

# CURSO DE DERECHO ROMANO CLÁSICO I

(INTRODUCCIÓN E HISTORIA, ACCIONES,  
BIENES Y FAMILIA)

Por

Jorge Adame Goddard

Investigador titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM  
Profesor de Derecho Romano en la Universidad Panamericana, México.  
Profesor de Derecho Romano en la Facultad de Derecho de la UNAM.

México

2009

Publicación electrónica en [http://works.bepress.com/jorge\\_adame\\_goddard/](http://works.bepress.com/jorge_adame_goddard/)

Derechos Reservados © Jorge Adame Goddard.

Farol 125, CP52785, Huixquilucan, Estado de México.

Se autoriza su reproducción gratuita, total o parcial, exclusivamente para uso personal, pero se prohíbe su venta y cualquier forma de publicación, reproducción o edición destinada a la difusión pública.

## INTRODUCCIÓN GENERAL

Esta obra pretende ser un libro para el curso de Derecho Romano I que se ajuste a las necesidades de los estudiantes actuales, lo cuales precisan información completa y breve, pero con la profundidad propia de los estudios universitarios. Por este motivo me he propuesto reducir la materia a los conocimientos (conceptos, relaciones, clasificaciones, datos, etc.) que me parecen necesarios para la formación jurídica propia del nivel de licenciatura, y evito entrar en detalles, discusiones, análisis de fuentes y muchas otras cosas más, cuya exposición sería conveniente en un curso especializado. Tampoco hago explicaciones, pero procuro que todo el contenido esté expuesto con la claridad suficiente que las haga innecesarias. Esto me ha permitido presentar el contenido completo del curso en casi 150 páginas.

El fundamento de este libro ha sido la magnífica obra de Álvaro d'Ors, titulada *Derecho Privado Romano* (Eunsa, Pamplona), que ya va en su 10ª edición (2004), cuidada por Xavier d'Ors. Durante muchos años he dado mis cursos de Derecho Romano con base en este libro, que siempre he recomendado, y sigo recomendando, como una obra genial, que tiene muchos enfoques novedosos y que permite conocer el Derecho Romano de época clásica mejor que cualquier otro libro de esta materia en lengua española. Es, sin embargo, un libro difícil para los estudiantes de licenciatura, pues no fue concebido como manual universitario, sino como un tratado de la materia.

El libro que aquí presento viene a ser como una síntesis de la obra de D'Ors. Sigo, en general, el orden de materias que él propone, con algunos ajustes, y también sus afirmaciones, incluso aquellas en las que difiere de algunas posiciones comunes aceptadas por la romanística. Como el objeto del libro es expositivo, y no de discusión, no hago citas bibliográficas ni de fuentes. El estudiante que quiera profundizar en el tema, y espero que muchos lo hagan, podrá acudir al citado libro de D'Ors, donde encontrará más información y referencias bibliográficas, y a tantos otros libros de Derecho Romano, entre los que cabe mencionar, por su riqueza

bibliográfica, el libro de Juan Iglesias, *Derecho Romano* (16<sup>a</sup>. Ed. Ariel, Barcelona, 2007); el más reciente de Alejandro Guzmán Brito, *Derecho privado Romano* (2 tomos, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004), que sigue en general la perspectiva d'orsiana, con mucha información y desarrollo importantes de las instituciones; y, entre los libros editados en México, el de Guillermo Margadant, *Derecho Romano* (Editorial Esfinge, México, reimpresso anualmente), con abundante información.

La exposición se refiere al Derecho Romano de la época clásica, es decir a la ciencia jurídica romana en su mejor momento (del 130 a.C. al 230 d.C.). Se hacen algunas referencias al derecho arcaico para comprender el origen de las instituciones clásicas, y también al derecho justiniano para conocer cómo fueron modificadas. El Derecho Romano Clásico, que se ha logrado reconstruir gracias a la crítica de interpolaciones durante el siglo XX, es distinto del Derecho Romano de la época del emperador Justiniano, que ha sido la fuente principal de los actuales códigos civiles de Europa y América. Por eso es frecuente que el Derecho Romano Clásico presente diferencias importantes respecto de los códigos civiles que fueron influidos por el Derecho Romano de Justiniano. De ahí que el estudio del Derecho Romano Clásico sirva para tener una nueva perspectiva sobre las instituciones civiles actualmente vigentes.

El curso comprende cuatro partes. La primera, «Introducción e Historia», es una explicación del concepto de Derecho Romano, de la Romanística, es decir la ciencia que lo estudia, y una exposición sintética de la Historia del Derecho Romano, vista principalmente como historia de sus fuentes. La segunda parte «Acciones», se refiere al modo o procedimiento como se hacen los juicios en el Derecho Romano. Se ubica esta parte en el primer lugar de la exposición de la materia propiamente jurídica, porque en el Derecho Romano la posición jurídica de cada persona depende fundamentalmente de la acción o juicio que pueda iniciar contra otra persona (tal es la acción, tal es el derecho). La tercera parte, «Bienes», trata de los bienes o cosas, sobre las cuales versan casi todas las relaciones jurídicas, así como de los diversos modos de pertenencia (o derechos reales) que pueden tener las personas sobre las cosas: posesión, propiedad,

servidumbres, usufructo. La cuarta, «Familia», se ocupa de la organización familiar, pero no con el fin de conocerla por sí misma (pues no es propiamente una creación de los juristas romanos sino el resultado de la evolución y la tradición popular), sino para destacar los aspectos jurídicos que hay en ella, especialmente las relaciones patrimoniales que se dan entre los familiares. La ubicación de la materia en este lugar, y no como suele hacerse al principio del curso, se debe a la estrecha relación que tiene con el tema de la herencia, que es el tema con el que se inicia el segundo curso de Derecho Romano. Las nociones sobre la diferente capacidad de las personas, de acuerdo con el lugar que ocupan en la familia (*sui iuris*, *alieni iuris*), que son indispensables para entender el Derecho Romano, se explican en la primera parte del curso, donde se habla de los ciudadanos y la organización familiar.

Cada parte se subdivide en capítulos, que en total son veinticinco. Con el fin de lograr más claridad expositiva y facilitar que el estudiante concentre su atención en la lectura, he subdividido cada capítulo en párrafos numerados (§) con su respectiva rúbrica, de modo que el estudiante, con solo ver la rúbrica, sepa exactamente qué es lo que está leyendo. En total hay 348 párrafos, que pudieran corresponder a 348 preguntas que el profesor, o el mismo estudiante, hiciera con el fin de conocer cuánto se ha aprendido del curso.

El valor actual del estudio del Derecho Romano consiste en que forma en la mente de los jóvenes los hábitos intelectuales propios del jurista, en especial el hábito de ciencia y el de la prudencia. La ciencia es el hábito intelectual por el que se tiene un saber demostrativo, es decir un saber que además de contener los conceptos tiene las razones o causas que demuestran la veracidad de los mismos. La ciencia jurídica es el saber acerca de los criterios (reglas, conceptos, relaciones, clasificaciones, soluciones, etcétera) para discernir cuál es la conducta justa en una determinada relación entre dos personas o entre una persona y la comunidad. La prudencia es el hábito intelectual que consiste en juzgar rectamente (objetivamente) sobre la conducta personal a seguir en una determinada situación o caso concreto. La prudencia propia del Derecho es la jurisprudencia o prudencia de lo justo.

El estudio del Derecho Romano forma el hábito de ciencia porque da a los estudiantes los conceptos, reglas, distinciones, etcétera que constituyen el núcleo esencial, y por eso inmutable, de la tradición jurídica universal. Forma el hábito de la jurisprudencia porque los acostumbra a considerar el Derecho o Ciencia Jurídica, como hacían los juristas romanos, como un medio para la solución justa de casos concretos.

En atención a esos dos aspectos formativos, el curso de Derecho Romano, debe complementarse con un ejercicio de análisis y discusión de casos. La brevedad con que está expuesta la materia en este libro, que puede ser explicada en 40 o 45 horas de clase, permite destinar el resto del tiempo de clase a la discusión de casos. Para este ejercicio práctico puede consultarse un artículo mío titulado “Método para la solución de casos jurídicos” (*Ars Iuris* 37, México, 2007, pp. 13-40), que puede verse en la página electrónica ([http://works.bepress.com/jorge\\_adame\\_goddard/](http://works.bepress.com/jorge_adame_goddard/)), donde explico el método que he seguido en mis cursos, con el análisis, a modo de ejemplo, de tres casos. Pueden verse repertorios de casos de Derecho Romano, entre otras obras, en el libro de Manuel García Garrido, *Responsa. Casos Prácticos de Derecho Romano Planteados y Resueltos*, o en el de Emilio Valiño, *110 casos de Derecho Romano*.

Espero que este libro sea útil para la formación de nuevos juristas. Estoy convencido que el estudiante que aprende con mediana profundidad el Derecho Romano Clásico está bien preparado para afrontar y resolver adecuadamente cualquier problema actual de derecho privado.

*Jorge Adame Goddard*

## CONTENIDO

INTRODUCCIÓN GENERAL:..... p. 2

### PRIMERA PARTE:

#### INTRODUCCIÓN E HISTORIA

I. DERECHO ROMANO Y ROMANÍSTICA:.....p. 14

§1. Concepto de Derecho Romano. § 2. El *Corpus Iuris Civilis*. § 3 Etapas Históricas del Derecho Romano. §4. Época arcaica. § 5. Época clásica. § 6. Época posclásica. § 7. Fin del Derecho Romano antiguo. § 8. La ciencia del Derecho Romano o Romanística. § 9 Los glosadores. § 10. Los posglosadores o comentaristas. § 11. El Derecho Común (*Ius Commune*). § 12. La recepción del Derecho Común. § 13. La Romanística como tradición hispanoamericana y mexicana. § 14. La tradición inglesa del *Common Law*. § 15. El humanismo jurídico. § 16. El racionalismo jurídico. § 17. La codificación civil. § 18. La recepción en Alemania. § 19. La romanística actual. § 20. Papel de la romanística en la formación de un nuevo derecho común.

II. LA REPÚBLICA ROMANA.....p. 22

§ 21. Introducción. § 22 Establecimiento de la República. § 23. Los ciudadanos romanos. § 24. Los extranjeros: latinos, peregrinos y bárbaros. § 25. Los esclavos. § 26. Los libertos. § 27. Personas de propio derecho (*sui iuris*) y personas sometidas (*alieni iuris*). § 28 Situación jurídica de la mujer. § 29. Impúberes y menores. § 30. Las asambleas populares o comicios. § 31. Los comicios por curias. § 32. Los comicios por tribus. § 33. Los comicios por centurias. § 34. Funciones de los comicios. § 35. Decadencia de los comicios. § 36. Los concilios de la plebe. § 37. Las magistraturas. § 38. Características comunes de las magistraturas. § 39. Los cónsules. § 40. Los pretores. § 41. Los censores. § 42. Las magistraturas menores: ediles y curules. § 43. El tribuno de la plebe. § 44. La carrera

política. § 45. El Senado. § 46. Las decisiones del Senado. § 47. Autoridad y potestad en la constitución republicana.

### III. LAS FUENTES DEL DERECHO ROMANO EN ÉPOCA CLÁSICA.....p. 31

§ 48. Introducción. § 49. El *ius*. § 50. El *ius civile*. § 51. El *ius gentium*. § 52. Las fuentes del derecho civil. § 53. La Ley de las XII Tablas. § 54. La jurisprudencia arcaica. § 55. La primera jurisprudencia clásica. § 56. La actividad de la primera jurisprudencia. § 57. Las leyes. § 58. Característica del contenido de la ley, su generalidad. § 59. Relaciones entre la ley y el *ius*. § 60. Desaparición de las leyes comiciales. § 61. Los edictos. § 62. El edicto del pretor urbano. § 63. La redacción definitiva del edicto del pretor. § 64. El edicto de los ediles curules. § 65. Derecho pretorio y derecho civil. § 66. Los senadoconsultos. § 67. Decadencia de los senadoconsultos. § 68. La jurisprudencia clásica alta o central. § 69. Los juristas más representativos de la jurisprudencia clásica central. § 70. La literatura jurídica clásica. § 71. Progresiva eliminación de la autoridad de los juristas. § 72. Los rescriptos imperiales. § 73. La última jurisprudencia clásica. § 74. La literatura de la jurisprudencia clásica tardía. § 75. El jurista Gayo. § 76. El derecho de las provincias.

### IV. LAS FUENTES DEL DERECHO ROMANO EN ÉPOCA POSCLÁSICA.....p. 44

§ 77. Introducción. § 78. Las fuentes jurídicas a fines del siglo III y durante el siglo IV. § 79. Las obras posclásicas de fines del s. III y del s. IV. § 80. Vulgarismo jurídico. § 81. El problema de la autenticidad de las fuentes. § 82. Las «leyes de citas». § 83. El Código Teodosiano. § 84. Las fuentes del derecho en Occidente, siglo V y VI. § 85. Clasicismo de Oriente, siglos V y VI. § 86. La recopilación ordenada por Justiniano. § 87. El *Corpus Iuris Civilis*. § 88. El Código de Justiniano. § 89. El Digesto. § 90. Las Instituciones de Justiniano. § 91. Las «Novelas». § 92. La evolución del derecho en Oriente después de la compilación de Justiniano.

## SEGUNDA PARTE.

### EL PROCEDIMIENTO DE LAS ACCIONES

§ 93. Introducción a esta Parte.

V. EL JUICIO PRIVADO.....p. 52

§ 94. La acción. § 95. Juicios privados y juicios públicos. § 96. El procedimiento de los juicios privados. § 97. El procedimiento de las acciones de la ley. § 98. Introducción del procedimiento formulario.

VI. LAS FÓRMULAS.....p. 56

§ 99. Introducción. § 100. Concepto de la fórmula. § 101. Tipicidad de la fórmula. § 102. Partes de la fórmula. § 103. La *intentio* de la fórmula. § 104. Acciones de objeto cierto o de objeto incierto. § 105. Acciones reales y personales. § 106. Acciones abstractas y acciones causales. § 107. Pérdida de la acción por petición excesiva. § 108. La *condemnatio* de la fórmula. § 109. La cláusula arbitraria. § 110. Limitación de la condena (*taxatio*). § 111. Condena a lo que es «bueno y justo». § 112. Condena y división de cosa (*adiudicatio*). § 113. Partes esenciales y accidentales de las fórmulas. § 114. La prescripción (*praescriptio*). § 115. La excepción. § 116. Acciones civiles y acciones pretorias. § 117. Acciones útiles. § 118. Acciones rescisorias. § 119. Acciones con transposición de personas. § 120. Acciones *in factum*.

VII. LA JURISDICCIÓN DEL PRETOR.....p. 66

§ 121. Las facultades de la jurisdicción. § 122. Estipulaciones pretorias. § 123. Otros recursos fundados en el *imperium* del pretor. § 124 La restitución total (*in integrum restitutio*). § 125. El embargo del patrimonio (*missio in possessionem*). § 126. Interdictos. § 127. Clasificación de los interdictos. § 128. La orden del interdicto como una «orden hipotética». § 129. La acción por incumplimiento del interdicto (*actio ex interdicto*).

VIII. EL PROCESO *IN IURE*.....p. 70



§ 130. Introducción. § 131. La citación del demandado (*in ius vocatio*). § 132. Garantías de comparecer. § 133. La petición de acción (*postulatio actionis*). § 134. Representantes. § 135. Tipos de representantes. § 136. Cognición de la causa (*causae cognitio*). § 137. La decisión del pretor: dación o denegación de la acción. § 138. Soluciones extrajudiciales. § 139. La transacción. § 140. La confesión. § 141 El juramento. § 142 Juramento voluntario y necesario. § 143. Nombramiento del juez. § 144. La *litis contestatio*. § 145. Efectos de la *litis contestatio*. § 146. Efecto consuntivo de la *litis contestatio*. § 147. Cambio de personas.

IX. EL PROCESO *APUD IUDICEM*.....p. 77

§ 148 Introducción. § 149. El deber del juez. § 150. Oralidad del proceso. § 151. Principios que rigen las pruebas. § 152. Cuáles eran las pruebas. § 153. Declaraciones de las partes. § 154. Los testimonios. § 155. Los documentos. § 156. La sentencia. § 157. La regla «todos los juicios son absolutorios». § 158. Penas por litigar sin fundamento. § 159. La «cosa juzgada». § 160. El efecto de la «cosa juzgada». § 161. Apelación de la sentencia.

X. LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA.....p. 83

§ 162. Introducción. § 163. Ejecución patrimonial y personal. § 164. Presupuestos básicos para comprender el procedimiento ejecutivo. § 165. Ejecución concursal. § 166. Cesión de bienes (*cessio bonorum*). § 167. La venta del patrimonio (*venditio bonorum*). § 168. El comprador de los bienes (*bonorum emptor*). § 169. La venta de los bienes uno por uno (*distractio bonorum*). § 170 Ejecución (*proscriptio*) contra el deudor que no cede sus bienes. § 171. Interdicto por fraude a los acreedores (*interdictum fraudatorium*).

XI. PROCEDIMIENTO COGNITORIO.....p. 87

§ 172. Introducción. § 173. Origen y desarrollo. § 174. Nuevos funcionarios judiciales. § 175. La jurisdicción del Príncipe. § 176. Características esenciales del procedimiento cognitorio. § 177. Otras características del procedimiento cognitorio.

XII. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL.....p. 91

§ 178. Introducción. § 179. El compromiso arbitral. § 180. La aceptación del árbitro. § 181. El arbitraje de los obispos.

### TERCERA PARTE: LOS BIENES.

§ 182. Introducción a esta Parte.

#### XIII. LAS COSAS Y SU CLASIFICACIÓN.....p. 93

§ 183. Las cosas susceptibles de pertenencia. § 184. El patrimonio. § 185. Clasificación de las cosas susceptibles de apropiación. § 186. Cosas fungibles o genéricas y cosas específicas. § 187. Cosas consumibles y no consumibles. § 188. Cosas *mancipi* y cosas *nec mancipi*. § 189 Bienes inmuebles y bienes muebles. § 190. Conjuntos de cosas. § 191. La utilidad de las cosas. § 192. El uso de las cosas. § 193. La disposición de las cosas. § 194. Actos de disposición «*inter vivos*» o «*mortis causa*». § 195. El disfrute de las cosas. § 196. Actos insolidarios y solidarios, derechos divisibles e indivisibles.

#### XIV. POSESIÓN DE LAS COSAS.....p. 99

§ 197. Introducción. § 198. La posesión pretoria. § 199. Interdictos de retener la posesión. § 200. Interdicto *uti possidetis*. § 201. Interdicto *utrubi*. § 202. Interdictos de recuperar la posesión. § 203. Interdicto por lo poseído en precario (*quod precario*). § 204. Interdictos por despojo (*unde vi*). § 205. La posesión civil. § 206. Elementos de la posesión civil.

#### XV. LA PROPIEDAD.....p. 103

§ 207. Concepto de propiedad. § 208. Tipos de propiedad. § 209. Propiedad peregrina. § 210. Propiedad provincial. § 211. Propiedad útil. § 212. Propiedad pretoria o bonitaria. § 213. Contenido del derecho de propiedad. § 214. La propiedad civil. § 215. La acción reivindicatoria. § 216. La restitución. § 217. Restitución del poseedor de buena fe. § 218. Restitución del poseedor de mala fe. § 219. Restitución en el derecho de Justiniano. § 220. Otros recursos del propietario civil. § 221. Recursos en contra del poseedor que se niega a aceptar el litigio. § 222. Recursos para negar la

existencia de derechos reales. § 223. Recursos para regular relaciones de vecindad. § 224. Recursos para defender la existencia de derechos reales. § 225. Acciones penales del propietario. § 226. Limitaciones legales de la propiedad. § 227. Expropiación. § 228. Prohibiciones que limitan al propietario.

XVI. ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD.....p. 110

§ 229. Introducción. § 230. Clasificación de los modos de adquirir. § 231. Actos de atribución formal. § 232. La *addictio* del magistrado. § 233. La *mancipatio*. § 234. «Mancipación por una moneda» (*mancipatio numo uno*). § 235. El legado vindicatorio. § 236. Actos de apropiación posesoria. § 237. La ocupación. § 238. La adquisición de frutos. § 239. Especificación. § 240. La accesión. § 241. La entrega o *traditio*. § 242. Justas causas de la *traditio*. § 243 La usucapión (*usucapio*). § 244. Justas causas de la usucapión. § 245. Consolidación de la propiedad defectuosa por medio de la usucapión. § 246. Prueba de la propiedad por la usucapión. § 247. Prescripción de largo tiempo (*longi temporis praescriptio*). § 248. Confusión entre usucapión y prescripción. § 249. Prescripción sin buena fe inicial. § 250. Régimen de la usucapión y la prescripción establecido por Justiniano.

XVII. COPROPIEDAD.....p. 119

§ 251. Introducción. § 252. Concepto de copropiedad. § 253. Formas de contraer la copropiedad. § 254. Copropiedad voluntaria. § 255. Copropiedad incidental. § 256 Régimen de la copropiedad. § 257. Acciones divisorias. § 258. División de la copropiedad incidental. § 259. Copropiedad indivisible.

XVIII SERVIDUMBRES.....p. 123

§ 260. Concepto de servidumbres prediales. § 261. Contenido del derecho de servidumbre. § 262. Clasificación de las servidumbres. § 263. Servidumbres rústicas. § 264. Servidumbres urbanas. § 265. Defensa procesal de la servidumbre. § 266. Interdictos para defender las servidumbres. § 267. Denuncia de obra nueva. § 268. Constitución de las servidumbres. § 269. Extinción de las servidumbres.

XIX. EL

USUFRUCTO.....p. 128

§ 270. Concepto de usufructo. § 271. Contenido del derecho de usufructo.  
§ 272. Restitución del usufructo. § 273. Caucción usufructuaria. § 274  
Cuasi-usufructo. § 275. Defensa procesal del usufructuario. § 276.  
Interdictos que puede usar el usufructuario. § 277. Acciones penales del  
usufructuario. § 278. Constitución del usufructo. § 279. Extinción del  
usufructo.

## CUARTA PARTE:

### LA FAMILIA.

§ 280. Introducción a esta Parte

XX. LA FAMILIA ROMANA.....p. 132

§ 281. Concepto de familia. § 282. El parentesco. § 283 parentesco  
agnaticio. § 284. Parentesco cognaticio. § 285. Líneas y grados del  
parentesco. § 286. Personas *sui iuris* y *alieni iuris*. § 287. Cambio en la  
situación familiar (*capitis deminutio*).

XXI. LA PATRIA POTESTAD.....p. 136

§ 288. Concepto de patria potestad. § 289. Adquisición de la patria  
potestad. § 290. Adquisición de la patria potestad sobre el hijo nacido. §  
291. Adquisición de la potestad por adopción. § 292. Adrogación. § 293.  
Extinción de la patria potestad. § 294. La emancipación de los hijos.

XXII. LOS ESCLAVOS Y LOS LIBERTOS.....p. 139

§ 295. Condición de los esclavos. § 296. Acciones respecto de la libertad. §  
297. Causas de la esclavitud. § 298. El esclavo que sirve de buena fe (*homo  
bona fide serviens*). § 299. Situaciones similares a la esclavitud. § 300.  
Manumisión de los esclavos. § 301. Manumisión conforme al derecho  
civil. § 302. Manumisión según el derecho pretorio. § 303. Manumisión y  
Cristianismo. § 304. Los libertos. § 305. Derecho del patronato.

XXIII. EL MATRIMONIO, LA *MANUS* Y LA *DOTE*.....p. 143

§ 306. El matrimonio. § 307. Matrimonio legítimo. § 308. Concubinato. §  
309. Consentimiento matrimonial. § 310. Extinción del matrimonio. § 311.

La potestad sobre la mujer (*manus*). § 312. Adquisición de la *manus*. § 313. Extinción de la *manus*. § 314. La dote. § 315. Tipos de dote: «profecticia» y «adventicia». § 316. Constitución de la dote. § 317. Adquisición de la dote. § 318. La dote como propiedad de la mujer (*re uxoria*). § 319. Restitución de la dote. § 320. Forma y monto de la restitución. § 321. Retenciones de los bienes dotales que puede hacer el marido. § 322. Reformas de Justiniano.

#### XXIV. SITUACIÓN PATRIMONIAL DE LOS HIJOS

Y ESCLAVOS.....p. 150

§ 323. Capacidad jurídica de los hijos y esclavos. § 324. Peculios. § 325. Peculio castrense. § 326. Peculio cuasi-castrense. § 327. Bienes de procedencia materna. § 328. Los hijos o esclavos como representantes. § 329. Obligaciones contraídas por delitos. § 330. Obligaciones inherentes a una adquisición. § 331. Obligaciones contraídas entre los hijos o esclavos. § 332. Responsabilidad solidaria de los padres o jefes. § 333. Responsabilidad total de los padres o jefes. § 334. Responsabilidad limitada de los padres o jefes. § 335. Obligaciones contraídas por préstamo de dinero.

#### XXV. TUTELA Y CURATELA.....p. 155

§ 336. Introducción. § 337. Pupilos. § 338. La tutela. § 339. Tutela legítima. § 340. Tutela testamentaria. § 341. Tutela Atiliana. § 342. Régimen de la tutela. § 343. La tutela de las mujeres. § 344. Las curatelas. § 345. La curatela de los locos y pródigos. § 346. Otras curatelas previstas por el pretor. § 347. La curatela de los menores de veinticinco años. § 348. Unificación de tutela y curatela en el derecho posclásico.

## PRIMERA PARTE:

### INTRODUCCIÓN E HISTORIA DEL DERECHO ROMANO

#### I. DERECHO ROMANO Y ROMANÍSTICA.

##### § 1. *Concepto de Derecho Romano.*

El Derecho Romano es la doctrina racional o ciencia que elaboraron los juristas de la antigua Roma, especialmente durante la época clásica (130 a.C a 230 d.C.), para el discernimiento de la conducta justa a seguir en las relaciones patrimoniales entre las personas o entre una persona y la comunidad.

Los juristas son considerados como personas sabias en lo relativo al discernimiento de lo justo y lo injusto (*iuris prudentes*), y por eso tienen autoridad (*auctoritas*) aunque no tengan poder político, y su doctrina es comúnmente aceptada como válida y aplicada por los jueces para hacer sus juicios.

##### § 2. *El Corpus Iuris Civilis.*

La doctrina que los juristas elaboraron se transmitió por medio de los libros que escribieron, parcialmente recogidos en una obra antológica llamada Digesto (*Digesta*) que ordenó hacer el emperador Justiniano y que fue publicada el año 533 d.C. El mismo emperador ordenó hacer una colección de las leyes dictadas por los emperadores precedentes y por él mismo, que se conoce con el nombre de Código de Justiniano (*Codex Justiniani*), y elaboró un libro elemental para la enseñanza del Derecho conocido como Instituciones de Justiniano (*Justiniani Institutiones*). Estos tres libros, Digesto, Código e Instituciones, constituyen las fuentes principales, aunque no las únicas, para el conocimiento del Derecho Romano.

La compilación de Justiniano se completó posteriormente, en la Edad Media, con una colección de leyes imperiales, no contenidas en el Código de Justiniano, emitidas por él mismo y sus sucesores. Esta colección se denominó

leyes nuevas o «Novelas» (*Novellae*) y se añadió como un cuarto libro. En la Edad Media se denominó a estos cuatro libros «Cuerpo de Derecho Civil» (*Corpus Iuris Civilis*), para distinguirlo del derecho de la Iglesia o «Cuerpo de Derecho Canónico» (*Corpus Iuris Canonici*).

### § 3. *Etapas históricas del Derecho Romano.*

La Historia del Derecho Romano comprende aproximadamente mil años. El inicio se fija hacia el año 450 a.C., con la publicación de la Ley de las XII Tablas, y su fin hacia el año 530 d.C., cuando se hace la compilación ordenada por Justiniano. En este amplio período se suelen distinguir tres épocas: la época arcaica (450 a.C. al 130 a.C.), la época clásica (130 a.C. al 230 d.C.) y la época posclásica (230 d.C. al 530 d.C.). Consecuentemente, en el estudio del Derecho Romano se distingue el derecho arcaico, el clásico y el posclásico.

### § 4. *Época arcaica.*

La época arcaica del Derecho Romano inicia con la promulgación, por un colegio de diez magistrados llamados *decemviri*, de la Ley de las XII Tablas, hacia el año 450 a.C., es decir casi trescientos años después de la fundación de Roma (754 o 753 a.C.), y termina hacia el año 130 a.C., cuando se legitima, por medio de la ley Ebuca, el nuevo «procedimiento formulario» para resolver los conflictos. Durante esta época, el Derecho consiste principalmente en la interpretación que hacen los juristas, todavía rudimentaria aunque con aportaciones importantes, de la Ley de las XII Tablas. El procedimiento para resolver los conflictos es principalmente el que está previsto en esa ley, por lo que se denomina procedimiento de las «acciones de la Ley». Desde el punto de vista político, esta época comprende la transición de la monarquía a la República, la cual queda ya configurada a mediados del siglo IV a.C., y alcanza su mayor desarrollo hacia el siglo II a.C.

### § 5. *Época clásica.*

La época clásica comienza el año 130 a.C. con la legitimación del nuevo procedimiento formulario, que, junto con otros factores, permitirá el gran desarrollo de la ciencia jurídica, gracias a la existencia de un grupo de juristas



(o «jurisprudencia») independientes del poder político y conscientes de la objetividad y valor de su propio saber. Termina hacia el año 230 d.C, que coincide aproximadamente con la muerte de los últimos juristas clásicos, y la generalización de un nuevo procedimiento, primeramente llamado «procedimiento extraordinario», y luego «procedimiento cognitorio». Es la época en que el Derecho Romano alcanza su mayor esplendor, y por consiguiente la que preferentemente debe ser estudiada como modelo para la formación jurídica de los estudiantes. Comprende tres etapas: *i)* la primera etapa clásica, del 130 al 30 a.C.; *ii)* la etapa clásica central, del 30 a.C. al 130 d.C.; y *iii)* la etapa clásica tardía, del 130 al 230 d.C. Desde el punto de vista político, coincide con la crisis de la República (s. I a.C.) y la instauración por Augusto (s. I d.C.) de un nuevo régimen político, el «Principado», caracterizado por la concentración del poder y la autoridad en una sola persona, el «príncipe» o primero entre los ciudadanos. En este régimen se mantienen las instituciones republicanas, aunque evidentemente debilitadas, pues se entiende que el príncipe es el protector de la República.

#### § 6. *Época posclásica.*

La época posclásica va del 230 d.C. al 530 d.C. Durante ella prevalece el procedimiento cognitorio y deja de haber una jurisprudencia independiente. Entonces el Derecho se concibe principalmente como expresión de la voluntad del emperador. Comprende tres etapas: *i)* etapa Diocleciana, del 230 al 330; *ii)* etapa Constantiniana, del 330 al 430; y *iii)* etapa Teodosiana, del 430 al 530. Concluye con la compilación del Derecho que ordenó hacer el emperador Justiniano. Desde el punto de vista constitucional, la etapa se inicia con la severa crisis del siglo III que dio lugar a la instauración de una nueva organización imperial, fuertemente centralizada y burocrática, conocida con el nombre de «Dominado» o «Imperio absoluto», que termina claramente con toda apariencia republicana. Es propio de este régimen la división del Imperio en dos secciones, Occidente y Oriente, cada una con su respectiva capital, Roma y Constantinopla.

#### § 7. *Fin del Derecho Romano antiguo.*

El fin de Derecho Romano antiguo suele considerarse hacia el año 530, es decir al momento en que se hace la compilación de Justiniano. El Derecho



Romano ya había dejado de ser vigente en Occidente, desde la caída de Roma en el año 476, pero sobrevivió parcialmente mezclado con el derecho germánico. En la parte oriental del Imperio la compilación de Justiniano se mantiene en vigor, y el Derecho Romano subsiste, pero transformado por la cultura helénica como Derecho Bizantino, hasta la toma de Constantinopla por los turcos en el año 1453.

