). Si un deudor resultaba obligado por estipulación a pagar 100 el día 1.º de julio y no pagaba su deuda en esta fecha, el acreedor no podía reclamar con la *actio certae creditae pecuniae* los intereses *ex mora debitoris*, porque la *condemnatio* de la fórmula (supra, §§ 809, 30) era una *condemnatio certa*. El *constitutum*, significaba una ventaja efectiva, pues la fórmula de la acción pretoria, autorizaba al juez a tener en cuenta los daños causados por la mora en el pago. Éste fué y continuó siendo el objeto principal del *constitutum*. Además, la *sponsio dimidiae partis* implicaba una positiva ventaja para el acreedor. Ya hemos dicho (supra, § 964) que el *constitutum*, se aplicó originariamente sólo a las obligaciones exigibles mediante *actio certae creditae pecuniae*. En ellas, la necesidad del remedio edictal resulta evidente. Más tarde, el *constitutum*, se aplicó también a otras especies de obligaciones. Si se legaba una suma de dinero, la situación creada era la misma, pues con la *actio ex testamento*, el legatario no podía reclamar los perjuicios causados por la *mora debitoris*. Por supuesto, cuando la obligación objeto del *constitutum* era exigible con una *actio bonae fidei* (por ejemplo la *actio venditi*), el acreedor podía reclamar perjuicios por la mora, en el *iudicium bonae fidei* a tenor de la *clausula ex fide bona* (supra, § 64) y la ventaja que tal caso supone el *constitutum*, era la proporcionada por la *sponsio dimidiae partis*. No fueron éstas las obligaciones tenidas en cuenta por el pretor al crear el indicado remedio.

5. Hasta ahora hemos considerado el caso de un *constitutum* que el deudor asumía con su acreedor (*constitutum debiti proprii*), pero el Edicto se refería también al *constitutum debiti alieni*. D de-

966. Función.

967. *Constitutum debiti alieni.*

bía 100 a C por estipulación. Sobre esta obligación estipulatoria, A contrae un *constitutum* con C. El resultado era que C disponía de una *actio ex stipulatione* contra D y además, de una acción pretoria contra A. Ofrece este *constitutum* innegable similitud con la fianza. Aunque en este caso la acción pretoria no fuese una acción penal (supra, § 963), podía sin embargo ejercitarse, sólo dentro del año (*actio annua*) y se extinguía con la muerte del constituyente. El pretor reprodujo las reglas referentes al *sponsor* accesorio anteriormente mencionadas (supra, § 965), sustituyendo el *biennium* de la *lex Furia* por el plazo de un año. El *constitutum debiti alieni* fué, indudablemente, una especie de fianza, que no requería la estipulación como forma constitutiva. No obstante no fué un sustitutivo plenamente satisfactorio de la *fideiussio*, principalmente por el riesgo de la apuesta procesal.

968. Derecho post-clásico.

6. En la época post-clásica, esta institución, por hallarse íntimamente conexas con el procedimiento formulario, camina hacia su fin. La apuesta procesal desapareció totalmente y el *constitutum debiti proprii* cayó en desuso. Sobrevivió en cambio el *constitutum debiti alieni*, aunque asimilado a la *fideiussio* por la constitución de Justiniano del año 531 después de J.C. (C. 4.18.2). Todas las obligaciones podían ser base de un *constitutum*. La tendencia de Justiniano a eliminar la estipulación (necesaria para la *fideiussio*) reemplazando ésta por un pacto no formal es de nuevo evidente (supra, § 961).

II. *Receptum argentarii*

969. *Receptum argentarii*.

Este *receptum* fué un pacto no formal, en que un banquero prometía pagar la deuda de su cliente. A debía 100 a C. A requería a su banquero B, para que éste prometiese a C la expresada suma de 100 (*recipere solvi*). Si B prometía, el pretor otorgaba una acción pretoria especial (*actio recepticia*) a C contra el banquero. El *receptum* ofrece gran semejanza con el *constitutum debiti alieni* y Justiniano llevó a cabo la fusión de ambos.

Recipere significa en este y en los siguientes *recepta* “tomar sobre sí, emprender, asumir la ejecución de una obra, de un encargo”; Cic. *Divin. in Caecil*, 8. 26: “ego in hoc iudicio mihi Siculorum causam receptam, populi Romani susceptam esse arbitror”.

III. *Receptum arbitrii*

970. *Receptum arbitrii*.

Las partes pueden convenir someter sus diferencias a un arbitraje, nombrando al efecto el árbitro. La persona designada no

tenía obligación de asumir la función arbitral, pero si la aceptaba por un pacto no formal (*recipere arbitrium*), quedaba obligado, aunque no *iure privato*. Las partes no tenían acción alguna contra el árbitro, pero el pretor, podía obligarle en virtud de su *imperium*, esto es, por la *multae dictio* o *pignoris capio*. Sin embargo, el pretor usaba de este poder de constreñimiento, solamente cuando las partes habían asegurado la ejecución del laudo mediante dos estipulaciones penales. Actor y demandado prometían recíprocamente pagar una multa, si no acataban el laudo dictado por el árbitro. El Edicto disponía:

“Qui arbitrium pecunia compromissa receperit, eum sententiam dicere cogam”.

Pecunia compromissa hace referencia a las dos estipulaciones penales (*com-promissa*, promesa recíproca) que han dado nombre de *compromissum* al pacto de arbitraje.

IV. *Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum.*

Estos *recepta* eran pactos no formales, por cuya virtud, el porteador marítimo (*nauta*), el posadero (*caupo*), o el dueño de una cuadra (*stabularius*), se obligaban a responder de la integridad de las cosas introducidas en la nave, en la posada o en la cuadra (*rem salvam fore recipere*). El pretor declaraba en su Edicto (Lennel, *Edict.* 49):

971. *Receptum nautarum, etc.*

“Nautae, caupones, stabularii quod cuiusque salvum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo”.

Conforme al texto del Edicto y de la fórmula, la responsabilidad que éstos *recepta* implicaban era ilimitada, pero los juristas clásicos, la redujeron a una responsabilidad por custodia (supra, § 885), si bien en estos casos los compiladores no sustituyeron custodia por *diligentia in custodiendo*. El fundamento de esta responsabilidad, fué un pacto expreso y aunque este pacto, no requería la observancia de forma alguna, no era sin embargo suficiente para originar la aludida responsabilidad, el simple hecho de introducir las cosas en la nave, en la posada o en la cuadra. Sin embargo, en época de Justiniano la introducción de las cosas implicaba dicho pacto.

Puede plantearse la cuestión sobre las razones que impulsaron a crear al pretor una acción especial en tales casos. El contrato con el *nauta*, el *caupo* y el *stabularius* era, por regla general, una *locatio conductio* y el *locator* y el *conductor* eran responsables por

custodia (supra, § 941). La responsabilidad edictal no se limitó originariamente a la custodia, e incluso en Derecho clásico, la *actio locati* o *conducti* no fué siempre un remedio eficiente. Si el huésped llevaba sus cosas a su propia habitación en la posada, el *locator* no era responsable por custodia por efecto de la *actio conducti*. Un texto del *Digesto* declara que la acción pretoria contra el *caupo*, era necesaria porque los *caupones* eran gentes de mala fama, que podían cooperar con los ladrones, pero este intento post-clásico de justificar tan rigurosa responsabilidad es poco convincente. Ciertamente que los *caupones* gozaban de mala reputación, pero no fué ésta la razón que justificó la acción creada. Los *nautae* y los *stabularii* no eran gentes sospechosas y, sin embargo, les era impuesta idéntica responsabilidad. Los *nautae* son mencionados en primer término en la cláusula edictal. Debemos pues abandonar este intento post-clásico de explicación.

El *receptum nautarum*, etc., en su forma justiniana (de pacto implícito), es el único pacto pretorio que sobrevive y ha sido mantenido como modelo de la responsabilidad del transportista y del posadero en el Derecho continental moderno.

F U E N T E S

§§ 964, 965. Vide D. (13.5) 18.1, genuino en el fondo; D. (13.5) 30 [*duobus*] *pecuniam equam tibi debet* constituerit *ase* tibi aut Titio *solutorum* [et si stricto] *ipsis iure* [propria... constitutae]; [tamen] *sed patente te* con Beseler, Z. XLV (1925), 439 y Koschaker, Z. LXIII (1943), 475; D. (13.5) 1.8, genuino en el fondo, Astuti, 2.217.

§ 967. Vide Paul. *Sent.* (2.2) 1.

§ 971. Vide D. (4.9) 5; (4.9) 1.1, totalmente falsificado; D. (4.9) 3.1 y Lenel, Z. XLIX (1929), 1 y s. Vide la significativa inscripción ILS, 7478.

B I B L I O G R A F Í A

§§ 963 y s. G. Bruns, "Das constitutum debiti", Z. für *Rechtsgeschichte*, I (1861), 28 y s. (fundamental, pero anticuado). La obra principal es ahora G. Astuti, *Studi intorno alla promessa di pagamento. Il costituito di debito*, I (1987); II (1941). Vide además Beseler, *Das Edictum de eo quod certo loco* (1907), 104; *Beiträge*, IV (1920), 260; T. VIII (1928), 333; Koschaker, Z. LXIII (1943), 469 y s.; Lenel, *Edict.* (1927), § 97, con Beseler, *Beiträge*, IV, 260, nota.

§ 969. Lenel, *Edict.* (1927), § 50; Wenger, PW. IA, 372 y s.

§ 970. Lenel, *Edict.* § 48; Wenger, PW. IA, 358 y s.

§ 971. Klingmüller, PW. IA. 356 (insuficiente; Schulz, Z für das *Privatund öffentliche Recht der Gegenwart*, XXXVIII (1911), 9 y s.; *Krit. Vierteljahresschrift*, XIV (1912), 27 y s.; Z. XXXII (1911), 68 y s.; Lenel, Z, L (1930), 1 y s.; *Edict.* § 49. Vide además la bibliografía sobre *custodia*, supra, § 885, Bibliografía, y las referencias en el *Index Interpolationum, Digest*, título 4.9. Sobre el moderno Derecho romano, vide Gierke, DP. III (1917), 740.

APÉNDICE: «DONATIO» E «INTERCESSIO»

I. *Donatio* (donación)

1. La *donatio* no era un contrato. Por esta razón no debía ser tratada en el Derecho contractual. No obstante, como tradicionalmente figura en el Derecho de obligaciones la estudiamos en un apéndice al Derecho de contratos.

972. Concepto y formación.

La *donatio* clásica fué un acto jurídico que implicaba el enriquecimiento de una persona, a expensas de otra, conviniendo ambas partes, que el enriquecimiento se efectuase *donationis causa*. La expresión *donationis causa*, puede ser definida únicamente por vía negativa. Un acto se realizaba *donationis causa*, cuando ambas partes convenían que el enriquecimiento no perseguía más finalidad legal, que el lucro de quien lo recibía.

Supongamos que D. debía 100 a C; A paga esta suma a C. En tal caso A no ha hecho una donación a C, pues ha pagado *solvendi causa*. Por otra parte, D se ha enriquecido a expensas de A, al quedar liberado de la deuda que tenía contraída con C. El pago de A, no entraña siempre una donación en favor de D; por ejemplo, A pudo haber actuado como *mandatarius* o *negotiorum* gestor de D. Ahora bien, si A y D convenían en que el único objeto del pago fuese procurar un enriquecimiento a D, el pago de A sería, al mismo tiempo que una *solutio* respecto a C, una *donatio* respecto a D. Este convenio puede preceder o seguir al pago, pero si no se celebra el convenio (y no había otra causa de enriquecimiento), el enriquecimiento era injustificado, y D responsable con responsabilidad que se hacía efectiva mediante la *condictio sine causa*.

Todo acto jurídico que implicase enriquecimiento de una persona a expensas de otra, podía ser una *donatio: traditio, mancipatio, stipulatio, acceptilatio, pactum de non petendo*. Incluso una venta, podía ser hecha *donationis causa*: A vende una cosa a B, conviniendo ambas partes que el precio fuese inferior al valor de la cosa (en este caso B es un donatario) o superior a tal valor (en tal supuesto es donatario A). Este *negotium mixtum cum donatione* es una compra-venta a la que se aplica parcialmente el Derecho relativo a la donación. Si, por ejemplo, la compra-venta tenía lugar entre marido y mujer, el contrato era nulo, ya que las donaciones entre cónyuges estaban prohibidas (supra, § 206).

El convenio sobre la *causa donandi*, era un requisito exigido siempre en la donación. No se exigía en cambio, un *animus donandi* distinto del convenio. Siempre que hallamos mencionado este *animus* en los textos clásicos, es segura la interpolación.

Esta amplia concepción de la *donatio* necesita una aclaración. *Commodatum*, *depositum*, *mandatum* no son especies de *donatio*. Tampoco la *fideiussio* es una *donatio* respecto al acreedor o respecto al deudor principal. La *institutio heredis* y el legado, no son tampoco *donationes*. Supongamos que un testador instituía heredero a A y nombraba sustituto a B (*substitutio vulgaris*; supra, § 455). A rehusaba la aceptación de la herencia, la cual era adquirida por B. No hay aquí *donatio*, aun cuando A y B hubieran celebrado el convenio correspondiente.

Nos hemos ocupado ya de la *donatio mortis causa* (supra, § 574) y aquí nos limitamos a tratar de la *donatio inter vivos*.

973. *Lex Cincia*.

2. Algunas variedades de donación fueron prohibidas en Derecho clásico. Ya hemos mencionado las donaciones entre cónyuges (supra, § 206). Una *lex Cincia* del 204 antes de J.C. prohibía, en términos generales, las donaciones que superasen una cierta cuantía. Quedaban exceptuadas de la prohibición, únicamente aquellas donaciones hechas a determinadas personas tales como los parientes próximos (*personae exceptae*). Aunque esta prohibición es frecuentemente aludida y aunque poseemos el título *ad legem Cinciam* en los *Fragmenta Vaticana*, las fuentes mantienen un obstinado silencio en orden al importe o cuantía límite, fijado por la *lex Cincia*. Los juristas consideraron esta ley como una *lex imperfecta* y, consiguientemente, una donación prohibida por ella, era válida *iure civili*. El pretor procuró dotar de eficacia a la ley, aunque únicamente mediante la concesión de una *exceptio* (*exceptio legis Cinciae*) en favor del donante siempre que éste no hubiese efectuado la donación (*donatio imperfecta*). La *donatio perfecta* no podía, desde luego, ser impugnada. Por otra parte la *exceptio* podía ser enervada por la *replicatio doli* si el donante había muerto sin haber revocado la *donatio* (*morte Cincia removetur*).

Consideremos ahora los siguientes casos: (1) El donante ha entregado por *traditio* una *res Mancipi* al donatario. El donante puede demandar al donatario con la *rei vindicatio* y si el demandado se vale en este caso de la *exceptio rei donatae et traditae* (supra, § 654) el donante podrá oponerle la *replicatio legis Cinciae*. (2) El donante mancipa una *res Mancipi* al donatario sin entregársela a éste. Si el donatario demandaba al donante con la *rei vindicatio*, este último se hallaba en tal caso protegido por la *exceptio legis Cinciae*. (3) El donante, prometía algo por estipulación al donatario. Si el donatario demandaba al donante con la *actio ex stipulatione*, éste era protegido por la *exceptio legis Cinciae*. Ahora bien, si el donante cumplía su promesa, la *donatio* era perfecta e inimpugnada. La *condictio indebiti* mencionada en *Fr. Vat.* 266 es espuria.

En la época post-clásica la *lex Cincia* fué abolida. Debió tener lugar la abolición en el año 438 después de J.C. según resulta del *Codex Theodosianus*, 8.12.4. Justiniano introdujo otras restricciones que los compiladores sustituyeron a veces por las establecidas en la *lex Cincia*.

3. La *donatio sub modo* (“donación limitada”) fué una donación por la cual el donante, mediante pacto no formal con el donatario, imponía a este último, la obligación de hacer algo en favor del donante o de un tercero. Una persona podía, por ejemplo, dar a A una casa *donationis causa*, imponiendo a éste la obligación de ceder vitaliciamente una habitación de la casa al donante o a un tercero. En Derecho clásico, el *modus* no era susceptible de cumplimiento forzoso y ni el donante ni el tercero, disponían de acción alguna para exigir su cumplimiento. Sin embargo el donante podía, en caso de incumplimiento, revocar la donación y reclamar la cosa mediante *condictio*. Cuando el donatario era obligado a transferir la donación a un tercero transcurrido que fuese cierto tiempo, algunos Emperadores clásicos (no conocemos sus nombres), otorgaban una acción al tercero para exigir el cumplimiento de la obligación impuesta al donatario. En Derecho justiniano, el donante disponía de una *condictio* en el caso de que el donatario no cumpliera el *modus* y, además, de una *actio praescriptis verbis* para exigir el cumplimiento. Esta acción era otorgada al tercero en cuyo favor se hallaba obligado el donatario.

974. *Donatio sub modo.*

Por lo que se refiere a la terminología, *modus* en sentido técnico fué palabra desconocida por los juristas clásicos, si bien el fenómeno jurídico a que el término se refiere, les fué familiar. Como término técnico, hallamos la voz *modus* en el *Corpus iuris* de Justiniano: D. (35.1) rubr. *De conditionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur*; C. (6.45) rubr. *De his quae sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur*; C. (8.54) rubr. *De donationibus quae sub modo vel conditione vel ex certo tempore conficiuntur*.

II. *Intercessio*

La *intercessio* no fué, lo mismo que la *donatio*, un contrato especial. El concepto clásico de *intercessio*, tiene su fundamento en el *senatus consultum Velleianum* (bajo Nerón, y no como tradicionalmente se afirma, en el año 46 después de J.C.). Fué ésta una disposición francamente retrógrada que respondía a la actitud general del Senado, el cual fué en este periodo el organismo de la reacción. Una vez más, el Senado proclamaba el viejo principio

975. *Senatus consultum Velleianum.*

romano (supra, § 312): *mulieres virilibus officiis fungi non est aequum*, y por esta razón (no por la *imbecillitas sexus*; supra, párrafo § 311), prohibió los actos jurídicos en virtud de los cuales las mujeres se hacían responsables por deudas de otras personas (*pro aliis reae fieri*). Esta disposición superficial y torpe hacía referencia a dos casos: (1) fianza (*sponsio*, *fidepromissio* y *fideiussio*; supra, § 839 y s.); (2) préstamo de dinero hecho a una mujer y transferido inmediatamente por ésta a otra persona.

El texto del *senatusconsultum* nos ha sido conservado en el *Digesto* (D. 16.1.2). Los compiladores suprimieron la *sponsio* y la *fidepromissio* y sustituyeron el *placeret* tradicional por el poco feliz *oportet*. Las palabras "mutui dationes pro aliis quibus intercesserint feminae" significan: "un préstamo de dinero hecho a una mujer en favor de otra persona, por la cual (*quibus* = *pro quibus*) la mujer interviene".

Sobre esta base, los juristas clásicos desarrollaron el artificioso concepto de la *intercessio*. Es poco fácil definirla con precisión con una fórmula amplia y comprensiva. Solamente podemos decir, que la *intercessio* fué un acto jurídico por cuya virtud, la mujer asumía una responsabilidad por una deuda, económicamente no propia. Esta definición solamente puede aclararse con algunos casos concretos.

Un ejemplo será suficiente. Supongamos que Seia pedía a C un préstamo de dinero. C otorga el préstamo a D, el cual lo transfiere a Seia obligándose ésta como *fideiussor* a C. Jurídicamente Seia asume la deuda de D, pero económicamente era ésta una deuda propia de Seia. Por esto, aunque el *senatusconsultum* menciona expresamente la *fideiussio*, esta *fideiussio* no era la prevista en la prohibición.

El acto jurídico de la mujer previsto por *senatusconsultum* no era nulo *iure civili*, pero el pretor otorgaba una *exceptio* que se insertaba en la fórmula *officio praetoris* (*exceptio senatus consulti Velleaeni*).

Bajo la rúbrica *ad senatus consultum Velleaenium*, el Edicto pretorio no se ocupa de la *exceptio*, sino de dos acciones que el pretor otorgaba al acreedor que hubiese experimentado un perjuicio por efecto de la intervención de la mujer.

1. D debía 100 a C. Seia asumía la obligación mediante una *novatio* (supra, § 815) sin recibir de D compensación alguna. En este caso, Seia se hallaba protegida por la *exceptio* y C perdía su acción contra D. El pretor otorgaba a C una acción nueva frente a D (*actio restitutoria*) con una fórmula ficticia ("Si Seia non intercessisset, tum si Numerium

Negidium [en este caso D] Aulo Agerio centum dare oporteret"...).

2. C se hallaba dispuesto a hacer un préstamo de dinero a D; por la intervención de Seia otorga el préstamo a ésta, la cual lo transfería luego a D. El pretor otorgaba una *actio* a C contra D (*actio institutoria*) ya que C, de no haber mediado la intervención de Seia, hubiera tenido una *actio ex mutuo*.

Esta desdichada disposición, sobrevivió con pocas modificaciones en Derecho justinianeo y con algunos cambios también en el Derecho continental, desde la Edad Media hasta nuestros tiempos. Aún hoy conserva su vigencia en África del Sur. El Derecho clásico referente a la *intercessio*, constituye un interesante e instructivo ejemplo de la técnica clásica de la interpretación de las leyes. También tiene interés por constituir una inicial reacción contra la emancipación de la mujer, llevada a cabo en las postrimerías de la República (supra, §§ 194, 195, 313).

F U E N T E S

§ 972. Vide D. (12.1) 18 pr. hasta *acceperit*.

§ 973. Vide *Fr. Vat.* 275, 310, 311, 312, primera frase; D. (39.5) 21.1, primera frase [*immodicae*]; [*donationis*] «*legis Cinciae*»; (39.5) 24 [*supra... legis*].

§ 974. Vide *Fr. Vat.* 286 (cf. supra, 825); C. (4.6) 2 [*condictionis*]; (8.53) 9 [*incerto... verbis*] «*condictione*»; [*ut... provideat*].

§ 975. Vide D. (16.1) 2.1.

B I B L I O G R A F Í A

§§ 972-4. Mitteis, RP. I (1908), 153 y s.; Biondi, *Successione testamentaria. Donazioni. Trattato di diritto Romano*, ed. Albertario, X (1943), 631 y s.; Biondi, "Il concetto di donazione", *Scritti Ferrini*, I (1947), 102 y s.

§ 972. Windscheid, *Pand.* II (1906), § 395, núm. 18; Stock, *Zum Begriff der donatio* (1932); Biondi, l.c. 631 y s.

§ 973. Rotondi, *Leges publicae* (1912), 261; Mitteis, l.c. 153 y s.; Lenel, *Edict.* (1927), § 279; Siber, Z. LIII (1938), 136; Archi, *St. Solazzi* (1948), 470 y s.; Radin, "La disparition de la loi Cincia", RH. VII (1928), 248 y s., poco acertado: Arnobius ("Adversus nationes", 2.67, *Corpus Scriptorum Eccles. Lat.* 4.102) admite que una *donatio perfecta* era válida a pesar de la *lex Cincia* y deducía de ello que la Ley había sido total o parcialmente abolida.

§ 974. Pernice, *Labeo*, III 1 (1892), 87 y s.; Mitteis, l.c. 194 y s., 200 y s.; F. Haymann, *Die Schenkung unter einer Auflage* (1905); Schulz, "Interpolationen-kritische Studien", 3 y s. (*Festschrift für Zitelmann*, 1918), falso y que se refiere a la *condictio*; Beseler, *Beiträge*, IV (1920), 309 y s.; Biondi, l.c. 710 y s.; Giffard, "L'actio civilis incerti et la donation avec charges dans le droit classique", ACI. 1933, Roma, II (1935), 135 y s.

§ 975. Bachofen, *Ausgewählte Lehren des röm. Civilrechts I. Das vellejanische Senatskonsult* (1848); Windscheid, *Pand. II* (1906), § 485; Lenel, *Edict.* (1927), § 105; *Index. interp.* ad D. 16.1; Beseler, *Z. LXVI* (1948), 601. Sobre la fecha del *senatusconsultum*, vide Hülsen, *Mitteilungen des archäolog. Schr.* III, nota 29. Para el año 46 después de J.C., O'Brien Moore, *Suppl. VI*, *PW.*, 810. Sobre el Derecho romano moderno, vide Lee, *An Introduction to Roman Dutch Law* (3.^a ed. 1946), 315 y s.; Stobbe-Lehmann, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, III (1898), 378 y s.; Brissaud, *Manuel d'Histoire du droit Français* (1898), 1140 y s.

CAPÍTULO II

DERECHO DE DELITOS

1. INTRODUCCIÓN

En el lenguaje jurídico usado por los más destacados juristas clásicos, *delictum* significa un acto antijurídico del que deriva *iure civili* una obligación penal (*obligatio ex delicto*) y una acción penal (*civilis actio poenalis*). En lugar de *delictum* los juristas emplean en ocasiones, la palabra *maleficium*. Ya hemos expuesto anteriormente (§§ 72 y s.) el carácter propio de la acción penal, pero no estarán de más ahora algunas observaciones.

876. Concepto del *delictum* y *obligatio ex delicto*.

Delictum (maleficium) y *obligatio ex delicto* fueron conceptos propios del *ius civile*. Existieron también acciones penales honorarias como, por ejemplo, la *actio de dolo*, pero a éstas nunca se aplicaron los mencionados términos.

Crimen fué usado por los juristas clásicos para designar todo acto contrario al Derecho castigado por el Derecho penal público.

Tal fué la terminología usada por los más conspicuos juristas clásicos y tal vez también por la cancillería imperial. Gayo, que como es sabido, no fué de los juristas de más relieve, adoptó en este punto un criterio propio. Ya hemos indicado (§ 789) que ciertas acciones penales pretorias, no todas, fueron designadas por Gayo como *obligationes ex delicto*. Ciertamente su opinión no tuvo seguidores en la época clásica, pero los juristas post-clásicos, se apropiaron la idea de Gayo desarrollándola cumplidamente. La fusión del *ius civile* con el *ius honorarium*, llevó a aplicar los términos clásicos a todas las acciones penales de origen honorario. *Crimen* fué término usado ahora también, para expresar todo acto antijurídico del que derivaba una acción penal.

En la presente obra prescindimos de la terminología clásica, adoptando en cambio la post-clásica, pues necesitamos términos que puedan aplicarse al *ius civile* y al *ius honorarium* (supra, párrafo 790). Por esta razón, definimos el delito del modo siguiente: *Delictum* es todo acto antijurídico del que deriva una obligación y una acción penales, sean éstas *iure civili* o *iure honorario*.

977. Función y extinción de las acciones penales clásicas.

Las acciones penales clásicas constituían una protección muy eficaz de los intereses materiales a inmateriales (supra, § 78). No obstante, la amplia finalidad que persiguen estas acciones, nos causa sorpresa. En un período de elevada cultura y sobre todo de elevada cultura jurídica, como es la época clásica, estas acciones nos parecen muy primitivas, ya que modernamente consideramos como primordial deber del Estado castigar a sus súbditos, limitándose el Derecho privado a regular aquellas acciones, que tienen por objeto la reparación de los daños. La acción penal privada, parece justificarse solamente en la protección de intereses inmateriales (*actio iniuriarum*). El Derecho romano penal público, a fines de la República, se hallaba muy por debajo del nivel alcanzado por el Derecho civil. Dos siglos de revolución y de guerra habían paralizado la actividad administrativa e impedido el desarrollo del Derecho criminal. Las leyes referentes a las *quaestiones* fueron insuficientes. Las acciones penales servían pues solamente como suplemento de un Derecho penal deficiente.

Vide Pollock y Maitland, *History*, II (1911), 522: “En los tiempos de Eduardo I, fué principio de nuestros legisladores atribuir a la parte perjudicada el doble o el triple de los daños por ella sufridos. Tenían poca fe en la “acusación pública” y en cualquier procedimiento que otorgase la iniciativa de castigar a los malhechores, a los oficiales del rey o al pueblo. Se creía mucho más eficaz, en cambio, la acción del hombre mismo que había sufrido el daño, pues era indudable que este perjudicado, haría todo lo que estuviese a su alcance para conseguir la reparación, si el asunto lo merecía realmente. Por eso, de modo muy característico en el Derecho inglés, el castigo era infligido mediante el ejercicio de acciones civiles, en la forma de una reparación equivalente a un múltiplo del valor del daño sufrido.” Estos principios son perfectamente aplicables al Derecho de Roma de fines de la República.

En la época del Principado, la justicia criminal fué administrada con mayor prontitud, pero a pesar de ello subsistieron inalteradas las acciones penales privadas. Fueron éstas codificadas en el Edicto de Adriano, y se mantuvieron en vigor durante todo el período clásico. Probablemente, el procedimiento criminal que facultaba al juez para reconocer los daños de quien los había sufrido, eliminó gradualmente el sistema de las acciones penales privadas, especialmente en las provincias. Los juristas clásicos en Roma, no se enteraron de este desarrollo y continuaron discutiendo y elucidando, sobre el Derecho de las acciones penales como si estuviese todavía totalmente vigente. La historia post-clásica de las acciones penales se nos muestra oscura y ni siquiera el Derecho justinia-

neo ha sido estudiado con la debida atención. Lo cierto es que las acciones penales, no fueron abolidas por Justiniano. Un largo título del *Digesto*, por ejemplo, fué consagrado a la *actio furti* (D. 47.2), si bien en el último texto de este título, los compiladores dicen que “actualmente la parte ofendida prefiere recurrir al tribunal penal”, *meminisse oportebit nunc furti plerumque criminaliter agi*. Tan cierto es esto que los compiladores, mediante interpolaciones numerosas, han reducido en lo posible el elemento propiamente penal de estas acciones, restringiendo especialmente el principio de la acumulación (*supra*, § 73). En el Derecho moderno romano las acciones penales evolucionaron gradualmente hasta adquirir el carácter de acciones, cuya finalidad era conseguir una compensación. En Inglaterra sirvieron de modelo a los legisladores de la época de Eduardo I.