#### § 8. *La ciencia del Derecho Romano o Romanística.*

En la Edad Media, a partir del siglo XII y gracias al descubrimiento de un manuscrito del Digesto, se inicia por el gramático Irnerio, en la Universidad de Bolonia, un estudio científico del Derecho Romano, que se difunde en todos los reinos de Europa Occidental por medio del estudio universitario. Este estudio científico del Derecho Romano, que se inició entonces y perdura hasta hoy, es la Ciencia del Derecho Romano o Romanística.

Los diversos enfoques o puntos de vista desde los que se ha estudiado el Derecho Romano han dado lugar a diferentes escuelas de pensamiento romanístico, entre las que destacan: los glosadores, los posglosadores o comentaristas, los humanistas, los racionalistas y la ciencia pandectística alemana.

#### § 9. *Los glosadores.*

Los primeros romanistas, discípulos de Irnerio, fueron denominados «glosadores» porque su método consistía en hacer anotaciones o glosas al Digesto y demás libros del «Cuerpo de Derecho Civil», con el objeto de explicar el contenido de cada párrafo y relacionarlo con otros. Fue una labor que duró casi dos siglos (ss. XII y XIII) y que permitió una gran comprensión del Derecho Romano tal como había sido transmitido por la compilación de Justiniano. Un fruto emblemático de estos juristas fue la denominada «Glosa Ordinaria» compuesta por el jurista Accursio hacia el año 1230, que contenía aproximadamente 97,000 glosas o explicaciones dadas por sus predecesores y por él mismo, y que se publicaba como notas marginales (en los márgenes laterales y en los superiores e inferiores) en las ediciones medievales del *Corpus Iuris Civilis*.

§ 10. *Los posglosadores o comentaristas*

A los glosadores sucedió otra escuela de juristas a quienes se llamó «posglosadores», por ser discípulos de los primeros, pero también «comentaristas» porque su trabajo principal consistió en hacer comentarios y dar opiniones jurídicas con el fin de aplicar el Derecho del *Corpus Iuris Civilis* a la solución de los problemas de su tiempo. El jurista más conocido e influyente de esta escuela fue Bártolo de Saxosferrato (1313-1357).

§ 11. *El Derecho Común (Ius Commune).*

Los juristas de estas dos escuelas admitieron que el Imperio medieval (el Sacro Imperio Romano Germánico) era el sucesor del Imperio Romano, por lo que entendían que el Derecho Romano recogido en el *Corpus Iuris Civilis* era derecho vigente. Como se desarrollaron principalmente en las universidades italianas, su método de trabajo fue denominado *mos italicus*, es decir método italiano. Los «glosadores» y «comentaristas» fueron creando paulatinamente un Derecho Romano Común que, junto con el Derecho Canónico creado por los canonistas, constituyó el Derecho Común (*Ius Commune*) de los pueblos europeos.

§ 12. *La recepción del Derecho Común.*

El Derecho Romano Común creado en las universidades, principalmente las italianas, fue recibido por los diferentes pueblos, primero como doctrina universitaria, de modo que estudiar Derecho Civil significaba estudiar los libros del *Corpus Iuris Civilis* (Instituciones, Código, Digesto y Novelas), y luego como derecho supletorio aplicable en juicio. Este fenómeno de asimilación del Derecho Romano Común, se ha denominado «Recepción del Derecho Romano». La recepción ocurrió en cada pueblo de manera diferente y con mayor o menor intensidad.

La recepción en España se dio pronto, ya en el siglo XIII, especialmente en Castilla, donde da como resultado la publicación, por el Rey Alfonso X el

Sabio, de una compilación de Derecho, fuertemente romanizado, denominada *Las Siete Partidas* (1256 a 1263).

§ 13. *La romanística como tradición hispanoamericana y mexicana.*

El Derecho que España transmite a América es este Derecho romanizado. En la facultad de Derecho de la Real y Pontificia Universidad de Nueva España, cuyas lecciones se iniciaron en 1553 con una sobre las Instituciones de Justiniano, se forman los juristas novohispanos, como los españoles, en el estudio del Derecho Romano. El libro jurídico más utilizado en la Nueva España, en el ámbito del Derecho Privado, que estuvo en vigor incluso después de la Independencia de México, fueron *Las Siete Partidas*, cuyo contenido era Derecho Romano Común. Desde entonces en las facultades de Derecho de las universidades mexicanas se ha cultivado y enseñado Derecho Romano. Por eso se puede afirmar que la Romanística es una parte esencial de la tradición jurídica mexicana.

§ 14. *La tradición inglesa del Common Law.*

Inglaterra mantuvo una tradición jurídica propia, el llamado *Common Law*, con poca influencia del Derecho Romano Común. Sin embargo el modo de creación casuístico propio de este Derecho es muy parecido al modo peculiar, también casuístico, del Derecho Romano Clásico.

§ 15. *El humanismo jurídico.*

Con el Renacimiento, y principalmente en Francia, se dio una nueva manera de estudiar el *Corpus Iuris Civilis*, que se denominó *mos gallicus* o método francés. El principal representante de esta corriente, también llamada «humanismo jurídico», fue Jacobo Cuyacio (1522-1590). Este nuevo enfoque consideró los libros del *Corpus*, no como derecho vigente, sino como fuentes o testimonios históricos del antiguo Derecho Romano, que debían ser estudiados junto con otros testimonios históricos. Los juristas seguidores de este método procuraron reconstruir el Derecho Romano antiguo, pero reconocieron que, aunque no fuera ya derecho vigente, tenía un valor propio debido a su propia razonabilidad. Decían que el Derecho Romano valía, no

por razón del Imperio (*non razione imperii*), sino por el imperio de la razón (*sed imperio rationis*).

#### § 16. *El racionalismo jurídico.*

A partir del humanismo jurídico se desarrolló, en los siglos XVII y XVIII, otro modo de abordar los textos del *Corpus Iuris Civilis*, que fue el «racionalismo jurídico»; éste consideraba que los libros del *Corpus* eran la razón jurídica escrita (*ratio scripta*), de donde podrían extraer principios y reglas jurídicas de valor permanente, que pudieran ser integrados en un sistema conceptual que, partiendo de principios evidentes o axiomas, pudiera ir extrayendo, mediante deducción silogística, todas las reglas jurídicas aplicables a un determinado campo. Los principales representantes de esta escuela fueron Hugo Grocio (1583-1645) y Samuel Pufendorf (1632-1694) en Alemania, y Juan Domat (1625-1696) y Roberto José Pothier (1699-1772) en Francia.

#### § 17. *La codificación civil*

Frutos de esta escuela racionalista fueron los códigos civiles, cuyo contenido es esencialmente Derecho Romano, que se publicaron a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX, de los cuales el más influyente fue el Código Civil francés, también conocido como «código Napoleón», publicado en 1804, y que fue la base de los códigos civiles mexicanos de 1870 y 1884.

#### § 18. *La recepción en Alemania.*

La recepción del Derecho Romano fue especialmente importante, aunque más tarde que en los demás pueblos, en Alemania, donde fue objeto de una nueva elaboración científica que dio como resultado, en el siglo XIX, un nuevo derecho denominado «Derecho de Pandectas». Los principales representantes de esta escuela fueron F.C. Savigny y B. Windscheid. De esta ciencia derivó el código civil alemán (*Burgtelicher Gesetzbuch*, conocido como *BGB*), promulgado en 1896 para entrar en vigor el primer día del año 1900. Ha tenido una gran influencia en los códigos civiles modernos y en el código civil mexicano de 1928.

§ 19. *La romanística actual.*

Como consecuencia de las diversas codificaciones del Derecho Civil, los estudios de Derecho Romano se orientaron, desde el siglo XIX, con una perspectiva principalmente histórica (*mos gallicus*), hacia la reconstrucción del Derecho Romano, pero especialmente del derecho de la Época Clásica. Esto ha sido posible gracias a la «crítica de interpolaciones», que ha permitido detectar en los textos del *Corpus* los añadidos y modificaciones introducidos por los compiladores de Justiniano en los textos originales. Ha habido desde entonces grandes progresos en la comprensión de las fuentes del Derecho Romano, de tal suerte que se puede afirmar que hoy existe un «nuevo» Derecho Romano, que es el Derecho Romano Clásico, distinto, en buena parte, del que fue recibido en los códigos civiles. Un fruto emblemático de esta nueva comprensión fue el libro de Fritz Schulz denominado Derecho Romano Clásico (*Classical Roman Law*, Oxford, 1951).

§ 20. *Papel de la romanística en la formación de un nuevo derecho común.*

Actualmente la Romanística tiene un papel importante que jugar en relación con la construcción del nuevo derecho privado que exige el fenómeno de la «globalización». La intensificación de las relaciones comerciales y de los flujos de dinero entre todos los pueblos del mundo, la formación de zonas de libre comercio, de uniones aduaneras o de mercados comunes, la integración de nuevas organizaciones políticas que comprenden varios Estados nacionales, entre otras manifestaciones del nuevo orden económico y político que se va gestando, requieren la formación de un nuevo derecho común a todos los pueblos. La Romanística, como ciencia cultivada en casi todos los pueblos, no sólo de Europa y América, sino también de algunos pueblos de África, de Oriente Medio y de Asia, donde (en China, Japón y Corea) hay actualmente un interés creciente por el Derecho Romano, está en una posición inmejorable para contribuir a crear una la nueva ciencia jurídica común que requiere el siglo XXI.

## II. LA REPÚBLICA ROMANA

### § 21. *Introducción.*

Para comprender el Derecho Romano es necesario, primero, conocer la organización política en la que surgió. Ésta no es un invento de los juristas romanos, sino resultado de la evolución histórica del pueblo romano. Para ellos, la organización política vigente era un dato social, es decir una realidad con la que tenían que contar, pero no la entendían como una materia propia del Derecho que ellos iban elaborando. No se tenía entonces, como sucede hoy, la idea de que la constitución política es la base o fundamento de todo el orden jurídico.

La organización política romana fue evolucionando con el tiempo. Originalmente era una monarquía, y de acuerdo con la tradición sobrevivió hasta fines del siglo VI a.C., cuando dejaron de haber reyes; a éstos sucedieron, durante el siglo V a.C. gobernantes militares con mandos absolutos. A partir del siglo IV a.C. Roma se constituye como una república, que entra en una fuerte crisis en el siglo I a.C. Esta crisis fue superada por el advenimiento de una nueva organización política, en el siglo I d.C., conocida como «Principado», establecida por Augusto, caracterizada por la concentración del poder y la autoridad en la persona del «príncipe», a quien se considera simplemente el primero entre los ciudadanos y el protector de las instituciones republicanas, las cuales perviven en esta nueva organización política, aunque ciertamente muy debilitadas, y convivirán con nuevas instituciones creadas por el príncipe. El Principado sufre una grave crisis durante el siglo III d.C., que da lugar al establecimiento, por el emperador Diocleciano, a fines de ese siglo, de una nueva organización política conocida como el «Dominado» o «Imperio absoluto». Ésta es una organización centralista burocrática, que elimina todas las apariencias republicanas y se organiza abiertamente como una monarquía, con la división del imperio en dos grandes partes: Occidente y Oriente, con sus respectivas capitales en Roma y Constantinopla.

Para este curso de Derecho Romano, concentrado en el estudio del derecho clásico, es suficiente conocer la organización política republicana que es aquella en la que se fragua el derecho clásico, y si bien éste tiene su esplendor durante el Principado, entonces siguieron funcionando las mismas instituciones republicanas que influyeron en la formación del derecho, especialmente el pretor y el senado.

### § 22. *Establecimiento de la república.*

En el tiempo de la monarquía, la población se diferenciaba por su origen familiar, y quizá étnico y religioso, en «patricios» y «plebeyos». Los primeros eran etruscos y los otros latinos. En el principio, los ciudadanos eran exclusivamente los patricios, pero pronto, en el tiempo de la monarquía, se incluyó entre ellos a los plebeyos. Sin embargo, continuó una diferencia importante, porque los patricios, agrupados en clanes familiares (*gentes*), tenían el predominio político y económico.

La lucha de los plebeyos por adquirir las mismas posibilidades políticas y económicas de los patricios duró varios siglos. Un avance importante para la igualación fue la ley Canuleya (a. 445 a.C.) que eliminó la prohibición de matrimonio entre patricios y plebeyos.

Las diferencias entre patricios y plebeyos quedaron superadas en la constitución republicana en el siglo IV, cuando se admite, por las leyes Licinias Sextas (367 a.C.), que los plebeyos pueden acceder a las magistraturas republicanas.

La organización política conocida como república (*res publica*) se consolida hacia el siglo IV a.C. y tiene su apogeo en los III y II a.C.

### § 23. *Los ciudadanos romanos.*

El conjunto de ciudadanos romanos (*cives*) constituye el pueblo romano (*populus*). Todos los ciudadanos son libres, por lo que se entiende que la libertad es condición propia del ciudadano romano. La pertenencia al pueblo romano era originalmente determinada por la sangre, no por el territorio. En principio son ciudadanos romanos los hijos legítimos de ciudadano y ciudadana, es decir los hijos nacidos de matrimonio legítimo. También son



ciudadanos los hijos ilegítimos si su madre era ciudadana al momento del parto. Los esclavos, al conseguir la libertad, se hacían ciudadanos. La ciudadanía romana llegó a considerarse como una especie de premio o reconocimiento a ciertas personas o comunidades, por lo que se podía alcanzar por concesión de un magistrado.

§ 24. *Los extranjeros: latinos, peregrinos y bárbaros.*

Quienes no forman parte del pueblo romano son extranjeros. En estos se consideran diversas categorías. A los habitantes de los pueblos vecinos, los latinos, se les concedía un estado próximo al de ciudadano, llamado *ius latini*, que posteriormente se concedió a otros pueblos. Los demás extranjeros que tenían relación con Roma eran llamados «peregrinos» (*peregrini*) y podían tener relaciones jurídicas con los ciudadanos, aunque no tenían derechos políticos. Los extranjeros que no tenían relaciones pacíficas con Roma eran llamados «bárbaros» (*barbari*).

En el año 212 d.C. el emperador Antonino Caracala otorgó la ciudadanía a todos los habitantes libres del Imperio

§ 25. *Los esclavos.*

Los esclavos, que originalmente fueron los cautivos en la guerra a quienes se conservaba la vida a cambio de que sirvieran al vencedor, no eran ciudadanos, sino más bien se les consideraba cosas, que formaban parte del patrimonio de una persona libre, quien las tenía sometidas a su potestad de dueño (*dominica potestas*). No obstante, se les reconocía su condición humana, y podían actuar en la vida jurídica, y a veces lo hacían de manera muy activa, pero siempre en nombre y a favor de sus dueños. Éstos podían concederles la libertad mediante un acto formal llamado manumisión (*manumissio*).

§ 26. *Los libertos.*

Los esclavos manumitidos adquirirían, con la libertad, la ciudadanía romana. Pero constituían una clase social, los «libertos» (*libertini*), diferenciada de los libres de nacimiento o «ingenuos» (*ingenui*). Si bien los libertos eran hombres libres y ciudadanos con todos sus derechos, tenían ciertos deberes morales



respecto de quien los había manumitido, a quien se llamaba «patrono» (*patronus*).

§ 27. *Personas de propio derecho (sui iuris) y personas sometidas (alieni iuris).*

En consideración a la posición que las personas ocupan en la familia, se distingue entre el padre de familias (*paterfamilias*), que tiene plena capacidad jurídica y patrimonio propio, por lo que se dice que se gobierna a sí mismo o que es *sui iuris*, y las personas que están sujetas a la potestad del padre o «patria potestad» (*patria potestas*), de las que se dice que son gobernadas por otro o que son *alieni iuris*, como los hijos o la esposa.

§ 28. *Situación jurídica de la mujer.*

La mujer, soltera o casada, puede ser *sui iuris*, si no está sujeta a la potestad de su padre, ni de su suegro o de su marido. Tiene entonces plena capacidad jurídica, pero para actuar en la vida jurídica requería de un tutor que autorizara los actos que afectaban su patrimonio. La tutela perpetua de las mujeres prácticamente desaparece hacia el siglo II d.C.