No es nuestra intención hacer una exposición completa de las numerosas y variadas acciones penales. Queremos elegir tan sólo unas pocas, las de mayor importancia, ilustrando con ejemplos, el carácter de las acciones penales clásicas y las tendencias manifestadas por los compiladores justinianeos.

978. Finalidad de esta obra.

FUENTES

§ 976. Vide Gayo, 3.88; 3.182. Compárese Gayo 4.182 con *Inst Inst.* (4.16) 2: los compiladores han añadido la *actio de dolo* la cual, por ser un remedio puramente pretorio, sin base en el *ius civile*, fué omitida por Gayo. Vide además D. (44.7) 1 pr.

BIBLIOGRAFÍA

§ 976. Albertario, *Delictum e crimen nel diritto romano classico e nella legislazione Giustiniana* (1924) = *Studi*, III (1936), 143 y s., con referencias; *Maleficium*, St. Perozzi (1925) = *Studi*, III (1936), 199; De Visscher, “Les Origines de l’obligation ex delicto”, *RH.* VII (1928), 335 y s. = *Études de droit Romain* (1931), 255 y s. Vide además bibliografía sobre el concepto de *obligatio*, *supra*, §§ 785 y s. Bibliografía. Sobre el verbo *delinquere*, vide Volterra, “Delinquere nelle fonti giuridiche romane”, *Riv. It.* V (1930); sobre *flagitium*, vide Volterra, “Flagitium nelle fonti giuridiche romane”, *AG.* CXI (1934), 39 y s.

§ 977. Sobre acciones penales en Derecho moderno, vide Windscheid, *Pand.* II (1906), § 326, núm. 5; Stobbe-Lehmann, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, III (1898), 503 y s.; Gierke, *DP.* III (1917), 881. Sobre Derecho inglés, vide Pollock y Maitland, II, 522, pero el escepticismo de Maitland sobre la influencia romana, es difícilmente justificable.

2. «FURTUM» (HURTO)

I. Concepto

979. Sin definición.

Solemos traducir *furtum* por “hurto” y podemos seguir traduciendo así esta palabra latina con tal de tener en cuenta, que el *furtum* romano, difiere fundamentalmente del hurto moderno. El clásico concepto de *furtum* fué una artificiosa y desdichada creación de la jurisprudencia republicana y clásica, la cual abarcaba casos tan radicalmente diferentes, que resulta imposible una definición que con una fórmula abstracta, recoja el concepto de modo preciso. Debemos limitarnos a considerar los siguientes casos típicos.

980. Llevarse la cosa consigo.

1. El caso originario de *furtum*, que es siempre el principal, nos es manifestado por su etimología. *Fur*, lo mismo que el griego Φύρ, derivaba de *fero* (Φερω) y significaba el hombre que se lleva una cosa mueble, la cual era poseída, o detentada (supra, § 754) por otra persona. *Furtum* comprendía, pues, el acto de hurtar y el objeto hurtado. Las personas sometidas a potestad, podían ser objeto de *furtum*, de modo que este primer caso comprendía todo acto de llevarse objetos que eran poseídos o detentados por otro o personas sometidas a potestad. Se puede hurtar la cosa propia (*furtum rei suae*). Así, por ejemplo, el acreedor pignoraticio, era *possessor* de la cosa pignorada (supra, § 753) y si el pignorante indebidamente privaba de su posesión al acreedor pignoraticio, era aquél responsable de *furtum* (Gayo, 3.200).

981. Uso ilegítimo.

2. En el siglo II antes de J.C. la práctica de los Tribunales amplió el concepto originario de *furtum* sin tener en cuenta la natural significación de este término. Si alguien confiaba una cosa a otra persona (*depositum* o *commodatum*) y esta última usaba de ella de modo contrario al convenido, era responsable de hurto. Q. Mucio Scaevola (82 a. de J.C.) afirma:

“Quod cui servandum datum est (depositum), si id usus est, sive quod utendum accepit (commodatum) ad allam rem atque accepit usus est, furti se obligavit”.

Si un depositario usaba de la cosa depositada, cometía *furtum*, porque no estaba facultado para usar de la cosa. Si un comodatario usaba de la cosa dada en comodato, de modo contrario a lo establecido contractualmente, era también responsable de *furtum*. Si el acreedor pignoraticio usaba de la cosa pignorada o la enajenaba sin estar autorizado a ello por un *pactum de vendendo* (supra, párrafo 724), cometía un *furtum*. En todos estos casos el *fur* no se llevaba consigo la cosa.

3. No fué una feliz idea de los juristas republicanos, extender el concepto de *furtum* dando al término un alcance tan amplio. Las normas correspondientes fueron muy rígidas y caracterizadas precisamente por Labeon (*acria et severa iudicia*). La jurisprudencia clásica, fué aún más lejos por este camino y en el siglo primero después de J.C., los contornos del *furtum* se difuminan. Sabino abogaba por la admisión de un *furtum* de inmuebles. Su idea no tuvo éxito, pero su intento muestra que los límites conceptuales del *furtum*, se hallaban aún *sub iudice*. Fué tal vez Sabino quien sentó la regla de que la persona que hallaba una cosa perdida, cometía *furtum* si la aprehendía con intención de apropiársela:

982. *Furtum* sin lesión de posesión.

“Qui alienum iacens lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur sive scit cuius sit sive nescit”.

Consiguientemente, el adquirente *bona fide*, que posteriormente sabe que no ha adquirido la propiedad de la cosa, comete *furtum* si enajena ésta. En tal caso el *furtum* no implica, evidentemente, lesión de posesión.

4. Los juristas del Principado conocieron probablemente un cuarto caso de *furtum*. A entrega una cosa mueble a B conviniendo que B adquiriese la propiedad. Por una razón cualquiera la *traditio* es ineficaz y B conoce su ineficacia. En este caso B aceptando la cosa comete *furtum*. Así, en el caso de error de identidad, la *traditio* era nula. A otorgaba un préstamo de dinero a B creyendo erróneamente que B era C. Si B conocía el error del prestamista, cometía *furtum* al recibir el dinero. Además, *furtum fit cum quis indebitos nummos sciens acceperit*. A da 100 a B, creyendo por error que debía a éste la indicada suma. Si B conocía el error de A sabiendo que éste nada le debía, la *traditio* era nula y B cometía *furtum* aceptando el dinero.

983. *Furtum* por recepción de alguna cosa.

4a. Algulen constituye una hipoteca sobre una cosa mueble; posteriormente enajena la cosa a una tercera persona sin permiso del acreedor. Este caso es considerado como *furtum* en tres textos del *Digesto*. (1) D. (47.2) 6 pr. Las palabras *sive... obligaverat* son, evidentemente, interpoladas. (2) D. (47.2) 19.6. El texto parece raro y falso. Huvelin, *Études sur le furtum* (1915), 560. (3) (47.2) 62.8. Un *colonus* pignoraba los frutos al dueño de la tierra. Más tarde dispone de los frutos del terreno arrendado sin autorización del dueño del mismo. Juliano, por ser impropio el ejercicio del *interdictum Salvianum*, el cual se da únicamente contra el arrendatario, pudo en tal caso haber otorgado la *actio furti* contra éste (supra, § 749).

983. a) Enajenación de una hipoteca por el hipotecante.

984. El fraude no es *furtum*.

5. El fraude no fué nunca *furtum*. En caso de fraude, la acción pertinente, era la *actio de dolo* y no la *actio furti*. Cuando el fraude conduce a una situación como la aludida en el núm. 4, el que cometía el acto fraudulento era responsable como cómplice con la *actio furti* (*furtum ope consilio factum*).

Consideramos el caso siguiente referido por Ulpiano y Paulo, los cuales lo toman, probablemente, de la misma fuente (D. 47.2, 52.21 y 67.4). Un capitalista C deseaba invertir una cierta suma de dinero, cediéndola en préstamo a una persona que gozase de crédito. A tal objeto acude a Seio, el cual le recomienda a Ticio como prestatario. C, por su parte, realiza averiguaciones y comprueba que Ticio era realmente persona solvente. Seio sugiere a Sempronio que se presente a C cómo si fuese Ticio. C entrega el dinero a Sempronio, el cual es consciente del fraude. Evidentemente este caso se halla comprendido en el núm. 4, puesto que C sufre un error de identidad. Sin duda alguna Sempronio comete *furtum* aceptando el dinero, pero Seio es responsable como cómplice y se puede por tanto intentar contra él la *actio furti*. Si Sempronio nada hubiese sabido del fraude, C habría tenido solamente una *actio de dolo* contra Seio.

El texto de la famosa decisión de Mela (D. 47.2, 52.22) debe estar corrompido, pues la acción pertinente era la *actio de dolo* (compárese con D. 4.3, 18.3).

985. Destrucción no es *furtum*.

6. Destruir una cosa o causar en ella deterioros, no implica *furtum*. En este caso, la *actio legis Aquiliae* (directa o *in factum*) era la acción adecuada. Los textos que contradicen esta afirmación, deben estimarse interpolados. Si alguien, *dolo malo* ocasionaba la pérdida de una cosa, sin destruirla, no cometía *furtum*, pero podía ser demandado como cómplice con la *actio furti*.

A tenía un pájaro en una jaula. B abría la jaula *dolo malo* y el pájaro escapaba. En este caso A tenía contra B una *actio de dolo* o una *actio legis Aquiliae utilis*, pero no una *actio furti*. Ticio tenía dinero en sus manos, Seio sacude a Ticio y hace que el dinero caiga en el suelo. Sempronio, cómplice de Seio, se apresura a coger el dinero caído y huye. Sempronio comete *furtum* y Seio, como cómplice, es responsable también de *furtum* (*furtum ope consilio factum*).

Examinando los anteriores casos, en los que los juristas reconocen la existencia del *furtum*, advertimos los siguientes rasgos, comunes a todos ellos.

986. Objeto.

1. El objeto del *furtum* solamente puede ser una cosa mueble o una persona sometida a potestad. Como queda dicho, Sabino intentó, sin éxito, extender el *furtum* a los inmuebles.

987. Cosas in dominio.

2. La cosa debe pertenecer a alguien, aunque no necesariamente a la persona que sufre el hurto.

Si alguien captura un animal salvaje en mi predio, no comete *furtum*. Tampoco puede cometerse *furtum* de cosas pertenecientes a una *hereditas iacens*, pues ésta no se hallaba *in dominio*. Ya hemos dicho anteriormente (§ 512) por qué los juristas no se decidieron a abandonar este principio.

3. El hurto debe haberse cometido contra la voluntad de la parte que lo sufre.

988. "Invito domino".

4. El *fur* debe actuar *dolo malo*. No existió un *furtum culpa commissum*.

989. *Dolus malus y animus furandi*.

El que halla una cosa extraviada y la aprehende con intención de apropiársela, creyendo que ha sido abandonada por su dueño, no es un *fur*. Tampoco comete *furtum* si la aprehende, para entregársela al propietario.

Los juristas post-clásicos gustaban de hablar de un *animus furandi* o de un *adfectus furandi* e introdujeron estos términos en los textos clásicos. Algunas de estas interpolaciones son inocentes, pues los nuevos términos, son usados para expresar la idea de *dolus malus*. Sin embargo, en ocasiones, se distinguía el *animus* (o *adfectus*) *furandi* del *dolus malus* y se negaba la existencia del *furtum* por falta de *animus furandi*, en los casos en que los juristas clásicos admitían este delito de modo decidido. Por otra parte, la destrucción de la cosa, fué considerada *furtum* cuando se destruía *animo furandi* (por ejemplo, la destrucción de un documento legal).

5. El *fur* debe efectuar alguna adquisición como resultado del acto que realiza. La destrucción de la cosa, como ya se ha dicho, no fué *furtum* y tampoco se requirió un específico *animus lucri faciendi*. En ocasiones, hallamos en los textos clásicos, la expresión *animus lucri faciendi* u otras similares. Algunas de éstas son interpoladas, pero cuando Sabino en un texto reproducido por Gelio, nos dice: "Qui alienum iacens lucri faciendi causa sustulit furti obstringitur", tal afirmación no sugiere reparo alguno, ya que *lucri faciendi causa* es en realidad una variante del concepto de *dolo malo*.

990. *Lucrium*.

6. El *furtum* es algunas veces, un ataque o lesión contra la posesión, aunque no en los casos aludidos en el grupo 2. *Furtum* de una cosa perdida, no implica lesión de posesión, y si un adquirente de buena fe que posteriormente sabe que no ha adquirido la propiedad, enajena la cosa, comete *furtum*, aunque no lesione posesión alguna. Consiguientemente, ningún jurista clásico negó que el *furtum* pudiera cometerse en una cosa no poseída por alguien.

991. *Furtum* no implica siempre lesión de posesión.

D. (47.4) 1.15, no puede ser auténtico:

"Ulpianus libro XXXVIII ad edictum. Scaevola ait possessionis fur-

tum fieri [*denique si nullus sit possessor, furtum negat fieri*]. Cervidius Scaevola (final del siglo segundo después de J.C.; Q. Mucio Scaevola queda excluido por exigirlo así el precedente § 10), no pudo haber escrito este texto; *denique... fieri* debe ser una glosa inútil.

992. *Contractatio.*

7. Sabino fué ciertamente el primero que usó las palabras *adtrectare* y *contractare* como términos técnicos. La significación propia de estas palabras latinas fué “tocar”, “manejar”, pero Sabino les atribuyó una acepción jurídica especial. Buscó este jurista un término adecuado para designar todos aquellos actos que son o deben ser reconocidos como *furtum* y, a tal fin, usa de las palabras *adtrectare* y *contractare*. La elección de estos términos, consiguió general aprobación. Estos términos, tomados en su acepción ordinaria, resultaban demasiado amplios: Si A rasga un vestido de B, hay en este acto cierta manipulación, un *contractare* en el sentido popular de la palabra, pero no se da un *contractare* en la acepción jurídica del término, porque destruir o dañar una cosa no equivale a hurtarla. Esta discrepancia entre el uso jurídico y el común, no preocupó a los juristas. *Contractatio* era ya un término jurídico. Por otra parte, no se exigió el tocamiento de la cosa, (aunque debemos recordar que la *lex Aquilia* se aplicaba únicamente en caso de daño causado *corpore*; vide infra, § 1.006). Además, ciertas especies de tocamiento de la cosa (por ejemplo su destrucción) no fueron *contractatio* en sentido jurídico. La cuestión de lo que significa *contractatio*, debe ser resuelta estudiando cada uno de los actos que constituyen el *furtum*. Los juristas clásicos, cuando se ocupan de casos concretos, nunca preguntan si hay tocamiento de la cosa en la acepción popular de la palabra, preguntan más bien, si el acto es reconocido como *furtum* y cuando la respuesta a esta pregunta es afirmativa, consideran que el acto de “tocar” la cosa, es un tocamiento en la acepción legal de la palabra *contractatio*.

II. *Supuestas definiciones clásicas del «furtum»*

993. Sabino.

Los juristas clásicos no dieron una definición del *furtum*. Masurio Sabino, especialmente interesado en la doctrina del *furtum*, tampoco dió definición alguna de este delito. De haberla dado, Gayo, sabiniano convencido, la habría transcrito. Gelio creyó hallar dos definiciones del *furtum* en los *libri iuris civilis* de Sabino:

Gellius 11.18, 19-21: “Quam caste autem ac religiose a prudentissimis viris quid esset furtum definitum sit, praetereundum non puto, ne quis eum solum esse furem putet, qui occulte tollit aut clam subripit. Verba

sunt Sabini ex libro iuris civilis secundo: Qui alienam rem adtrectavit, cum id se invito domino iudicare deberet, furti tenetur. Item alio capite: Qui alienum iacens lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur, sive scit cuius sit, sive nescit”.

En realidad, no eran éstas verdaderas definiciones como equivocadamente creía Gelio, sino más bien *dicta* redactadas con ese estilo sentencioso que Sabino usa en su elemental libro de texto. Gelio destacó estos *dicta* de tal modo, que parecen verdaderas definiciones.

La primera de éstas, se refiere únicamente a casos en que se usaba ilegítimamente de una cosa por la persona a quien había sido confiada (depositario, comodatario, arrendatario, acreedor pignoraticio; supra, grupo 2). Gayo 3.195, 196 nos da sobre esto mucha claridad. Desde este punto de vista, las palabras de Sabino son perfectamente correctas. Si la tomamos como definición genérica del *furtum* la palabra *alienam* sería impropio, puesto que hubo, como es sabido, *furtum rei suae* (Gayo, 3.200). La palabra *rem* sería también incorrecta, puesto que hubo *furtum* de personas libres sometidas a potestad (Gayo, 3.199).

La segunda “definición” se refiere claramente sólo al caso de quien halla una cosa extraviada y se la apropia.

Ciertamente los compiladores quisieron servirse de D. (47.2) 1.3 ^{984. D. (47.2)} como definición del *furtum*. El texto fué muy manipulado por ellos ^{1.3.} y no por Paulo a quien se atribuye.

D. (47.2) 1.3: “Paulus libro XXXIX ad edictum. Furtum est contractatio fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve”.

En toda la literatura latina *fraudulosus* aparece únicamente en este texto como prueba irrefutablemente el *Thesaurus Linguae Latinae*. Como los juristas clásicos, se abstuvieron de emplear palabras no usuales, podemos tener la seguridad de que Paulo no fué el autor del texto transcrito. No pudo Paulo usar la torpe expresión *vel ipsius... possessionisve*. Dependen de *lucri*, pero *lucrum facere rei vel usus possessionisve* apenas es latín. *Lucrum facere ex re* o *lucri facere rem* sería expresión correcta. En todo caso, la tricotomía que aparece generalmente en los libros de texto — (1) *furtum rei*; (2) *furtum usus* (por ejemplo, un depositario que usa de la cosa depositada); (3) *furtum possessionis* (por ejemplo, el pignorante que hurta la cosa pignorada) — no es clásica y produce confusión. Los juristas clásicos conocieron solamente el *furtum rei*. Cuando el depositario usaba de la cosa depositada, cometía *furtum rei*. La cosa se hacía *res furtiva* y procedía intentar la *actio furti* por el doble del valor de la cosa. Los estudiantes deben olvidar completamente esta tricotomía que aparece tan sólo en el texto citado.

Los juristas clásicos no dieron definición alguna del *furtum*. Leyendo los largos textos contenidos en el título *de furtis* del *Digesto*, se comprueba una vez más que dichos juristas, se ocuparon de casos particulares sin intentar construir definición alguna.

III. Acciones derivadas del «*furtum*»

995. Ojeada de conjunto.

El Derecho clásico conoció algunas de estas acciones. Todas ellas se hallaban consignadas en el Edicto de Adriano, aunque no todas en el título de *de furtis*. Nos contentaremos con reproducir una lista de estas acciones basándonos en el Edicto de Lenel (1927) y nos ocuparemos solamente de aquellas, que tienen realmente importancia, esto es, de la *actio furti nec manifesti*, de la *actio furti manifesti* y de la *actio vi bonorum raptorum*.

Lista de las acciones clásicas *ex furto*:

1. *Actio furti nec manifesti*. Lenel, págs. 322, 324.
2. *Actio furti concepti*. Lenel, pág. 32.
3. *Actio furti oblati*. Lenel, pág. 322.
4. *Actio de tigno iuncto*. Lenel, págs. 322, 330.
5. *Actio furti manifesti*. Lenel, págs. 322, 332.
6. *Actio furti prohibiti*. Lenel, pág. 323.
7. *Actio furti non exhibiti*. Lenel, pág. 323.
8. *Actio furti adversus nautas caupones stabularios*. Lenel, pág. 333.
9. *Si familia furtum fecisse dicetur*. Lenel, pág. 355.
10. *Quod familia publicanorum furtum fecisse dicetur*. Lenel, página 335.
11. *Actio vi bonorum raptorum*. Lenel, págs. 391, 394.
12. *De incendio ruina naufragio rate nave expugnata*. Lenel, pág. 396.
13. *Quod publicanus vi ademerit*. Lenel, pág. 387.

996. *Actio furti nec manifesti*.

1. *Actio furti nec (= non; supra, § 605) manifesti*. Esta acción era utilizable en todos los casos de *furtum*. Fué una acción civil fundada en las Doce Tablas por el doble del valor de la cosa sustraída. La fórmula, *in ius concepta* (supra, § 47), nos ha sido parcialmente conservada por Gayo y reconstruída por Lenel. La condena implicaba infamia.

997. *Actio furti manifesti*.

2. *Actio furti manifesti*. — Fué una acción pretoria por el cuádruplo del valor del objeto. La fórmula fué *in factum concepta* (supra, § 47) y no nos ha sido conservada. La condena implicaba infamia.

Furtum manifestum significa un hurto flagrante, en sentido jurídico, un hurto en el cual el *fur* era sorprendido en el acto de cometer el *furtum*. La significación exacta del término, era aún

discutida en los tiempos de Gayo, no debemos ocuparnos aquí de estas inútiles discusiones.

Manifestus significa en el latín usual “manifiesto”, “evidente”. La etimología es muy oscura: Rabel, Z. LII (1932), 473 y s.

En la época de las Doce Tablas, la penalidad era mucho más severa. Un *fur manifestus* libre, era azotado y adjudicado de por vida por el magistrado, a la persona contra la cual había cometido el hurto (*addictio*). El esclavo era azotado y matado. Este Derecho se hallaba aún vigente en el siglo segundo antes de J.C., pues cuando el viejo Catón, dice en un discurso (Gelio, 11.18.18) “*fures privatorum furtorum in nervis atque compedibus aetatem agunt*”, debe indudablemente pensar en la *addictio*. Pero en el siglo segundo o primero antes de J.C., el pretor rehusó aplicar esta severa penalidad sustituyéndola por la *actio furti manifesti*. Fué ello resultado del movimiento humanitario de la república (supra, §§ 180 y s.). Se ha afirmado recientemente, que esta acción apareció mucho después, esto es, en las primeras décadas del Principado. Es esto poco verosímil. No puede ser posterior a la *actio vi bonorum raptorum*. En todo caso esta acción era ya conocida por Sabino.

3. La *actio vi bonorum raptorum* fué una acción pretoria por el cuádruple del valor del objeto (transcurrido un año solamente por el *simplum* de su valor) y se daba en los casos de robo “si dolo malo hominibus armatis coactisve (vide supra, § 779)... cuius bona vi rapta esse dicentur”. La fórmula fué *in factum concepta* y la condena implicaba infamia.

998. *Actio vi bonorum raptorum*.

Esta acción fué introducida por el pretor M. Terencio Varro Luculo en el año 76 antes de J.C. En esta época la *actio furti manifesti* debió existir ya, pues de otra suerte, el autor de un delito de robo (*fur improbior*), se hubiera hallado en una situación mejor que el simple *fur manifestus*. Luculo conoció la *actio furti manifesti* y la aplicó a los casos de robo. Desde el momento en que el autor de un robo no sorprendido en el acto de robar, no era *fur manifestus*, resultaba de todo punto necesaria, una acción especial.

4. La distinción entre *furtum manifestum* y *nec manifestum*, tiene un carácter primitivo, puesto que en lo que al delito se refiere, no hay diferencia entre uno y otro caso. El *fur nec manifestus* era a veces más peligroso, puesto que perpetraba el *furtum* sin ser aprehendido. La distinción que hallamos en otros sistemas primitivos, suele ser más bien clara. El Derecho primitivo, es escrupuloso en lo que se refiere a materia de prueba. A los ojos del juez primitivo, el hurto resultaba probado plenamente, sólo cuando el ladrón era sorprendido en el acto de cometer el delito.

999. Valoración.

Solamente entonces, era el hurto manifiesto, y justificada la aplicación de la más severa penalidad. En la época clásica la distinción era realmente un anacronismo, pero a pesar de serlo, se mantuvo incluso en el Derecho justinianeo.

Una vez introducida la *actio furti manifesti* los ladrones no sufrieron ya en la época republicana la pena de muerte por su delito. Los casos graves eran objeto del Derecho público criminal, pero ni siquiera en el ámbito propio de este Derecho, era infligida la pena de muerte. En el Derecho penal del Principado, la última pena, se aplica raramente, lo cual constituye otro rasgo característico de la *humanitas* romana. En los modernos sistemas europeos la pena de muerte impuesta al ladrón fué abolida en los siglos XVIII y XIX.

1.000. ¿Quién podía ejercitar la *actio furti*.

5. La *actio furti (manifesti y nec manifesti)* fué, según principio republicano, utilizable por todo aquel que tenía un interés en la seguridad de la cosa: “*furti actio ei competit, cuius interest rem salvam esse licet dominus non sit*” (Gayo, 3.203). Pero los juristas clásicos, restringieron considerablemente, mediante una adecuada interpretación, la aplicación de esta máxima. Aunque no llegaron a substituir este principio republicano por otra norma abstracta, observaron las siguientes reglas en relación con los diferentes casos:

a) En principio, se hallaba legitimado para ejercer la *actio furti* el dueño de la cosa. Este principio reconoce una razón justificativa evidente.

b) Cuando una persona respondía por custodia y, consiguientemente, de la pérdida de la cosa en caso de hurto, solamente él, se hallaba legitimado para el ejercicio de la *actio furti*, siempre que fuese solvente.

El comodatario, por ejemplo, respondía por custodia (supra, § 885). Si la cosa dada en comodato, era sustraída por un tercero, el comodatario estaba facultado para ejercer la *actio furti*, siempre que fuese solvente (en otro caso correspondía esta acción al *commodator*) y el prestamista tenía únicamente la *actio commodati* contra el comodatario. Supongamos que el valor de la cosa objeto del comodato era de 50. El prestamista podía obtener 50 del comodatario si éste era solvente y, a consecuencia de su responsabilidad por custodia, el comodatario respondía incondicionalmente de la pérdida por hurto. El comodatario podía reclamar 100 del *fur nec manifestus* y 200 del *fur manifestus*. El exceso sobre 50, era el premio correspondiente al riesgo del comodatario.

El acreedor C ha recibido una garantía (valorada en 100) por un crédito de 20. El acreedor pignoraticio respondía por custodia (supra, § 885). Si la cosa dada en prenda era sustraída por F, el acreedor pignoraticio tenía a su favor la *actio furti* por 200 (en caso de *furtum nec*

manifestum) y se hallaba obligado a pagar 100 al pignorante (*actio pignoratitia*; supra, § 900).

c) En caso de *furtum rei suae*, la persona a quien se sustrae la cosa, tiene la *actio furti* contra el dueño. Cuando el pignorante sustraía la cosa dada en prenda al acreedor pignoraticio, este último, tenía contra aquél la *actio furti*. Es dudoso si estas tres reglas prevenían todos los casos en que era procedente la *actio furti*. Se discuten también los casos en que se era responsable por custodia. Con todo, las tres reglas enunciadas, son absolutamente ciertas. Constituían en todo caso, los principios que orientaron siempre a los juristas clásicos. Los compiladores, al reducir la responsabilidad clásica por custodia a una mera responsabilidad por *diligentia in custodiendo*, tuvieron necesidad de modificar aquellas reglas clásicas. Considerando la máxima republicana *actio furti ei competit cuius interest* en su sentido literal, interpolaron los textos clásicos radicalmente y a fondo. El resultado fué la espantosa confusión que se evidencia en nuestras fuentes, especialmente en el título *de furtis* del *Digesto*. No es, pues, extraño que las reglas clásicas antes enunciadas, sean tema de discusión todavía y que algunos de los estudios consagrados a este problema, adolezcan de una palmaria falta de crítica. No es este lugar oportuno para examinar de nuevo tan difíciles textos, ni, por otra parte, debemos ocuparnos del Derecho justiniano.

6. ¿Quién fué legitimado activamente para el ejercicio de la *actio vi bonorum raptorum*? Las reglas concernientes a la *actio furti* no se aplican a este caso, ya que responsabilidad por custodia no incluye la responsabilidad por pérdida de la cosa a consecuencia de un delito de robo (supra, § 885). En este supuesto, solamente el propietario (*iure civili* o *iure praetorio*; supra, § 655) parece haber tenido derecho a ejercitar la acción. De todos modos los textos más importantes son escasos y defectuosos.

1.001. ¿Quién estaba legitimado activamente en la *actio vi bonorum raptorum*?

7. La *actio furti (manifesti y nec manifesti)* fué una acción penal sujeta a las reglas generales que expusimos anteriormente (§§ 72 y s.). La acción expiraba con la muerte del ladrón y se aplicaba el principio de la acumulación de acciones. Cuando dos ladrones habían cooperado en la comisión del delito, se daba una *actio furti* contra cada uno de ellos, así que en el caso de un *furtum nec manifestum*, la víctima del hurto, obtenía dos veces el doble del valor de la cosa. No tenemos por qué insistir en que no se trata aquí de solidaridad (supra, § 827) sino de acumulación, aunque las fuentes hablen de *in solidum teneri*. Si una persona cometía un *furtum manifestum* y otra había actuado como cómplice del mismo

1.002. Carácter penal de la *actio furti*.

(*ope consilio*), la *actio furti manifesti* se daba contra el ladrón y la *actio furti nec manifesti* contra el cómplice, de modo que la víctima del delito, obtenía en total, el cuádruplo del valor de la cosa más el doble de este mismo valor. Además la *actio furti* y toda *actio rem persecuens* (supra, § 734), podían ser acumuladas. La víctima tenía la *actio furti* contra el ladrón y, además, la *rei vindictio* contra el *possessor*, el cual podía, naturalmente, ser el ladrón mismo. Estas reglas subsistieron inalteradas durante todo el período post-clásico y se mantuvieron todavía en la época justiniana.

1.003. Carácter penal de la *actio vi bonorum raptorum*.

8. La *actio vi bonorum raptorum* clásica fué una acción penal y ningún jurista clásico hubiera dudado de que el texto de Gayo 4.8 se hallaba interpolado.

Gayo, 4.8: “*Poenam tantum persequimur velut actione furti [et iniuriarum et secundum quorundam opinionem actione vi bonorum raptorum]; nam ipsius rei et vindictio et conditio nobis competit*”.

Es éste el único pasaje que revela duda respecto al carácter penal de la *actio vi bonorum raptorum*, razón por la que, el texto transcrito es sospechoso. Gayo no abriga duda alguna, sobre este punto en D. (47.8) 5. Las palabras *et iniuriarum... raptorum* deben ser una glosa. La interpolación resulta evidente por la frase que sigue, la cual no es aplicable a la *actio iniuriarum*.

Los compiladores justinianos redujeron el carácter penal de la *actio vi bonorum raptorum in quadruplum*. Esta acción fué ahora llamada *actio mixta*.

Inst. Inst. (4.2) pr.: “*Quadruplum autem non totum poena est et extra poenam rei persecutio, sicut in actione furti manifesti diximus; sed in quadruplo inest et rei persecutio, ut poena tripli sit*”.

Tal vez fué éste, el Derecho vigente antes de Justiniano o, por lo menos, el propugnado por los juristas prejustinianos. La interpolación de Gayo 4.8 quedaría así explicada.

F U E N T E S

§ 980. Vide Gayo, 3.195, 199, 200; D. (47.2) 15.1; 20.1.

§ 981. Vide Gelio, 6.15.2 = Seckel-Kübler, I.17 = Jolowicz, *Digest*, XLVII, 2, pág. 131; Gayo, 3.195, 196.

§ 982. Vide Gelio, 6 (7). 15.1 = Jolowicz, l.c.; Gelio 11.18.13 = Seckel-Kübler, I.74 = Jolowicz, 132; D. (47.2) 25 pr.; Gelio 11.18.21 = Seckel-Kübler, I.78 = Jolowicz, 133; Gayo, 2.50.

§ 983. Vide D. (13.1) 18, primera frase; (47.2) 43 pr.; 52.21; 67.4.

§ 984. Vide D. (47.2) 52.21; 67.4; 52.15; 43.3 (genuino en el fondo).

§ 985. Vide D. (47.2) 31 pr. (genuino); (47.2) 58 (genuino en el fondo);

(9.2) 27.21, cf. Gayo, 3.202; D. (47.2) 22 pr. [*quod... contrectaverit*]; D. (47.2) 27.3 [*tantum*]; [*etiam*]; D. (19.5) 14.2 [*damni dandi... faciendi*]; (4.3) 7.7 [*si non... misericordia*]; (41.1) 55, última frase (*summam*, etc.) clásico en el fondo.

§ 989. Vide Paul. *Sent.* (2.31) 1. Compárese Gayo 3. 197 con *Inst. Inst.* (4.1) 7. Vide D. (47.2) 25.2 [*furandi animo*]; (47.2) 39 comparado con Paul. *Sent.* (2.31) 12 y 31; D. (47.2) 83.2; (47.2) 22 pr. [*quod... contrectaverit*]; (9.2) 41.1 (interpolado); (47.2) 46.7 (clásico en el fondo); (47.2) 43.6. Sabino (Gelio, 11.18.20) *iudicare deberet* en vez de *sciret* es incorrecto.

§ 990. D. (47.2) 55.1 (clásico en el fondo); (19.5) 14.2 [*damni dandi... faciendi*].

§ 996. Vide Gayo, 3.190; 4.182.

§ 997. Vide Gayo, 3.184, 189; Gelio, 11.18.6-8 = Jolowicz, pág. 132.

§ 998. Vide Gayo, 3.209; 4.182.

§ 1.000. Vide Gayo, 3.203-7; *Coll.* (10.2) 6; D. (47.2) 15 pr. [*sed praesabit*]; (47.2) 88 (genuino).

§ 1.002. Vide D. (47.4) 1. 19; C. (4.8) 1; Gayo, 55.3; Paul. *Sent.* (2.31) 13; C. (6.2) 12; (3.41) 5.

BIBLIOGRAFÍA

§§ 979 y s. Hitzig, PW. VII. 384; Ferrini, *Opere*, V (1930), 107 y s., 129 y s.; P.W. Huvelin, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, I (1915); NRH. XLII (1918), 73 y s.; Buckland, "D. 47.2 (de furtis) and the Methods of the Compilers", T. X (1930), 117 y s.; Daube, "Furtum proprium and furtum improprium", *The Cambridge Law Journal*, VI (1938), 217 y s.; Jolowicz, *Digest. XLVII, 2 De furtis* (1840) con valiosa introducción, págs. I-XCI; Kaser, *Altröm. Jus* (1949), 213 y s.; vide además *Index Interpolationum* y D. 47.2, con referencias.

§§ 981, 982. Para los textos, vide Windscheid, *Pand.* II (1906), 452, números 8-10.

§ 983. F. Fitting, *Sciens indebitum accipere* (Thèse Lausanne, 1926). Para los textos, vide Windscheid, l.c. § 426, núm. 16; § 427, núm. 4; § 452 número 8; para literatura sobre estos textos, vide *Index Interp.*

§ 989. Albertario, "Animus furandi", *Studi*, III (1936), 209 y s., con referencias.

§ 990. Huvelin, "L'animus lucri faciendi dans la théorie romaine du vol", NRH. XLII (1918), 73 y s.

§ 992. Buckland, "Contrectatio", LQR. LVII (1941), 467 y s.

§ 994. Schirmer, Z. V (1884), 207 y s.; Albertario, SD. II (1936), 160.

§ 996. Lenel, *Edict.* (1927), 324; Kaser, *Quanti ea res est* (1935), 132 y s.

§ 997. Lenel, 332; Kaser, 132 y s., 138; Wlassak, Z. XXV (1904), 95 y s.; De Visscher, "Le fur manifestus", RH. XLVI (1922), 442 y s. = *Études de droit Rom.* (1931), 137 y s.; Arangio-Ruiz, "La répression du vol flagrant et du vol non flagrant dans l'ancien droit romain", *Rariora* (1946), 197 y s., con referencias. Sobre la fecha de la *actio furti manifesti*, vide Huvelin, *Études*, 657.

§ 998. Lenel, *Edict.* 187, pág. 394; Mommsen, *Röm. Strafrecht* (1899), 654 y s.; E. Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen*, I (1918); 429; Schulz, Z. XLIII (1922), 219.

§ 1.000. Schulz, "Die Aktivlegitimation zur actio furti", Z. XXXII (1911), 23. Este trabajo se halla necesitado de una revisión, pues su autor se

mostró, hace cuarenta años, excesivamente conservador. Beseler, que lo aceptó en su mayor parte, ha corregido la teoría con muy agudas observaciones (vide *Index Interp.* sobre los textos importantes). Vide, además, Kaser, l.c. 147 y s.; Jolowicz, l.c. págs. XXVIII y s. (demasiado conservador) y la literatura sobre *custodia*, supra, § 885, bibliografía.

§ 1.002. Levy, l.c. 480 y s., 416 y s.

§ 1.003. Levy, 429 y s.; Beseler, Z. XLVII (1927), 65; *Scritti Ferrini*, III (1948), 283; P. Voci, *Risarcimento e pena privata* (1939), 94 y s.

3. «DAMNUM INIURIA DATUM» (PERJUICIO CAUSADO POR DAÑO EN LA COSA)

I. *Lex Aquilia*

1.004. Fecha y transmisión.

1. La base del Derecho clásico en este punto fué la *lex Aquilia*, un *plebiscitum* de fecha desconocida, aunque probablemente del siglo III antes de J.C. El texto, ha sido conservado aunque con mutilaciones por el *Digesto* justiniano. Poseemos también una exposición del Derecho clásico debida a Gayo (3.210 y s.). En este capítulo nos hemos de ocupar únicamente del Derecho clásico y no de la forma y significado original de la antigua ley.

1.005. Contenido de la ley.

2. La ley contenía tres capítulos. El segundo de éstos se ocupaba de la *adstipulatio* y concedía una acción contra el *adstipulator* que fraudulentamente hacía remisión del débito al deudor. Hemos mencionado anteriormente este capítulo que se halla todavía en vigor en la época clásica (supra, § 837). Prescindiremos ahora de él. El primero y tercer capítulos se ocupan del perjuicio que el dueño de una cosa corporal sufría, por daños causados en cosa de su propiedad por un tercero. Si alguien mataba a un esclavo o a un cuadrúpedo de la clase de los *pecudes* (*quadrupes pecus*, ganado), era responsable frente al dueño, por el más alto valor que la cosa hubiese alcanzado en el año anterior a la causación del daño (capítulo I). Si alguien causaba daño, quemando, rompiendo o rasgando una cosa (*urere, frangere, rumpere*), el dueño de ésta, podía reclamar el más alto valor (conforme a la legislación clásica) que la cosa hubiere tenido dentro de los treinta días anteriores a aquel en que tuvo lugar el daño (capítulo III). La ley preveía además que, en todo caso, la acción debe ser clasificada entre aquellas *in quibus lis infitiando crescit in duplum* (supra, § 74).

1.006. Interpretación clásica.

3. Tales eran las más primitivas provisiones de la ley interpretadas, de modo estricto por la jurisprudencia republicana y clásica, ambas siempre deseosas de no apartarse del texto legal.

a) Si el capítulo tercero se refería únicamente a cosas animadas, el último se extendió también a las inanimadas (Gayo, 3.217). Además, los juristas, adoptaron el término *rumpere* como equiva-

lente a *corrumpere* (deteriorar), así que ahora todo perjuicio causado por destrucción o daño de una cosa, caía bajo el imperio de esta ley (Gayo, 3.217). Por otra parte, los juristas insistían en el primitivo requisito de la causación directa. El cuerpo del agente y la cosa perjudicada deben hallarse en relación directa e inmediata o como Gayo (3.219) dice:

“Placuit ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo *damnum dederit*” (debe abandonarse el uso de la fórmula equívoca y no clásica *damnum corpore corpori datum*).

Una decisión de Labeón reproducida y aprobada por Ulpiano, (D. 9.2.9 pr.) resulta particularmente instructiva: Una comadrona proporciona una medicina a una esclava. El medicamento causa la muerte de ésta. Labeón establece la distinción siguiente: Si la comadrona administró la medicina a la paciente con sus propias manos, la ley debe ser aplicada, pero si la comadrona se limitó a proporcionar la medicina a la paciente, siendo esta última la que materialmente la tomó, no ha lugar en este caso a la *actio legis Aquiliae*.

b) El primer capítulo trata de *iniuria occidere*, y el tercer capítulo de *urere, frangere, rumpere iniuria*. Los juristas toman la palabra *iniuria* no únicamente en la acepción de “ilegítimo, contrario al Derecho”, sino como un concepto que implica culpa. Exigieron en el caso referido por ambos capítulos, que el daño fuese causado voluntariamente (dolo) o por negligencia (culpa).

c) Por lo que respecta al valor de la cosa dañada, los juristas estimaron como valor básico, el que la cosa tuviese para todo posible dueño, no el que tuviese para el dueño actual. Los compiladores abandonaron esta regla sustituyéndola por la que estimaba como decisivo, el interés del propietario actual en la cosa. El nuevo principio se contiene en

D. (9.2) 21.2: “Sed utrum corpus eius solum aestimamus, quanti fuerit cum occideretur, an potius quanti interfuit nostra non esse occisum? Et hoc iure utimur, ut eius quod interest fiat aestimatio”.

II. *Actio legis Aquiliae*

1. Esta acción era únicamente utilizable por el dueño de la cosa dañada. La ley la atribuye expresamente al *erūs* y los juristas interpretan la ley literalmente. Así pues, la doctrina de la custodia, no juega aquí papel importante, ni surgen tampoco los problemas propios de la *actio furti* (supra, § 1.000).

1.007. *Ero competit.*

Erus, en el viejo latín, es término equivalente a *dominus* y que fué usado por la ley: D. (9.2) 11.6, cf. *Thes. Linguae Lat.* V, 848. Los compiladores sustituyeron *erus* por *dominus* en D. (9.2) 2.1 y (9.2) 27.5.

1.008. Acción penal.

2. La *actio legis Aquiliae* clásica fué una acción penal (Gayo, 4.112) y no una acción de indemnización. El importe de la multa, fué únicamente el del valor de la cosa que había sufrido el daño, (aunque el más alto valor de la cosa durante un cierto período, dentro del año anterior, según el capítulo I y dentro de los treinta días anteriores, conforme al capítulo III), pero esta circunstancia no convierte la *actio legis Aquiliae* en acción de indemnización (vide supra, § 72). La *actio de dolo* fué, también, una *actio in simplum* a pesar de ser una acción penal.

1.009. Una pura acción penal.

3. La acción clásica fué una pura acción penal y no una *actio rem et poenam persequens* como se afirma en Gayo 4.9. Toda la frase [*quod... sunt*] ha sido añadida por persona que tuvo presente el pasaje de Gayo 4.171. Ciertamente que la *actio legis Aquiliae* fué una *actio qua lis infitiando crescit in duplum*. Pero como la acción fué una acción penal, en realidad puede decirse, que es una *actio poenam et poenam (per infitiationem) persequens*, pero nunca una *actio rem et poenam persequens*. Justiniano describe la *actio legis Aquiliae* como una *actio mixta* (*Inst. Iust.* 4.6.19). No solamente porque *lis infitiando crescit in duplum*, si que también, porque el ofensor debe pagar el más alto valor que la cosa dañada alcanzó durante cierto período y no el valor que dicha cosa tuvo cuando el daño fué causado. Esta idea fué completamente extraña a los juristas clásicos, los cuales consideraron esta acción como una acción penal pura (Gayo, 4.112).

1.010. Consecuencias del carácter penal.

4. El carácter penal de la *actio legis Aquiliae* clásica se revela en las siguientes reglas:

a) Si una cosa sufría daño sin ser totalmente destruída, el causante debía pagar el valor total de la cosa. No puede sorprender esta regla a cualquiera que tenga en cuenta el carácter penal de la acción. La penalidad era la misma, cuando se causaba la muerte a un perro (aunque éste no figurase entre los *pecudes*) que cuando este animal sufría solamente heridas. Es característica indudable de primitivismo, no distinguir entre uno y otro caso, pero no olvidemos que la ley es una ley muy antigua.

b) Como acción penal, la *actio legis Aquiliae* no era transmisible pasivamente, y se extinguía con la muerte del causante del daño.

c) En el caso de pluralidad de causantes, se aplicaba el principio de la acumulación y cada uno de ellos respondía del importe to-

tal de la multa, de tal manera que si uno de ellos pagaba ésta, los demás no quedaban por ello liberados.

d) La *actio legis Aquiliae* y una acción derivada de contrato, eran, por tanto, acumulables. Si un comodatario dañaba la cosa recibida en comodato, se daban contra él dos acciones: (1) la *actio commodati* (una *actio rem persequens*); (2) la *actio legis Aquiliae* penal. Ambas acciones eran acumuladas en virtud del carácter penal de la *actio legis Aquiliae*. Justiniano no mantuvo esta acumulación y en el Derecho creado por él, el actor debía contentarse con una de las dos acciones. Todos los textos del *Corpus iuris* en que hallamos "la concurrencia electiva" son interpolados. Los compiladores no fueron, sin embargo, los primeros en suavizar el carácter penal de la *actio legis Aquiliae* de este modo. Hallamos la concurrencia electiva en la prejustinianea *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* (12.7.9), pero la interpolación de este texto ha sido admitida desde antiguo.

5. La fórmula de la *actio legis Aquiliae* no nos ha sido conservada; fué, desde luego, una fórmula *in ius concepta*.

III. *Actio legis Aquiliae utilis*

1. Debido a la rígida interpretación de la ley, no procedía la *actio legis Aquiliae* cuando no había un *damnum corpore datum* (supra, § 1.006). En tales casos, los juristas, incluso los de la época republicana, abogaban por la admisión de una *actio utilis* y en el período clásico, el pretor otorgó ordinariamente esta acción en todos los casos de *causam mortis praestare* y de *causam damni praestare* que no se hallasen previstos en la ley. La *actio utilis* fué una acción penal semejante a la *actio directa*, pero a diferencia de esta última, fué aquélla una *formula in factum concepta*. Es dudoso si el término *actio in factum*, que hallamos frecuentemente en el *Digesto*, título 9.2 como sustitutivo de *actio utilis*, es clásico (supra, § 51).

1.011. *Actio utilis.*

2. Por regla general, la *actio utilis*, lo mismo que la *actio directa*, era únicamente ejercitable por el dueño de la cosa que había sufrido daños, pero en la época clásica, se otorgó esta acción también, aunque excepcionalmente, al no propietario (usufructuario, acreedor pignoraticio y *bonae fidei possessor*), si bien solamente en el caso de haber sido el dueño mismo el causante del daño. Es poco verosímil que una *actio utilis* fuese otorgada en la época clásica, cuando una persona libre sufría daño. Este y otros detalles son más o menos oscuros. Los compiladores del título 9.2 del *Digesto* han cortado e interpolado tan drásticamente las discusiones sobre

la *actio utilis* que no es posible aclarar los detalles referentes a esta acción.

IV. Otras acciones clásicas derivadas del «*damnum iniuria datum*»

1.012. Otras acciones.

Aparte las enunciadas *actiones legis Aquiliae*, el Derecho clásico reconocía otras, creadas con ocasión de daños patrimoniales. El Edicto de Lúculo, por ejemplo (supra, § 998), preveía no solamente la *rapina*, si que también el *damnum iniuria datum*: “si cui dolo malo hominibus armatis coactisve damni quid factum esse dicetur sive cuius bona vi rapta esse dicentur”. La acción por daños causados con violencia en las cosas, fué una *actio in quadruplum* durante el primer año, lo mismo que la *actio vi bonorum raptorum* (supra, § 998), e *in simplum* una vez transcurrido este plazo. No queremos ocuparnos de las demás acciones y si únicamente enunciarlas, refiriéndonos al Edicto de Lenel.

1. Actio de deiectis vel effusis. Lenel, § 61.
2. Actio de pauperie. Lenel, § 75.
3. Actio de pastu pecoris.
4. Actio in factum adversus nautas caupones stabularios. Lenel, § 78.
5. De vi turba incendio ruina naufragio rate nave expugnata. Lenel, §§ 187-9.

FUENTES

- § 1.004. Vide D. (9.2) 1.
§ 1.005. Vide D. (9.2) 2; Gayo, 3.210, 214; D. (9.2) 27.5; Gayo, 3.217, 218, primera frase.
§ 1.006a. Vide Gayo, 3.219.
§ 1.006b. Gayo, 3.211 (clásico en lo sustancial), cf. Beseler, *Beiträge*, IV. 114; Z. LVII (1937), 41.
§ 1.006c. Vide Gayo, 3.212 y Beseler, Z. L (1930), 25.
§ 1.009. Vide *Inst. Iust.* (4.6) 19.
§ 1.010b. Vide D. (9.2) 23.8 [*ceterique successores*]; [*vel ceteros*] [*nisi... sit*]; Gayo, 4.112.
§ 1.010d. Vide *Coll.* (12.7) 9 [*vel lege Aquilia*]; [*ita... agendum*].
§ 1.011. 1. Vide Gayo, 3.219; D. (9.2) 7.6 y 9.3.
§ 1.011. 2. Vide D. (9.2) 12 [*pro... fructus*]; (9.2) 17; (9.2) 5.3 [*ser lege... dubito*]; (19.2) 13.4 [*sed et... diximus*] y Schulz, *Einführung* (1916), 55 y s.; (9.2) 13 pr. [*suo nomine*] «*nec*», [*directam... habet*].

BIBLIOGRAFÍA

§§ 1.004 y s. Taubenschlag, PW. XII, 2.325, con referencias; J.B. Thayer, *Lex Aquilia Text, Translation, and Commentary* (1929); Jolowicz “The Original Scope of the lex Aquilia and the Question of Damages”, LQR. XXXVIII (1922), 220 y s., y contra él Lenel, Z. XLIII (1922), 575 y s.; G. Ro-

tondi, *Teorie postclassiche nell'actio legis Aquiliae* (1914) = *Scritti*, II, 411 y s.; Kunkel, Z. XLIX (1939), 158 y s.; Beseler, *Beiträge*, IV (1920), 258 y s., 299; Z. XLIV (1924), 364 y s.; *Juristische Miniaturen* (1929), 128 y s.; Z. L (1930), 25 y s.; Kaser, *Quanti ea res est* (1935), 167 y s.; *Altröm. Jus* (1949), 219 y s.; Daube, "On the Use of the term *damnum*", *Scritti Solazzi* (1948), 93 y s., con referencia a los primeros trabajos de Daube sobre la *lex Aquilia*.

§ 1.004. Sobre la fecha, vide Schulz, *History* (1946), 30, con referencias.

§ 1.006c. Beseler, Z. L (1930), 25; P. Voci, *Risarcimento e pena privata* (1939), 66 y s.

§ 1.009. Sobre Gayo, 4.9, vide Beseler, Z. XLVII (1927), 65; *Scritti Ferrini*, III (1948), 283; Voci, l.c. 94 y s.

§ 1.010a. Lenel, Z. XLIII (1922), 577.

§ 1.010c. E. Levy, *Konkurrenz der Aktionen*, I (1918), 484.

§ 1.010d. Sobre *coll.* (12.7) 9, vide Beseler, Z. L (1930), 74; *Niedermeyer, Atti del Congresso internazionale*, 1933, Roma, I (1934), 379. La todavía ojinión dominante, considera clásica la concurrencia electiva: Beseler, Z. XLIV (1924), 364 y s.; Levy, *Privatstrafe und Schadensersatz* (1915), 134 y s.; *Konkurrenz*, II, 1 (1922) 1 y s., 36 y s.

§ 1.011. Ferrini, "La legittimazione attiva nell'actio legis Aquiliae", *Scritti*, V (1930), 191 y s.; De Medio, "La legittimazione attiva nell'actio legis Aquiliae", *St. Scialoja*, I (1905); Rotondi, *Scritti*, II, 444; Arnò, *Bull.* XLII (1934), 195; Carrelli, "La legittimazione attiva dell'actio legis Aquiliae", *Riv. It.* IX (1934), Extracto.

4. «INIURIA» (OFENSA A LA PERSONALIDAD)

El término *iniuria* en su sentido amplio, comprende todo acto antijurídico. En la acepción usada por la *lex Aquilia*, implica culpa (supra, § 1.006). En la rúbrica edictal de *iniuriis* (Lenel, *Edict*, página 397), significa ofensa inferida voluntariamente a la personalidad humana. Aquí nos ocupamos de la *iniuria* en la acepción con que la emplea la rúbrica edictal. 1.013. Concepto.

La clásica *actio iniuriarum* fué una acción honoraria, pero genéticamente esta acción, tiene su origen en las Doce Tablas y por esta razón, Gayo se ocupa de ella al tratar de las *obligationes ex delicto* (3.182) en sus Instituciones (3.220 y s.), las cuales, se limitan al estudio del *ius civile* (vide supra, § 789). El pretor parte — seguramente en el siglo II antes de J.C. — de las siguientes reglas contenidas en las Doce Tablas (VIII. 2-4): 1.014. Las Doce Tablas.

1. Si alguien fractura un miembro a un hombre, la penalidad es la del talión, a menos que las partes convengan una composición.

2. Si alguien fractura un hueso a un hombre, la penalidad es de 300 ases, si la persona que sufre la lesión es un hombre libre y 150 ases si es un esclavo.

3. *Si iniuriam faxit, XXV poena sunt.*

El término *iniuria* es usado únicamente en la regla tercera y antiguamente, significó toda ofensa no prevista concretamente en el Derecho propio de los delitos. El *furtum* y el *damnum iniuria datum* no fueron considerados *iniuria* en este sentido y la estrecha conexión de esta regla con las dos precedentes, hace pensar que la palabra *iniuria* es adoptada para significar lesiones físicas menos graves, bofetadas, golpes y agresiones leves en general. Posteriormente la palabra *iniuria* designa las ofensas previstas en las dos primeras reglas, así que el término significa toda lesión voluntariamente causada al cuerpo de un hombre.

1.015. El Edicto.

Estas reglas, en verdad muy primitivas, cayeron en desuso. La severa penalidad del tallón, no pareció compatible con la *humanitas* y dejó de aplicarse. Seguramente el pretor hizo obligatorio el convenio de una composición. Las multas fijadas perdieron su vigencia por causa de la depreciación del as. Eventualmente el pretor intervenía y concedía una *actio de iniuriis aestimandis*. En la *formula* autorizaba a los jueces (este procedimiento tenía lugar ante *recuperatores*; supra, § 19), a fijar la penalidad que les pareciese “procedente y equitativa” (“quantam pecuniam recuperatoribus bonum aequum videbitur ob eam rem condemnare”). Los autores modernos llaman a esta acción *actio iniuriarum aestimatoria*, pero tal denominación no es clásica.

Gelio, 20.1.13: “Labeo... in libris quos ad duodecim tabulas conscripsit... L. Veratius fuit egregie homo improbus atque immani vecordia. Is pro delectamento habebat os hominis liberi manus suae palma verberare. Eum servus sequebatur ferens crumenam plenam assium; ut quemque depalmaverat, numerari statim secundum duodecim tabulas quinque et viginti asses iubebat. Propterea, inquit, praetores postea hanc abolere et relinquere consuerunt iniuriisque aestimandis recuperatores se daturus edixerunt”.

Originariamente, la cláusula edictal se refería tan sólo a lo que fué considerado *iniuria* en esta época, esto es, las lesiones causadas en el cuerpo de un hombre libre (las injurias causadas a un esclavo se hallaban previstas en la *lex Aquilia*; supra, § 1.005). El pretor (tal vez gradualmente) añadió otros casos, ampliando así el viejo concepto de la *iniuria*. El pretor no consideraba estos casos constitutivos de *iniuria*, propiamente dicha, pero prometía una acción, relacionada íntimamente con la *actio iniuriarum aestimatoria*. El Edicto, codificado por Adriano, mencionaba los siguientes casos:

1. “Qui adversus bonos mores convicium cui fecisse cuiusve opera factum esse dicetur, quo adversus bonos mores convicium factum esse

dicetur, quo adversus bonos mores convicium fieret, in eum iudicium dabo”.

Convicium adversus bonos mores facere significa reunirse ante la casa de alguien para ofenderle a voces e insultarle con alboroto.

2. *Adtemptare pudicitiam*. El texto no nos ha sido conservado, pero se refería al acto de apartar a un sirviente o acompañante de una *mater familias* o al de seguir a un joven o a una mujer (*comitem abducere adversus bonos mores*) “importunándoles” (*appellare* y *adsectari adversus bonos mores*).

3. “Ne quid infamandi causa fiat. Si quis adversus ea fecerit, prout quaeque res erit, animadvertam”.

Esta cláusula comprendía toda especie de difamación y no meramente, lo que en Derecho inglés constituye el libelo o la calumnia.

4. “Qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse deve eo iniussu domini quaestionem habuisse dicetur, in eum iudicium dabo”.

No poseemos información alguna referente a las *formulae* de estos cuatro casos, pero seguramente fueron semejantes a la *actio iniuriarum aestimatoria*, si bien el pretor, se limitó algunas veces a nombrar un solo juez en lugar de los *recuperatores*. Fueron éstas las cláusulas contenidas en el Edicto de Adriano, aunque existieron ya sustancialmente en el siglo I antes de J.C. En esta época, fueron ya consideradas unitariamente; todas las ofensas previstas en el Edicto, fueron ahora llamadas *iniuria* y la acción derivada de ellas, fué siempre denominada *actio iniuriarum*. *Iniuria* significa ahora toda ofensa a la personalidad de un hombre libre, incluyendo en este concepto la injuria o lesión física.

Los juristas clásicos interpretaron cuidadosamente las cláusulas edictales, en particular, las referentes a la difamación. Los romanos fueron muy sensibles en todo aquello que afectaba a la difamación en sus varias especies y esto fué lo que les hizo llegar a un concepto amplísimo de la *iniuria*. Si un acreedor reclamaba de un fiador el pago de su crédito, habiendo podido conseguirlo del deudor principal, el acto era considerado como *iniuria* por suponer insolvencia en el deudor principal. El simple hecho de mencionar en un proceso el nombre de una persona honorable, podía ser considerado como *iniuria* y los oradores, para no incidir en este delito, tenían buen cuidado de añadir *quem honoris causa nomino* a continuación del nombre de la persona citada en el proceso. En cuanto a los detalles debemos referirnos a las fuentes y a la literatura existente sobre el particular.