§ 29. *Impúberes y menores.*

Los varones *sui iuris*, si son impúberes (esto es menores de 14 años), requieren también de la autorización de un tutor para realizar actos jurídicos; la tutela termina cuando alcanzan la pubertad y adquieren plena capacidad jurídica. No obstante, mientras son menores de 25 años, y aun cuando pueden actuar por sí mismos, precisaban de un curador que les aconsejara respecto de los actos jurídicos que querían realizar.

§ 30. *Las asambleas populares o comicios.*

El conjunto de ciudadanos se reunía en asambleas denominadas «comicios». Estas asambleas se fueron organizando de distinta manera, según cambiaba la situación política.

§ 31. *Los comicios por curias.*

Los comicios más antiguos, existentes en tiempos de la monarquía, eran los llamados «comicios por curias» (*comitia curiata*). Todos los ciudadanos se encontraban reunidos en tres «tribus», cuyos nombres eran *Titias*, *Ramnes*, *Luceres*, que posiblemente correspondían a sectores del territorio de Roma; cada tribu se componía de diez grupos llamados «curias», por lo que todos los ciudadanos quedaban distribuidos en 30 curias. No está muy claro cuáles eran las funciones de estos comicios, pero estaban organizados de modo que se aseguraba el predominio de los ciudadanos patricios respecto de los ciudadanos plebeyos.

§ 32. *Los comicios por tribus.*

Al comienzo de la república se introduce una reforma en el modo de organizar los comicios, motivada en parte por el crecimiento territorial de Roma. El conjunto de ciudadanos se distribuye entonces en 4 tribus urbanas, que correspondían a las tres antiguas tribus más una zona aledaña, y en varias tribus rústicas en las que se agrupaban los ciudadanos que vivían fuera de la ciudad; el número de tribus rústicas fue aumentando como consecuencia de las conquistas territoriales hasta llegar finalmente al número de 31 tribus rústicas, que nunca fue sobrepasado. Los «comicios por tribus» agrupaban así a todos los ciudadanos en 35 tribus. Cada ciudadano votaba en lo personal en su tribu, y la mayoría de votos determinaba el voto de cada tribu; la decisión se tomaba considerando la mayoría de votos de las tribus, no de los ciudadanos; este sistema hacía que la minoría de los ciudadanos pertenecientes a las tribus rústicas, que eran los terratenientes (*adsidui*), prevaleciera respecto de la mayoría de los ciudadanos agrupados en las tribus urbanas que carecían de tierras (*proletarii*).

§33. *Los comicios por centurias.*

También durante la época republicana, aunque la tradición los atribuye a las reformas que introdujo el rey Servio Tulio, apareció otra forma de asamblea de ciudadanos conocida como «comicios por centurias», porque tenía como base la unidad propia del ejército, la centuria. Los integraban los ciudadanos capaces para alistarse en el ejército, es decir de edad entre 17 y 60 años. Los

ciudadanos se agrupaban en centurias, según fuera su condición económica. Cada ciudadano votaba en la centuria, pero los votos se contaban por centurias. Las centurias de los caballeros (*equites*) y las de la primera clase, que agrupaban a los ciudadanos ricos, sumaban 98 centurias, de un total de 193, mientras que las centurias donde se agrupaba la mayoría de los ciudadanos con menores ingresos era de 95, por lo que había un claro predominio de los ciudadanos ricos.

§ 34. *Funciones de los comicios.*

Las funciones de estos comicios en época republicana eran elegir a los magistrados y aprobar o rechazar las leyes que aquellos preparaban y les proponían. Los comicios por centurias pudieron en un principio haber tenido también esas funciones, e incluso se afirma por la tradición que fueron los que aprobaron la Ley de las XII Tablas, pero se ocupaban preferentemente de asuntos militares, y los comicios por tribus, de los asuntos civiles.

§ 35. *Decadencia de los comicios.*

Los comicios fueron perdiendo funcionalidad como consecuencia del crecimiento de la población, pues fue prácticamente imposible reunir a todos los ciudadanos dispersos, ya no solo en la península itálica sino también en los territorios de las provincias. La turba urbana que se reunía en los comicios del siglo primero a.C, no era de ninguna manera representativa de la población total, y constituía más bien una masa que obedecía directrices de personajes poderosos y aprobaba lo que ellos previamente determinaban.

§ 36. *Los concilios de la plebe.*

Aunque las diferencias entre patricios y plebeyos habían quedado superadas en la organización republicana, se siguieron celebrando en tiempos de la república las reuniones de los ciudadanos plebeyos denominadas «concilios de la plebe», en los que se aprobaban las propuestas de su jefe, «el tribuno de la plebe». Las decisiones que tomaban se llamaban «plebiscitos» y en principio obligaban sólo a la plebe. Estas reuniones también se hacían por tribus, y en el año 339 a.C. las leyes Publilias determinaron que los concilios de la plebe

tenían el mismo valor que los comicios y los plebiscitos el mismo que las leyes comiciales.

§ 37. *Las magistraturas.*

El gobierno de la república se encargaba a varios magistrados: los de más alto rango, que estaban dotados de *imperium* o poder máximo, eran los cónsules y los pretores; los otros magistrados, que sólo tenían una potestad limitada (*potestas*) a la función que ejercían, eran los censores, cuestores y ediles.

§ 38. *Características comunes de las magistraturas.*

Todas las magistraturas republicanas tienen estas características comunes: *i*) la colegialidad, es decir que en cada magistratura hay dos titulares, que tienen el mismo poder, y uno puede vetar la decisión del otro, por lo que tienen que actuar de común acuerdo; *ii*) la anualidad, porque el cargo sólo dura un año, y *iii*) la gratuidad, por lo que los magistrados no reciben remuneración económica, y por eso las magistraturas se llamaban *honores*.

§ 39. *Los cónsules.*

Correspondía directamente a los cónsules el gobierno de la república. En ellos reside la plenitud del *imperium* y tienen una competencia general, en principio ilimitada, en tiempo de paz y de guerra. Cuando uno de los cónsules actúa como general del ejército tiene el *imperium* absoluto, sin el posible veto de su colega, mientras está fuera de Roma. En un momento de crisis política, el Senado puede autorizar que uno de los cónsules actúe por sí mismo como dictador (*dictator*), con plenitud del imperio, para superar la crisis.

§ 40. *Los pretores.*

Los pretores (*praetores*) son magistrados que también tienen *imperium*, a quienes se encarga especialmente la jurisdicción (*iurisdictio*), es decir la resolución de los litigios. Son los que tienen más relación con el derecho. El pretor urbano aparece en el año 367 a.C. para resolver litigios entre ciudadanos romanos; el pretor peregrino aparece en el 242 a.C. encargado de la solución de controversias entre ciudadanos y peregrinos o entre peregrinos.

§ 41. *Los censores.*

Los censores se nombraban cada cinco años y tenían la potestad de hacer el censo (*census*) o lista de los ciudadanos, así como la lista de los senadores (*lectio Senatus*), lo cual les daba una inmensa influencia política, y la de definir el régimen de las concesiones de tierras públicas hechas a favor de los particulares.

§ 42. *Las magistraturas menores: cuestores y ediles.*

Los cuestores (*quaestores*) eran los encargados de llevar las cuentas públicas. Los ediles (*aediles*) se ocupaban del orden de los mercados, de modo que tuvieron una incidencia importante en el régimen de la compraventa.

§ 43. *El tribuno de la plebe.*

Los plebeyos reunidos en su asamblea o concilio de la plebe elegían un representante para defender sus intereses frente a los patricios. Este representante era el «tribuno de la plebe». Si bien nació como una magistratura extra constitucional, exclusiva de la plebe, terminó asimilándose a una magistratura republicana.

§ 44. *La carrera política.*

La carrera política (*cursus honorum*) se iniciaba hacia los 17 años con el ingreso a las magistraturas menores; y luego a la pretura, no antes de los treinta años; al consulado, no antes de los cuarenta y dos, para luego acceder a la censura. Entre cargo y cargo había que tener dos años, cuando menos, de vacancia. Los ex magistrados que tuvieron imperio (pretores y cónsules) podían ser senadores.

§ 45. *El Senado.*

Está constituido por los ex magistrados mayores (cónsules, pretores, censores), a quienes se les reconoce un saber político y se les denomina *patres*. El Senado no tiene propiamente poder de mando (no tiene *imperium* ni *potestas*), sin embargo es el órgano político más influyente, porque se reconoce que tiene el saber o experiencia para gobernar, esto es la *auctoritas patrum*. Interviene en todos los asuntos importantes de la República, y especialmente se le encomienda la dirección de la política religiosa, es decir la

admisión o rechazo de nuevos cultos, de las finanzas públicas, el control de las magistraturas, la asignación de gobernantes (en calidad de *propraetores* o *proconsules*) para las provincias, y de los mandos militares, así como la dirección de la política internacional.

Los senadores eran elegidos por los censores, quienes confeccionaban la lista de senadores (*lectio Senatus*) con los ex magistrados. El nombramiento era, en principio, vitalicio. El número de senadores varió hasta llegar a un máximo de 600. Era, a diferencia de las magistraturas y los comicios, un órgano estable, y por eso fue el órgano decisivo de la política romana.

#### § 46. *Las decisiones del Senado.*

Las decisiones del Senado se tomaban por mayoría de votos. Como no era una instancia que tuviera poder, sus decisiones no eran imperativas, a diferencia de las leyes aprobadas por los comicios o los decretos de los magistrados, sino que tenían, como corresponde a una instancia con autoridad, el carácter de consejos del Senado (*senatusconsulta*) dirigidos a los magistrados, quienes ordinariamente los ejecutaban para no contradecir la autoridad del Senado, y poder posteriormente, al terminar su magistratura, ser admitidos ahí; sin embargo, los magistrados, si lo querían, podían, fundados en su *imperium*, ignorar o contravenir la recomendación del senado.

Los senadoconsultos de la época republicana no afectaron el derecho, pero en la época del Principado, cuando ya no se reúnen los comicios, el senado fue aprovechado por los emperadores como asamblea para aprobar las leyes que ellos hacían, como si fueran senadoconsultos. Algunos de los senadoconsultos de los siglos I y II d.C. incidieron en el derecho privado.

#### § 47. *Autoridad y potestad en la constitución republicana.*

En la constitución republicana la libertad política de los ciudadanos romanos se protege mediante un equilibrio entre la potestad política (*potestas*), o poder socialmente reconocido, y la autoridad (*auctoritas*), o saber socialmente reconocido. Los magistrados y los comicios tienen la potestad que les permite dar órdenes imperativas en forma de decretos o leyes, mientras que los senadores tienen la autoridad que les permite autorizar o desautorizar los actos

de los magistrados o de los comicios. De este modo la autoridad, que no da órdenes sino consejos o recomendaciones, limita el ejercicio de la potestad que, en principio era ilimitada.

### III. LAS FUENTES DEL DERECHO ROMANO EN ÉPOCA CLÁSICA.

#### § 48. *Introducción.*

Se llama «fuente» del derecho a los diversos actos de donde brota el Derecho, es decir a las formas por las que se produce. En este capítulo se trata de analizar cómo se producía el Derecho Romano en las diversas etapas de la Época Clásica, de modo que es una exposición de historia de las fuentes jurídicas romanas.

El derecho es principalmente obra de los juristas, de modo que procede de la autoridad de los prudentes (*auctoritas prudentium*) en el discernimiento de lo justo, pero también interviene en su formación la potestad de los magistrados, principalmente por medio de los edictos, y la de los comicios, a través de las leyes. El papel de la jurisprudencia es preponderante durante la época del derecho clásico, pero, desde el tiempo del Principado, va cediendo paulatinamente su papel creador en favor de la potestad del emperador. En el derecho posclásico, la única fuente del derecho es la legislación emanada del emperador, quien afirma reunir en su persona toda la potestad y toda la autoridad.

#### § 49. *El ius.*

La palabra que se usaba en Roma para designar lo que hoy conocemos como Derecho era la palabra *ius*, de la cual derivan las palabras españolas jurídico, jurista y otras. *Ius* significa primariamente «lo justo». Luego designó la doctrina elaborada por los juristas para discernir la conducta justa, doctrina que era respetada y aplicada por los jueces para resolver los conflictos. Quienes conocen y elaboran el *ius*, son los juristas o *juris prudentes*.

#### § 50. *El ius civile.*

Originalmente el *ius* estaba ligado con la religión, y por eso existía un *ius divinum*, que contenía las reglas sobre los actos religiosos. En cambio, el *ius civile*, es decir el *ius* propio de los ciudadanos, se refería a sus relaciones



privadas de carácter patrimonial. Hacia el siglo II a.C. el *ius civile* es ya un saber enteramente secular, referido a relaciones patrimoniales.

Solamente hasta la época clásica tardía, cuando los juristas son asalariados del emperador, y tiene que interesarse en la administración y el gobierno del imperio, se introducirá la noción de un *ius publicum* como el derecho referido a las relaciones entre gobernantes o entre gobernantes y gobernados.

#### § 51. *El ius gentium.*

Los romanos sabían que el *ius civile* era un derecho peculiar, propio de los ciudadanos romanos, distinto del que practicaban otros pueblos. Pero encontraron que tenía algunas instituciones que eran comunes a los otros pueblos, porque se fundaban en la simple “lealtad a la propia palabra” (*fides*), como los contratos. El conjunto de estas instituciones comunes con los otros pueblos fue llamado «derecho de gentes» (*ius gentium*).

#### § 52. *Las fuentes del derecho civil.*

El *ius civile* es principalmente obra de los que conocen y elaboran el *ius*, es decir de los juristas o *juris prudentes*. Por eso, la principal fuente del *ius* es la labor conjunta de los juristas o «jurisprudencia». Los juristas no tienen poder político alguno, pero les reconoce que son quienes saben acerca de lo justo e injusto, y por eso tienen «autoridad», la autoridad propia de los prudentes (*auctoritas prudentium*).

El *ius civile* tiene otras fuentes provenientes de la potestad de los comicios, los magistrados y, durante el Principado, del Príncipe, como son: las leyes comiciales, los edictos, los senadoconsultos y los rescriptos. El contenido de estas fuentes, cuando se refieren al derecho privado, se originaba muchas veces en recomendaciones o consejos de los juristas, y su aplicación pasaba por la labor de interpretación que hacían los juristas a fin de que las órdenes de la potestad no desvirtuaran el saber autónomo del *ius*.

Se refleja así en las fuentes jurídicas el equilibrio entre la potestad y la autoridad, propio de la constitución republicana.

§ 53. *La Ley de las XII Tablas.*

La primera fuente del derecho romano arcaico fueron las costumbres de los antepasados (*mores maiorum*), que fueron recogidas en la Ley de las XII Tablas, publicada hacia el año 450 a.C. Esta ley fue formada por un grupo de diez magistrados, los *decemviri*, por lo que se le llama también «ley decemviral». La tradición afirma que fue aprobada por unos comicios por centurias, pero esto no parece probable.

Contenía una serie de preceptos jurídicos y funerarios recogidos de la propia tradición y también de las leyes griegas, especialmente de las de las comunidades griegas asentadas en la península itálica (Magna Grecia). No la conocemos directamente, sino sólo por citas y referencias de autores muy posteriores, gracias a las cuales se ha podido hacer una reconstrucción.

Esta ley estuvo formalmente en vigor durante toda la historia de Roma y nunca fue derogada, aunque sí complementada y superada, de hecho, por leyes posteriores.

§ 54. *La jurisprudencia arcaica.*

La labor principal de los juristas en la época arcaica fue la interpretación de la Ley de las XII Tablas. Fue una interpretación creativa, por la que fueron creando un orden jurídico más amplio, adaptado a las necesidades prácticas. Un ejemplo de su interpretación creativa es la invención de la *emancipatio*, es decir del acto por el que se extingue la patria potestad de un padre sobre su hijo: aprovecharon que la ley señalaba (Tabla 4,2) que el padre que vendía a su hijo tres veces perdía la potestad sobre él para idear un acto en el que el padre, de común acuerdo con un amigo, vendía y recompraba a su hijo, de modo que a la tercera venta se extinguía el poder paterno.

Se tienen noticias de algunas obras escritas por los juristas arcaicos, de las cuales la más representativa parece haber sido la obra atribuida al jurista Sexto Elio Peto, llamada *Tripertita*, porque contenía tres partes: la Ley de las XII Tablas, su *interpretatio*, y un formulario de acciones procesales.

§ 55. *La primera jurisprudencia clásica.*

La jurisprudencia clásica aparece en el último tercio del siglo segundo a.C. Para entonces ya se ha secularizado y separado definitivamente el *ius civile* del *ius divinum*. Se tienen como sus fundadores a Manio Manilo, Marco Junio Bruto y Publio Mucio Escévola, cuyo hijo Quinto Mucio Escévola es el jurista más representativo de esta etapa. Él publicó la primera exposición ordenada del *ius civile*, enriqueciendo la tradición del derecho romano con la incorporación del método de la dialéctica griega. Su libro está dividido en cuatro partes: herencia, personas, cosas y obligaciones, división que influirá las obras posteriores de derecho civil.

§ 56. *Actividad de la primera jurisprudencia.*

La actividad de los juristas consiste principalmente en dar respuestas (*responsa*) a casos que les proponen los particulares, pero también los jueces o magistrados. Las respuestas que dan los juristas suelen ser aceptadas y seguidas por la autoridad o saber que se les reconoce. Las respuestas que dan en público son breves, pero en privado explican a sus discípulos las razones que los llevaron a darlas. Cada respuesta sirve como precedente o ejemplo para resolver casos semejantes. Procede así la jurisprudencia casuísticamente, resolviendo casos concretos, y extendiendo las soluciones concretas a casos semejantes; sólo excepcionalmente formulan reglas generales.

Por este camino la jurisprudencia llega a formar el derecho como un saber autónomo, que tiene sus propias nociones, reglas y métodos, aunque no deja de tener en cuenta los datos sociales en que se aplica (organización política, esclavitud, organización familiar, etc.), la utilidad práctica y la naturaleza misma de las cosas a que se refiere. Para esta época ya queda fijada la terminología jurídica y el cuadro general de las instituciones.

En principio, los juristas no actúan como abogados, defendiendo causas en juicio. El trabajo de la abogacía lo dejan a los expertos en el arte de persuadir, es decir a los expertos en la Retórica (oradores o *retores*).

En esta primera etapa clásica se inicia la conformación de «escuelas» de juristas, que no son establecimientos de enseñanza, sino agrupaciones de

juristas en torno a un maestro. El jurista Servio Sulpicio Rufo, de la última generación de juristas de esta etapa, es el fundador de la «Escuela Serviana».

§ 57. *Las leyes.*

En general, la ley (*lex*) es una declaración de potestad que vincula al que la emite y a quien está dirigida. Hay leyes privadas y leyes públicas.

La ley privada (*lex privata*) es la que declara alguien que dispone de una cosa propia, por ejemplo la prohibición que impone el vendedor de un esclavo para que el comprador no lo haga vivir fuera de Roma, o el testamento por el que un padre de familia determina cómo va a repartirse su patrimonio entre sus herederos.

La ley pública (*lex publica*) es la que declara el magistrado (*rogatio*) y es aprobada por los comicios (*iussum Populi*); en época republicana solía también exigirse la autorización del Senado (*auctoritas patrum*). El contenido de la ley lo determina el magistrado en su *rogatio*. Los comicios no pueden modificarlo, sino solamente aprobarlo o rechazarlo.

La ley es pública porque vincula a todos los ciudadanos y por eso su texto se expone en público. Los ciudadanos tienen el deber de conocerla, por lo que no pueden excusarse de cumplirla alegando que la ignoraban.

§ 58. *Característica del contenido de la ley, su generalidad.*

Desde la Ley de las XII Tablas, se fijó que la ley no podía dirigirse a un ciudadano en concreto, por lo que se llegó a considerar que la ley tenía que contener una orden general dirigida a todos los ciudadanos. Desde entonces se afirma que la generalidad es una característica esencial de la ley, que la distingue de otros actos emitidos por la potestad, como los decretos o los edictos.

§ 59. *Relaciones entre la ley y el ius.*

La ley, que es un acto de potestad, no modifica el *ius* creado por la autoridad de la jurisprudencia. La ley se convierte en fuente del derecho en cuanto los juristas toman en consideración los nuevos datos que contiene la ley y los incorporan al *ius*. Sin embargo, la mayor parte de las leyes se refieren a

asuntos políticos, criminales y fiscales ajenos al ámbito propio del *ius*. Fueron pocas leyes (la mayoría plebiscitos) las que se ocuparon de asuntos de derecho privado, entre ellas la ley Aquilia (*lex Aquilia de damno*, 286 a.C.) sobre la responsabilidad por los daños causados a un bien ajeno; la ley Furia (*lex Furia de sponsu*, de fecha incierta entre el 230 y 130 a.C.) sobre los fiadores, y la ley Falcidia (*Lex Falcidia*, 40 a.C.) sobre la herencia.

#### § 60. *Desaparición de las leyes comiciales.*

En el Principado, cuando ya no se reúnen los comicios, dejó de haber leyes aprobadas por éstos. En lugar de ellas, los emperadores las elaboraban y las enviaban al Senado para que éste las aprobara como si fueran senadoconsultos.

#### § 61. *Los edictos.*

Los magistrados pueden dar edictos, es decir exponer en público disposiciones relativas a su encargo. El contenido de estos edictos forma el derecho edictal, más comúnmente llamado «derecho honorario», porque las magistraturas se llamaban, por ser gratuitas, *honores*. El derecho honorario, que procede de la potestad de los magistrados, se distingue claramente del derecho civil elaborado por la jurisprudencia.

#### § 62. *El edicto del pretor urbano.*

Para el derecho privado tuvieron mucha importancia sobre todo los edictos de los pretores, encargados de solucionar los litigios. Para dar su edictos, los magistrados, que no necesariamente sabían derecho, se asesoraban de los juristas, quienes iban así influyendo en el contenido del derecho honorario, que fue, durante los siglos I a.C. y I d.C, el derecho más progresivo.

El edicto del pretor contenía las disposiciones conforme a las cuales iba a resolver los litigios. Señalaba ahí, entre otras cosas, quiénes podían presentarse a iniciar un juicio, cómo podían ser representados y las «fórmulas» de las acciones, en las que se precisaban los casos que podían juzgarse.

El pretor emitía un edicto al comienzo de su magistratura para que rigiera durante todo el año (*edictum perpetuum*), pero en cualquier momento podía

emitir otro (*edictum repentinum*). Era natural que al entrar un nuevo pretor, no hiciera un edicto totalmente nuevo, sino que tomara el de su antecesor y le introdujera algunos cambios. Esta posibilidad de revisar y modificar el edicto del pretor cada año permitió que el derecho honorario fuera, especialmente a fines de la República y comienzos del Principado, un derecho flexible donde podían introducirse las novedades que los juristas iban sugiriendo y suprimirse lo que la experiencia demostraba que no funcionaba.

§ 63. *La redacción definitiva del edicto del pretor.*

Con el paso del tiempo se fue estabilizando un texto del edicto que se transmitía de pretor a pretor sin modificaciones (*edictum traslatitium*). La estabilización del edicto llega a término cuando el emperador Adriano, hacia el año 130 d.C., ordena al jurista Juliano que haga una redacción definitiva del mismo, la cual fue aprobada por el Senado. Con esta codificación del Edicto, éste deja de ser una obra de los pretores y se convierte en una especie de libro jurídico, que tiene una autoridad semejante a la de los otros libros escritos por los juristas. En la época posclásica se le llamará «Edicto Perpetuo».

§ 64. *El edicto de los ediles curules.*

Además de los edictos de los pretores, tuvieron influencia en el derecho privado los edictos de los ediles curules, encargados del orden en los mercados, por medio de los cuales se introdujeron novedades en materia de compraventa, especialmente relacionadas con la responsabilidad del vendedor por los defectos de la mercancía.

§ 65. *Derecho pretorio y derecho civil.*

El derecho contenido en los edictos constituye un ordenamiento paralelo al derecho civil, al cual complementa y rectifica, pero sin derogarlo. Por eso se da frecuentemente una doble regulación, complementaria no contradictoria, de las mismas materias; por ejemplo se habla de propiedad civil y propiedad pretoria, testamento civil y testamento pretorio, obligaciones civiles y obligaciones pretorias, etc. En la etapa clásica tardía, los juristas funden ambos derechos para crear un nuevo derecho (*ius novum*).

§66. *Los senadoconsultos.*

Las decisiones del Senado o senadoconsultos, tomadas por mayoría de votos, eran originalmente, en la constitución republicana, consejos dirigidos a los magistrados. No se referían a las materias propias del derecho civil, ni eran fuentes del derecho civil.

En tiempo del Principado, como ya no se reúnen los comicios, el príncipe va a formular leyes que envía al Senado para que fueran ahí aprobadas y publicadas en forma de senadoconsultos. Estos nuevos senadoconsultos, sobre todo los del siglo I d.C., van a afectar el derecho privado de manera importante, tales como el senadoconsulto Macedoniano (de la época de Vespaciano), que afectó las reglas sobre el préstamo de dinero a los hijos de familia; o el senadoconsulto Neroniano (quizá del año 61 d.C.) sobre los legados; o el senadoconsulto Veleiano (s. I d.C.), que afecta las fianzas y otras formas de garantía prestadas por mujeres.

Como el senadoconsulto no era fuente del derecho civil, la forma como se hicieron valer sus disposiciones fue por medio del edicto del pretor. Éste incluía en su edicto acciones o excepciones (defensas del demandado) para hacer efectivas las prescripciones de los senadoconsultos. Por ejemplo, para hacer valer la prohibición del senadoconsulto macedoniano de prestar dinero a los hijos de familia, los juristas, que conforme al *ius civile* enseñaban que quien recibía una cantidad de dinero tenía el deber de devolver otra igual, aconsejaron al pretor que incluyera en su edicto una excepción a favor del hijo de familia que lo defendiera de la acción del acreedor para exigir el pago; de este modo no se modificaba el derecho civil, pues seguía siendo deber del deudor pagar la cantidad prestada, y al mismo tiempo se respetaba la prohibición del senadoconsulto, pues el acreedor no podía exigir lo prestado cuando el deudor le oponía la excepción del senadoconsulto Macedoniano.

#### § 67. *Decadencia de los senadoconsultos.*

Como el senado, de hecho, aprobaba todas las leyes que le proponía el príncipe, a partir de Adriano se acostumbró que el texto preparado por el príncipe fuera leído, por medio de un representante, ante los senadores; éstos lo aclamaban, y ese mismo texto (la *oratio principis*) se convertía en ley y, por lo tanto, valía como fuente del derecho civil.



§ 68. *La jurisprudencia clásica alta o central.*

El apogeo de la jurisprudencia (30 a.C. a 130 d.C.) coincide con el inicio del Principado. Durante esta etapa, la jurisprudencia romana alcanza su mayor nivel científico. Los juristas son conscientes de la independencia de su ciencia, que separan claramente de otras como la Retórica o la Gramática. Para entonces ya tienen el número completo de las instituciones jurídicas y cuentan con un lenguaje técnico propio.

§ 69. *Los juristas más representativos de la jurisprudencia clásica central.*

Hay dos grandes juristas, Labeón y Juliano, que son como los signos del comienzo y fin de esta etapa.

Labeón (muerto en el año 42 d.C.) era un jurista apegado a la tradición republicana que no se acomodó al nuevo régimen. Vivía plenamente su oficio, dando consultas, formando nuevos juristas y escribiendo libros. Su obra influyó poderosamente, principalmente sus «Comentarios al Edicto del Pretor» y sus «Respuestas». Conformó una escuela en la que se integraron juristas como Nerva, padre e hijo, Próculo, Celso y Neracio, que fue posteriormente conocida como escuela «Proculeyana».

Juliano (nacido hacia el año 100 y fallecido después del año 175) fue, en cambio, un jurista del nuevo régimen: miembro del consejo del emperador Adriano, cónsul en el año 148 y nuevamente en 175, gobernador de varias provincias; fue él quien hizo la redacción definitiva del Edicto del pretor. Perteneció a otra escuela, fundada por Cayo Casio Longino, que se conoció como escuela «Sabiniana», en honor del jurista Sabino, su maestro. Éste fue un jurista de origen humilde pero muy favorecido por el emperador; escribió varias obras, pero la principal fue su «Derecho Civil», que venía a completar la de Quinto Mucio Escévola.

§ 70. *La literatura jurídica clásica.*



Los juristas publican muchos libros, la mayoría de contenido casuístico. Su obra literaria puede reducirse a cinco tipos de libros: *i*) los libros llamados «Respuestas» (*responsa*), que son colecciones de respuestas dadas por el jurista a las consultas que le fueron hechas; *ii*) las «Questiones» (*quaestiones*), que son colecciones de casos prácticos, de difícil solución, algunos incluso imaginarios y destinados a la enseñanza; *iii*) los «Digestos» (*digesta*), que son colecciones de casos y comentarios conformadas de acuerdo con el orden del Edicto del Pretor; *iv*) los «Comentarios» al Edicto del Pretor o al Derecho Civil de Sabino (*comentarium ad Edictum* o *ad Sabinum*) y a otros libros de juristas; y *v*) libros monográficos sobre materias específicas, por ejemplo sobre las tutelas o las hipotecas.

Estos libros no han llegado hasta nosotros, pero los conocemos en parte, gracias a los fragmentos de los mismos que se recogieron en el Digesto de Justiniano.

#### § 71. *Progresiva eliminación de la autoridad de los juristas.*

No obstante el esplendor que alcanzó la jurisprudencia en esta etapa, desde el inicio de la misma se introdujo un elemento que la llevaría a su decadencia. El príncipe, como primero entre todos los ciudadanos, reclama para sí toda la potestad que tenían los magistrados, así como la autoridad del senado y de los juristas, y si bien durante cierto tiempo respetó la autoridad del senado, para mantener las apariencias republicanas, no obró del mismo modo respecto de la autoridad de los juristas.

El emperador Tiberio inició un sistema, que siguieron sus sucesores, de autorizar a ciertos juristas para que pudieran dar respuestas con la autoridad del príncipe (*ius respondendi ex auctoritate principis*). De esta manera hizo que las respuestas de los juristas no valieran por la autoridad o saber del jurista que la daba, sino por haber sido autorizado por el príncipe. La consecuencia de esto fue que los juristas, si querían influir, tenían que ganarse el favor del príncipe, con lo cual la jurisprudencia perdió su independencia.

#### § 72. *Los rescriptos imperiales.*

Desde el imperio de Adriano, todos los juristas de categoría formaban parte del consejo del emperador o cancillería imperial (*concilium principis*). El emperador asumió la función de dar respuestas, con auxilio de su cancillería, a las consultas que se le hacían por escrito, sustituyendo así la labor que antes hacían los juristas. Las respuestas, firmadas por el emperador, se llamaron «rescriptos» (*rescripta*) porque se escribían en el mismo documento en que se había presentado la consulta.

Los rescriptos fueron la fuente más activa del derecho desde el gobierno de Adriano (117-138) y durante toda la etapa clásica tardía y en la primera etapa posclásica con el gobierno de Diocleciano (284-305).

Los rescriptos eran respuestas a casos concretos, pero era natural que se consideraran como un precedente ejemplar que podía aplicarse a casos semejantes. Por eso parecen haberse hecho registros oficiales en donde aparecían resúmenes de los rescriptos, que podían ser consultados por el público. En todo caso, a finales del siglo III aparecen unas colecciones privadas de rescriptos; la más antigua que se nos conserva es el «Código Gregoriano» que contiene rescriptos de Adriano y sus sucesores, hasta Diocleciano.

### § 73. *La última jurisprudencia clásica.*

La jurisprudencia de esta última etapa clásica (130-230) tiene todavía un nivel científico elevado, precisamente por estar vinculada a la tradición, pero carece de fuerza creadora.

Sus representantes más conocidos son los tres juristas del tiempo de los Severos (primeras décadas del siglo tercero): Papiniano y sus discípulos Ulpiano y Paulo. Muchos provienen de provincias, como Ulpiano, que era de Siria. Todos sirven en la cancillería imperial, especialmente para la expedición de rescriptos, y eso les hace interesarse en los asuntos que interesan al emperador, como los gobiernos de las provincias y los impuestos, que antes no eran materia del interés de los juristas; este ensanchamiento del interés de los juristas hace que se introduzca una distinción entre el *ius privatum*, el que se refiere a lo que interesa a los particulares, y el *ius publicum*, el que se ocupa de lo que interesa a la utilidad pública.