Los juristas clásicos no se contentaron con una interpretación liberal de las reglas del edicto. Discutieron también otros casos de ofensa a la personalidad no previstos en aquella fuente y sugi-

1.016. Interpretación clásica del Edicto.

1.017. Casos dudosos.

rieron la conveniencia de otorgar para ellos una *actio iniuriarum*. Así por ejemplo, si alguien *dolo malo*, reclamaba una persona como esclavo propio, procedía, en opinión de algunos juristas, conceder la *actio iniuriarum*. Si alguien impedía a una persona que pescase en el mar, se sentase en el teatro, usase de los baños públicos, etc., los juristas, o por lo menos algunos de ellos, abogaban también en tales casos por la concesión de una *actio iniuriarum*. Incluso si alguien impedía a otro que usase de su propio patrimonio, el hecho constituía en opinión de algunos una *iniuria*. Nuestro conocimiento de este grupo de acciones es muy deficiente, porque los compiladores resumieron con exceso, las discusiones clásicas sobre el particular y algunas veces, concedieron *actio iniuriarum* en supuestos en que los juristas la habían denegado o no la mencionaban. Algunos casos son dudosos, por ejemplo, el hecho de penetrar en la casa de otro contra la voluntad de éste. *Domum vi introire* es un acto incluído en la esfera de aplicación de la *lex Cornelia* (vide infra, § 1.020), pero no aparece mencionado en el Edicto. ¿Otorgó en tal supuesto el pretor una *actio iniuriarum*? Ulpiano (D. 47.10.5.2-6) trató de este delito en relación con la *lex Cornelia* y D. (47.10) 23 parece referirse también a la ley. En el caso de *domum clam introire*, Ulpiano (D. 47.2.21.7) concedía una *actio iniuriarum*, pero el texto se halla interpolado y las *Sent.* 2.31.35 de Paulo dependen a su vez, de un texto interpolado también. El marido no tuvo seguramente, en caso de adulterio, una *actio iniuriarum* contra la mujer ni contra el adúltero. Los insultos cruzados entre hombres, sin estar presente otra persona, no fueron considerados *iniuria*. Los romanos eran demasiado orgullosos para admitir una acción en tales casos. Aunque los detalles son más o menos dudosos, dos puntos resultan evidentes.

1. Hubo agravios a la personalidad no previstos en el Edicto, que originaban una *actio iniuriarum*. En tales casos, dependía de las facultades discrecionales del pretor, conceder o denegar la acción. Teóricamente este grupo de casos no fué nunca definido y preciso en los tiempos clásicos.

2. Además, hubo casos que implicando ofensa a la personalidad no originaban *actio iniuriarum*.

Por esta razón los juristas clásicos no intentaron nunca definir la *iniuria* en el sentido del Edicto. Las líneas conceptuales de este delito, quedaron imprecisas, pero esto no obstante, podemos afirmar cuando menos, que la esfera de la *actio iniuriarum*, fué la de la *iniuria* u ofensa a la personalidad, así que el *furtum* y el *damnum iniuria datum* (incluso si era voluntariamente causado), quedaban excluidos de esta esfera.

El *dolus malus* fué siempre exigido como supuesto de la *actio iniuriarum*, lo que significa que la injuria debía ser inferida voluntariamente. Así, en el caso de injuria física, el ofensor debe actuar de un modo voluntario y no por simple negligencia. Sin embargo, el *animus iniuriandi* no fué nunca exigido. En el caso de difamación, el ofensor debía tener intención de difamar; el Edicto decía expresamente: *ne quid infamandi causa fiat*. El Edicto de *adtemptata pudicitia* se aplicaba cuando una persona actuaba voluntariamente *adversus bonos mores*, sin que se requiriese un *animus iniuriandi*. Cuando un hombre perseguía o “importunaba” en la calle a una muchacha decente, actuaba voluntariamente *adversus bonus mores*, pero era manifiesta su falta de intención de insultarla. Si se acercaba a una mujer decente vestida como una prostituta, no tenía intención de actuar *adversus bonus mores*, y consiguientemente este acto, no podía considerarse incluido en el grupo de aquellos a los que el Edicto se aplicaba: D. (47.10) 15.15 debe estar interpolado (vide D. 47.10.18.4). Los juristas clásicos, designaban de varios modos este requisito del *dolus (iniuriae causa, infamandi causa, in iniuriam facere)*, pero los términos *animus iniuriae faciendae* y *adfectus iniuriae faciendae* no son ciertamente clásicos. La expresión *animus iniuriandi* a la que tan propicios se muestran los modernos autores no aparece en nuestras fuentes.

1.018. *Animus iniuriandi*.

La clásica *actio iniuriarum* fué una pura acción penal (Gayo, 4.112) y la condena implicaba infamia (Gayo, 4.182).

1.019. Carácter penal.

1. Lo mismo que las demás acciones penales no fué pasivamente transmisible y fué llamada *actio vindictam spirans* (supra, §§ 73, 77) para significar con ello, que ni siquiera activamente podía transmitirse (Gayo, 4.112).

2. Si varias personas cometían *iniuria*, cada una de ellas era responsable por el importe total y las respectivas acciones, se acumulaban entre sí.

3. Algunas veces, una *actio iniuriarum* y una *actio legis Aquiliae* derivaban de la misma ofensa. Por ejemplo, si alguien azotaba a un esclavo ajeno, el hecho era incluido en la esfera de aplicación del Edicto de *iniuriis* (supra, § 1.015), pero si el esclavo resultaba herido, el mismo hecho caía también bajo el imperio de la *lex Aquilia*. Si alguien agredía a un hombre libre y rompía sus vestidos, el ofensor era responsable en virtud de una *actio iniuriarum* y también por efecto de una *actio legis Aquiliae*. En Derecho clásico las dos acciones penales se acumulaban: “quia altera actio ad damnum pertinet culpa datum, altera ad contumeliam; duae erunt aestimationes alia damni alia contumeliae”. Tal fué la doctrina de

Ulpiano. Es dudoso si hubo juristas clásicos que abogaron por una concurrencia electiva, pues el único texto utilizable (D. 44.7.34 pr.), se halla lamentablemente falseado y es tal vez, desde *iniuria enim* enteramente espurio. Probablemente, sólo los juristas post-clásicos prejustinianos propugnaron la concurrencia electiva (supra, párrafo 1.010). Pero sea de ello lo que fuere, lo cierto es que los compiladores, abolieron la acumulación. Si el actor, por efecto de una de las dos acciones conseguía percibir el importe de la multa fijada, podía demandar con la otra, únicamente por el exceso de su importe sobre la acción anterior. Así por ejemplo, si había conseguido 60 con la *actio legis Aquiliae* y podía obtener 100 con la *actio iniuriarum*, intentada la primera, solamente podía demandar por los 40, importe de la diferencia entre una y otra.

1.020. *Lex Cornelia de iniuriis*.

Además de las reglas edictales, hubo la *lex Cornelia de iniuriis* de la época de Sila. Esta ley, introdujo un procedimiento público (*quaestio de iniuriis*) para ciertos casos de *iniuria* (*verberare, pulsare, domum vi introire*) que implicaban una *condemnatio pecuniaria*. La ley debió ser posterior al Edicto pretorio que introdujo una *actio iniuriarum aestimatoria*, pues la historia de L. Veratio, atribuida a Labeón (supra, § 1.015), carecería de sentido si la *lex Cornelia* hubiese estado vigente en esta época. El texto de la ley no ha sido conservado y nuestro conocimiento de ella es muy deficiente. Sin embargo es indiscutible que la ley, no impedía al pretor, conceder *actio iniuriarum*, en aquellos casos previstos por la ley. Gayo guarda absoluto silencio sobre la *lex Cornelia*.

1.021. No hay influencia griega.

El Derecho referente a la iniuria es genuinamente romano. El completo desenvolvimiento del mismo — reglas primitivas de las Doce Tablas, reforma pretoria, interpretación liberal del Edicto por los juristas — es también típicamente romano. Las reglas del Edicto, ponen de manifiesto la extremada sensibilidad del romano en orden a la decencia, decoro y buena reputación y guardan relación muy estrecha, con las costumbres y modos romanos. La influencia griega en esta materia afirmada por algunos, no ha sido probada ni es probable.

1.022. Consideración general.

La *actio iniuriarum* proporcionaba una fuerte y eficiente protección contra la lesión de intereses inmateriales, especialmente contra la constitutiva de difamación. Pero no fué ciertamente una idea feliz, la de relacionar las lesiones corporales con las de intereses inmateriales. Este enlace fué consecuencia del punto de arranque del desenvolvimiento, singularmente de las reglas contenidas en las Doce Tablas relativas a la lesión física. Este enlace fué artificioso y produjo consecuencias fatales, al impedir la adecuada protección del cuerpo de un hombre libre. La *actio iniuria-*

rum fué, como se ha dicho, una *actio vindictam spirans*. Esta su condición, fué ventajosa en todos los casos de lesión de intereses inmateriales, pero al aplicarse también a las lesiones físicas, la consecuencia inevitable fué, que si se causaba la muerte a un hombre libre, no ya una injuria, sus herederos no podían promover la *actio iniuriarum* ni siquiera, cuando éstos fuesen la mujer o los hijos del muerto. Además, la *actio iniuriarum* requería *dolus* (supra, § 1.018). Esta exigencia, se halla justificada en todos los casos de injuria consistente en lesión de intereses inmateriales, pero se exigía también el *dolus*, en el caso de injuria consistente en una lesión corporal, así que no era posible el ejercicio de la *actio iniuriarum*, cuando la lesión corporal causada a un hombre libre, había sido debida a negligencia, absurdo éste tanto más lamentable, cuanto que la *lex Aquilia* tampoco podía aplicarse y la lesión quedaba por tanto, prácticamente impune. Fué ésta, la razón que determinó a los juristas post-clásicos, a extender la aplicación de la *actio legis Aquiliae* a los casos todos de injuria inferida a persona libre (supra, § 1.011). El concepto clásico de *iniuria* como voluntaria ofensa de la personalidad, fué (lo mismo que el de *furtum*), una creación desdichada, la cual desapareció en el Derecho moderno.

F U E N T E S

§ 1.014. Vide XII Tab. 8.1-4 (Bruns, *Fontes*, pág. 29; FIRA, I, pág. 53); Gayo, 3.223.

§ 1.015. Vide Gayo, 3.224; D. (47. 10) 15.3-10; (47.10) 15.16-23; *Auct. ad Herennium*, 4.25.35.

§ 1.016. Vide D. (47.10) 19.

§ 1.017. Vide D. (47.10) 11.9, primera frase (Beseler, Z. LIII (1933), 9); (47.10) 13.7 hasta *conveniri potest*; (43.8) 2.9 [*sed in... est*]; en el fondo clásico; (19.1) 25 y Beseler, Z. XLV (1925), 439.

§ 1.018. Vide D. (25.4) 1.8; (47.10) 26; (44.7) 34 pr.; (47.10) 3.1; (47.10) 18.4. Sobre estos textos, vide *Index Interp.*

§ 1.019. 1. Vide Gayo, 4.112; D. (37.6) 2.4.

§ 1.019. 2. Vide D. (47.10) 34; (47.10) 11.3-6.

§ 1.019. 3. Vide D. (47.10) 15.46; (9.2) 5.1; (44.7) 34 pr.

B I B L I O G R A F Í A

§§ 1.013 y s. Pernice, *Labeo*, II, 1 (1895), 19 y s. (fundamental); Steinwenter, PW. IX, 1.555, con referencias; G. Pugliese, *Studi sull'injuria*, I (1941); Santi di Paola, "La genesi storica del delitto di *iniuria*", *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, I (1947); Kaser, *Altröm. Jus* (1949), 207 y s.

§ 1.014. Pugliese, l.c. 1 y s.

§ 1.015. Pugliese, 96 y s.; Lenel, *Edict.* (1937), §§ 190 y s.

- § 1.017. Pernice, l.c. 28 y s., 26 y s.
§ 1.019. 2. E. Levy, *Konkurrenz*, I (1918), 479.
§ 1.019. 3. Levy, *Konkurrenz*, II. 1 (1922), 182 y s.
§ 1.020. Pugliese, l.c. 117 y s.
§ 1.021. Pugliese, 39 y s.

5. «ACTIO METUS CAUSA» (EXTORSIÓN) Y «ACTIO DE DOLO» (FRAUDE)

1.023. Afinidad.

Estas dos acciones guardan entre sí una estrecha relación. Las ofensas que las determinan son semejantes (actuación sobre la voluntad libre de otro); ambas son creaciones pretorias sin base en el *ius civile*; ambas aparecen al mismo tiempo (primera mitad del siglo primero antes de J.C.); las respectivas *formulae* son también semejantes.

I. *Actio metus causa*

1.024. Fórmula Octaviana.

Sobre el año 80 antes de J.C. un pretor llamado Octavio, introdujo una acción contra los causantes de una extorsión, probablemente una acción penal por el cuádruplo del valor de la cosa extorsionada. La fórmula, llamada fórmula Octaviana, contenía las palabras *per vim aut (o et) metum auferre*, con las cuales el pretor se refería, a la extorsión llamada por la jurisprudencia medioeval *vis compulsiva* para distinguirla de la *vis absoluta*.

Cicerón, *In Verrem*, 2, lib. 3, cap. 65.152: "... postulavit ab L. Metello, ut ex edicto suo iudicium daret in Apronium quod per vim aut metum abstulisset, quam formulam Octavianam et Romae Metellus habuerat et habebat in provincia".

Cicerón, *Ad Quintum Fratrem*, 1.1.7.21: "... Cogebantur Sullani homines quae per vim et (N.B.) metum abstulerant reddere".

Es dudoso si la fórmula Octaviana decía *per vim aut metum* (o *per vim metumve*) o *per vim et metum* (o *per vim metumque*). En todo caso *vis aut (o et) metus* debe ser considerado como una especie de endiádis: "miedo causado por amenaza". En otro caso la fórmula habría incluido también el robo (un caso de *vis absoluta*). La *actio vi bonorum raptorum* fué introducida posteriormente por Lúculo (supra, § 998). Seguramente en el Edicto de Adriano, la rúbrica Edictal rezaba *quod vi metusve causa gestum erit*, frase ésta en que las palabras *vi metusve causa*, deben ser consideradas como una endiádis, puesto que se referían solamente a la *vis compulsiva*.

Es todo lo que sabemos de la fórmula Octaviana. Conocemos mejor la *actio metus causa* contenida en el Edicto adrianeo, pero no podemos afirmar que concuerde en los detalles con la fórmula Octaviana. Seguidamente nos limitaremos a exponer la acción clásica basada en el Edicto de Adriano.

1. El nombre clásico de esta acción nos es desconocido. Los juristas clásicos, la denominaron probablemente, de acuerdo con la rúbrica del Edicto, *actio de eo quod vi metusve causa* (o *metus causa*) *factum est*. Los bizantinos la llamaron *actio metus causa*, denominación que adoptamos por razones de conveniencia.

1.025. Nombre clásico.

2. Esta acción fué una acción penal. Dentro del año se daba por el cuádruplo del valor de la cosa extorsionada y una vez transcurrido el año, por el *simplum* del valor.

1.026. Penalidad.

3. Siendo como es esta acción una acción penal, se daba únicamente contra el causante de la extorsión y no contra el tercero que poseyese la cosa extorsionada. En Derecho clásico no existió una *actio metus causa in rem scripta*. Por tanto si A forzaba a B con amenazas a hacer una donación en favor de C, la acción se daba únicamente contra A y no contra C. Gerardo Beseler fué el primero en establecer este principio. Sus afirmaciones no pueden ser ya discutidas. Fueron los compiladores quienes extendieron el ámbito de esta acción, otorgándola incluso contra los terceros.

1.027. No es oponible a tercera persona.

4. Fué ésta también una *actio arbitraria* (supra, § 67). La correspondiente fórmula contenía una cláusula en virtud de la cual, el juez era autorizado a pronunciar un *arbitrium* con el que exigía la restitución de la cosa extorsionada. Si el demandado restituía, quedaba absuelto y eludía la pena. Si, por el contrario, se negaba a restituir o no podía, era condenado. La condena no implicaba infamia. La suavidad de esta acción comparada con la *actio furti* y la *actio legis Aquiliae*, sorprende ciertamente, pero no debemos olvidar que esta acción apareció más tarde, y que anteriormente a la fórmula Octaviana, no hubo un remedio contra la extorsión. Además, Octavio disponía de la ley de Sila sobre *repetundae*, la cual no establecía otra penalidad, que la restitución del dinero extorsionado.

1.028. Actio arbitraria.

5. La fórmula no nos ha sido conservada, pero puede ser reconstruída con bastante probabilidad de acierto. Solamente resulta dudosa la cláusula inicial. La fórmula, sería esta:

1.029. Fórmula.

“Si paret vi Numerii Negidii factum esse, ut Aulus Agerius Numerio Negidio fundum, quo de agitur, mancipio daret, neque plus quam annus est, cum experiundi potestas fuit, neque ea res restituatur, quanti ea res erit, tantae pecuniae quadruplum Numerium Negidium Aulo Agerio iudex condemnato, si non paret, absolvito”.

1.030. Acción penal.

6. Esta acción fué una pura acción penal, no una *actio rem et poenam persequens* ni tampoco, una *actio mixta*. Semejante a las demás acciones penales, no fué pasivamente transmisible; el principio de acumulación debe ser modificado en atención a la cláusula formularia *nisi restituetur*. En el caso de pluralidad de autores, la acción se da contra cada una de ellos, pero si uno restituye la cosa extorsionada, los demás quedan liberados. Si por no restituir, era condenado a pagar la multa, subsisten las acciones contra los restantes autores. Esta rigurosa, pero lógica distinción, fué la consecuencia inevitable de la contrucción de la fórmula y del carácter penal de la acción correspondiente.

1.031. *Exceptio e in integrum restitutio*.

Además de la acción penal el Edicto de Adriano contenía otros dos remedios, la *in integrum restitutio propter metum* y la *exceptio metus*.

1. El acto jurídico celebrado por coacción no fué siempre nulo. En Derecho clásico, el acto no formal (venta, *traditio*, o *pro herede gestio*; supra, § 496) era nulo, pero el acto formal (*mancipatio*, *stipulatio*, o *cretio*; supra, § 497) fué válido, aunque anulable por *exceptio* o *in integrum restitutio*.

Si, por ejemplo, A había sido forzado a prometer algo por estipulación y era demandado con la *actio ex stipulatione*, se hallaba protegido por una *exceptio metus*. Si A enajenaba una *res Mancipi* por *mancipatio*, también coaccionado, y no había aún transferido la posesión de la cosa al adquirente, podía ser demandado con la *rei vindicatio*, pero se hallaba protegido por una *exceptio metus*. Si A había transferido la posesión en el mismo caso, podía reclamar una *in integrum restitutio*: el pretor anulaba la *mancipatio* y concedía a A una *rei vindicatio rescissa mancipatione*.

2. Ninguno de los dos recursos tiene carácter penal y, por no tenerlo, pueden ser otorgados (a diferencia de lo que ocurre con la acción penal) no únicamente contra el autor de la extorsión, si que también contra el tercero. Es comprensible que los juristas clásicos se mostrasen indecisos en este punto. Durante el siglo primero después de J.C. la *exceptio metus*, fué únicamente utilizable contra el causante de la extorsión, pero en el Edicto de Adriano, esta *exceptio*, fué estructurada de tal forma, que se podía ejercitar también contra el tercero. En el Edicto de Adriano dicha *exceptio* venía concebida en estos términos: "si in ea re nihil metus causa factum est".

Adviértase que el nombre del autor de la extorsión no aparecía mencionado en la *exceptio*. Supongamos que A forzaba a B para que éste prometiese algo por estipulación en favor de C y que C ejercitaba contra

B la *actio ex stipulatione*. B podía defenderse con la *exceptio metus*. El texto de la fórmula era el siguiente:

“Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio centum dare oportere, si in ea re nihil metus causa factum est, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio centum condemnato”, etc.

Por lo que se refiere a la *in integrum restitutio*, los juristas clásicos discutieron sobre si podía concederse o no contra tercero. La doctrina dominante parece haber optado por la solución afirmativa.

3. El fin perseguido por la *exceptio* y por la *in integrum restitutio*, no era idéntico al perseguido por la acción penal. La *exceptio* y la *in integrum restitutio*, eran únicamente aplicables al caso de haberse forzado a la celebración de un negocio jurídico válido *iure civili* (*metus causa gestum* scil. *negotium*), mientras que la acción, se daba en todo caso de extorsión (*metus causa factum*), incluyendo en ésta también, la forzada inducción a la celebración de negocios jurídicos. Así por ejemplo si A forzaba a B a cortar un árbol, B podía demandar a A con una acción penal, siendo la *exceptio* y la *in integrum restitutio* inaplicables en este caso. Además la acción penal, se daba únicamente contra el autor de la extorsión, mientras que la *exceptio* y la *in integrum restitutio* fueron también (por lo menos en la alta época clásica), utilizables contra tercero. No nos podemos ocupar aquí en detalle de cómo actuaban estos tres recursos.

Supongamos que A conseguía, forzando a B, que éste le prometiese algo mediante *stipulatio*. B podía intentar contra A la acción penal y si A se negaba a restituir (esto es, rehusaba hacer remisión de deuda al deudor, por *acceptilatio*), era condenado a pagar el cuádruplo del valor de los perjuicios causados. Si A demandaba a B con la *actio ex stipulatione*, el demandado podía valerse de la *exceptio metus*. Argüía Labeón — lógicamente y de conformidad con el carácter penal de la acción — que era procedente la acumulación de *actio* y *exceptio*, pero Juliano otorgaba a A una *replicatio*. Indudablemente la argumentación utilizada era ésta: En la acción penal el demandado puede optar entre restituir la cosa extorsionada (en este caso haciendo remisión al deudor) o pagar la penalidad. Si optaba por esto último, podía utilizar la *actio ex stipulatione*, pues en otro caso la opción hubiera sido una farsa y B habría conseguido la restitución y la penalidad.

La historia de estos remedios en la época post-clásica no puede ser objeto de nuestro estudio. Nos limitamos al período justiniano. Los compiladores modificaron drásticamente el Derecho clásico mediante abreviaciones e interpolaciones de los textos y por esta

razón el corto título del *Digesto*, 4.2. ofrece grandes dificultades. Aquí señalemos únicamente las tendencias características de los compiladores.

1. Los compiladores amalgamaron la *in integrum restitutio* y la acción penal otorgando esta última, no solamente contra el autor de la extorsión, si que también contra el tercer adquirente de la cosa extorsionada. Por esta razón concibieron la *actio penal*, como una *actio in rem scripta*. La *in integrum restitutio* se conservó únicamente para los casos en que parecía ser éste un remedio más conveniente que la acción.

Así si alguien había sido forzado a aceptar una herencia y consiguiendo a hacerse responsable de las deudas de la misma, los compiladores le otorgaban una *in integrum restitutio*, pues en otro caso habría debido accionar contra cada uno de los acreedores (D. 4.2.21.5).

2. Los compiladores transformaron la acción penal *in quadruplum* en una *actio mixta, rem et poenam persequens* (semejante a la *actio vi bonorum raptorum*; supra, §§ 998, 1.003). Estimaron el *triplum* como penalidad y el *simplum* como indemnización. Toda acumulación fué por tanto excluída. Si se daba una pluralidad de autores y uno de ellos había sido condenado a pagar el cuádruplo y hacía efectiva la condena, los demás quedaban libres, contrariamente a lo que ocurría en Derecho clásico (supra, § 1.030). Si A constreñía a B para que éste le prometiese algo por estipulación, y B utilizaba contra A la *actio in quadruplum*, los compiladores crearon para este caso la siguiente regla contraria a la concepción clásica: el juez compelia a A a hacer remisión de la deuda al deudor, y además le condenaba a pagar el triplo (D. 4.2.19.9).

II. *Actio de dolo malo*

1.033. Aquilio Galo.

1. Esta acción fué creada por Aquilio Galo, contemporáneo y amigo de Cicerón. Aquilio fué pretor de la *quaestio de ambitu* el año 66 antes de J.C., y con este carácter, no pudo introducir la nueva acción. Posiblemente por esta época, fué *praetor peregrinus*, y como jurista famoso pero solamente a título privado, debió crear la acción de que ahora nos ocupamos, sugiriendo al pretor la inserción de la misma en su Edicto. En todo caso esta acción es posterior a la *actio metus causa*.

1.034. Nombre clásico.

2. El nombre clásico de esta acción fué, indudablemente, *actio de dolo malo* o, más brevemente, *actio de dolo* y no *actio doli* como la llaman persistentemente los autores modernos.

Según el *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, II, 327, *doli actio* aparece solamente una vez en los textos clásicos, D. (46.3) 95.1, texto seguramente interpolado. *Actio doli mali* aparece solamente: D. (44.7) 35, espurio; *doli iudicium* solamente una vez: D. (4.3) 25, tal vez genuino. En el *Codex Iustinianus*, *doli actio* aparece en una ocasión solamente C. (2.20) 8 (Constantino). En cuanto a los textos que contienen *actio de dolo* vide *Voc. Iur. Rom.* II, 331; Robert Mayr, *Vocab. Codicis*, 395. Cicerón, *De off.* 3.14.60; *de dolo malo formulas*; *De nat. deor.* 3.30.74: *iudicium de dolo malo*.

3. El término *dolus* usado en la *actio de dolo*, significa originariamente "simulación". El propio autor de esta acción la definió de esta suerte. Cicerón refiere (*De officiis*, 3.14.60) :

1.035. Concepto de *dolus*.

"C. Aquilius, collega et familiaris meus... cum ex eo quaereretur, quid esset dolus malus, respondebat: "cum esset aliud simulatum, aliud actum"; hoc quidem sane luculente, ut ab homine perito definiendi".

Esta definición limitaba el concepto de *dolus* a la simulación y fué aprobada por Servio Sulpicio (también amigo de Cicerón). Labeón sugirió un concepto diferente. El texto de Ulpiano en que se reproduce la doctrina de Labeón está corrompido (D. 4.3.1.2), pero su texto auténtico debió ser éste:

"Labeo autem ait posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniat; itaque ipse sic definit: dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est".

Labeón usó las palabras *circumvenire* y *fallere* en una acepción muy amplia; según él, *dolus* (en el sentido a que se refiere la *actio de dolo*), comprendía no solamente la simulación, si que también todo daño voluntariamente causado por maquinación, fraude o engaño. La definición de Labeón fué aprobada por Ulpiano y probablemente también por la doctrina clásica dominante. El *damnum iniuria datum*, aun voluntariamente causado, no estaba comprendido en el concepto de *dolus*, en este sentido, ni tampoco el *furtum*, la *iniuria*, y la *vis*. En general, los límites conceptuales del dolo, fueron fluidos e imprecisos en los tiempos clásicos. Los juristas discutieron sobre algunos casos de dolo; unos abogaban en ellos por la procedencia de la *actio de dolo*, otros preferían en cambio una *actio in factum* que no implicase infamia. El detalle de estas discusiones no nos es plenamente cognoscible a través de nuestras fuentes, pues los compiladores abreviaron mucho los textos que a las mismas se referían. Además, estos compiladores sus-

tituyeron algunas veces la *actio de dolo* por una *actio in factum*, que hallaron en los textos clásicos, lo que se explica por la propensión de los compiladores a ensanchar el dominio de la *actio de dolo*. Los detalles, pues, son poco seguros. Consideremos ahora los siguientes casos:

a) Un legatario pide al heredero que le pague su legado completo, pues, según aquél dice, el patrimonio hereditario permite dejar a salvo la *cuarta Falcidia* (supra, § 567). Si el legatario sabía que esta su afirmación era falsa, contra él tendrá el heredero la *actio de dolo*. Era éste un caso de simulación (D. 4.3.23).

b) Un deudor falsificaba una carta de Ticio solicitando del acreedor la remisión de la deuda en favor del deudor. El acreedor accedía al ruego y remitía la deuda por *acceptilatio*. En tal supuesto el acreedor tiene la *actio de dolo* contra el deudor. Es éste un caso de *machinatio* (D. 4.3.38).

c) A prometía un esclavo a B mediante estipulación. Ticio mataba al esclavo. A quedaba liberado de su deuda, pues era responsable únicamente por *dolus* y *culpa* (supra, § 813). De acuerdo con la opinión prevalente (*plerique putant*), B disponía de la *actio de dolo* contra Ticio. Indudablemente no se da aquí la simulación, pero el perjuicio era causado indirectamente (D. 4.3.18.5).

d) A debía un animal en virtud de una estipulación y F era el *fideiusor*. F mataba al animal. El deudor principal quedaba libre y, consiguientemente, también el fiador (supra, § 863). Neracio y Juliano otorgaban una *actio de dolo* al acreedor contra F (D. 4.3.19).

e) A prestaba pesos falsos (falsos por exceso de peso) a B, el cual había vendido precisamente a peso a C unas mercancías. C recibía una cantidad excesiva de mercancías por efecto de los falsos pesos empleados. Trebacio abogaba por la procedencia de la *actio de dolo* contra A, pero el imperfecto (*dabat*) indica que Paulo no estaba de acuerdo con él. Los compiladores mutilaron el texto original (D. 4.3.18.3).

f) A, por acuerdo no formal con B, otorgaba a éste permiso para picar piedras en el fundo de A. Confiando en la firmeza del convenio, B había realizado gastos para llevar a cabo el trabajo de picar la piedra que necesitaba y después de haber efectuado estos gastos, A revoca el permiso concedido. Ulpiano (D. 4.3.34) otorgaba en este caso una *actio de dolo* (¿genuina?), mientras que Aristón en un caso similar (D. 19.5.16.1) admite únicamente una *actio in factum* (las últimas palabras *sed erit de dolo* son tal vez espurias).

g) A había prometido por estipulación *Stichum aut Pamphilum dari*, reservando al promitente, la elección de una u otra de estas prestaciones. A mataba a Panfilo, con lo que la obligación se concentra y simplifica en la prestación de Stico. Más tarde Stico muere *sine dolo et culpa debitoris*, quedando A liberado totalmente de su deuda. Los compiladores otorgaban al acreedor la *actio de dolo* contra A, a pesar de no darse en éste dolo alguno (46.3, 95.1).