§ 74. *La literatura de la jurisprudencia clásica tardía.*

Escriben obras de los mismos tipos que la jurisprudencia anterior, pero tienen predilección por hacer grandes comentarios *ad Edictum* y *ad Sabinum*, en los que logran recopilar la obra de los predecesores, a quienes citan constantemente. La mayor parte de los fragmentos que se conservan en el Digesto provienen de estos comentarios de Paulo y Ulpiano. Aparecen nuevos tipos de libros: los que se ocupan de los deberes y facultades de funcionarios públicos, como los que se refieren a los deberes de los gobernadores (*de officio proconsulis*); los que son colecciones de reglas generales, separadas de la casuística y fáciles de retener (*regulae, sententiae, definitiones*), que tendrán mucho éxito en la época posclásica, y los libros destinados a la enseñanza elemental del derecho (*institutiones*).

§ 75. *El jurista Gayo.*

Mención aparte merece Gayo. Fue un jurista que posiblemente vivió, hacia la segunda mitad del siglo segundo, en alguna provincia oriental del imperio, como lo sugiere el hecho de haber publicado un libro en griego. Conoció las obras de los juristas clásicos, a quienes cita constantemente, pero a él no lo cita ningún jurista romano. La obra que lo hizo famoso fue un libro destinado a la enseñanza llamado «Instituciones» (*Institutiones*), que se convirtió, en el siglo IV, en libro de texto de las escuelas oficiales de Derecho en Beirut y Constantinopla. Posteriormente fue utilizado por el emperador Justiniano como base para hacer él su propio libro de enseñanza, las «Instituciones de Justiniano». La clave éxito del libro de Gayo parece haber sido su carácter elemental.

Actualmente la obra de Gayo tiene la máxima importancia por ser el único libro escrito en época clásica que se nos ha conservado casi completo, y que nos ha llegado directamente, sin intermediación de los compiladores de Justiniano. Por eso nos da noticias únicas, especialmente sobre el procedimiento civil arcaico y clásico.

§ 76. *El derecho de las provincias.*

El *ius civile* es el derecho de la ciudad de Roma, que se extendió luego a toda Italia, pero no se observa íntegramente en las provincias del imperio.

En cada provincia el gobernador es el titular de la jurisdicción, que ejerce por sí mismo, en ciertos casos, y delega también en jueces subordinados. Los juicios en las provincias no tenían que seguir las reglas del procedimiento formulario propio de Roma e Italia. Cada gobernador, como magistrado romano que era, podía dar su propio «edicto» con las reglas que seguiría en su jurisdicción, que posiblemente se acomodaría al edicto del pretor urbano.

El derecho que aplica cada gobernador varía en cada provincia. En cada una se formó un derecho propio, fundamentalmente romano pero adaptado a las costumbres y tradiciones jurídicas locales; el grado de romanización de los derechos locales dependió de la fortaleza de las tradiciones jurídicas locales: fue menor en las provincias donde existía una tradición jurídica importante, como en Oriente, y mayor en las que tenían una tradición débil, como en Occidente. El derecho de cada provincia se aplicaba tanto a los ciudadanos romanos como a los provinciales o «peregrinos» (*peregrini*).

A fines de la época clásica, los juristas se interesaron por los derechos provinciales, y en la época posclásica se llegó a producir un cierto influjo de los derechos provinciales o «provincialización» del derecho romano.

## IV. LAS FUENTES DEL DERECHO ROMANO EN ÉPOCA POSCLÁSICA.

### §77. *Introducción.*

La época posclásica se inicia con una profunda transformación política llevada a cabo por Diocleciano, quien establece una nueva forma de gobierno, el «Dominado» o imperio absoluto. En consonancia con este régimen, la fuente primordial del derecho va a ser la voluntad imperial manifestada en las leyes, y la jurisprudencia decaerá fuertemente.

### §78. *Las fuentes jurídicas a fines del siglo III y durante el siglo IV.*

Diocleciano (284-305) sigue legislando mediante la forma de rescriptos, por lo que parece que continúa la tradición de la etapa clásica tardía, pero el contenido de los mismos refleja su apartamiento del derecho clásico, ya que predomina en ellos el punto de vista administrativo, de gobierno, en vez del punto de vista propiamente jurídico.

Constantino (306-337) termina con la práctica de los rescriptos y comienza la práctica, que seguirán todos los emperadores, de legislar por medio de leyes generales autocráticas, es decir formuladas y aprobadas por el mismo. Estas leyes generales, que son expresión de la sola voluntad del emperador, se vuelven la única fuente del derecho. Como muchas veces estaban apartadas de la vida cotidiana, dieron lugar al problema, que no existía en el derecho clásico, de la validez de las costumbres como fuente del derecho cuando se apartan o incluso van en contra de las leyes. Los sucesores de Constantino siguieron dando este tipo de leyes, y por medio de ellas los emperadores cristianos fueron formando un derecho cristiano.

La división del imperio en dos partes, Oriente y Occidente, que fue introducida por Diocleciano, se consuma definitivamente con Constantino, y va a hacer que se ahonden las diferencias entre el derecho de una y otra parte.

§ 79. *Las obras posclásicas de fines del s. III y del s. IV.*

Las obras de los juristas de esta época se caracterizan por ser abreviaciones o síntesis en las que se pretende abordar todo el derecho. El autor más representativo de finales del siglo III es Hermogeniano, jurista cercano a los círculos oficiales, quien escribió un compendio titulado «Epítome del Derecho» (*Epitome iuris*); también publicó una colección de los rescriptos emitidos por Diocleciano, durante los años 293 y 294, conocida como «Código Hermogeniano» (*Codex Hermogenianus*), que vino a completar la que había hecho un tal Gregorio, el «Código Gregoriano», con rescriptos de Adriano a Diocleciano, hasta el año 292.

A finales del siglo III apareció otra obra de ese mismo estilo con el nombre de «Sentencias de Paulo» (*Pauli Sententiae*). Es una colección de reglas jurídicas («sentencias»), sobre todas las materias jurídicas, falsamente atribuida al jurista Paulo. Semejante, aunque de principios del siglo IV, es otra obra atribuida a Ulpiano, que se conoce por dos nombres: «Epítome de Ulpiano» (*Epitome Ulpiani*) o «Reglas de Ulpiano» (*liber singularis regularum*).

Otro tipo de obras propio de estos siglos son las colecciones, ordenadas por materias, de fragmentos jurídicos de libros antiguos (*ius*) y de leyes imperiales (*leges*), como las colecciones denominadas «Comparación de leyes romanas y mosaicas» (*Mosaicarum et Romanorum legum Collatio*) y «Fragmentos Vaticanos» (*Fragmenta Vaticana*).

§ 80. *Vulgarismo jurídico.*

El derecho de esta época de decadencia de la jurisprudencia presenta ciertas características que han permitido calificarlo como «derecho vulgar» o «vulgarismo jurídico», expresiones con las que se denota su fuerte alejamiento del derecho clásico.

Entre los rasgos propios del vulgarismo jurídico, cabe mencionar: *i)* la tendencia a la epitomización, es decir a hacer obras breves que pretenden resumir todo el derecho, haciendo a un lado muchas distinciones, conceptos, y problemas; *ii)* la tendencia naturalista, que lleva a ver las instituciones,

haciendo a un lado el punto de vista jurídico, desde el punto de vista económico y fiscal, por ejemplo, a prescindir del concepto de propiedad y considerar únicamente la posesión; y *iii*) una tendencia moralista que mueve a definir apresuradamente, con olvido de las categorías y razonamiento jurídicos, soluciones conformes con una determinada posición ética (en muchos casos cristiana), por ejemplo la tendencia a favorecer la libertad de los esclavos (*favor libertatis*) o la exaltación de lo que es «más humano» (*humanius est*) o más equitativo, por encima de lo justo.

§ 81. *El problema de la autenticidad de las fuentes.*

En la práctica judicial de la época, los abogados tenían que presentar al juez los libros que contenían las leyes (*leges*) u obras jurisprudenciales (*ius*) que alegaban a su favor. Los libros que presentaban era necesario cotejarlos luego con otros ejemplares para comprobar su autenticidad. Desde fines del siglo III empezó a preocupar el uso de rescriptos falsos. El problema se agravó porque a mediados del siglo III se sustituyó el viejo formato del libro «en rollo» (*volumen*) con el formato del libro por páginas (*codex*), de manejo más fácil, y aprovechando el nuevo formato, se hicieron muchas nuevas ediciones (no oficiales) de los libros jurídicos, sin respetar del todo su texto original, sino abreviándolo y, a veces, adaptándolo a las nuevas necesidades. Se hizo entonces necesario retirar la autoridad a obras apócrifas.

§ 82. *Las «leyes de citas».*

Las diversas disposiciones que dieron los emperadores para quitar autoridad a algunas obras jurídicas fueron posteriormente conocidas como «leyes de citas». Constantino fue el primero que suprimió (año 321) la autoridad de algunas obras dudosas como las «Notas a Papiniano» atribuidas a sus discípulos Paulo y Ulpiano, y además confirmó (año 327) la autoridad de todas las obras de Paulo, y especialmente de las «Sentencias», que en realidad no eran de Paulo. Un siglo más tarde (año 426), el emperador Valentiniano III emitió una «ley de citas», por la que, además de confirmar la desautorización de las «Notas a Papiniano», señalaba que sólo podían alegarse en juicio las obras de cinco juristas tardo clásicos: Papiniano, cuyas opiniones eran definitivas en caso de discrepancias, Paulo, Ulpiano, Modestino y Gayo; posteriormente se corrigió esta ley y se dijo que también eran alegables las



obras de otros juristas que estos cinco citaran, con lo cual se ampliaba el número de obras alegables. El problema de la autenticidad de los libros jurídicos alegables en juicio terminará cuando se publique el Digesto (533), como compilación oficial de los textos jurisprudenciales alegables en juicio.

§ 83. *El Código Teodosiano.*

El emperador Teodosio II hizo una edición oficial de las leyes imperiales de Constantino, sus sucesores y de él mismo, que se llamó «Código Teodosiano», y que fue publicada en 438 para entrar en vigor en el año 439 en las dos partes del Imperio. Éste fue el último cuerpo legal que rigió en ambas partes.

§ 84. *Las fuentes del derecho en Occidente, siglos V y VI.*

Con la caída de Roma el año 476, el rey visigodo Eurico se hizo cargo del territorio que comprendía la Prefectura de las Galias (que aproximadamente era lo que hoy son Francia, España, sur de Alemania y sur de Inglaterra), y publicó un libro jurídico, que contenía fundamentalmente derecho romano vulgar, conocido como «Código de Eurico» (*Edictum Eurici regis*).

En las Galias, en la segunda mitad del siglo V, parece que hubo cierto cultivo del derecho, del cual era una muestra ese código, pero que también dio otros frutos: unas obras llamadas «Interpretaciones» (*Interpretationes*) que contenían comentarios breves a las leyes recopiladas en el Código Teodosiano, a leyes posteriores y a algunas obras jurisprudenciales, como las Sentencias de Paulo.

En el año 506, otro rey visigodo, Alarico II ordenó hacer una amplia colección de obras jurídicas, conocida como «Breviario de Alarico» o «Ley romana de los visigodos» (*Lex Romana Visigothorum*). Pretendía compilar tanto las leyes como las obras jurisprudenciales. De las leyes, contenía el Código Teodosiano, con mutilaciones, y leyes posteriores de Teodosio y de sus sucesores, conocidas como «Novelas Teodosianas y Posteodosianas» (*Novellae Theodosianae et post Theodosianae*). De obras jurisprudenciales presentaba: las Sentencias de Paulo, el Epítome de Gayo (*Epitome Gai*), fragmentos de los códigos Gregoriano y Hermogeniano, y un fragmento de una obra de



Papiniano. Todos estos textos, salvo el epítome de Gayo, venían acompañados de sus respectivas «interpretaciones».

Esta fue la máxima obra jurídica que dio el Occidente en el siglo VI y que se mantuvo como el monumento de Derecho Romano entre los pueblos germánicos, hasta el siglo XII, cuando se inicia la recepción del *Corpus Iuris Civilis*.

#### § 85. *Clasicismo de Oriente, siglos V y VI.*

En Oriente, que siempre había tenido una cultura superior a Occidente, salvo en la ciencia jurídica, floreció, en la primera mitad del siglo V, un cultivo académico del Derecho en las escuelas oficiales de Derecho, primero en Berito (Beirut) y luego en Constantinopla. En esas escuelas se conservaron y estudiaron los libros de la jurisprudencia clásica (en sus ediciones del siglo III), lo que dio lugar a la formación de una tradición bizantina de profesores de derecho, caracterizada por su «clasicismo», es decir su apego o devoción al derecho clásico romano.

#### § 86. *La recopilación ordenada por Justiniano.*

Esta tradición clasicista fue favorecida por el emperador Justiniano, quien ordenó hacer una compilación que recogiera todo el derecho, no sólo las leyes, como había hecho el Código Teodosiano, sino también los textos jurisprudenciales. Los trabajos de compilación recayeron principalmente en varios profesores de derecho, entre los que destacaron Triboniano, Teófilo y Doroteo. Como la intención del emperador era hacer un libro que sirviera, no sólo para la enseñanza, sino para ser alegado ante los jueces, ordenó a los compiladores que seleccionaran bien los textos que iban a incluir y que además los depuraran, es decir que quitaran de ellos las contradicciones que tuvieran y las palabras o frases que resultaran ya anticuadas. Las modificaciones que introdujeron los compiladores, y que la romanística ha logrado detectar, se llaman «interpolaciones».

#### § 87. *El Corpus Iuris Civilis.*

La compilación que ordenó hacer Justiniano consta de tres volúmenes: un libro introductorio destinado a la enseñanza, las «Instituciones»

(*Institutiones*); una antología de fragmentos de libros de los juristas clásicos, el «Digesto» (*Digesta*); y una antología de leyes imperiales, el «Código de Justiniano» (*Codex*).

§ 88. *El Código de Justiniano.*

El primer libro que se publicó fue el Código, en una primera edición del año 529. Para hacerlo se aprovecharon los códigos Gregoriano y Hermogeniano (que conservaban rescriptos de Adriano a Diocleciano), el Código Teodosiano, que compilaba las leyes desde Constantino hasta Teodosio II, y las colecciones de leyes posteodosianas. Después de la publicación de esta primera edición, y mientras duraban los trabajos de compilación del Digesto, Justiniano dio nuevas leyes, algunas sugeridas por el trabajo de los compiladores, en los años 530 y 531, por lo que se hizo una nueva edición (*Codex repetitae praelectionis*) que apareció el año 534 y que es la que se nos conserva. Consta de 12 libros, divididos en títulos, con sus respectivas rúbricas, y éstos divididos en leyes, colocadas, dentro de cada título, por orden cronológico; cada ley va precedida del nombre del emperador que la emitió. La forma de citarlo es por el signo CJ (o la abreviatura CJ.), seguido de los números del libro, título y ley, por ejemplo CJ 2,6,3; se suele añadir, entre corchetes, el año en que fue publicada la ley: CJ 2,6,3 [240]; para mayor precisión conviene anteponer el nombre del emperador que la emitió: Gordiano CJ 2,6,3 [240].

§ 89. *El Digesto.*

El Digesto (*Digesta*) o «Pandectas» (por su nombre griego *pandectai*) es la parte más importante de la compilación de Justiniano. Se publicó el año 533. Recoge una buena parte de las obras de los juristas de la etapa clásica central pero sobre todo de las de los juristas de la etapa clásica tardía. Está dividido en 50 libros, y éstos en títulos, con sus propias rúbricas. Los títulos se componen de párrafos, que corresponden a fragmentos de libros jurídicos; cuando los párrafos son largos se subdividen en párrafos. Al principio de cada párrafo se indica el nombre del jurista y del libro de donde proviene el fragmento. Se cita por el signo D (o la abreviatura D.), seguida del número del libro, título, párrafo y, cuando existe, parágrafo. Por ejemplo D 4,10,1,1. Para mayor precisión conviene anteponer el nombre del jurista y del libro de donde

procede el fragmento, por ejemplo Papiniano, libro 1 de las respuestas, D 4,10,1,1.

§ 90. *Las Instituciones de Justiniano.*

Las Instituciones se publicaron el mismo año que el Digesto, el 533. Consta de cuatro libros y se funda en las Instituciones de Gayo, que a veces transcribe casi textualmente. Fueron el libro de texto para el primer curso de la carrera de Derecho. Se dividen en libros, títulos y párrafos, y se citan con el signo I o II (o las abreviaturas I. o II.) seguidas de los números de libro, título y párrafo.

§ 91. *Las «Novelas».*

En la Edad Media se agregaron a estos libros una colección de 168 leyes posteriores, 161 de Justiniano, 4 de Justino y 3 de Tiberio II, llamada «Novelas» (*Novellae*). Casi todas estaban escritas en Griego y son de poco interés para el derecho privado.

§ 92. *La evolución del derecho en Oriente, después de la compilación de Justiniano.*

Al quedar publicada (534) la compilación, Justiniano, queriendo que fuera una obra definitiva, que debía conservarse inalterada, prohibió que se comentara y amenazó con castigar como falsificadores a quienes lo hicieran. Sin embargo, los comentarios aparecieron bien pronto. A uno de los compiladores, a Teófilo, se le atribuye una explicación o *Paraphrasis* griega de las Instituciones de Justiniano. En los años posteriores aparecieron muchos comentarios a los tres libros, que fueron luego recogidos por un compilador anónimo y posteriormente añadidos a una nueva edición, en Griego, de la compilación justiniana que hizo el emperador bizantino León el Filósofo (886-911), denominada los «Basilícos». Esta evolución corresponde ya a la historia del Derecho Bizantino, que es la tradición propia también del mundo eslavo.

## SEGUNDA PARTE:

### EL PROCEDIMIENTO DE LAS ACCIONES

#### §93. *Introducción a esta parte.*

El derecho creado por los juristas romanos es una doctrina para resolver los conflictos conforme a criterios objetivos y racionales, que permiten definir lo que es suyo de cada quien en una relación concreta, es decir lo que es justo en cada caso concreto. La determinación de lo justo se hace por medio de un juicio, pronunciado por un juez independiente. Por eso los juristas afirman que el derecho consiste en juicios.

Para conocer el derecho romano es preciso conocer qué juicios pueden hacerse: quiénes los pueden iniciar, contra quiénes, cómo se inician, se plantean y se desarrollan, qué efectos tiene el juicio, etcétera.

Aunque el juicio lo dicta un juez, para que pueda tener lugar es necesario que una persona tome la iniciativa y realice una serie de actos con ese fin. Ese conjunto de actos es lo que constituye la «acción».

En el derecho romano, para conocer la posición jurídica que tienen las personas en sus diferentes relaciones, lo importante no es conocer, como se hace hoy, cuáles son sus derechos y obligaciones, sino precisar quién tiene acción y contra quién. «Tener acción» equivale a «tener derecho», y «estar sujeto por una acción» corresponde a «estar obligado».

Por esto, es conveniente iniciar el estudio del derecho romano con el estudio del conjunto de actos que deben realizarse para que el juez pronuncie su juicio o sentencia, o, en otras palabras, con el estudio del procedimiento de las acciones.

## V. EL JUICIO PRIVADO.

### § 94. *La acción.*

Para que se dé un juicio, es necesario que la persona interesada tome la iniciativa y acuda ante el magistrado para pedirle que se haga un juicio con el fin de resolver una determinada controversia. Esta actividad de solicitar la instauración de un juicio se designa con la expresión «pedir acción» (*postulare actionem*). El magistrado tiene la facultad de «dar o negar la acción» (*dare, denegare actionem*). Si da la acción tendrá lugar el juicio que resuelva definitivamente la controversia.

Quien toma la iniciativa es el «actor» o «demandante»; aquél contra quien se pide la acción es el «demandado»; la materia que se juzga es el «litigio» (*lis*) o «causa».

### § 95. *Juicios privados y juicios públicos.*

Los juicios que interesaban a los juristas en época clásica eran los juicios privados. Estos son juicios que se refieren a una materia privada: las relaciones patrimoniales que se dan entre personas privadas, y que se resuelven por medio de la sentencia de un juez, que es también una persona privada y no un funcionario público.

En estos juicios interviene, en su inicio, el pretor con el fin de encausar el litigio. Él puede admitir o rechazar la acción, y si la admite prepara la controversia para que un juez la decida. El juicio tiene así dos partes: una primera ante el magistrado que prepara el juicio, y la segunda ante el juez que decide la controversia.

Distintos son los juicios públicos que se refieren a asuntos políticos, criminales o fiscales. Estos se llevaban, no ante jueces privados, sino ante tribunales públicos, especialmente constituidos. La materia de estos juicios era ajena al *ius* de los juristas.

§96. *El procedimiento de los juicios privados.*

Los juicios se realizan conforme a un «procedimiento», es decir de acuerdo con un orden y secuencia. El procedimiento para realizar los juicios es una parte esencial del orden jurídico, a tal grado que los cambios sustanciales en el procedimiento son signos de cambios igualmente importantes en todo el orden jurídico. En la historia del Derecho Romano se pueden distinguir tres tipos diferentes de procedimiento que corresponden a las tres grandes épocas en que aquella se divide. En la época arcaica los juicios se siguen conforme al procedimiento de las «acciones de la ley»; en la época clásica, conforme al procedimiento «formulario», y en la época posclásica según el procedimiento «cognitorio».

§ 97. *El procedimiento de las acciones de la ley.*

En la época arcaica las acciones o juicios tenían que ajustarse a lo que estaba prescrito en las leyes (principalmente en la Ley de las XII Tablas), por lo cual se les llamó «acciones de la ley» (*legis actiones*).

Poco se sabe de estas acciones, pero su número debió de ser reducido. El procedimiento consistía principalmente en declaraciones formales, que tenían que cumplirse puntualmente.

La más antigua parece haber sido la *legis actio sacramento in rem* (acción de la ley respecto del juramento sobre una cosa). Servía para que el propietario pudiera reclamar una cosa suya a quien la tuviera. El actor tenía que declarar formalmente (originalmente parece haber sido un juramento) que una determinada cosa era suya, y depositar una cantidad de dinero como apuesta de que su declaración era verídica; el demandado hacía lo mismo. El juicio consistía en decidir cuál de las dos declaraciones era la verdadera. Quien ganaba, se apoderaba de la cosa y recuperaba su apuesta; el otro, perdía la apuesta a favor del erario público o del templo.

Hubo otra acción denominada *manus iniectio* (apoderamiento), que servía para que el acreedor se apoderara de la persona de un deudor que no pagaba. Parece ser que esta acción luego se convirtió en una forma de ejecución, es decir de cumplimiento coactivo, que seguía a un juicio, fundado en las

declaraciones formales sobre la existencia de una deuda (*sacramentum in personam*), en el cual se había demostrado el incumplimiento del deudor.

Una acción más progresiva para reclamar contra un deudor, también contemplada en la Ley de las XII Tablas, fue la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (acción de la ley para pedir un juez o árbitro). Se daba para exigir el cumplimiento de una deuda de dinero, nacida de una promesa formal (*sponsio*) o para pedir la división de una herencia. El actor tenía que declarar formalmente su pretensión ante el magistrado y el demandado, y si éste no la satisfacía, entonces se procedía a nombrar un juez, o un árbitro, si es que era necesario valorar alguna cosa en dinero. Con esta acción se introduce la división del procedimiento en dos etapas, una ante el magistrado y la siguiente ante el juez.

Por medio de la ley Silia (s. III a.C.) se introdujo una nueva acción llamada *legis actio per condictionem* (acción de la ley para una citación o emplazamiento). Se daba para reclamar el pago de deudas de dinero de cantidad cierta o determinada, pero luego se admitió para deudas de cantidad cierta de cualquier otro género (vino, trigo, etc.). Con ella el actor declaraba la cantidad que se le debía, sin tener que señalar la causa por la cual se había generado la deuda, y si el deudor no reconocía la deuda, lo citaba o emplazaba a los treinta días para elegir un juez que resolviera el conflicto. La gran ventaja de esta acción era que no se indicaba la causa por la que se había originado la deuda, lo que permitía utilizar la acción para deudas de cantidad cierta provenientes de promesas, delitos, préstamos o de cualquier otra causa.

#### § 98. *Introducción del procedimiento formulario.*

Hacia el año 130 a.C. se publicó la ley Ebuca que admitió una nueva manera de proceder en los juicios de reclamación de deudas de objeto cierto. En vez de la declaración oral del actor y del emplazamiento para elegir un juez, se admitió que el actor y el demandado convinieran un breve escrito o «fórmula», en el cual indicaban el nombre del juez que resolvería el conflicto y le daban la instrucción de condenar al demandado a la cantidad de dinero exigida por el actor (o a la cantidad de dinero equivalente si se reclamaba otra cosa), si resultaba demostrada la existencia de la deuda.

Este modo de proceder resultaba más ágil, pues no hacía falta cumplir las formalidades rígidas de las acciones de la ley, y además con la ventaja de la flexibilidad de poder acordar una fórmula que se ajustara a cada caso concreto.

La ley Ebucia autorizó como legítimos los juicios con fórmula escrita sólo para las reclamaciones de deudas de cantidad cierta. Otro tipo de reclamaciones, como las de una cosa específica o las de una cantidad incierta no podían ser tramitados con fórmula escrita en juicios legítimos.

El pretor podía establecer juicios que no estaban previstos en las leyes, a los cuales se designaba como «juicios imperiales» por estar fundados en el imperio del pretor. Dada la conveniencia del procedimiento por fórmula escrita, el pretor fue admitiendo juicios con fórmula escrita para otro tipo de reclamaciones, con lo cual se fueron sustituyendo, poco a poco, las antiguas acciones de la ley.

Finalmente, la ley Julia de juicios privados (a. 17 a.C.) y la ley Flavia municipal de Augusto, reconocieron la legalidad del nuevo procedimiento por fórmula escrita para todo tipo de reclamaciones, por lo que desaparecieron las acciones de la ley, salvo para algunas reclamaciones específicas.

El procedimiento formulario se introduce con la ley Ebucia el año 130 a.C. y coexiste con el antiguo procedimiento durante más de un siglo, hasta que finalmente se convierte en el procedimiento ordinario con la expedición de las citadas leyes de Augusto. Este es el procedimiento propio de la época clásica.

Con el establecimiento del régimen político del Principado, inicia un nuevo modo de tramitar los juicios, conocido como «procedimiento cognitorio», y caracterizado porque lo desahoga, de principio a fin, un juez que es un funcionario público. Comienza siendo un procedimiento extraordinario, en competencia con el procedimiento ordinario por fórmulas, pero su participación irá aumentando hasta llegar a ser, ya en el siglo tercero, y luego durante toda la época posclásica, el prevaleciente.



En este curso se estudiará el procedimiento propio de la época clásica, el procedimiento formulario, y finalmente se hará una descripción general del procedimiento cognitorio.

## VI. LAS FÓRMULAS.

### § 99. *Introducción.*

El procedimiento formulario se caracteriza por estar dividido en dos etapas. La primera se realiza ante el pretor y es llamada etapa *in iure*. El objeto de esta etapa es que las partes, guiadas por el pretor, lleguen a convenir una fórmula escrita en la cual queda planteado el litigio y se nombra al juez que va a resolverlo. La segunda etapa, llamada *apud iudicem* porque se verifica ante el juez, tiene como finalidad que el juez reciba y valore las pruebas que presenten las partes y dicte la sentencia, que puede ser de absolver o de condenar al demandado.

En este procedimiento la fórmula convenida por las partes define lo que el juez tiene que conocer y la condena que puede dictar. Es por eso la pieza central de todo el procedimiento, por lo que el estudio de éste se inicia con el análisis de la fórmula.

### § 100. *Concepto de la fórmula.*

La fórmula es simplemente una frase escrita en la cual se dan las instrucciones al juez que va a juzgar el caso. Todas las fórmulas tienen una misma estructura: plantean una hipótesis y la consecuencia que se sigue si queda demostrada o si no lo queda (*si paret... condemna, si non paret, absolve*). Por ejemplo, “si resulta que el actor es propietario, tu juez condena al demandado a pagar lo que la cosa vale, si no resulta, absuelve”; o “si resulta que compró una mercancía, tú, juez, condena a que pague una cantidad de dinero equivalente al interés del actor en que hubiera pagado oportunamente el precio, si no resulta, absuelve; o “si resulta que debe mil sestercios, tú, juez, condena a que los pague, si no resulta, absuelve”. Gracias a la fórmula, el juez

que la recibe sabe exactamente lo que tiene que averiguar, esto es si se comprueba o no la hipótesis planteada, y a qué puede condenar.

### § 101. *Tipicidad de las fórmulas.*

Para cada relación jurídica típica existe una fórmula propia. Hay, por ejemplo, una fórmula para que el propietario exija una cosa suya de quien la posee; otra fórmula para que quien prestó una cantidad de dinero exija que se le devuelva una cantidad igual; otra para que el vendedor pueda exigir el precio; otra para que el comprador pueda exigir la mercancía, y así para cada relación jurídica hay una fórmula típica. Por eso, para conocer la posición que tienen las partes en cualquier relación jurídica es necesario conocer la fórmula de la acción correspondiente.

Las fórmulas estaban publicadas en el Edicto del pretor, de modo que quien quería ejercitar una acción tenía que elegir una de las fórmulas admitidas por el pretor, o convencer al pretor de la oportunidad de dar una acción con una fórmula nueva que no estaba prevista en el Edicto.

Las fórmulas típicas no son fijas y pueden modificarse y adaptarse a cada caso concreto. Por ejemplo, si un propietario quiere reclamar que el poseedor le restituya una cosa, que el poseedor dice que es suya, entonces el actor y el demandado podrían convenir una fórmula en la que se dijera: “si resulta que el actor es propietario, a no ser que el demandado haya adquirido la propiedad, tú, juez, condena a lo que la cosa vale, si no, absuelve”.

### § 102. *Partes de la fórmula.*

Todas las fórmulas tienen al menos dos partes esenciales: la *intentio*, que contiene la hipótesis que el actor debe probar, y la *condemnatio*, que señala cómo debe fijarse la condena. En algunas acciones, la *intentio* contiene otra parte llamada *demonstratio*, que aclara la pretensión del actor; y en otras, la *condemnatio* va acompañada de una *adiudicatio*, que permite al juez hacer adjudicaciones de derechos a favor de las partes. Además de esas partes ordinarias, las fórmulas pueden tener otras partes adicionales: la *praescriptio* y la *exceptio*.

§ 103. *La intentio de la fórmula.*

La *intentio* es la parte de la fórmula (es decir una frase de la misma) en la que se indica el derecho que pretende el actor, por ejemplo, que es propietario, que se le debe una cantidad, que se le deba una cosa, etcétera. Considerando su *intentio*, las acciones se clasifican en: de objeto cierto y de objeto incierto, reales y personales, causales y abstractas, civiles y pretorias.

§ 104. *Acciones de objeto cierto o de objeto incierto.*

La *intentio* es de objeto cierto o determinado cuando el actor reclama una cantidad de cosa genérica, por ejemplo 1000 sestercios, o cuando reclama una cosa específica, como un terreno o un esclavo. Es de objeto incierto o indeterminado cuando reclama todo lo que le deben, sin determinarlo en concreto, por causa de un determinado negocio, por ejemplo cuando reclama todo lo que le deben por causa de una promesa o de un contrato.

§ 105. *Acciones reales y acciones personales.*

Cuando se reclama con una acción de objeto cierto, puede ser que se reclame una cosa específica de cualquier persona que la tenga, o se reclame algo cierto de una persona determinada. Por eso las acciones de objeto cierto se dividen en acciones reales (*acciones in rem*), por las que el actor reclama una cosa, de modo que en la *intentio* se indica el derecho (de propiedad, usufructo o servidumbre u otro) que el actor afirma tener sobre esa cosa.; y acciones personales (*acciones in personam*), por las que reclama algo cierto de una persona determinada que es la obligada a darlo, por lo que en la *intentio* se indica la cantidad o cosa que el actor reclama y el nombre del demandado.