4. La *actio de dolo* clásica fué una acción penal *in simplum*. La fórmula se modeló sobre la pauta de la *actio metus causa* que la precede inmediatamente en el Edicto. Fué una *actio arbitraria* (supra, § 1.028), esto es, contenía la cláusula *nisi restituetur*. La acción podía ser utilizada durante un año y la fórmula correspondiente era ésta:

1.036. Penalidad y fórmula.

“Si paret dolo malo Numerii Negidii factum esse, ut Aulus Agerius Numerio Negidio fundum quo de agitur mancipio daret, neque plus quam annus est, cum experiundi potestas fuit, neque ea res restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato si non paret absolvito”.

5. La *actio de dolo* era una acción subsidiaria, es decir, se otorgaba únicamente a falta de otra acción. El pretor expresaba este carácter diciendo en su Edicto:

1.037. Subsidiaridad. Infamia.

“Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa, esse videbitur, intra annum cum primum experiundi potestas fuerit, iudicium dabo”.

La *condemnatio* implicaba infamia.

6. La *actio de dolo* fué una pura acción penal y no una *actio rem et poenam persequens*. Por esta razón no podía ser ejercitada contra el heredero del causante del dolo. Por lo que respecta a la acumulación, se excluía por el carácter subsidiario de esta acción, su concurrencia con acciones de otro género. En caso de pluralidad de autores, la acumulación tenía lugar conforme a las reglas que hemos expuesto a propósito de la *actio metus causa* (supra, § 1.030).

1.038. Acción penal.

Si A y B cometían un fraude, se daba la *actio de dolo* contra cada uno de ellos.

1. Si A acataba el *arbitrium iudicis* y restituía, B quedaba liberado.

2. Si A era condenado a satisfacer una pena, la acción contra B subsistía intacta. Los compiladores finalmente abolieron en este caso la acumulación (vide supra, § 1.032). La interpolación de D. (4.3) 17 es evidente:

“Si plures dolo fecerint et unus restituerit, omnes liberantur; quodsi (“si como quiera”, N.B.) unus quanti ea res est praestiterit, puto adhuc ceteros liberari”.

Ulpiano escribió indudablemente *puto ceteros non liberari*, como indica *quodsi*.

Lo dicho es suficiente en orden a la *actio de dolo*. Una *in integrum restitutio propter dolum* no era prometida en la rúbrica edictal (a diferencia de la *in integrum restitutio propter metum*; supra, § 1.031), pero el pretor, podía otorgarla discrecionalmente en

1.039. *In integrum restitutio*.

casos concretos (D. 4.1.7.1, aunque el texto es completamente espurio).

1.040. *Exceptio doli.*

La *exceptio doli* se hallaba contenida en el Edicto de Adriano, en la sección de *exceptionibus* (Lenel, *Edict.* § 277). Y estaba concebida así:

“si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat”.

Solamente la primera parte de la *exceptio (dolo malo factum sit)* se refiere al *dolus* en el sentido propio de la *actio de dolo*, en cambio en la segunda parte (*neque fiat* scil. *dolo malo*) *dolus* significa “contrario a la *bona fides*”.

Supongamos que A consigue inducir a B mediante simulación a que éste le prometa 100 por *stipulatio*. Si A demandaba a B con la *actio ex stipulatione*, B podía defenderse con la *exceptio doli* en su primera parte:

“Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio centum dare oportere, si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio centum condemnato”, etc.

Una persona debía cien en virtud de estipulación, a un *pupillus*. Pagaba luego a éste la suma debida, *sine tutoris auctoritate*. El *pupillus* adquiría la propiedad del dinero entregado, pero la deuda no quedaba por ello extinguida. Si el *pupillus* intentaba contra el deudor la *actio ex stipulatione*, el demandado podía defenderse con la *exceptio doli* (utilizando la cláusula *neque fiat*), si el *pupillus* resultaba enriquecido con el dinero que percibió (Gayo, 2.84).

En una *actio bonae fidei* no había lugar para una *exceptio doli*, porque el demandado se hallaba suficientemente protegido con la cláusula *ex fide bona* (u otra similar).

La antigüedad de la *exceptio doli* nos es desconocida, pero debió existir antes que la *actio de dolo*; y de todos modos es seguro que existió ya en la época republicana.

FUENTES

§ 1.031. Vide D. (4.2) 14.9 [*cum in... consecutus*]; [*quod cum... compe-llatur*].

§ 1.032. Vide D. (4.2) 9.8, interpolado; el texto original se ocupa de la *in integrum restitutio*; (4.2) 14.3 y 4, completamente espurios; (4.2) 14.9-10, gravemente interpolado; (4.2) 14.15 [*sed etsi... actionem*].

§ 1.040. Vide Gayo, 4.119 hasta *fiat*.

BIBLIOGRAFÍA

§§ 1.024 y s. Beseler, *Beiträge*, I (1910), 72 y s.; IV (1920), 259; Schulz, “Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Recht”,

Z. XLIII (1922), 171 y s.; Beseler, Z. XLIV (1924), 362 y s.; Lenel, *Edict.* (1927), § 39; v. Lübtow, *Der Ediktstitel "Quod metus causa gestum erit"* (1932); G. Maier, *Praetorische Bereicherungsklagen* (1932), 91 y s.; Beseler, *St. Albertoni*, I (1933), 425, con referencias; C. Sanfilippo, *Il metus nei negozi giuridici* (1934).

§ 1.024. Schulz, 216 y s.; v. Lübtow, 126 y s.; ambos equivocados en lo concerniente a la significación de *per vim aut (et) metum*.

§ 1.025. v. Lübtow, 168.

§ 1.027. Schulz, 172, 240 y s.; Lenel, l.c. 113; v. Lübtow, 183 y s.; Beseler, *St. Albertoni*, I, 425.

§ 1.028. Lenel, l.c. pág. 113; v. Lübtow, 169 y s.

§ 1.029. Lenel, l.c. pág. 112; v. Lübtow, 207 y s.

§ 1.030. Beseler, *Beiträge*, IV (1920), 300; v. Lübtow, 273 y s., 283, con referencias.

§ 1.031. Schulz, 171 y s. (con errores); Beseler, Z. XLIV (1924), 171 y s.; v. Lübtow, 99 y s. Sobre la *exceptio*, Schulz, 225 y s.; v. Lübtow, 81 y s. Sobre acumulación de *actio* y *exceptio*, v. Lübtow, 231 y s.

§ 1.032. Schulz, 228 y s., 238; v. Lübtow, 183 y s., 218 y s., 231 y s.

§§ 1.033 y s. Pernice, *Labeo*, II, 1 (1895), 200 y s. (fundamentalmente); Mitteis, *Röm. Privatrecht*, I (1908), 318; Lenel, *Edict.* (1927), § 40.

§ 1.035. Pernice, 208 y s.; F. Litten, "Zum Dolus-Begriff in der actio de dolo", *Festgae für Karl Güterbeck* (1910), 257 y s.; Schulz, *Einführung* (1916), 104 y s.

§ 1.036. Lenel, *Edict.* § 40.

§ 1.037. v. Lübtow, l.c. 262 y s.

§ 1.038. Beseler, *Beiträge*, IV (1920), 300; v. Lübtow, 285 y s.

§ 1.039. Lenel, *Edict.* pág. 115; Schulz, Z. XLIII (1922), 237, núm. 5; Düguesne, "L'integrum restitutio ob dolum", *Mélanges P. Fournier* (1929).

§ 1.040. Pernice, l.c. 231 y s.

CAPÍTULO III

ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO Y «NEGOTIORUM-GESTIO»

1. ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO

1.041. La idea clásica.

El Derecho clásico dispuso de acciones para conseguir la restitución, en caso de un enriquecimiento injustificado. Hubo *actiones in personam* (supra, § 56) que no se fundaban en un contrato ni en un delito, sino en el hecho de que una persona se hubiese enriquecido a expensas de otra, siendo este enriquecimiento jurídicamente injustificado. La idea parece simple y evidente, pero en realidad estas acciones romanas son únicas y no tienen paralelo alguno en otros Derechos que no deriven del romano. Son una creación original y valiosa de Roma y se aplican a ciertos casos claramente definidos. En otro aspecto, amenazan y sacuden, todo sistema de acciones y, de rechazo, el sistema mismo del Derecho privado. Supongamos que el adquirente recibe las mercancías que le han sido vendidas, demorando su pago. Se podría argüir que el adquirente se enriquece con las mercancías y que, en consecuencia, podía el vendedor exigir la restitución de aquéllas como enriquecimiento injustificado. Esta solución quebrantaría la firmeza del contrato. En Derecho romano, el vendedor, no estaba facultado para exigir en tal caso las mercancías, y podía solamente intentar la *actio venditi* por el precio (supra, § 917). En nuestras fuentes encontramos este principio: “iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiore”. Para los juristas clásicos, fué éste un principio general, no una regla jurídica. Admitieron estas acciones dentro de límites muy estrechos y se hallaron dispuestos a extender su aplicación a otros casos en los cuales, no siendo utilizable acción alguna, se había producido un enriquecimiento injusto. El estudiante debe tener en cuenta los ejemplos de la *implantatio* y de la *specificatio* (supra, §§ 635, 638). Un adquirente de buena fe, compraba un árbol hurtado y lo plantaba en su propio terreno. En tal supuesto, adquiriría la propiedad

del árbol, adquisición que constituía un enriquecimiento a expensas del verdadero propietario, por tanto, enriquecimiento injusto a todas luces. No obstante, el adquirente no estaba obligado a restituir este enriquecimiento al primitivo propietario de la planta. Del mismo modo, el propietario de los materiales no tenía acción contra el que los adquiría de buena fe, si éste había adquirido la propiedad de los mismos por *specificatio*. Además, en Derecho clásico, el *bonae fidei possessor fructus suos facit* y no está obligado a restituir los frutos al dueño de la cosa que los produce, aunque el enriquecimiento en tal caso sea también injusto. En resumen, no hubo en Derecho clásico una regla general que ordenase la restitución del enriquecimiento injustificado. La idea en su aplicación se redujo a ciertos grupos de casos. Fuera de ellos, no hubo acción alguna, ni siquiera un remedio subsidiario para recuperar el injustificado enriquecimiento.

El Derecho clásico ofrece una orientación sana y una estructura que merece elogios, aunque no esté exento de ciertas lagunas que debieron haber sido colmadas. Los compiladores provocaron la ruina completa del Derecho clásico. Imprudentemente extendieron la finalidad de estas acciones y modificaron de modo desdichado su contenido, mediante interpolaciones numerosas que oscurecieron y confundieron las claras líneas del Derecho clásico sin que, por otra parte, nos permitan conocer cumplidamente lo que fué el Derecho bizantino. Este Derecho constituye una de las partes más infelices del Derecho creado por Justiniano, parte, que ha provocado la irritación de muchas generaciones de juristas e influido lamentablemente en el movimiento codificador continental hasta nuestros tiempos. El Código Civil alemán (BGB) constituye en tal sentido un elocuente ejemplo.

1.042. Derecho justiniano.

El estudio de esta parte del Derecho clásico comenzó (en el año noventa del siglo pasado) cuando la moderna investigación crítica se hallaba aún en su infancia y cuando los estudiosos, no poseían todavía una preparación adecuada ni un concepto claro sobre el carácter de las fuentes. No obstante, los resultados fueron admirables. Posteriormente el ritmo investigador se hizo más lento y aún en nuestros días, no existe un libro que constituya un análisis comprensivo y completo de los Derechos clásico y justiniano.

1.043. Literatura.

Prescindiremos ahora de los casos y remedios especiales y nos limitaremos al fenómeno central, es decir, a la *condictio* que sirve para la recuperación del enriquecimiento injustificado.

1.044. *Condictio*.

Nuestro punto de partida debe ser el Edicto. Es un hecho indiscutible que el Edicto no contenía una fórmula general cuya finalidad fuese la recuperación de un enriquecimiento injustificado.

1.045. Las fórmulas edictales.

Como ya hemos dicho (supra, § 809) en la rúbrica edictal *si certum petetur*, hubo tres *formulae* de estructura general y abstracta llamadas *condictiones* por su similitud con la *formulae* de la *legis actio per condictionem* (Gayo, 4.17b-19): (1) la *condictio certae pecuniae*; (2) la *condictio certae rei*; (3) la *condictio certae quantitatis* (*condictio triticaria*). Estas *formulae* servían primitivamente como acciones *ex mutuo* y *ex certa stipulatione* (Lenel, *Edict.* § 95). En otra rúbrica — “*si cum eo agatur, qui certum promiserit*”, Lenel, *Edict.* § 55 — se hallaba una fórmula para la *actio ex stipulatione incerta* la cual, no fué llamada *condictio* (supra, § 809). Los juristas republicanos y clásicos utilizaron las tres primeras *formulae* (*condictiones*), como remedios para conseguir la recuperación de un enriquecimiento injusto. Estos juristas otorgaron — por analogía con la *condictio ex mutuo* — una *condictio*, siempre que alguien había adquirido una cosa corporal (*certa pecunia, certa res, certa quantitas*) por una *datio* y la adquisición implicase un enriquecimiento injustificado. (Con respecto a la irregular *condictio furtiva*, vide infra, § 1.059.) Tal fué el sencillo Derecho clásico que los compiladores tan horriblemente mutilaron. Ilustremos ahora el Derecho clásico con el siguiente ejemplo. A y B creen erróneamente que A debe 100 a B. A paga los 100 a B. Este último adquiriría por *traditio* la propiedad de las monedas, pues dicha *traditio* fué efectuada *cum causa*. La *causa traditionis* era el convenio de las partes que constituía la finalidad jurídica de la *traditio* (supra, § 615). En este caso, las partes convienen que el pago se realice *solutionis causa*. B adquiriría pues la propiedad, pero su adquisición era injustificada y en consecuencia A podía exigir de B con una *condictio certae pecuniae*, la restitución de la suma pagada. Y la fórmula era la siguiente:

“*Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio centum dare oportere, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio centum condemnato, si non paret absolvito*”.

Fué ésta la fórmula propia de la *actio ex mutua pecunia* y *ex stipulatione certae pecuniae*, pero se empleó también para conseguir la recuperación de un enriquecimiento injustificado.

La *condictio* clásica para la recuperación de un enriquecimiento injusto, se hallaba, como se ha dicho, subordinada al requisito de una *datio* (sobre la *condictio furtiva*, vide infra, § 1.059). Cuando se producía un enriquecimiento que no fuese por efecto de una *datio*, no tenía lugar la *condictio*. Así, por ejemplo, si el adquirente de buena fe de una cosa hurtada, adquiriría la propiedad de ésta por *specificatio*, no se daba la *condictio* a pesar de haber enriquecimiento injusto a costa del dueño de la cosa, en el especificante.

1.046. Necesidad de la *datio*.

Se requería una *datio certae pecuniae* o *certae rei* (*certae quantitatis*). Si una persona debía a otra una cierta cantidad de dinero y la deuda era extinguida por *acceptilatio*, se estimaba que había en tal caso una *datio pecuniae*. Así por ejemplo si A debía 100 a B, y B deseando constituir una *dos* en favor de A, hacía remisión de la deuda de éste mediante una *acceptilatio dotis causa*, B podía exigir de A que le restituyese los 100, ejercitando al efecto la *condictio*, en el caso de que el matrimonio no se celebrase. Supongamos ahora que A creía erróneamente, deber 100 a B. A tenía un deudor D que le debía 100 y autorizaba a éste, a prometer los 100 a B mediante una estipulación novatoria. Conforme a la regla *qui delegat solvit*, A había pagado los 100 a B y, consiguientemente, disponía de una *condictio certae pecuniae* contra B. Si, por otra parte, A prometía mediante estipulación *dotis causa* 100 a B y el matrimonio no tenía lugar, A podía utilizar en su propia defensa la *exceptio doli* contra la *actio ex stipulatione*, pero no disponía de una *condictio* contra B para conseguir la *acceptilatio*. Supongamos ahora que A prometía 100 a B por estipulación con el pacto no formal de que B entregase los 100 a A en concepto de préstamo. B no cumple lo convenido al no conceder el préstamo a A. Si B demandaba a A con la *actio ex stipulatione*, A podía defenderse con la *exceptio doli* pero no tenía la *condictio* contra B para conseguir su liberación. En Derecho clásico no hubo *condictio liberationis* (si hubiera existido Gayo, 4.116 la habría mencionado). Una *condictio liberationis* habría sido una *condictio incerti*, ya que *accepto ferre* era un *facere* y todo *facere* es considerado como un *incertum* (en contraste con la *certa pecunia* y la *certa res*). La *condictio liberationis* fué introducida por los compiladores o por los juristas post-clásicos.

1.047. *Datio certae pecuniae* o *rei*.

Datio significa una transmisión que opera un traslado de propiedad en favor del accipiente. Si un *pupillus*, creyendo que debía 100 a B paga a éste dicha suma *sine tutoris auctoritate*, no tenía en su favor una *condictio* porque B no adquiriría en tal caso la propiedad, sino únicamente la posesión y sabido es que en Derecho clásico no hubo una *condictio possessionis*. El *pupillus* podía exigir la restitución del dinero mediante la *rei vindicatio*, pero si B adquiriría la propiedad de las piezas de moneda entregadas, por efecto de una *commixtio*, se podía ejercitar la *condictio*. En este caso no era transferida la propiedad mediante una *datio*, pero era ésta por lo menos la base de la adquisición. Si un acreedor pignoraticio no restituía la cosa pignorada después de satisfecho el débito, el pignorante no disponía de *condictio*, pues ya hemos dicho que una *condictio possessionis* no existió nunca en Derecho clásico.

1.048. Es necesaria la transmisión de la propiedad.

1.049. No hay *condictio incerti*.

Podemos decir, en resumen, que la *condictio* clásica para recuperar un enriquecimiento injusto, se fundó siempre (salvo el caso de la *condictio furtiva*; infra, § 1.059) e invariablemente, en una *datio certae pecuniae* o *certae rei* (*certae quantitatis*). Fué siempre pues una *condictio certi* (para usar el término post-clásico). La *condictio incerti* no existió en Derecho clásico. No solamente el término *condictio incerti* no es clásico, sino que tampoco lo es la institución misma. El Edicto no contenía fórmula alguna para la *condictio incerti* (Lenel, *Edict.* § 57, pág. 158). La fórmula prevista para una *actio ex stipulatione incerta* (Lenel, *Edict.* párrafo 55), se aplicaba únicamente a la *stipulatio*, sin que pudiera extenderse su aplicación a otros casos. El pretor pudo haber concedido una *condictio utilis* para la recuperación de un *incertum*, pero no la concedió. De haberla otorgado, la concesión habría dejado huella en nuestras fuentes; habríamos tropezado con discusiones semejantes a las suscitadas por las *actiones legis Aquiliae utiles* y Juliano habría insertado una fórmula en el Edicto. Después de la codificación del Edicto, no pudo ser tampoco concedida una *condictio incerti* sin autorización imperial, puesto que una acción semejante, habría entrañado una ruptura con la tradición y no sabemos de rescripto alguno que contuviese la autorización aludida. Además, y sobre todo, una *condictio incerti* habría implicado para los juristas clásicos, una contradicción en los términos. Para ellos la *condictio* era un tipo especial de fórmula: abstracta, *in personam* y por *certa pecunia* o *certa res*, lo mismo que la *legis actio per conditionem* (Gayo 4, 17b-20). Estamos pues plenamente autorizados para excluir del Derecho clásico la *condictio incerti*.

1.050. Contenido de la obligación.

La *condictio* se da para recuperar el enriquecimiento existente al tiempo de haberse efectuado la *datio* y no al tiempo de tener lugar la *litis contestatio*.

a) Si lo que se entregó fué dinero, el que lo recibía, estaba simplemente obligado a devolver la suma recibida, siendo indiferente si procedió de buena o mala fe y si al tiempo de la *litis contestatio* había o no gastado el dinero.

b) Si lo entregado fué una cantidad de cosas fungibles, la *condictio* se da para recuperar tal cantidad y si las cosas hubieran sido consumidas, para recuperar su valor.

c) Si lo que se entregó fué una *certa res*, el que la recibió se halla obligado a restituirla. Respondía por *dolus* y *culpa*, pero no por *casus*.

1.051. No es utilizable contra el *pupillus*.

Como la *condictio* no tenía por objeto el enriquecimiento existente al tiempo de la *litis contestatio*, se denegaba también su ejercicio contra el *pupillus* que había conseguido un enriquecimiento

injusto por una *datio sine tutoris auctoritate*. El *pupillus* adquiría la propiedad, pero el que había realizado la *datio* no estaba facultado para utilizar la *condictio*. Ésta fué al menos la doctrina de Juliano, dominante en la alta edad clásica.

Los juristas clásicos no distinguen tipos de *condictio* con denominaciones específicas. Las clasificaciones y nomenclatura que hallamos en las rúbricas 12.4-7 del *Digesto* y 4.5-9 del *Codez*, no son clásicas. No obstante son dignas de tenerse muy en cuenta para ilustrar nuestras observaciones.

1.052. Tipos de *condictio*.

1. *Condictio indebiti*

La *condictio* era utilizable en el caso de una *datio solutionis causa* cuando una deuda, de hecho inexistente, era pagada. El término *indebiti condictio* aparece alguna vez en nuestras fuentes (*Voc. Iur. Rom.* 1. 897.1 y s.), pero los textos que la contienen, son sospechosos. En todo caso, no fué ésta una denominación técnica, propia de los tiempos clásicos.

1.053. *Condictio indebiti*.

a) ¿Qué significa la palabra *indebitum*? Supongamos que A debía 100 a B por efecto de una estipulación. Posteriormente B remitía la deuda a A mediante un *pactum de non petendo* no formal (*supra*, §§ 93, 802). A y B mueren y el heredero de A, paga 100 al heredero de B por desconocer ambos herederos la existencia del *pactum de non petendo*. En tal caso ¿pagó el heredero de A un *indebitum* que pueda recobrar con una *condictio*? Parece que los juristas clásicos resolvieron esta cuestión afirmativamente porque el deudor (heredero de A) aunque debía *iure civili*, se hallaba protegido por una *exceptio perpetua* (*supra*, § 103). Se ha afirmado que en tal caso, se requería más bien una *condictio utilis* por haber sido pagado un *debitum iure civili*. Tal vez esta opinión sea atinada, pero no hay rastro alguno en los textos de *condictio utilis*. La *condictio* aplicable al caso de enriquecimiento injusto fué, después de todo, una creación de los juristas, y siendo así, pudieron éstos establecer libremente, las condiciones del ejercicio de aquélla. *Fr. Vat.* 266 es un texto corrompido, pero las palabras *sed et si... exceptionem* son una glosa tal vez. La materia pues resulta dudosa.

b) Cuando el accipiente sabía que le había sido satisfecho un *indebitum*, cometía *furtum* y no adquiría la propiedad (*supra*, párrafo 983). La *condictio indebiti* no era utilizable contra él, pero lo era en cambio la *condictio furtiva* (*infra*, § 1.059). ¿Se aplicaba esta misma solución jurídica cuando el que pagaba debía *iure civile* pero se hallaba protegido por una *exceptio perpetua*? En verdad nos parece atrevido afirmarlo.

c) Supongamos que el que paga sabe que en realidad nada debe. En Derecho justinianeo no procedía la *condictio indebiti*. Por lo que respecta al Derecho clásico, es sabido que la conciencia de la no existencia del débito por parte de quien paga, era irrelevante. Así opinan muchos, pero en realidad tal opinión resulta difícilmente compatible con lo que las fuentes nos dicen. Ciertamente que un pago realizado en estas condiciones, no siempre implica una donación. Si no hay donación y la *condictio* no es utilizable, el pago implicaría en quien lo recibe un enriquecimiento injusto, pero, como ya se ha dicho (*supra*, § 1.041), no fué éste el único caso en que no era posible reclamar el enriquecimiento injusto producido. Los juristas pudieron haber pensado (para usar la conocida máxima medioeval) que: *adversus factum suum nemo potest venire*.

Gayo insiste tres o cuatro veces (8.91; 2.283) en que el pago había sido *per errorem*. Es una explicación evasiva decir que Gayo pensó únicamente en los casos ordinarios de *solutio indebiti* y que no consideró el error de quien hacía la entrega, requisito de la *condictio indebiti*. El pasaje de Gayo 2.283 difícilmente puede explicarse con referencias al *fideicommissum*. La interpolación evidente del D. (12.6) 26.3 (vide *Fr. Vat.* 266) no prueba que los compiladores hubiesen modificado sustancialmente el Derecho clásico. Es cierto que no es muy correcto el exigir un error en quien paga. No es el error lo que determina la aplicabilidad de la *condictio*, sino que es más bien el conocimiento que tiene el que paga lo que impide el ejercicio de aquélla. En realidad, vienen a ser lo mismo una cosa y otra. Un supuesto excepcional semejante al del *Digesto* (12.6) 26.13 pudo muy bien ser ignorado por Gayo y los demás juristas. En todo caso la nueva doctrina es dudosa.

d) Excepcionalmente la *condictio indebiti* no podía ser ejercitada cuando el pago tenía lugar para extinguir una obligación inexistente, la cual, si hubiera existido, habría sido una de aquellas *in quibus lis infitiando crescit in duplum* (*supra*, § 74).

2. *Condictio causa data causa non secuta* u *ob causam datorum* (D. 12.4 y C. 4.6)

Supongamos que A entrega a B una suma de dinero en concepto de *dos* (*dotis causa*). Si el proyectado matrimonio no llega a celebrarse, A podrá recobrar el dinero mediante una *condictio*. Para más ejemplos, vide nuestras observaciones sobre los llamados contratos innominados (*supra*, § 903) y sobre la *donatio sub modo* (*supra*, § 974).

3. *Condictio ob turpem causam* (D. 12.5; C. 4.7)

Cuando quien recibía la *datio*, actuaba *adversus bonos mores*, el que hacía la entrega, disponía de una *condictio* contra él (por ejemplo, A entregaba a B dinero para impedir que éste asesine a una tercera persona) con tal que él mismo no se halle igualmente incurso *in turpitudine* (por ejemplo A entrega dinero a B para que éste mate a un tercero).

1.055. *Condictio ob turpem causam.*

4. *Condictio ob iniustam causam* (D. 12.5; C. 4.9)

Las donaciones entre marido y mujer se hallan prohibidas (supra, § 206). El donante puede reclamar lo donado mediante la *rei vindicatio* o, en el caso de que el donatario hubiese consumido el objeto de la donación, con la *condictio*.

1.056. *Condictio ob iniustam causam.*

5. *Condictio ob causam finitam*

Esta *condictio* no se halla expresamente mencionada en nuestras fuentes, pero si un deudor ha entregado al acreedor un pagaré, puede reclamarlo mediante la *condictio* una vez satisfecho el débito. Debe advertirse, sin embargo, que la restitución de una *dos* no podía ser exigida mediante una *condictio ob causam finitam* si el matrimonio era subsiguientemente disuelto: *dotis causa perpetua est*.

1.057. *Condictio ob causam finitam.*

La especial *condictio sine causa* que aparece en el *Digesto*, rúbrica 12.7 y en el *Codex*, rúbrica C. 4.9, así como la *condictio ex lege* (C. 4.9) no existieron en Derecho clásico.

1.058. *Condictio sine causa y ex lege.*

Una *condictio* irregular fué la llamada *condictio furtiva* (D. 12.1; C. 4.8). La acción correspondiente, era utilizable por el dueño de las cosas hurtadas, contra el autor del hurto para recuperarlas. No existió una fórmula especial, pero las *formulae* generales, *condictio certae pecuniae*, *certae rei* y *certae quantitatis*, se aplicaron a este caso, aunque hablando con rigor, su texto literal no permitiese tal aplicación. La *intentio* de estas *formulae* era: "Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio... dare oportere". *Dare* significa, en la época clásica "transferir la propiedad" y el ladrón no podía transferir la propiedad al propietario. Los juristas pasaron por alto esta circunstancia influenciados, como dice Gayo 4.4 "odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur".

1.059. *Condictio furtiva, fórmula.*

La *condictio furtiva* no fué una acción penal sino una acción para recuperar el enriquecimiento injusto. En Derecho clásico, era ésta la única *condictio* que no precisaba para su aplicación de una

1.060. Carácter.

datio previa. El “enriquecimiento” de que aquí se trata es, como siempre (supra, § 1.050), el existente al tiempo de realizarse la adquisición. Además el ladrón estaba incurso siempre *in mora debitoris* (*fur semper in mora*), así que respondía no únicamente por *dolus* y *culpa*, sino también por *casus*. Como la *condictio* no fué, repetimos, una acción penal, no podía ejercitarse contra el cómplice del delito. Por otra parte fué, a diferencia de la *actio furti*, transmisible pasivamente. Los herederos del ladrón sucedían a éste en la obligación, independientemente de que las cosas hurtadas se hallasen o no en el patrimonio hereditario.

1.061. Sólo *domino competit*.

En contraste con la *actio furti* la *condictio furtiva* era utilizable solamente por el propietario de las cosas hurtadas, por lo menos, ésta fué la doctrina clásica dominante.

1.062. Otras acciones concurrentes.

Además de la *condictio furtiva* el dueño disponía de la *actio furti* y de la *rei vindicatio*. *Condictio* y *actio furti*, así como *rei vindicatio* y *actio furti* fueron acumulables (supra, § 1.002), pero *condictio* y *rei vindicatio* eran alternativas ya que ambas son *actiones rem persequentes*.

1.063. *Condictio quasi furtiva*.

Ya indicamos anteriormente (§ 982) que Sabino admitió un *furtum* de tierras y concedió consecuentemente una *condictio furtiva* a los propietarios de las mismas que hubieran sido desposeídos de ellas *vi* o *clam*. Aunque los juristas posteriores admitieron tan sólo el *furtum* de cosas muebles, parece que siguieron a Sabino en lo que respecta a la *condictio furtiva*. Una *condictio furtiva* sin haber *furtum*, resulta extraña. Debemos recordar, sin embargo, que la *condictio furtiva* no tuvo un nombre fijo en la época clásica. Gayo (2.79; 4.4) la llama simplemente *condictio* y los juristas, no debieron sentir escrúpulo en conceder una *condictio* (que pudiéramos llamar *quasi furtiva*) al propietario de tierras, el cual, no disponía de la *actio furti*. Por supuesto, esta *condictio* fué lo mismo que la *condictio furtiva*, una *condictio rei* y no una *condictio possessionis*.

F U E N T E S

§ 1.041. Vide D. (50.17) 206; (12.6) 14.

§ 1.046. Vide Gayo 2.79 *in fine*; adviértase que únicamente es mencionada la *condictio furtiva*.

§ 1.047. Vide D. (12.4) 10; (16.1) 8.3; (23.3) 78.5; (12.7) 1 pr. (espurio); (12.7) 3 (espúreo); (46.2) 12 (muy interpolado).

§ 1.048. Vide Gayo, 2.82; D. (12.1) 19.1; (12.1) 4.1 (el texto original se ocupa de la *condictio furtiva*).

§ 1.049. Para el concepto clásico de la *condictio*, vide Gayo, 4.18: “*conditionem dicimus actionem in personam que intendimus dari nobis oportere*”. En Gayo, 4.5. *fieri*ve debe ser una glosa.

§ 1.051. Vide Gayo, 3.91; D. (26.8) 13; (46.3) 66 [*sed pupillus... renebitur*].

§ 1.053a. Vide *Fr. Vat.* 266 hasta *tutus solverit*; cf. D. (12.6) 26.3.

§ 1.053c. Vide Gayo, 3.91; 2.283; *Fr. Vat.* 266; cf. D. (12.6) 26.3 y 26.13.

§ 1.053d. Vide *Inst. Inst.* (3.27) 7 hasta *ex legato*; Gayo, 2.283 hasta *non potest*.

§ 1.054. Vide D. (12.4) 7.1 [*traditus*] «*mancipatus*», vide *Index Interp.*

§ 1.055. Vide D. (12.5) 4.2-3.

§ 1.056. Vide D. (24.1) 5.18 [*hactenus*]; [*hactenus quatenus... est*].

§ 1.057. Vide C. (4.9) 2.

§ 1.059. Vide Gayo, 4.4.

§ 1.060. Vide D. (13.1) 8.1 [*maxime... liberatur*]; (13.1) 6; (50.16) 53.2 [*sic enim... non potest*]; vide *Index Interp.*; (13.1) 9 [*non... autem*] (clásico en esencia).

§ 1.061. Vide D. (13.1) 1; (47.2) 14.16; (13.1) 12.2 es problemático; *incerti* es, con toda seguridad, interpolado.

§ 1.062. Vide Gayo, 4.4.

§ 1.063. Vide D. (13.3) 2 [*ceterum... ait*]; (47.2) 25 pr.-1 [*possessionem*].

BIBLIOGRAFÍA

§ 1.042. Para Derecho comparado, vide Gerota, *La théorie de l'enrichement sans cause* (1925).

§ 1.043. Pernice, *Labeo*, III, 1 (1892), 202 y s. (fundamental); R. v. Mayr, *Die Conditio des röm. Privatrechts* (1900, completamente anticuado); von Koschembahr-Lyskowski, *Die Conditio als Bereicherungsklage im klass. röm. Recht*, I (1903); II (1907), obra completa con muchas referencias; H. Siber, *Röm. Privatrecht* (1928), 213 y s.; G. H. Maier, *Praetorische Bereicherungsklagen* (1932); Pfüger, *Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums* (1937), 110 y s.; Solazzi, "Le condictiones e l'errore", *Atti Napoli*, LXII (1947).

§ 1.045. Lenel, *Edict.* (1927), § 55, 57, 95.

§ 1.047. Sobre la *condictio liberationis*, vide v. Koschembahr, l.c. II, 273 y s.; Benigni, AG. LXXV (1905), 320 y s.; Beseler, Z., XLV (1925), 234; Archi, St. Solazzi (1948), 740 y s.; equivocadamente Kaser, Z., LVIII (1938), 320.

§ 1.048. Sobre *condictio possessionis*, vide v. Koschembahr, l.c. II, 181 y s.; Beseler, Beiträge, IV (1920), 9; De Villa, "Contributo alla storia e alla teoria della condictio possessionis", *St. Sassaesi*, X (1932, no utilizable).

§ 1.049. v. Koschembahr, l.c. II 78 y s.; Benigni, "La condictio incerti", AG. LXXV (1905), 309 y s.; Lenel, l.c. § 57.

§ 1.050. Siber, l.c. 218 y s., 222 *in fine*.

§ 1.051. Siber, l.c. 316, 321 y s. Sobre D. (26.8) 13, vide Beseler, *St. Bonfante*, II (1930), 70 nota. Sobre D. (46.3) 66, vide Guarino, SD., XI (1945), 327.

§ 1.053. Sanfilippo, *Condictio indebiti*, I (1943).

§ 1.053c. Beseler, *Jur. Miniaturen*, 125; *St. Bonfante*, II (1930), 69, número 7; *Scritti Ferrini*, III (1948), 292; Z. LXVI (1948), 374; Solazzi, "L'errore nella condictio indebiti", SD., IX (1943), 55 y s.; "Le condictiones e errore nella condictio indebiti", SD. IX (1943), 55 y s.; "Le condictiones e l'errore", *Atti Napoli*, LXII (1947); Sanfilippo, l.c. 97; P. Voci, *L'errore nel diritto Romano* (1937), 130 y s.; SD. VIII (1942), 22 y s.; Guarino, SD., XI (1945), 319 y s. Sobre D. (12.6) 26.13, Guarino, 332.

§ 1.055. Beseler, "Condictio ob causam turpem aut rem turpem dati", SD. III (1937), 376 y s.

§ 1.058. Pflüger, l.c. Beseler, Z., LXVI (1948), 361.

§ 1.059. Bossowski, *Annali Palermo*, XIII (1927), 343 y s.; Biondi, *Bull. XXXVIII* (1930), 257; Siber, *St. Riccobono*, III (1936), 245.

§ 1.061. Sobre D. (13.1) 12.2, Erbe, *Die Fiducia im röm. Recht* (1940), 56.

§ 1.062. Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen*, II, 1 (1922) 90 y s.; Beseler, Z. XLIV (1924), 364, 371.

§ 1.063. Benigni, l.c. 336 y s.

2. *Negotiorum Gestio* (representación sin mandato)

1.064. Fuentes y literatura.

Los detalles del Derecho clásico referente a la *negotiorum gestio* son todavía oscuros, a pesar de los repetidos intentos que se han hecho para aclararlos. Los textos importantes del *Corpus iuris*, se hallan muy interpolados (esto es hoy indiscutible) y el material realmente fidedigno que no figura en el *Corpus iuris*, es escaso. No es éste lugar a propósito, para exponer los numerosos problemas que son actualmente insolubles. Nos limitamos solamente a hacer unas cuantas observaciones relativas al Derecho clásico del Edicto de Adriano.

1.065. El Edicto.

El Edicto contenía una rúbrica *de negotiis gestis* (Lenel, *Edict.* § 35), que concluye la materia del título edictal de *cognitoribus et procuratoribus et defensoribus*. Este orden revela que el *negotium* en la acepción que a esta palabra da la citada rúbrica, significa *lis*, "proceso", "juicio" y su objeto principal, fué facilitar la defensa a quien en un juicio era *indefensus* (Lenel, *Edict.* 32) si bien el pretor, pudo haber aplicado el Edicto a otras especies de *negotium* desde tiempos muy antiguos. Bajo esta rúbrica edictal había: (1) la promesa pretoria de conceder una acción; (2) *formulae in factum conceptae*; (3) *formulae in ius conceptae*.

1. La promesa pretoria nos ha sido conservada únicamente en forma interpolada (D. 3.5.3 pr.). El texto clásico debió ser probablemente éste:

"Si quis negotia absentis, sive quis negotia quae cuiusque cum is moritur fuerunt, gesserit, iudicium eo nomine dabo".

El pretor limitaba su aplicación a dos casos especiales en los cuales la *negotiorum gestio* parecía ser requerida con urgencia. El texto del *Digesto* contiene *alterius* en lugar de *absentis*, pero esto constituye una interpolación universalmente admitida. La palabra *alterius* se habría referido al segundo caso.

2. La promesa pretoria era seguida de *formulae in factum con-*

ceptae. Su construcción no nos es conocida, pero debió aplicarse a los dos casos mencionados en la promesa, sin perjuicio de que el pretor pudiese otorgar *actiones utiles* en otros casos análogos. El principal (*dominus negotii*), lo mismo que el representante (*negotiorum gestor*), disponía de una acción. El principal podía demandar al *gestor* para exigir de éste, la restitución de todo aquello que hubiese adquirido por efecto de la gestión y también, la indemnización por los perjuicios que le fueren causados, cuando el *gestor* hubiese actuado negligentemente (la llamada *actio directa*; vide supra, § 70); el *gestor* podía también exigir el reembolso de los gastos por él efectuados (la llamada *actio negotiorum gestorum contraria*; supra, § 70).

3. Por último, las *formulae in ius conceptae* que contenían la cláusula *ex fide bona* (Gayo, 4.62) y que eran utilizables tanto por el principal como por el *gestor*. Lo mismo que las *formulae in factum conceptae*, se limitaban éstas, a los dos casos mencionados en la promesa pretoria. Lenel, y con él la doctrina dominante, tuvo y tiene por seguro, que hubo una *formula in ius concepta* referente a los *negotia* de una persona difunta, pero que hubo además otra *formula*, concerniente a los *negotia alterius*, en la que no figuraba la palabra *absentia*. Lenel reconstruye esta última como sigue:

“Quod Numerius Negidius negotia Auli Agerii gesserit, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito”.

Tal fué, según Lenel, la *formula* concerniente a la *actio directa*. Podía ser adaptada para servir como *formula* de la *actio contraria*, alterando al efecto, los nombres en la *demonstratio*: *Quod Aulus Agerius negotii Numerii gesserit*, etc.

Lenel creía que esta *formula in ius concepta* no se aplicó únicamente (a diferencia de la *formula in factum concepta*; Lenel, página 103 y s.) a los *negotia absentis*, puesto que Ulpiano, al comentar dicha *formula*, no menciona el requisito de la ausencia. Pero Lenel olvida que los compiladores, como ya se ha dicho, sustituyeron *absentis* por *alterius* y hubieron de suprimir la palabra *absentia* del comentario de Ulpiano a la *formula*. Su silencio pues, en orden a la *absentia*, nada nos dice respecto a la construcción de la *formula* (Cicerón, *Top.*, 17.66 no es decisivo). La *formula* general de Lenel junto a la *formula* relativa a los *negotia* del difunto, parece extraña e improbable. Al lado de la *formula*:

“Quod Numerius Negidius negotia quae Titii, cum is moreretur, fuerunt, gessit”, etc.

había en verdad otra de este tenor:

“Quod Numerius Negidius negotia Auli Agerii cum is absens fuerit, gessit”, etc.

1.066. *Negotiorum gestio* y *mandatum*.

Ciertamente que el pretor pudo otorgar y otorgó efectivamente, *formulae* similares en otros casos, pero éstas fueron las llamadas *actiones utiles*. Es sorprendente, que ni la promesa edictal, ni las *formulae*, se refiriesen a la *gestio sine mandatu*. Se afirmaba al mismo tiempo que el texto del Edicto clásico contenía las palabras *sine mandatu* o *sponte*, pero estas afirmaciones son absolutamente equivocadas y han sido rechazadas justamente por Lenel (*Edict.* página 102). ¿Por qué habían los compiladores de suprimir precisamente aquellas palabras que respondían plenamente a sus propias concepciones?

En especial la palabra *sponte resulta* inadmisibile. El pretor probablemente, no pudo rehusar sus remedios, cuando el *curator prodigi absentis* había actuado por su pupilo (aunque dicho *curator* no actuase *sponte*). D. (3.5) 3.10 es espurio (vide *Index Interp.*) o por lo menos muy poco fidedigno. Vide además sobre *sponte*, Beseler, SD. III (1937), 374.

La explicación más sencilla y convincente es la de que el Edicto, aparece en la época republicana, cuando el *mandatum* no había sido reconocido aún como contrato (supra, § 955), subsistiendo inalterado el texto edictal, luego que este contrato fué reconocido. Fueron los juristas, quienes limitaron el Edicto a la *gestio sine mandatu* después que el *mandatum* fué admitido ya como contrato, del mismo modo que no aplicaron el Edicto a la *gestio* de un tutor cuando fué creada la *actio tutelae* (supra, § 306). El pretor denegaba las *actiones negotiorum gestorum* cuando una persona había actuado como *mandatarius* o *tutor* del *dominus negotii*. Por otra parte, el Edicto se aplicaba al *curator furiosi* o *prodigi* (vide supra, §§ 339, 349) por no existir otra acción. Por regla general (a menos que el *curator* actuase por su pupilo ausente), fueron necesarias *actiones utiles*, y a esta necesidad se hace reiterada referencia en nuestras fuentes.

1.067. Los compiladores.

El mecanismo clásico de los diferentes géneros de acciones — *actiones in ius* e *in factum conceptae*; *actiones directae* y *utiles* — no es claramente discernible a través de fuentes fidedignas, debido a la actividad desplegada por los compiladores. Las distinciones clásicas estaban destinadas a desaparecer, al extinguirse el procedimiento formulario. Los compiladores, eliminaron la separación clásica entre *actio in ius* e *in factum concepta* tan drásticamente,

que no nos es posible afirmar, si una construcción diferente de la *formula*, entrañaba diferencias substanciales. Por lo que se refiere a la distinción entre *actio negotiorum gestorum directa* y *utilis*, los compiladores declararon en un texto absolutamente no clásico (D. 3.5, 46.1), que tal distinción había perdido su importancia, sin que no obstante, cancelasen el término *utilis* cuando éste aparecía en los textos que insertaron en sus colecciones. Como ya se ha dicho (§ 1.065), cambiaron la palabra edictal *absentis* por la de *alterius*, lo que determinó que las *acciones utiles* clásicas en caso de *non-absentia*, fuesen ahora transformadas en *acciones directae*. En algunos textos, suprimieron ocasionalmente la palabra *utilis*, pero en otros muy numerosos, se conservó la *actio utilis* clásica. Las acciones entre curador y pupilo, fueron denominadas por los compiladores *utiles curationis causa actiones* (D. 27.3) o *utiles curationis actiones*, abreviación de *utiles negotiorum gestorum actiones curationis causa*, conservando sin embargo, la denominación clásica de *actio negotiorum gestorum utilis*. Las fuentes se muestran en este punto muy confusas. La cuestión de cuándo pudo utilizarse en Derecho clásico la *actio directa* y cuándo la *actio utilis*, no puede ser contestada de una manera categórica sobre los textos de que disponemos y sí únicamente, por deducción, fundada en el texto del Edicto. En todos aquellos casos no previstos en el texto edictal era requerida una *actio utilis*.

De otros problemas no queremos ocuparnos aquí. Mucho más importante que los detalles técnicos, es la institución de la *negotiorum gestio*. Es una creación original, genuinamente romana y sin paralelo en los Derechos de otros pueblos que no derivan del romano. Es un producto de la *humanitas romana*, y la idea que la inspira es la de que un hombre debe ayudar siempre a sus semejantes cuando éstos necesiten de ayuda. Los romanos realizaron esta idea con su proverbial sentido común, sin confundir nunca moral y derecho. Nadie está jurídicamente obligado a cuidar de los negocios de otro (vide en contraste Exodo XXIII, 4-5; Deuteronomio XXII. 1-4), pero el Derecho debe favorecer y facilitar esta acción altruista, garantizando al gestor el derecho a exigir el reembolso de sus gastos, lo que supone, por otra parte, también una responsabilidad en el gestor. La institución de la *negotiorum gestorum* fué una invención feliz que encaja en el estilo original y audaz de la jurisprudencia republicana, a pesar de que en la época actual con el enorme incremento de los servicios postales, telegráficos y telefónicos haya perdido mucho de su importancia.

1.068. Consideración general.

F U E N T E S

§ 1.065. 1. Vide D. (3.5) 2, clásico en el fondo.

§ 1.066. Vide C. (2.18) 4, *actione utilis*. Que el texto original contiene *utili* es afirmado por Thalelaeus; Zachariae v. Lingenthal, *Supplementum Editionis Basilicorum* (1846), pág. 157, núm. 15. Vide además C. (2.18) 17, genuino.

B I B L I O G R A F Í A

§ 1.064. Lenel, *Edict.* (1927), § 35; Kreller, PW., Supl. VII (1940), 551, con amplias referencias; "Das Edikt de negotiis gestis in der Geschichte der Geschäftsbesorgung", *Festschrift P. Koschaker*, II (1939), 193 y s.; "Das Edikt de negotiis gestis in der klassischen Praxis", Z. LIX (1939), 390 y s. (La teoría de Kreller es difícilmente aceptable); Arangio-Ruiz, *Il mandato in diritto Romano* (1949), 19 y s.; Sachers, "Die Haftung des auftraglosen Geschäftsführers", SD., IV (1938), 309 y s. Sobre las *Sent.* 1.4 de Paulo, vide E. Levy, *Pauli Sententiae* (1945), 86 y s.

§ 1.065. Sobre *negotium = lis*, vide Schulz, JRS., (1941), 64 y s.

§ 1.068. Gierke, D.P., III (1917), 979; Kohler, "Die Menschenhülfe in Privatrecht", *Jherings Jahrbücher*, XXV (1887), 1 y s.; *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, II, 1 (1906), 445 y s.

CAPÍTULO IV

TRANSMISIÓN Y EXTINCIÓN DE OBLIGACIONES

1. TRANSMISIÓN DE OBLIGACIONES

En el Derecho clásico de obligaciones, fueron éstas activa y pasivamente transmitidas por sucesión a causa de muerte. Pasaban al *heres* los elementos activos y las deudas del patrimonio del *de cuius*. En el caso de sucesión inter vivos (*adrogatio*; supra, §§ 242, 268 e *in manum conventio*; supra, §§ 193 y s.) se transmitían únicamente los elementos activos del patrimonio. Fuera de estos casos, el Derecho clásico, no conoció los modos de transmitir las obligaciones activa y pasivamente. Hubo dos medios de suplir esta deficiencia. Uno de ellos era la *novatio* descrita ya anteriormente (§ 815). Cuando un acreedor A deseaba transmitir su derecho a B, no podía hacerlo por *mancipatio*, *in iure cessio* o *traditio*, pero podía autorizar a B a realizar una *novatio* por estipulación con el deudor de A, de modo que este deudor se obligase a satisfacer a B lo que debía al primitivo acreedor A. Económicamente este procedimiento significa una transmisión de la obligación, pero jurídicamente equivale a una extinción de la obligación originaria y a la creación de otra nueva. Además, esta forma de cesión, era únicamente utilizable si el deudor se hallaba dispuesto a cooperar en ella, ya que en el caso planteado, no estaba en modo alguno obligado a hacer la promesa en favor de B. Del mismo modo puede transferirse pasivamente una obligación. Cuando un acreedor al que A debe algo, estipulaba con B que éste le pagase aquello que A le debía, en tal caso A quedaba libre por *novatio* y B le sucedía económicamente, aunque en términos estrictamente jurídicos, la deuda de A quedaba extinguida por la creación de una obligación nueva.

1.069. *Successio*
y *novatio*.

Otro medio artificial de subvenir a la deficiencia que antes apuntábamos, consiste en utilizar la representación procesal como medio de transmisión de obligaciones.

1.070. *Cognitor*
in rem suam.

Cuando un acreedor deseaba transmitir su derecho a otro, podía nombrar a este último su representante procesal para la exacción del débito, autorizándole a conservar al mismo tiempo, lo

que percibiese. En Derecho clásico, el cesionario era en este caso designado *cognitor in rem suam*, por regla general (y no *procurator in rem suam*). Todos los textos dignos de crédito hablaban de un *cognitor in rem suam*: *Voc. Iur. Rom.* 5.147.30 y s.; *Fr. Vat.* 339 es dudoso. Los bizantinos interpolaron radicalmente *procurator* en lugar de *cognitor*. Nos ocuparemos ahora del *cognitor in rem suam*.

1. Cuando el *cognitor* había efectuado la *litis contestatio* con el deudor, el cedente no podía ya exigir el pago de su crédito. El deudor era condenado a cumplir la obligación en favor del *cognitor* y hacer a éste efectiva la prestación que debía al cedente. Fué éste en el fondo un modo de transferir la obligación que no requería consentimiento del deudor. Jurídicamente el derecho adquirido por el *cognitor* era un derecho nuevo y no idéntico al derecho del cedente.

2. Antes de la *litis contestatio* el Derecho del cesionario era fácilmente vulnerable. El cedente podía revocar, a voluntad, la autorización otorgada y podía exigir de su deudor el cumplimiento de la obligación.

3. Antonino Pío otorgó una *actio utilis* al adquirente de una *hereditas* al que el vendedor (el *heres*), había cedido como *cognitor in rem suam* los créditos hereditarios. Posteriores rescriptos otorgaban en otros casos una *actio utilis*. En tanto la *actio utilis* era ejercitable por el *cognitor*, éste se hallaba a salvo de toda revocación por parte del cedente, pero éste podía no obstante, exigir el pago de la deuda y de este modo hacer ilusorio el derecho del cesionario. Eventualmente los compiladores impidieron al cedente reclamar el pago, siempre que el cesionario hubiese hecho una *denuñtatio* al deudor.

De modo semejante podía ser pasivamente transmitida una obligación. El deudor podía nombrar a otra persona *cognitor in rem suam*. Cuando el acreedor celebraba la *litis contestatio* con el *cognitor*, el deudor quedaba libre y sólo el *cognitor* respondía de la deuda. El acreedor no estaba sin embargo obligado a efectuar la *litis contestatio* con el *cognitor* a no ser que el deudor le prestase garantía suficiente en forma de una *cautio iudicatum solvi*.

Esta repugnancia romana a admitir la cesión de obligaciones sin mediar el consentimiento del deudor, no constituye una peculiaridad del Derecho romano. La hallamos también en los Derechos helenístico y germánico (incluyendo en este último el Derecho inglés). En realidad no pudo ser de otro modo. Un Derecho, en que la ejecución en la persona del deudor es una institución viva, no puede permitir al acreedor transferir su derecho a otra, sin el consenti-

miento del propio deudor, porque bien podía ocurrir que se produjese la sustitución de un acreedor benigno por otro cruel. El expediente de realizar la cesión mediante el nombramiento de un representante para cobrar la deuda, fué igualmente conocido de los Derechos griego y helenístico, pero también esta designación, requería el consentimiento del deudor. Frecuentemente este consentimiento fué otorgado anticipadamente, prometiendo el deudor al contraer su obligación, pagar al acreedor o a la persona que exhibiese el título obligatorio (παντι τῷ ἐπιφέροντι). Esta cláusula helenística es conocida en la Edad Media a través de documentos latinos y fué aplicada por los Notarios medioevales. En los documentos ingleses del siglo trece, por ejemplo, la cláusula *vel attornato (o muntio) has litteras deferenti*, fué usada con frecuencia. El Derecho clásico había ya superado esta fase, al admitir el nombramiento de un *cognitor in rem suam pro creditore*, sin exigir el consentimiento del deudor. Así pues aunque en el mismo Derecho justiniano se persistió en desconocer una plena transmisión de obligaciones por cesión, fué no obstante esto, el Derecho romano y no el griego o el germánico, el que preparó el camino a la cesión moderna en la cual, como es sabido, la obligación se transfiere sin el consentimiento del deudor.

F U E N T E S

§ 1.069. Vide Gayo, 3.82-4; 2.38.

§ 1.070. Vide Gayo, 2.89; 4.86, 87, 101; D. (2.14) 16 pr. (clásico en el fondo); C. (4.39) 7 (clásico en el fondo); C. (4.10) 2; C. 8.41) 3 pr. [*vel aliquid... denuntiaverit*]; vide Bähr, *Jherings Jahrbücher*, I (1857), 378 y s.

B I B L I O G R A F Í A

§ 1.069 y s. Windscheid, *Pand.* II (1906), §§ 328 y s.; Wenger, CP. (1940), 9, págs. 88 y s., referencias, pág. 93.

§ 1.070. Beseler, Z. LXVI (1948), 268.

§ 1.071. Sobre Derecho griego y helenístico, vide Beauchet, *Histoire du droit privé de la république Athénienne*, IV (1897), 515 y s., 537 y s., 540; Taubenschlag, *Law of Greco-Roman Egypt* (1944), 316, 319, 261. Sobre Derecho germánico, vide H. Brunner, *Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechts* (1894), 550, 599 y s.; Gierke, DP. III (1917), 181. Sobre Derecho inglés, vide Pollock y Maitland, *History*, II (1911), 226 y s.; pero la observación de Maitland (pág. 227, núm. 4): "Realmente Bracton f. 41b conoció estos documentos mercantiles con el nombre de *missibilia*" es errónea. Bracton, evidentemente, pensó en los *missilia* mencionados en D. (41.1) 9.7; de hecho los mejores manuscritos dan *missilia*.

2. EXTINCIÓN DE OBLIGACIONES

1.072. Extinción en general.

Ocasionalmente hemos aludido a la extinción de obligaciones. Las acciones penales se extinguían por la muerte del deudor (supra, § 73), las *actiones vindictam spirantes* por la muerte del acreedor (supra, §§ 77, 1.019); algunas veces una obligación era extinguida por el transcurso de un cierto tiempo (supra, § 854). Toda obligación se extinguía por *novatio*, etc. Vamos a ocuparnos solamente en hacer algunas observaciones sobre determinados modos de extinción.

I. Ejecución («*solutio*» en sentido estricto)

1.073. *Solutio*.

El modo normal de extinción, era la ejecución de aquello que se debía al acreedor. En Derecho clásico, la ejecución de lo debido, extinguía la obligación *ipso iure*, sin que se exigiese una remisión formal o no formal. Esta regla fué reconocida ya en la época republicana. La máxima “*prout quidque contractum est, ita et solvi debet*”, difícilmente pudo ser siempre una regla jurídica general y ciertamente no lo fué en la época clásica. La ejecución debía hacerse por el deudor, pero si ésta consistía en una *datio* en el sentido clásico (supra, § 1.048), no había inconveniente alguno en que la ejecución tuviese lugar por tercera persona, aun sin conocimiento y contra la voluntad del deudor. Los compiladores finalmente, admitieron que la ejecución podía ser hecha por un tercero, aun en el caso de que el deudor debiese un *facere*.

II. *Datio in solutum*

1.074. *Datio in solutum*.

Toda obligación puede ser extinguida, ejecutando una prestación distinta de aquella que el deudor debe al acreedor. Por supuesto, este modo de extinción, requería siempre el consentimiento del acreedor, pero mediando éste, incluso una tercera persona, podía realizar la *datio in solutum*. Por lo que se refiere al aspecto técnico de esta especie de extinción, los sabinianos admitían una *liberatio ipso iure*, mientras que los proculeyanos otorgaban en tal caso al deudor una simple *exceptio doli*. Justiniano adoptó el punto de vista de los sabinianos siguiendo probablemente la doctrina y la práctica post-clásicas. La *datio in solutum* tendía a la extinción de una obligación y consiguientemente no fué un contrato. Los compiladores asimilaron, sin embargo, la *datio in solutum*, a un contrato de venta y otorgaron una *actio empti utilis* al acreedor, en el

caso de que se produjese la “evicción” del objeto dado en pago (supra, § 923). En Derecho clásico y en tal supuesto, la primitiva obligación subsistía íntegramente.

III. *Acceptilatio*

Acceptilatio fué la remisión de una deuda en forma de estipulación (supra, § 805). El deudor podía preguntar al acreedor: *Quod ego tibi promisi, habesne acceptum?* El acreedor contestaba: *Habeo*. En realidad el acreedor nada había recibido, pues si efectivamente hubiese recibido la prestación, la obligación habría quedado extinguida por ejecución o cumplimiento. La declaración del acreedor “He recibido lo que me era debido”, era una mera formalidad.

1.075. *Acceptilatio*.

Semejante a la estipulación, la *acceptilatio*, era un convenio oral (supra, § 805) y, por tanto, requería indispensablemente (a falta de teléfono), la presencia de las partes. Además únicamente la obligación verbal podía ser extinguida por *acceptilatio*, es decir, solamente podía extinguirse primariamente por *acceptilatio*, la obligación estipulatoria (supra, § 800). Cuando las partes deseaban extinguir obligaciones de otro género, mediante *acceptilatio*, debían convertir primero éstas en obligaciones verbales mediante una *novatio* (supra, § 815).

El efecto jurídico de una *acceptilatio* válida, era la extinción *ipso iure* de la obligación. Producía los efectos propios de la ejecución y Gayo nos la describe como una ejecución imaginaria (*imaginaria solutio*). Las palabras *acceptum habes? habeo* fueron interpretadas literalmente y no como una simple formalidad. La consecuencia importante fué, que en todo caso de solidaridad pasiva (supra, § 827), la remisión hecha en favor de uno de los deudores por *acceptilatio*, liberaba a los demás y que en todo caso de solidaridad activa, la *acceptilatio* hecha por uno de los acreedores extinguía el derecho de los restantes. Si el acreedor hacía remisión de su obligación al *fideiussor* por *acceptilatio*, el deudor principal quedaba liberado lo mismo que el fiador. Si el acreedor deseaba limitar la remisión, exclusivamente al fiador, debía celebrar con éste un *pactum de non potendo* sin recurrir a la *acceptilatio*.

Una *acceptilatio* inválida fué en Derecho clásico absolutamente ineficaz y no convertible en un *pactum de non potendo* válido. La *acceptilatio* de una obligación no verbal, no podía convertirse en pacto válido. Los juristas clásicos fueron opuestos al fenómeno de la conversión de actos jurídicos: un testamento inválido, no fué mantenido como codicilio (supra, § 543), ni un *legatum* inválido

fué convertido en un *fideicommissum* (supra, § 559), etc. La actitud de los juristas post-clásicos fué radicalmente diferente y desearon mantener la *acceptilatio* inválida como *pactum de non petendo*. Los textos en que aparece la conversión, están todos ellos interpolados. En Derecho clásico una *acceptilatio* inválida fué, repetimos, absolutamente ineficaz. La deuda subsistía intacta y el deudor ni siquiera podía protegerse con una *exceptio doli*.

La *acceptilatio* existía todavía en Derecho justiniano.

IV. *Confusio*

1.076. *Confusio*.

Debemos distinguir dos especies de *confusio*.

1. Supongamos que un acreedor viene a ser el heredero de su deudor o a la inversa, el deudor heredero de su acreedor. La obligación quedaba extinguida porque nadie puede ser deudor de sí mismo. Menos evidente es la extinción en el siguiente caso. Un esclavo perteneciente a Ticio cometía contra Seio un delito. Este último tenía una *actio noxalis* contra Ticio. Más tarde Seio, adquiría la propiedad del mencionado esclavo. Conforme a la regla *noxæ caput sequitur*, Ticio quedaba libre de toda responsabilidad y Seio venía a ser, hablando propiamente, deudor de sí mismo. Conforme a la opinión de los sabinianos la *confusio* extinguía la obligación de modo absoluto. En cambio, según los proculeyanos, la obligación en tal caso se hallaba como dormida, reviviendo automáticamente cuando el esclavo salía de la *potestas* de Seio. Justiniano adoptó la doctrina sabiniana. Dejando a un lado la opinión de los proculeyanos, podemos afirmar que esta especie de *confusio* (la que se da cuando la misma persona es deudor y acreedor de sí mismo) extinguía toda obligación *ipso iure*. A veces la *confusio* es considerada (lo mismo que la *acceptilatio*), como una *solutio*, pero los textos más importantes al respecto se hallan interpolados. En realidad los efectos jurídicos de la *confusio*, diferían de los propios de la *solutio*. En los casos de solidaridad, la *confusio* deja subsistentes las restantes obligaciones, en cambio la *solutio* las extinguía todas.

Consideremos los siguientes casos:

1. A y B eran *plures rei promittendi* (supra, § 827). El acreedor C pasa a ser heredero de A o A pasa a ser heredero de C. La obligación de B no era afectada por la *confusio*.

2. A era deudor principal de C, y B era el *fideiussor*.

a) Si C llega a ser heredero de A o A heredero de C, la obligación principal quedaba extinguida, y también la del *fideiussor*, puesto que la obligación de este último era accesoria de la principal (supra, § 862).

b) Si C llega a ser heredero de B o B heredero de C, la obligación del *fideiussor* queda extinguida, pero subsiste en cambio la principal.

2. La llamada “confusio absorbente”. Supongamos que A era deudor principal y F el *fideiussor*. Posteriormente A es heredero de F o F heredero de A. Conforme a la doctrina clásica la obligación del *fideiussor* quedaba extinguida por *confusio* con la obligación principal, si bien Papiniano parece haber abogado por la protección del acreedor cuando la *confusio* a que nos referimos ocasionaba a éste una pérdida sustantiva.

Consideremos el siguiente caso: A era el deudor principal y F el *fideiussor*. Muere F y A es su heredero. La obligación del *fideiussor* quedaba extinguida por *confusio*, pero esta extinción, podía implicar un serio perjuicio para el acreedor: Si la *obligatio fideiussoria* hubiera aún existido, el acreedor hubiera podido pedir la *separatio bonorum*, derecho concedido únicamente al *creditor hereditarius* (supra, § 533). Papiniano parece haber otorgado una *separatio bonorum* al acreedor, aunque una vez ocurrida la *confusio* no fuese ya *creditor hereditarius* y sí solamente *creditor heredis*.

Cuando hubieran dos *rei promittendi* (supra, § 827) y uno de ellos resultase heredero del otro, se producía una *confusio* no absorbente y las dos obligaciones subsistían. Tampoco había *confusio* absorbente si hubieran dos *rei stipulandi* y uno de ellos fuese heredero del otro.

F U E N T E S

§ 1.073. Vide Gayo, 3. 168, primera frase; D. (46.3), 80, interpolado, reconstrucción insegura; (46.3) 53; (46.3) 40; (46.3) 31 [et hoc... perficiat]; [non consentiente stipulatore]; *Inst. Iust.* (3.29) pr.

§ 1074. Vide Gayo, 3.168, cf. *Inst. Iust.* (3.29) pr.; D. (46.3) 46 pr. (genuino); (46.3) 98 pr. [promittendo obligavit] «dixit»; [promissione] «dictione»; C. (8.44) 4 [utilis]; [nam... obtinet].

§ 1.075. Vide Gayo, 3.169-70; D. (46.4) 13.7; (5.2) 12.3; (13.5) 1.4 [cum... voluerit]; [quoniam... sit]; clásico en el fondo; (46.4) 8 pr. (evidentemente espúreo); (2.14) 27.9 [tacita pactione] «non»; (46.4) 19 pr. [quidem... potest]; *Inst. Iust.* (3.29) 1.

§ 1.076. Vide Gayo, 4.77-8; D. (46.1) 71 pr. únicamente “sed cum duo rei promittendi... confusa obligatione”; (46.1) 21.5; (17.1) 11 «non» habeo; (46.1) 38.1; (46.3) 38.5 (vide supra, § 740). Sobre la *confusio*: D. (46.1) 5, clásico en el fondo; (46.3) 38.5; (46.3) 93.2, clásico en el fondo; (46.1) 50; (42.6) 3 pr., clásico en el fondo.

B I B L I O G R A F Í A

§ 1.072. Windscheid, *Pand.* II (1906), 341 y s.; Solazzi, *L'estinzione della obbligazione* (1931).

§ 1.073. Sobre D. (46.3) 80, vide Solazzi, 10 y s. e *Index interp.* Sobre ejecución por tercera persona, vide Solazzi, 35 y s.

§ 1.074. H. Steiner, *Datio in solutum* (1917); Solazzi, 148 y s.

§ 1.075. Solazzi, 233 y s. Sobre conversación de una *acceptilatio* invalidada, en *pactum*, vide Beseler, Z., XLVII (1927), 357 y s.; Solazzi, 246 y s.; Astuti, *Studi intorno alla promessa di pagamento. Il costituito di debito*, II (1941) 257, con referencias.

§ 1.076. P. Kretschmar, *Die Theorie der Confusion* (1899) obra completa, pero falta de crítica y anticuada; Solazzi, 254 y s. Sobre la *confusio*, vide en particular Beseler, Z. XLVII (1927), 53 y s. Sobre D. (17.1) 11, vide Solazzi, 277 (inaceptable, pues *litis contestatio* con el *fideiussor* no consume la acción contra el deudor principal; supra, 865) y Beseler, Z. XLV (1925), 252 (no convincente).

ADDENDA

§ 16, pág. 13. Kaser, "Zum Ursprung des geteilten römischen Zivilprozessverfahrens", *Festschrift für Wenger*, I (1944), 106; Wenger, "Vom zweigeteilten römischen Zivilprozesse", *St. Solazzi* (1948), 47 y s.; Jolowicz, "The judge and the arbitral principle", *RIDA.*, II (1949), 477.

§ 26, pág. 17. Kaser, "Die lex Aebutia", *St. Albertario* (1950).

§§ 47-51, págs. 28-30. Philonenco, "Intentio dans les formules in factum conceptae", *RIDA.*, III (1949), 231.

§ 56, pág. 31. L. Levi, Le caractère exécutif de l'actio et l'obligation de défendre à l'encontre les actiones in personam (1938).

§ 65, pág. 35. Kaser, "Die Rechtsgrundlage der actio rei uxoriae", *RIDA.*, II (1949), 511.

§§ 70, 71, págs. 38-39. Grosso, *Il sistema romano dei contratti* (1950), 249.

§ 73.3, pág. 40. Sargenti, Contributo allo studio della responsabilità nossale in diritto romano (1949).

§§ 86, 87, págs. 45-46. Buckland, "Finium regundorum", *RH.*, XV (1936), 741.

§§ 88-90, págs. 46-47. Siber, "Praeiudicia als Beweismittel", *Festschrift Wenger*, I (1944), 46.

§ 97, pág. 52. Collinet, *Études*, V (1947), 487 y s.

§ 103, pág. 54. Solazzi, "Sulle classificazioni delle exceptiones", *AG.*, CXXXVII (1949), 4 y s.

§ 112, pág. 60. Collinet, *Études*, V (1947), 479 y s.

§ 124, pág. 72. Castello, *St. Solazzi* (1948), 232.

§ 136, pág. 77. Alvaro D'Ors Pérez-Peix, *Emerita*, XI (1948), 297; *Anuario de Historia del Derecho*, XV (1944), 162 y s.; *Sefarad*, VI (1946), 21 y s.; Arangio-Ruiz, "L'applicazione del diritto romano in Egitto dopo la costituzione di Caracalla", *Annali Catania*, I (1947); Schönbauer, *Anzeiger der phil.-hist. Klasse der Österreich. Akademie der Wiss.*, Jahrg. 1949, pág. 369.

§ 140, pág. 79. Danieli, *SD.*, XV (1949), 198 (manumissio censu).

§ 145, pág. 83. De Visscher, "La notion de corpus et le régime des associations privées à Rome", *Scritti Ferrini*, IV (1949), 43 y s.

§ 146, pág. 84. Bruck, *Scritti Ferrini*, IV (1949), 1 y s., 18, 29 y s.

§ 152, pág. 87. Jones, "The aerarium and the fiscus", *JRS.*, XL (1950), 22 y s.

§ 169, pág. 94. Hanslik, *Bursians Jahrbücher über die Fortschritte der klass. Altertumswissenschaft*, Jahrg. 1943, vol. 282, pág. 67.

§ 180, pág. 99. Sobre *Laudatio Turiae*: van Oven, RIDA., III (1949), 273; Lemosse, RH. XXVIII (1950), 251; Durry, Éloge funèbre d'une matrone romaine (1950); Gordon, "A new fragment of the *Laudatio Turiae*", *Americ. Journal of Archaeology*, LIV (1950), 223.

§ 186, pág. 106. H. J. Wolff, Z., LXVII (1950), 261 y s., 288.

§ 189, pág. 108. Gaudemet, "Iustum matrimonium", RIDA., II (1949), 355.

§ 191, pág. 108. Gaudemet, loc. cit., 309 y s., 328 y s.

§§ 193 y s., pág. 110. Düll, *Festschrift Wenger*, I (1944), 204 y s.; Kaser, AR., 343; Maschi, *Humanitas* (1949), 75 y s.

§§ 200, 203, págs. 113-114. Sobre *Laudatio Turiae*, vide. 180, página 108. Addenda.

§ 219, 4 (a), pág. 122. Esta retentio era únicamente utilizable si culpa mulieris aut patris divortium factum sit.

§§ 207 y s., pág. 117. Maschi, *Humanitas* (1949), 82 y s.; H. J. Wolff, Z., LIII (1938), 297.

§ 210, pág. 117. H. J. Wolff, "Dos und erneuerte Ehe", Z., LXVI (1948), 31 y s.

§ 216, pág. 119. Maschi, *Humanitas* (1949), 85 y s., 91 y s.

§ 217, pág. 120. Kaser, "Die Rechtsgrundlage der actio rei uxoriae", RIDA., II (1949), 511.

§ 218, pág. 121. Solazzi, "Sul consenso della filia familias all'actio rei uxoriae esercitata dal padre", *Rend. Lomb.* LXX (1937), Fasc. III.

§ 225, pág. 127. H. J. Wolff, Z., LXVII (1950), 261 y s., 279 y s.

§ 231, pág. 129. Kaser, Z., LXVII (1950), 493.

§ 243, pág. 137. Koschaker, "Neue Keilschriftl. Rechtsurkunden", *Abhandl. der Sächs. Akademie d. Wiss.* XXIX, 5 (1928), 88 y s.

§ 244, pág. 137. Kaser, ARI. (1949), 342.

§ 245, pág. 137. Prévost, "L'adoption d'Octave", RIDA., V (1950), 361.

§ 249, pág. 139. Kaser, Z., LXVII (1950), 474 y s.

§ 272, pág. 149. Kaser, Z., LXVII (1950), 474 y s.

§ 286, pág. 158. Solazzi, "Da «tutorem do» a «tutor esto», SD., XIII/XIV (1947-8, publ. 1949), 301.

§ 302, pág. 167. Solazzi, L'età dell'infans, *Bull.* VIII/IX (1947), 354.

§ 306, pág. 169. Kaser, "Die Rechtsgrundlage der actio rei uxoriae", RIDA., II (1949), 511; Solazzi, "Il contratto di tutela in Gai. 4, 182", *Bull.*, VIII/IX (1947), 360.

§ 313, pág. 174. El pasaje de la *Laudatio Turiae* conforme al nuevo fragmento publicado por Gordon, *American Journal of Archaeology*, LIV (1950), 223; el texto adicional de nuestras ediciones (basadas en conjeturas de Mommsen) es incorrecto.

§ 339, pág. 187. Guarino, "Il «furiosus» e il «prodigus» nelle XII Tabulae", *Annali Catania*, III (1949).

§ 347, pág. 189. Renier, "Observations de la terminologie de l'aliénation mentale", RIDA., V (1950), 429 y s.

§§ 349 y s., pág. 190. Guarino, "Il «furiosus» e il «prodigus» nelle XII Tabulae", *Annali Catania*, III (1949).

§§ 358 y s., pág. 193. Bonfante, *Corso*, VI, 1 (1930); Solazzi, *Diritto ereditario romano*, I (1932), 2 (1933); Albanese, "La successione ereditaria in diritto romano antico", *Annali Palermo*, XX (1949).

§ 361, pág. 195. Cassisi, "L'editto di C. Verre et la Lex Voconia", *Annali Catania*, III (1949).

§§ 367 y s., pág. 200. Albanese, *La successione ereditaria* (1949), 228 y s.

§ 372, pág. 202. Albanese, l. c., 228 y s.

§ 383, pág. 210. Solazzi, "Glosse a Gaio", *St. Riccobono*, 1 (1936), 80 y s.

§ 386, pág. 211. Castello, "Sulla condizione del filio conceptito legitimamente e illegitimamente nel diritto romano", *RIDA.*, IV (1950), 269 y s.

§ 392, pág. 212. Solazzi, *Diritto ereditario romano*, 1 (1932), 188 y s.; Cassisi, "L'editto di C. Verre e la «Lex Voconia»", *Ann. Catania*, III (1949), Extracto, pág. 13.

§ 402, pág. 215. Solazzi, "Glosse a Gaio", *St. Riccobono*, 1 (1936), 80 y s.

§§ 426 y s., pág. 228. Albanese, *La successione ereditaria* (1949), 321 y s.

§ 432, pág. 230. Albanese, *La successione ereditaria* (1949), 134 y s., 294.

§ 436, pág. 234. Solazzi, "Gordiano e il testamento orale pretorio", *SD.*, XIII/XIV (1947, publicado en 1949), 312 y s.

§ 438, pág. 236. De Sarlo, "Gaio II, 151 e la natura della revoca testamentaria non formale", *AG.*, CXXXVI (1949), 102 y s.

§ 444, pág. 239. Albanese, *La successione ereditaria* (1949), 322 y s.

§ 447, pág. 242. Albanese, l. c., 316 y s.

§ 452, pág. 248. Solazzi, *Athenaeum*, VIII (1930), 45 y s.

§ 455, pág. 249. E. Weiss, *PW.*, IV, A, 506.

§ 458, pág. 251. E. Weiss, *PW.*, IV, A, 507.

§ 464, pág. 256. Vide, infra., 491, Bibliografía; Albanese, l. c., 94 y s.

§ 491, pág. 270. Albanese, l. c., 94 y s.

§ 492, pág. 271. Para los textos con "voluntarius heres" vide. ahora *Voc. Iur. Rom.* V, 1432.

§ 497 a, pág. 273. Biondi, *St. Solazzi* (1948), 77 con referencias.

§ 506, pág. 276. De Zulueta, *RH.*, XI (1932), 491 y s.; Aru, *AG.*, CXXIV (1940), 8 y s.; Behrens, "Coartare" (*Gayo*, 2, 170), *Z.*, LXVII (1950), 524.

§ 525, pág. 287. Sobre *consortium* vide. Albanese, l. c., 9 y s., con referencias.

§ 529, pág. 289. Solazzi, *SD.*, VI (1940), 335; Guarino, "Gai. II, 155 e il beneficium dell'heres necessarius", *SD.*, X (1944), 240.

§ 554, pág. 304. Kaser, *ARI* (1949), 147 y s.; "Das legatum sinendi modo in der Geschichte des röm. Vermächtnisrechts", *Z.*, LXVII (1950), 320 y s.

§§ 574, 575, págs. 18-19. Santi di Paola, *Donatio mortis causa* (1950).

§ 586, pág. 325. Brasiello, "Brevi Note sul concetto di proprietà", *St. F. Ferrara*, Extracto, pág. 30.

§ 588, pág. 326. Luzzatto, "Appunti sul ius Italicum", *RIDA.*, V (1950), 79 y s., 110.

§ 601, pág. 332. Sobre "emere" vide. Walde, *Lat. Etymol. WB.*, 1 (1938), 400.

§§ 613 y s., págs. 335 y ss. Pflüger, *Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums nach röm. Recht* (1937).

§ 615, pág. 336. Pflüger, l. c., 18 y s.; P. Voci, "Iusta causa traditionis" e "iusta causa usucapionis", *SD.*, XV (1949), 141 y s.

§ 616, pág. 336. Feenstra, "Inst. 2, 1, 91 et les origines de la "revention" du vendeur non payé", *RIDA.*, IV (1950), 455 y s.; Pringsheim, *Greek law of sale* (1950), 179 y s.

§ 625, pág. 342. P. Voci, "iusta causa traditionis" e "iusta causa usucapionis", *SD.*, XV (1949), 141 y s., 159 y s.

§ 628, pág. 344. Albanese, "La successione ereditaria in diritto romano antico" (*Annali Palermo XX*), 276 y s.

§ 631, pág. 346. Lombardi, "Libertà di caccia e proprietà in diritto romano", *Bull.*, LIII/LIV (1948), 273 y s.

§ 637, pág. 350. Nardi, "Un'osservazione in tema di tabula picta", *AG.*, CXXI (1939).

§ 641, pág. 353. Luzzatto, "Spunti critici in tema di actio in rem per sponsionem", *St. Albertario* (1950).

§ 655, pág. 362. Ciapessoni, *Studi su Gaio* (1943), 91 y s.; Franca La Rosa, "In tema di duplex dominium", *Annali Catania*, III (1949).

§§ 682 y s., pág. 375. Solazzi, *Specie ed estinzione delle servitù prediali* (1948); *La tutela e il possesso delle servitù prediali* (1949).

§ 684, pág. 376. Solazzi, *Specie ed estinzione*, 2 y s. Sobre D. (33, 10) 12, vide. D'Ors, "Varia Romana" 4, *Anuario de Historia del derecho español*, XVI (1945), 758 y s.

§ 686, pág. 377. Solazzi, *Requisiti*, 21 y s., 25.

§ 691, pág. 378. Solazzi, *Specie ed estinzione*, 157 y s.

§ 692, pág. 379. Solazzi, *La tutela e il possesso delle servitù prediali* (1949). Sobre el *interdictum quam servitutem* (Lenel, Edict. 255) vide. Solazzi, *RIDA.*, V (1950), 465 y s.

§ 695, pág. 380. La obra ejemplar sobre *superficies* es ahora la de Heinrich Vogt, *Das Erbbaurecht des klassischen römischen Rechts* (1950). Sobre el interdicto, 86 y s.; sobre la *actio in rem* 95 y s. Solazzi, "Sulla superficie come servitù", *SD.*, XIII/XIV (1947-8, publicado en 1949), 307.

§ 696, pág. 381. Lanfranchi, *Studi sull'ager vectigalis III. La trasmissibilità a titolo singulare del ius in agro vectigali* (1940); no utilizable, pero vide. Wieacker, *Z.*, LXI (1941), 468.

§ 701 a, pág. 386. Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (3.^a ed. 1840), 177.

§§ 730, 731, pág. 399. Pringsheim, *The Greek law of sale* (1950), 311 con referencias.

§ 752.3, pág. 410. Kaser, Z., LXV (1947), 248 y s.

§ 753, pág. 410. Kaser, "Wesen und Wirkungen der Detention in den antiken Rechten" (Sonderdruck aus den deutschen Landesreferaten zum III. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in London, 1950), 13 y s.

§ 757, pág. 412. Kaser, "Wesen und Wirkungen", l. c. 2 y s.

§ 760, pág. 414. Kaser, "Wesen und Wirkungen", l. c., con referencias.

§ 793, pág. 440. Arangio-Ruiz, *La società in diritto romano* (1950), 30 y s., 122.

§ 796, pág. 442. Longo, "Concetto e limiti dell'obbligazione naturale dello schiavo nel diritto romano classico", SD., XVI (1950), 86 y s.

§ 799, pág. 445. Grosso, *Il sistema romano dei contratti* (2.^a ed. 1950), 32 y s. (cap. II "Contractus et contrahere"); Solazzi, "Il contratto di tutela in Gai. 4, 182", *Bull. XLIX/L* (1947), 360; van Oven, "Remarques sur Gai. 3, 91", *IURA*, I (1950), 21 y s.

§ 800, pág. 448. Vide. ahora el trabajo de Perozzi en Perozzi, *Scritti giuridici*, II (1948), 563. Grosso, *Sistema*, l. c. cap. III, La "quadripartizione delle obligationes ex contractu", pág. 273 y s.

§ 801, pág. 449. Sobre quasi-contratos vide. Grosso, l. c. 20 y s.

§ 802, pág. 449. Grosso, l. c. 186 y s.

§ 805, pág. 452. Grosso, *Sistema*, 139 y s.

§ 808, pág. 455. Grosso, *Sistema*, 143 y s., con referencias (pág. 146).

§ 809, pág. 456. Giffard, *RIDA*, IV (1950), 499, 501 (dificilmente aceptable).

§ 815, pág. 462. *La novazione nel diritto romano* (1950).

§ 817, pág. 464. Sanfilippo, "Dubbi e riflessioni in tema di novazione mediante stipulazione nulla", *Annali Catania*, III (1949).

§ 819, pág. 465. Bonifacio, lo. c. 47 y s., 62 y s.

§§ 820 y s., págs. 465 y sigts. Wesenberg, *Verträge zu Gunsten Dritter* (1949). Sobre *stipulatio post mortem* vide. Sanfilippo, *St. Solazzi* (1948), 554; Solazzi, "Sull'obbligazione a termine iniziale", *IURA*, I (1950), 34 y s., 49 y s. (no convincente).

§§ 871 y s., págs. 484 y sigts. Grosso, *Il sistema romano dei contratti* (2.^a ed. 1950), 122 y s.

§ 874, pág. 485. Grosso, l. c. 106: "L'obligatio re et verbis contracta".

§ 885, pág. 492. De Robertis, *La legittimazione attiva nell'actio furti* (1950).

§§ 901 y s., págs. 499 y sigts. Grosso, l. c. 177 y s., Cap. VIII: Contratti innominati. Sobre D. (19,5) 13 pr., vide. Arangio-Ruiz, *La società* (1950), 148.

§§ 907, 908, págs. 501-2. Vide. ahora el trabajo de Perozzi en Perozzi, *Scritti giuridici*, II (1948), 563. El Derecho griego no conoció los contratos consensuales, vide. Pringsheim, *The Greek law of sale* (1950), 14 y s.

§ 913, pág. 505. Sobre *laesio enormis* vide. Carelli, SD., III (1937).

§ 919, pág. 509. Meylan, *RIDA*, III (1949), 193.

§ 920, pág. 510. Pringsheim, Z., L (1930), 433 y s.; Kaser, ARI (1949), 135 y s.

§ 926, pág. 512. Sobre la influencia griega vide. Pringsheim, *The Greek law of sale* (1950), 478 y s., 480; Schulz, *Principles* (1936), 128.

§ 932, pág. 514. Sobre D. (21, 1), 28, vide. Monier, l. c. 104.

§ 941, pág. 523. Sobre los dos difíciles textos D. (13.6) 19, y D. (19, 2) 41, vide. H. J. Wolff, "Concerning the transmission of Julian's Digesta", *Seminar*, VII (1949), 69 y s.

§§ 944 y s., págs. 525 y sigts. Arangio-Ruiz, *La società in diritto romano* (1950).

§ 946, pág. 526. Sobre consortium vide. Albanese, "La successione ereditaria in diritto romano antico" (Estratto dal vol. XX, degli *Annali del Seminario Giuridico di Palermo*, 1949), 9 y s., con referencias.

§§ 963 y s., pág. 535. Bonifacio, *La novazione nel diritto romano*, 69 y s.

§ 971, pág. 539. Sargenti, "Osservazioni sulla responsabilità dell'exercitor navis in diritto romano", *St. Albertario* (1950), 367 y s.

§ 976, pág. 547. Grosso, *Il sistema romano dei contratti* (2.^a ed., 1950), 1 y s.; sobre quasi-delicts, 20 y s.

§§ 979 y s., págs. 550 y sigts. Niederländer, Z., LXVII (1950), 185 y s.

§ 1.000, pág. 558. De Robertis, *La legittimazione attiva nell'actio furti* (1950).

§§ 1.004, y s., pág. 562. F. H. Lawson, *Negligence in the civil law* (1950).

§ 1.049, pág. 538. Giffard, "L'action qua incertum petimus", SD., IV. (1938), 152 y s.; "Observations sur l'enrichissement injuste incertain", RIDA., IV (1950), 499 y s. El autor sugiere la siguiente fórmula:

Quidquid paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio dumtaxat HS. X milia condemna, si non paret absolve.

Si esta fórmula hubiese existido, los juristas clásicos la habrían otorgado *ex furtiva causa* y hubieran así evitado las dificultades aludidas por Gayo 4, 4.

ÍNDICE ALFABÉTICO

Los números hacen referencia a los parágrafos

- Abdicatio tutelae*, 286, 287.
acceptilatio, 835, 862, 1.075.
accessio temporis, 627, 782.
 adquisición de la propiedad por acce-
 sión, 634.
 accesoriidad de la *adstipulatio*, 845;
 de la *fideiussio*, 859.
 acrecimiento, 518, 565.
 adquisición de la *bonorum possessio*,
 514; de frutos, 752; de la *hereditas*,
 487 y sigtes.; de la *hereditas ab*
intestato, 488; de la *hereditas a*
 testamento, 501 y sigtes.; de lega-
 dos, 564; de propiedad, 595; de po-
 sesión, 761 y sigtes.
actio, 37.
actio ad exhibendum, 648; *aestimato-*
ria, 905, 931; *auctoritatis*, 599;
certae creditae pecuniae, 30, 809;
commodati, 888, 888; *communi divi-*
dundo, 86; *conducti*, 939; *confes-*
soria, 677, 692; de dolo malo, 796,
 1.033; de dote, 219, 701; de *iniuriis*
aestimandis, 1.015; de *pecunia con-*
stitutata, 964; de superficie, 695; *de-*
positi, 891; *doli*, 1.033; *empti*, 915;
ex mutuo, 878; *ex stipulatione*, 809;
ex stipulatu, 809; *ex testamento*,
 564; *familiae ereiscundae*, 86, 538;
fiduciae, 747; *finium regundorum*,
 86; *furti*, 995; *hypothecaria*, 712;
iniuriarum, 185, 192, 796, 975, 1.015;
iudicati, 43; *legis Aquiliae*, 73, 32,
 104; *legis Aquiliae utilis*, 512, 1.011;
legis Laetoriae, 326; *locati*, 939;
mandati, 336, 955; *metus causa*,
 1.023 y sigtes.; negativa, 650; ne-
 gatoria, 650; *negotiorum gestorum*,
 327, 866; *pigneraticia*, 712, 750, 899;
 pro socio, 952; Publiciana, 652;
quanto minoris, 931; *quasi Servia-*
na, 712; *rationibus distrahendis*,
 805, 321; *recepticia*, 969 y sig.; *red-*
hibitoria, 930; *rei uxoriae*, 217
 y sig.; *rerum amotarum*, 219; *re-*
stitutoria, 975; *Serviana*, 701, 706 a,
 710, 712, 734, 740, 748, 788; *spoli*,
 784; *tutelae*, 321; *vectigalis*, 696;
venditi, 915; *vi bonorum raptorum*,
 75, 998, 1.008.
actiones, adiecticiae, 274; *aediliciae*,
 926 y sig.; *annales (annuae)*, 85;
arbitrariae, 67, 1.028; civiles, 45;
contrariae, 40; de peculio, 269, 795;
directae, 38; *famosae*, 43, 123, 151;
ficticiae, 523; *honorariae*, 45; *in*
personam, 56; *in rem*, 56, 787;
noxales, 73; *perpetuae*, 82; *poena-*
les, 72; *praescriptis verbis*, 901
 y sig., 974; útiles, 52, 1.070; *vindi-*
ctam spirantes, 77, 1.019.
Adscrescere, 518, 565.
Addictio, 610.
adgnati, 389; *adgnatus proximus*,
 389.
adgnitio, bonorum possessionis, 379.
adgnoscerere bonorum possessionem,
 379.
aditio hereditatis, 495.
adiudicatio, 86, 676.
adoptio, 242, 249; *in fratrem*, 243.
adquirere hereditatem, 376; *per uni-*
versitatem, 368.
adquisitio hereditatis, 376, 493.
adrogatio, 242 y sig.; *per testamen-*
tum, 145, 245.
adstipulatio, 831, 1.005.
adtemptare pudicitiam, 1.015.
adventicia, dos, 211.
aerarium, 148, 424, 521, 590 y sig.
ager limitatus, 633.
ager vectigalis, 694, 753.
Agerius, 30, 111.
alluvio, 633.
alteri stipulari, 821.
alveus derelictus, 632.
amica, 233.
animo aut corpore, 772.
animus donandi, 972; *iniuriandi*,
 1.018; *novandi*, 816; *possidendi*,
 769; *revertendi*, 775.
antichreticum pignus, 730.

- arca communis*, 172.
argentarius, 969.
arrendamiento, 935 y sigtes.
arra sponsalicia, 183.
asociaciones cristianas, 169.
auctoritatis interpositio, 302, 318, 335.
aversión al matrimonio, 182.
avulsión, 633.
- Bartolo, 464.
Beneficium abstinendi, 490, 528; *cedendarum actionum*, 866, 868; *competentiae*, 275, 529, 794, 952; *divisionis*, 856, 961; *excusionis*, 848; *inventarii*, 372, 530; *separationis*, 529, 538.
bona fides (usucapio), 626.
bona vacantia, 536.
bonae fidei iudicia, 60 y sig.
bonae fidei possessor fructus suos facit, 752.
bonorum possessio, 377; *decretalis*, 379; *edictalis*, 379; *cum re, sine re*, 378, 381, 423, 446; *sine tabulis*, 378; 404 y sig.; *contra tabulas*, 378, 468; *secundum tabulas*, 378, 436; *unde cognati*, 415; *unde legitimi*, 414; *unde liberi*, 405 y sig.; *unde vir et uxor*, 417.
brevi manu traditio, 765.
- caduca, 521, 536.
capitis deminutio, 123, 228, 272, 273, 276.
caput, 123.
carga real, 666.
castrense peculium, 264; *quasi castrense peculium*, 265.
causa mancipationis, 607; *traditionis*, 615, 625; *in causa mancipii*, 257, 272.
cautio, 700; *de bonis conferendis*, 409; *legatorum servandorum causa*, 717; *pecuniam publicam salvam fore*, 700; *praedibus praedisque*, 718; *pro praede litis et vindictiarum*, 641; *rei uxoriae*, 217; *rem pupilli salvam fore*, 298; *usufructuaria*, 678, 700.
centesimae usurae, 878.
centumviri, 535.
cernere hereditatem, 455.
certa pecunia, certa res, 809, 1.045, 1.047.
certa persona, 450, 456.
cessio bonorum, 372.
cives romani, 131; *latini iuris*, 134, 591.
civilis possessio, 757.
civitas libera, 130.
Clodio, 246.
codicilli, 445, 543; *confirmati*, 543.
codicillus, 543.
codificación del Edicto, 25.
coemptio, 319.
cognitor in rem suam, 1.070.
coheredes, 525.
collatio bonorum, 409, 471; *dotis*, 410, 471.
collegia, 164; *funeraticia*, 169, 593; *illicita*, 169; *tenuiorum*, 166.
colonia partiaria, 938.
colonus, 937.
color insaniae, 485.
commissio per alium edicto, 469, 515.
commodatum, 875, 881 y sig.
commorientes, 128.
communi dividundo, 86.
communio, 947.
comunidad doméstica, 262, 464, 468.
completo testamento, 444.
compromissum, 970.
conceptus pro iam nato habetur, 386, 419.
concilium Tridentinum, 186.
concubina, 233.
concubinatus, 191, 233 y sig.
concupitus, 186.
condemnari oportere, 819.
condemnatio, 30; *in id quod facere potest*, 793; *pecuniaria*, 86, 643; *condemnatio ó condemna*, 30.
condictio, 1.044; *certae pecuniae*, 809, 1.045; *certae rei*, 809, 1.045; *certi*, 809; *ex lege*, 1.058; *furtiva*, 1.049, 1.053, 1.059; *incerti*, 809, 1.047; *indebiti*, 1.053; *liberationis*, 812, 1.047; *ob causam datorum*, 1.054; *ob causam finitam*, 1.057; *ob iniustam causam*, 1.056; *possessionis*, 1.048; *triticaria*, 809.
conducere, 435.
confarreatio, 193, 319.
confusio, 740, 1.076.
consensuales, contratos, 800, 907 y sig.
consensus facit nuptias, 186.
consentimiento paterno para el matrimonio, 188.
consilium, 959.
consolidatio, 676.
consortium, 946.
consponsores, 855.
constitutio Antoniniana, 136.
constitutio debiti, 963; *possessorium*, 753, 767, 772.
consumación del matrimonio, 187.
contratos, 798 y sig., especies de con-

- tratos, 800 y sig.; contratos inno-
minados, 901; literales, 800, 870;
contratos reales, 706 a, 800, 871;
contratos real verbales, 874.
contractus, 798 y sig.; *aestimatorius*,
905; *in favorem tertii*, 820.
contrahere, 799.
convenire, 166.
conversión, 557.
convicium, 1.015.
copropiedad, 584.
copula carnalis, 186.
corporación única, 151.
corporaciones, 143 y sig.
corpore et animo, 761.
correalidad, 828.
creación de collegia, 171.
crédito (personal, real), 699.
crimen, 976; *expilatae hereditatis*,
512.
Cujas (*Cuiacius*), 5.
cura furiosi, 841; *minorum*, 822, 331;
prodigi, 349 y sig.
curator, 281; *furiosi*, 341, 753; *im-
puberis*, 304; *minoris*, 322; *prodigi*,
349, 753.
custodia, 885, 919, 941, 971, 1.000.
- damnum* causado en la cosa, 1.004
y sig.
damnum corpore datum, 1.006.
dare iudicium, 17, 24.
datio in solutum, 740, 1.074.
debita pars., 364, 475, 480.
decretum divi Marci, 791.
de cuius, 367.
deductio in domum, 187.
delatio hereditatis, 376, 493, 501.
delitos, 976 y sig.
dementia, 347.
denegare iudicium, 17, 24.
depositum, 895; *irregularare*, 897.
derecho canónico, 181, 190.
derecho de acciones, 13 y sig.; de con-
tratos, 798; de divorcio, 180; de
obligaciones, 785; de propiedad,
578; de sucesión a causa de muer-
te, 358 y sig.
derelectio, 631.
detentio, detentor, 754.
detestatio sacrorum, 247.
deuda territorial, 733.
diata et promissa, 925, 930.
dictio dotis, 209.
dies cedens, 564; *veniens*, 564.
difamación, 1.015.
diffarreatio, 231.
- diferencias de raza y *status*, 191.
di manes, 593.
dimidia pars, 475.
divorcio, 223.
dolo desit possidere, 645, 648.
dominium, 587, 591; *transferre*, 595.
domum vi introire, 1.017.
donación, 972; entre cónyuges, 206.
donatio, 972 y sig.; ante *nuptias*, 205,
230; *inter virum et uxorem*, 205;
mortis causa, 594; sub modo, 974.
dos, 207, 230; *adventicia*, 211; *pro-
fecticia*, 211; *tácita*, 210; dos fidu-
ciaria, 216.
dote griega, 212.
duplex stipulatio, 921, 932.
duplex dominium, 588, 589, 655.
- Edictum, aedilium*, 18, 296; *praetoris*,
18, 25; codificación del edicto, 25;
successorium, 421.
ejecución, 43, vid. *beneficium compe-
tentiae*.
emancipatio, 272.
emancipación de la mujer, 313.
emphyteusis, 681, 693 y sig.
emptio venditio, 909 y sig.
enriquecimiento injusto, 1.041 y sig.
error, *in corpore*, 614, 914 y sig.; *in
qualitate*, 914 a; *in substantia*, 914.
esclavitud, causas, 137 y sig.
esponsales, 183 y sig.
estabilidad del matrimonio, 224.
esse alicuius, 587.
estipulación penal, 184.
evicción, 915.
exceptio, concepto clásico, 91 y sig.;
legis Cinciae, 973; *legis Laetoriae*,
328; *doli*, 1.040; *mercis non tradi-
tae*, 811; *non adimpleti contractus*,
916; *non numeratae pecuniae*, 811;
pacti, 30; 802; *rei venditae et tra-
ditae*, 652, 654; *senatus consulti
Macedoniani*, 880; *senatusconsulti
Velleiani*, 975; *vitiosae possessio-
nis*, 780.
excepciones, 91; clasificación de las
excepciones, 98; *dilatoriae*, 103; *in
personam, in rem*, 101; *perempto-
riae*, 103; *perpetuae*, 108; *personae
coherentes*, 102; temporales, 103;
vulgares, 100.
excusatio tutoris, 294.
executor, 576.
exhereditario, 444.
exogamia, 190.
extraordinaria *cognitio*, 20.

- Familiae emptor*, 432.
familiae erciscundae, 86.
favor testamenti, 361, 448.
Favre (Antoine) (Antonius Fáber), 5.
fideicommissum, 20, 178, 548, 564, 787, 789; *hereditatis*, 561, 568.
fideiussio, 858 y sig.
fidepromissio, 840.
fiducia, 698 y sig.: 704, 720, 896; *cum creditore*, 698, 704, 720.
fiduciarius, 550.
filia familias, 267.
filiae loco (uxor in manu), 197.
 fin de la esclavitud, 189 y sig.
finium regundorum, 86.
fiscus, 152, 424, 590 y sig.
focaria, 283.
 fórmula, 27; *in extraordinaria cognitio*, 31; *hypothecaria*, 712; *Octaviana*, 1.024; *Serviana*, 712.
formulae arbitrariae, 67 y sig.; 779; *commodati*, *depositi*, 891; *ficticiae*, 377; *in ius, in factum conceptae*, 48; *pignoris*, 899.
 función recuperatoria, 781, 782.
 fundaciones alimentarias, 719.
fundus dotalis, 214, 621; *italicus*, 589, 604; *provincialis*, 591, 618, 629, 674, 689.
fur semper in mora, 1.060.
furiosus, 344.
furtum, 979; definiciones, 993; *furti actio cui competit*, 1.000.

Gai instituciones, 14, 799.
galatae, 254.
 garantía real, 698 y sigtes.
 garantía por vicios ocultos, 925 y sig.; idem por evicción, 915, 920.
gens, gentiles, 396.
gesamte Hand (mano común), 146, 584, 590.
Gordianus, responsabilidad del soldado heredero, 530; *testamentum Gordianum*, 434.

habere licere, 587, 591, 618.
habitatio, 681.
 hallazgo de tesoro, 682.
 heredero después de adquirida la herencia, 517 y sig.; pluralidad de herederos, 531.
 hereditas, 371, 375; *iacens*, 510; legítima, 405.
heres, 371; *ex re certa*, 448 y sig.; *extraneus*, 492; *legitimus*, 383, 399, 402; *necessarius*, 492, 501, 529; *suus*, 489; *perpetuator defuncti*, 374; representación del difunto, 374; *voluntarius*, 492, 528.
 hijo deudor en potestad del padre, 792.
 hijos ilegítimos, 250, 278.
 hipoteca legal, 701, 713; privilegiada, 701.
honesta missio, 191, 242.
honor institutionis vel exheredationis, 465.
hospita, 234.
 humanismo (Francia), 5.
 humanitas (romana), 180, 182, 184 y sigs., 240, 258.
hyperocha, 728.
hypotheca, 662, 706, 712, 583.

Imaginaria solutio, 885; *venditio*, 600.
imbecilitas sexus, 312.
imperium, 23.
impetratio domanii, 729.
implantatio, 635.
impúberes, 250, 283.
 impuesto sobre la herencia, 365.
in bonis esse (habere), 589.
in integrum restitutio, 117; *metus causa*, 1.031; *minorum*, 329.
in iure, 17.
in iure cessio, 610.
in mancipio esse, 257.
inaedificatio, 636.
incapacitas, 509.
incerta persona, 159.
 infamia, 79.
 infantes, 302.
infirmitas consilii, 311; *sexus*, 311.
iniuria, 1.006, 1.014 y sig.
inquilinus, 937.
institutio heredis, 430 y sig.
insula in flumine nata, 633.
intentio, 30.
intercessio, 975 y sig.
interdicta, 106; clases, 113 a; *duplicia*, 781; exhibitoria, 113 d; *possessoria*, 776 a; *prohibitoria*, 113 d, 781, 782; *restitutoria*, 113 d, 779; *recuperandae possessionis*, 779; *retinendae possessionis*, 781, 782.
interdictio bonorum, 351.
interdictum duplex, 113 h, 781, 782; *de fonte*, 107; *de glande legenda*, 107; *de migrando*, 715; de precario, 753, 778; de superficie, 695; de *vi armata*, 107, 779; de *vi non armata*, 780; *quem fundum*, 648; *quen usum fructum*, 677; *quorum bonorum*, 526, 537, 778; *Salvianum*,

- 710, 749, 778; *si uti frui prohibitus*, 755; *uti possidetis*, 107, 781; *utrubi*, 782.
- interpositio auctoritatis curatoris*, 308; *tutoris*, 302.
- invecta et illata*, 709.
- iudex*, 19; *pedaneus*, 20, 111.
- iudicare iubere*, 28.
- iudicatio*, 16.
- iudicia bonae fidei*, 19, 32; *familiae erescundae*, 525; *petitorium y possessorium*, 783; *secutorium*, 779, 781.
- iuris perita*, 313.
- iurisdictionis*, 15; *lex*, 24.
- ius adreascendi*, 518, 565; *antiquum*, 521; *civile*, 26; *commercii*, 133; 603; *conubii*, 133; *honorarium*, 25; *in re (in rem)*, 579; *liberorum*, 320; *offerendi et succedendi*, 746; *poenitentendi*, 901; *quiritium*, 588; *se abdicandi*, 292, 315; *excusandi*, 286, 292 y sigtes.
- iusiurandum calumniae*, 250; *in litem*, 643.
- iussum duoi vel ferri rem ab actore*, 647.
- iussum initium*, 629.
- Ihering, patriarcal*, 180.
- laesio enormis*, 913.
- latifundia*, 366, 584.
- latini*, 129, 134.
- laudatio Turiae*, 200.
- le mort saisit le vif*, 768.
- legata*, 539 y sig.
- legatum, definición*, 540; y *donatio*, 542; *debiti*, 556; *legitimum*, 541; *liberationis*, 556; *nominis*, 556; *partitionis*, 556; *per damnationem*, 556 y sig.; *per praeceptionem*, 555; *per vindicationem*, 555 y 564, 673; *sinendi modo*, 357.
- legis actio per conditionem*, 1.045; *sacramento*, 602.
- legislación continental sobre el divorcio, 181.
- legítima hereditas*, 383, 399, 402.
- legitimatío*, 242, 253.
- legítimus heres*, 383, 399, 402.
- lex Aebutia*, 26, 306; *Apuleia*, 857, 1.004 y sigs.; *actiones legis Aquiliae útiles*, 1.011; *lex Atilia*, 288 y sigs., 298, 316; *Cincia*, 973; *Cornelia de iniuriis*, 1.017, 1.020; *Falcidia*, 360, 567; *Furia*, 853 y sig.; *Iulia de adulteriis*, 227; *Iulia de cessione bonorum*, 372, 529; *Iulia de collegiis*, 143 y sigs., 166 y sig.; *Iulia de fundo dotali*, 214, 620; *Iulia de maritandis ordinibus*, 182, 188, 317; *Iulia vicesimaria*, 365, 507; *Iulia et Papia Poppaea*, 191, 310; 536; *Iulia et Titia*, 291; *Laetoria*, 323; *Malacitana*, 700, 718; *Papia Poppaea*, 182, 361, 475, 501, 509, 521, 564, 566; *Plaetoria*, 322; *Publilia*, 854; *Salpensana*, 291; *Ursionensis*, 291; *Voconia*, 361, 382, 392, 548.
- lex collegii*, 171; *commissoria*, 721; *contractus*, 539; *privata*, 539; *publica*, 539.
- libera matrimonía esse debent*, 184.
- liberalismo*, 360.
- liberi*, 405.
- libripens*, 599 y sig.
- lis infitiando crescit in duplum*, 74, 564.
- litis contestatio*, 17.
- locare*, 935.
- locatio conductio*, 935.
- longa manu traditio*, 760.
- longi temporis praescriptio*, 629.
- lucida intervallá*, 346.
- mala fides superveniens non nocet*, 627.
- maleficium*, 976.
- Malthus*, 182.
- mancipatio*, 597 y sig.; *su sustitución por traditio*, 607 a; *deducto usufructu*, 673; *mancipatio y mancipium*, 604, 609.
- mancipium y mancipatio*, 604, 609.
- mandatum*, 954 y sig.; *credendi, qualificatum*, 961.
- manumissio*, 140; *testamento*, 140, 444.
- manus mariti*, 193.
- matrimonio*, 180 y sig.; *libre*, 180, 198.
- materna potestas*, 240, 243.
- matrimonial, costumbre*, 201; *blenes matrimoniales*, 199 y sig.
- matrimonium*, 180; *iussum*, 191.
- meum esse*, 587.
- mi casa es mi castillo*, 254.
- mihí aut Titio dari spondes*, 824; *mihí et Titio dari spondes*, 824.
- militar, testamento*, 435, 441, 449.
- minor XXV annis*, 322 y sig.
- missio honesta*, 191, 242; *in possessionem*, 753.
- moderna escuela romanística*, 8.
- modus*, 570 y sig., 825, 974.

- Mommsen T.*, 8.
monogamia, 189, 236.
mora debitoris, 813, 1.060.
morbis, 934.
municipes, 590.
municipium, 156 y 157.
munt, 280, 286 y sig.; *Muntwalt*, 310.
mutuum, 875, 877 y sig.
- nasciturus*, 124.
naturalis obligatio, 975 y sig.; *possessionis*, 757.
necessarii heredes, 502.
negotiorum gestio, 1.064 y sig.
negotium claudicans, 303, 918; *mixtum cum donatione*, 972.
nemini invito suus heres adgnascitur, 188.
nemo alteri stipulari potest, 822; *nemo cum duabus testamentis decedere potest*, 446; *nemo dat quod non habet*, 620; *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, 620, 642; *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, 447, 456; *nemo sibi causam possessionis mutare potest*, 764.
nombre familiar de la mujer, 192.
nomina ipso iure divisa sunt, 525, 531.
nominatim exheredare, 460.
nova clausula Iuliani, 408.
novatio, 815 y sig.; *necessaria*, 819; *voluntaria*, 819.
noxae datio, 73, 257, 270.
numo uno, 600.
nuncupatio, 432, 600.
- Obligare*, 785.
obligationes, 785 y sig.; *civiles*, 787; *ex contractu*, 799 y sig.; *ex delicto*, 976 y sig.; *honorariae*, 787; *naturales*, 738, 795.
occupatio, 631, 752, 763.
opera matrimonii, 204, 215.
oratio Caracallae, 206; *Severi*, 300.
- pacta adiecta*, 911; *conventa*, 802; *praetoria*, 802, 962 y sig.
pactionibus et stipulationibus, 674, 689.
pactos sucesorios, 362.
pactum de non petendo, 802, 1.075; *de vendendo*, 723 y sig., 743, 802; *fiduciae*, 802.
padres e hijos, 243 y sig.
pandectas, sistema de, 10.
parapherna, 221.
- parens manumissor*, 395.
pars debita, 366, 473, 475, 480.
pater is est quem nuptiae demonstrant, 241.
patria potestas, 241, 254 y sig.
patrimonium principis, 153.
peculium castrense, 264; *profecticium*, 268 y sig.; *quasi castrense*, 265.
pecunia compromissa, 970.
penas impuestas al divorcio, 225.
per extraneam personam acquiri nobis non potest, 301, 771 y sig.
per traditionem accipere, 609.
peregrini, 129, 132.
periculum est emptoris, 919.
permutatio, 902 y sig.
perpetuatur obligatio, 813.
persona, 121; *certa*, 363, 450, 457.
persona juridica, 451.
personas, 121 y sig.
pignoris causa indivisa est, 739.
pignus, 662, 698, 706, 712, 730, 753; *ex causa iudicati captum*, 716; *praetorium*, 716; *pignus contrato real*, 898 y sig.
pluralidad de hipotecas, 741; *de legatarios*, 565.
plures rei stipulandi et promittendi, 827, 865.
poligamia, 189, 236.
pontifex, 194, 244, 431, 439.
populus romanus, 148, 591.
possessio, 71 y sig.; *civilis y naturalis*, 757; *vitiosa*, 730.
possessoria hereditatis petitio, 537.
possessorium y petitorium, 777, 783.
postumi, 452, 462.
potestas manus mancipium, 283.
potestas vitae necisque, 255.
praecise teneri, 656, 796.
praedes, 718.
praeditura, 718.
praedio utilis, 686.
praedium dominans y serviens, 661, 667.
praeiudicia, 88.
praelegatum, 448.
praescriptio, 96; *longi temporis*, 629.
praesumptiones commorientes, 128; *en caso de ausencia*, 127; *Muciana*, 222.
praeteritio liberi, 459 y sig.
praetor, 18; *fideicommissarius*, 548; *tutelarius*, 295.
pretoria, propiedad, 589; *testamento pretorio*, 436.
precarium, 753, 783.
primogenitura, 364.
princeps, 151 y sig.; 591.

prior tempore, potior iure, 741.
privilegium exigendi, 715.
probatio, 35; diabólica, 642.
procedimiento *apud iudicem*, 18; *in iure*, 18.
procedimiento formulario, 27 y sig.
procurator, 771; *unius rei*, 771.
prodigus, 353, 356.
profecticia dos, 211.
profecticium peculium, 264.
pro herede gestio, 506.
prohibición del matrimonio a los soldados, 191.
propiedad familiar, 262, 464 y sig., 491 y sig.
propiedad, 586 y sig.; bonitaria, 589, 655; *quiritaria*, 588.
proprietas, 587.
proximus adgnatus, 492, 518.
pubertati proximus, 302.
pubes, 284.
pupillus, 283.

quadrupedes pecudes, 1.005.
quarta Falcidia, 567, 575; *quarta pars*, 480; *quasi contratos*, 801; *quasi possessio*, 751; *quasi usufructo*, 679.
querella inofficiosi testamenti, 466, 474 y sig., 485; *donationis*, 486.
Quadrupedes pecudes, 1.005.
quarta Falcidia, 567, 575; *quarta pars*, 480; *quasi contratos*, 801; *quasi possessio*, 751; *quasi usufructo*, 679.
querella inofficiosi testamenti, 466, 474 y sig.; 485; *donationis*, 486.

re coniuncti, 520.
receptum arbitri, 970; *argentarii*, 969; *nautarum couponum*, 971 y s.
registro inmobiliario, 621.
remotio tutoris, 308.
repetitio legati, 576.
replicatio, 105; *doli*, 30.
repudiación de la herencia, 381, 388, 487, 501, 502.
repudium, 223.
res divini iuris, 592 y sig.; *furtivae*, 623; *immobiles*, 588; *mancipi*, 610; *nec mancipi*, 605; *vallius*, 621; *publicae*, 148, 590 y sig.; *religiosae*, 593; *sacrae*, 594; *uxoriae*, 213.
responsabilidad *ultra vires hereditatis*, 372, 527, 530.
retinere possessionem corpore alieno, 774; *solo animo*, 775 y sig.

revocación de legados, 562; de testamentos, 438.
rumpere, corrumpere, 1.006.
saltus aestivus, hibernus, 775.
Salvianum, interdicitum, 778.
Savigny y su escuela, 7; Derecho de posesión, 760.
segunda hipoteca, 741 y sig.
semel heres semper heres, 456, 561, 568.
Senatusconsultum Iuventianum, 536; *Macedonianum*, 880; *Neronianum*, 557, 563; *Orfitianum*, 401, 429 y sig.; *Pegasianum*, 561, 567; *Tertulianum*, 561; *Vellaeianum*, 320, 975 y sig.
separación de bienes (matrimonio libre), 200.
sequester, 753, 783.
sentencia, 36.
servidumbres, 583, 660 y sig.; personales, 664, 670; *praediales*, 662, rústicas, 684; urbanas, 684; reales, 661; típicas, 663.
servitus in faciendo consistere nequit, 666, 685.
servitus oneris ferendi, 667.
servus in fuga, 770, 775.
simplicitas legum amica, 359.
societas, 146, 166, 944; leonina, 949; *omnium honorum*, 944.
solidaridad, 828 y sig.
solutio, 1.073.
spatium deliberandi, 500, 507.
specificatio, 634, 638.
sponsalia, 183.
sponsio accessoria, 839; *sponsio poenalis, praedicialis*, 641, 783; *sponsio pro praede litis et vindiciarum*, 641; *sponsio y restipulatio*, 779, 781.
spurii, 235, 278.
status, 121.
stipulari, 806.
stipulatio, 803 y sig., 805; *alteri*, 820; *aquiliana*, 815; degeneración de la *stipulatio*, 808; *stipulatio duplex*, 921, 932; *stipulatio habere licere*, 921; *stipulatio honoraria (praetoria)*, 115, 409; *stipulatio non existens*, 817.
subsignatio, 718.
substitutio fideicommissaria, 561, 457; *pupillaris*, 458, 561; *quasi pupillaris*, 458; *vulgaris*, 455, 458, 561.
successio (succedere, successor), 367; *graduum*, 394, 422; *in usucapionem*, 627; *ordinum*, 421.

- sucesión singular, 370.
 sucesión hereditaria forzosa, 467.
 sucesión contra el testamento, 459 y sig.; intestada, 381 y sig.; *mortis causa*, 358 y sig.; testamentaria, 426 y sig.
successorium edictum, 421.
sui heredes, 469, 488; *sui et necessari heredes*, 489; *sui instituti*, 501; *necessarii heredes*, 489, 492, 501, 529.
 superficies, 668, 681, 693; superficie sólo *cedit*, 636.
superfluum, 728.
synalagma, 799.

tabula testamenti, 432.
tempus legendi, 232.
Terentia, 192, 203, 224, 313.
 testamento, sucesión testamentaria, 361, 426 y sig.; público, 436 a.
testamentum calatis comitiis, 361, 431; *in procinctu*, 431; *militis*, 431, 435, 441, 449; *mysticum*, 445; *per aes et libram*, 431 y sig.
thesaurus, 632.
titulus (causa) usucapionis, 625.
toga virilis, 284.
traditio, 613 y sig.; *brevis manu*, 765; *ficta*, 619; *longa manu*, 766; *puellae*, 187.
 transmisión de obligaciones, 1.069 y sig.; de propiedad, 595 y sig.
transfere dominium, 595.
transmissio hereditatis delatae, 494.
trinoctium, 196.
turbatio sanguinis, 232.
 tutela, 281 y sig.; *impuberum*, 283; *mulierum*, 197, 309 y sig.
tutor, 281; *adiunctus*, 308, 317; *confirmatus*, 295; *dativus*, 285, 444; *decretalis*, 285; *fiduciarius*, 319; *impuberis*, 285 y sig.; *impuberis decretalis*, 285, 288; *impuberis legitimus*, 285, 287; *impuberis testam-entarius*, 285, 286; *tutor mulieris decretalis*, 316; *tutor mulieris legitimus*, 315; *tutor mulieris optivus*, 314; *tutor mulieris testamentarius*, 314; *tutor praetorius*, 295.
tutores auctore, 302.
tutorem habenti tutor non datur, 295.

unde cognati, 415; *unde cognati manumissoris*, 418; *unde familia patroni*, 416; *unde legitimi*, 414; *unde liberi*, 468 y sig.; *unde patronus patroni*, 416; *unde vir et uxor*, 417.
 universal, sucesión, 369.
universitas, 157.
usucapio, 622, 624; *usucapio libertatis*, 691; *manus*, 194; *pro herede*, 512, 628; *servitutis*, 638; *ususfructus*, 673.
 usufructo, 670 y sig.; en favor de personas jurídicas, 175, 664.
usufructuarius no es possessor, 755.
usus, 680.
ususfructus, 670; *ususfructus pars dominii*, 671.

vectigalis ager, 694, 753.
vel attorney, 1.071.
 venta, 909 y sig.; venta rompe arrendamiento, 940; venta de los hijos, 257.
 verba precativa, 559 y sig.
 verbales contratos, 800.
vicinitas, 687.
vindicatio pignoris, 712; *rei*, 641; *servitutis*, 692; *ususfructus*, 677.
vis ex conventu, 731.
vitiata possessio, 780.
vitium, 934.
voconiana ratio, 392.
Vogt, 310.
vulgo quaesiti, 278.