En esta diferencia en el modo de redactar la *intentio* de las acciones de objeto cierto está prefigurada la importante división entre derechos reales (exigibles de cualquier persona que impida o niegue el derecho sobre una cosa) y derechos personales (exigibles solo respecto de una persona determinada).

§ 106. *Acciones abstractas y acciones causales.*

Cuando se reclama un objeto cierto, la *intentio* indica simplemente la cosa que se reclama y el nombre del deudor de la misma, pero no hace falta poner en la

fórmula cuál es la causa (promesa, contrato, préstamo) por la cual se debe esa cosa. Por eso se dice que la fórmula de la acción de objeto cierto es «abstracta» o que no requiere indicación de causa.

Las acciones de objeto incierto son siempre acciones personales. Como no se sabe con certeza qué o cuánto es lo que el demandado debe, es necesario que la *intentio*, donde aparece el nombre del demandado, se complementa con una frase o cláusula previa, llamada *demonstratio*, en la que se indica la causa de la deuda. Por ejemplo, si uno prometió, sin indicar una cantidad precisa, que daría el precio que recibiera por la venta de una cosecha, en la *intentio* de la fórmula de la acción correspondiente el actor pediría que le pague lo que le debe por causa de esa promesa; si le debía por causa de un contrato, pediría que le pague lo que le debe por ese contrato, y así en los demás casos en que se reclame un objeto incierto. Si no se indicara la causa de la deuda de objeto incierto en la *intentio*, el juez no sabría qué hacer. Por esta necesidad de expresar la causa en la *demonstratio* se afirma que las acciones de objeto incierto son «causales».

#### § 107. *Pérdida de la acción por petición excesiva (pluris petitio).*

Una diferencia práctica importante entre las acciones con *intentio* de objeto cierto y las que tienen *intentio* de objeto incierto, es que en las primeras el actor puede perder la acción cuando pide más de lo que se le debe realmente, en otras palabras cuando incurre en petición excesiva (*pluris petitio*). Que pierda la acción significa que pierde el juicio y que ya no puede volver a demandar por el mismo caso.

La pérdida de la acción es una consecuencia lógica de la fórmula de *intentio* cierta. En esta fórmula el juez recibe la instrucción de condenar si resulta probado que el deudor debe una cantidad determinada, digamos mil sestercios. Si al examinar las pruebas el juez encuentra que el demandado debe sólo novecientos, entonces, como no resultó probado que debía mil, la fórmula le indica que absuelva. Lo mismo ocurre si el juez encuentra demostrado que el deudor debe mil doscientos: tiene que absolverlo, porque su instrucción es de condenar si resulta probado que debe mil. Evidentemente que en las acciones con fórmula de objeto incierto no hay este riesgo.

La petición puede ser excesiva por varios aspectos. Puede serlo en relación al objeto mismo que se reclama (*pluris petitio re*), o al tiempo, si se reclama antes (*p.p. tempore*), o al lugar, si se reclama en lugar distinto (*p.p. loco*), o cuando el actor reclama una cosa cierta siendo que el deudor tiene el derecho de elegirla entre varias, por ejemplo entre una cantidad de dinero o un esclavo, o de elegirla de entre un género, por ejemplo elegir diez botellas del vino de su cosecha (*p.p. causa*); en estos casos, el actor, al reclamar una cosa determinada, pretende privar al deudor de su derecho a elegir o especificar.

§ 108. *La condemnatio de la fórmula.*

Es la parte de la fórmula en la que se manda al juez que condene. En el procedimiento formulario la condena es siempre pecuniaria, es decir es una condena a pagar una cantidad determinada de dinero. Si el actor, por ejemplo, reclama que le paguen mil sestercios, la *condemnatio* le ordenará al juez a condenar a pagar esos mil sestercios. Cuando lo que reclama el actor no es dinero, entonces en la *condemnatio* se le ordenará al juez que determine cuánto dinero vale lo que el actor reclama, es decir le ordena que haga una estimación del litigio (*litis aestimatio*) y condene a la cantidad que estime.

§ 109. *La cláusula arbitraria.*

Hay acciones en las que el actor puede tener más interés en que el demandado le dé o exhiba una cierta cosa que en el pago de su valor. Por ejemplo, cuando el propietario reclama que el poseedor le restituya una obra de arte, o cuando el que prestó una cosa para que otro la usara gratuitamente (comodato) pide que le devuelva la cosa prestada. En estas y otras acciones, la *condemnatio* tiene una «cláusula arbitraria», es decir una frase en la cual se le indica al juez que condene sólo si el demandado no restituye o exhibe la cosa, de modo que el demandado sabe que saldrá absuelto si la restituye o exhibe antes de que el juez dicte la sentencia. Y para mover al demandado a restituir o exhibir, en estas acciones el juez pide al actor que declare, mediante juramento lo que la cosa vale para él (*iusiurandum in litem*), por lo que podrá añadir el valor afectivo o de utilidad específica que esa cosa tenía para él, y el juez condenará a pagar ese valor, evidentemente superior al valor de mercado de la cosa. En las acciones con cláusula arbitraria, el demandado sabe que si restituye la cosa

sale absuelto, pero si prefiere conservarla tendrá que pagar por ella un valor exagerado.

§ 110. *Limitación a la condena (taxatio).*

En algunas acciones el pretor introduce en la fórmula un límite (*taxatio*) al monto de la condena que el juez puede fijar. Por ejemplo, señala que la condena, cuando se demanda a un hijo de familia, no puede exceder el valor del peculio, o conjunto de bienes paternos, que el mismo hijo administra; en otros casos, el límite es el lucro que haya obtenido el demandado a causa del negocio que se discute, o el límite de su solvencia actual.

§ 111. *Codena a lo que es «bueno y justo».*

En otras, el juez recibe en la fórmula una instrucción de condenar a lo que sea «bueno y justo» (*bonum et aequum*), como sucede en las acciones derivadas de los contratos o acciones «de buena fe», lo cual le permite hacer una valoración más libre.

§ 112. *Condena y división de cosa (adiudicatio).*

Cuando el litigio tiene que ver con la división de una cosa común, como cuando se trata de dividir una copropiedad entre los condueños o una herencia entre los herederos, es decir cuando se ejerce una acción divisoria, en la *condemnatio* se incluye una cláusula (*adiudicatio*) por la que el pretor faculta al juez a adjudicar la propiedad u otros derechos reales sobre la cosa en litigio a los contendientes. En estos casos el juez tiene que decidir qué derechos adjudica a cada una de las partes, pero también tiene que condenar a pagar una cantidad pecuniaria, que sirva para complementar la división, por ejemplo condenando al litigante a quien se adjudicó una parte mejor, como podría ser la parte de un terreno que colinda con un camino, a que pague una cantidad de dinero al litigante que recibió otra parte de menor valor.

§ 113. *Partes esenciales y accidentales de las fórmulas.*

Las fórmulas siempre tienen *intentio* y *condemnatio*. Pueden tener otras partes a petición de los litigantes: la *praescriptio* y la *exceptio*.

§ 114. *La prescripción (praescriptio) o delimitación de la pretensión del actor.*

La *praescriptio* es una cláusula que se introduce a petición del actor y que sirve para limitar el alcance de su pretensión. Por ejemplo, cuando se reclama el pago de una deuda de diez mil sestercios, que se convino pagar en diez pagos mensuales, de los cuales sólo han vencido los tres primeros, el actor en la *intentio* se refiere a una deuda por diez mil, pero en la *praescriptio* aclara que sólo reclama los pagos que se hubieran vencido. De esta manera evita el riesgo de hacer una petición excesiva, con la consecuencia de perder el litigio y la acción.

§ 115. *La excepción.*

La *exceptio* es una cláusula que, en cambio, se introduce a petición del demandado. En ella se expresa un hecho que anula la pretensión que el actor indicó en la *intentio*. Suele la excepción ir precedida de la frase «a no ser que» (*nisi*). Por ejemplo, si el actor reclama como suya una cosa que vendió al demandado, en la *intentio* se diría «si resulta que el actor es propietario civil de cierta cosa», y seguiría luego la *exceptio* «a no ser que la hubiera vendido y entregado» al demandado. El efecto de la excepción es hacer que el demandado salga absuelto si prueba el hecho que la constituye.

Las excepciones más comunes son la de pacto (*exceptio pacti*) en las cuales se hace referencia a un convenio lícito que hubieran hecho las partes acerca del asunto debatido, como el pacto de fijar un plazo para el pago, o el pacto de no demandar, o el pacto de entregar en determinado lugar, etcétera. Es también muy usada la excepción de dolo (*exceptio doli*), en la cual se hace referencia a un comportamiento doloso del actor antes de demandar o incluso en el mismo acto de demandar.



La excepción que opone el demandado puede ser rebatida por una réplica (*replicatio*) por parte del actor, por ejemplo que el pacto al que se refiere la excepción opuesta por el demandado fue obtenido mediante dolo. A la réplica del actor puede sobrevenir una nueva excepción por parte del demandado, y a ésta otra nueva por parte del actor (*triplicationes*).

### § 116. *Acciones civiles y acciones pretorias.*

El pretor en su edicto anunciaba las fórmulas de las acciones civiles, es decir de aquellas que derivaban de la ley de las XII Tablas y de leyes posteriores. Para complementar el Derecho civil el pretor fue otorgando, con base en su *imperium*, nuevas acciones y creando las correspondientes fórmulas. Estas acciones se llaman genéricamente «acciones pretorias» porque fueron creadas por los pretores, pero como hay algunas acciones que fueron creadas por otros magistrados, los ediles curules, se agrupan las acciones que unos y otros crearon con el nombre de «acciones honorarias»

Las acciones honorarias se pueden clasificar, considerando las características de sus correspondientes fórmulas, en tres tipos: «acciones útiles» o con ficción; «acciones con transposición de personas», y «acciones *in factum*» o por razón de un hecho.

### § 117. *Acciones útiles.*

Las acciones útiles o con ficción son aquellas cuya fórmula ordena al juez que haga una ficción, es decir que dé por existente un hecho inexistente, o que dé por inexistente un hecho existente. La finalidad de la ficción es obtener un resultado justo, que no podría obtenerse con el régimen del Derecho Civil. Por ejemplo, si alguien cometía un daño en una cosa ajena, el propietario por derecho civil podía ejercitar la acción de la Ley Aquilia para exigir el pago de una cantidad que incluía la reparación del daño y una pena por haberlo cometido; el pretor considera que debe darse la acción también a los usufructuarios, es decir personas que tenían un derecho vitalicio de usar y disfrutar una cosa sin ser propietarios, y para este fin, cuando un usufructuario



quiere reclamar con dicha acción, el pretor, en la fórmula de la acción correspondiente, ordena al juez que finja que el usufructuario es propietario, de modo que el juez condenará al demandado si el actor logra probar que hubo daño y que él es usufructuario. En otra acción útil (la acción Publiciana) se finge que el poseedor de buena fe poseyó el tiempo necesario para adquirir la propiedad, con lo cual él, como si fuera propietario civil, puede recuperar la cosa de cualquier otro poseedor que la tenga. En otra, se finge que el comprador de una herencia es heredero, con lo cual tiene acciones, como las tendría el heredero, para cobrar lo que se deba a la herencia, y así en muchos otros casos.

§ 118. *Acciones rescisorias.*

Un tipo especial de acciones con ficción son las acciones rescisorias, por las cuales se deshacen los efectos jurídicos de un acto injusto. Por ejemplo, cuando alguien vende una finca por haber sido amenazado, puede pedir al pretor que le proteja. Si el pretor ve fundada la petición, entonces emite un decreto por el cual considera que tal hecho lo tendrá como no realizado; tal decreto se llama *in integrum restitutio* y su efecto es simplemente que quien lo solicitó queda restituido en la situación jurídica que tenía antes de la realización del acto injusto. Para poder recuperar lo que hubiera perdido, el interesado tendrá que ejercer la acción que tenía antes del acto impugnado, en el ejemplo sería la acción reivindicatoria, en cuya fórmula el pretor ordenaría al juez que fingiera que la venta impugnada no se había realizado. En todas las acciones rescisorias se introduce la ficción de que no tuvo lugar el acto impugnado.

§ 119. *Acciones con transposición de personas.*

Las acciones con transposición de personas son aquellas en cuya fórmula aparece el nombre de una persona, actor o demandado, en la *intentio*, y el nombre de otra en la *condemnatio*. Esto lo hizo el pretor para permitir que una persona que actúa a nombre de otra, como actor o demandado, reciba los efectos favorables o desfavorables de la sentencia. Por ejemplo, cuando un hijo de familia, con autorización de su padre, recibe una cantidad de dinero prestada, quien prestó puede reclamar el pago al padre con una acción en cuya fórmula se dice que si el hijo recibió en préstamo esa cantidad, el juez

condene al padre a que la pague; la transposición de personas sirve para que el padre responda aunque el demandado sea el hijo. Algo semejante ocurriría si el hijo prestó la cantidad con autorización del padre, entonces éste tendría una acción para reclamar la cantidad prestada, en cuya fórmula se diría que si el demandado debe esa cantidad al hijo, que el juez condene al demandado a que se la pague al padre.

§ 120. *Acciones in factum*.

c) Las acciones por el hecho o *in factum* son aquellas que da el pretor en atención a un hecho que considera necesario reprimir. El fundamento de estas acciones no es un derecho que alega el actor, sino la existencia de un hecho que le ha perjudicado; por eso se distinguen las acciones *in factum* de todas las demás acciones, civiles o pretorias, que por fundarse en un derecho se llaman acciones *in ius*. Al no fundarse en un derecho, estas acciones no tienen propiamente una *intentio*, sino una cláusula donde se indica la existencia del hecho (*nominatio facti*) que se pretende reprimir. Hay muchas de estas acciones, como la que se dio en contra de quien no devuelve una cosa que se le prestó para usarla temporalmente (*a. commodati*), o contra el acreedor que no devuelve la prenda una vez que le fue pagada la deuda (*a. pigneraticia in personam*), o contra quien injuria a una persona libre (*a. iniuriarum*).

## VII. LA JURISDICCIÓN DEL PRETOR

### § 121. *Las facultades de la jurisdicción.*

El pretor ejerce sus facultades mediante decisiones concretas imperativas que se llaman decretos (*decreta*).

La principal facultad de la jurisdicción pretoria es la de dar o negar la acción (*dare, denegare actionem*). Con esto él decide qué casos merecen protección jurídica y cuáles no. También puede dar o negar la excepción que solicita el demandado. Gracias a este poder, el pretor puede dirigir la discusión entre las partes, advirtiéndole que no dará la acción si el actor no acepta la excepción, o viceversa, a fin de que convengan una fórmula redactada del modo que a él le parezca conveniente.

Además de esa facultad (*dare*), la jurisdicción del pretor incluye otras dos que se conocen con las palabras «declarar» (*dicere*) y «adjudicar» (*addicere*). *Dicere* se refiere a las declaraciones que hace el magistrado para la buena marcha del litigio, como la de atribuir la posesión interina de la cosa en litigio a una de las partes, o la de ordenar que se entregue al actor la cosa mueble reclamada cuando el demandado no se defiende en juicio. *Addicere* indica la facultad de atribuir la propiedad o derechos reales a las partes de un litigio; esta facultad la ejerce el pretor él mismo, por ejemplo cuando en su presencia el demandado reconoce (mediante una *confessio in iure*) que el actor es el propietario de la cosa, y entonces el pretor atribuye esa propiedad al actor, o puede ejercitarla por medio del juez cuando, en la fórmula de una acción divisoria (concretamente en la *adiudicatio*), se le faculta para hacer atribuciones de la propiedad u otros derechos a favor de las partes.

### § 122. *Estipulaciones pretorias.*

Otro medio que tiene el pretor para llevar a buen término el proceso, es exigir a las partes que se obliguen entre sí, mediante estipulaciones o promesas, para prevenir perjuicios eventuales. Por ejemplo, pide que el demandado prometa pagar una cantidad de dinero al actor en caso de que no comparezca a juicio; o pide al actor que prometa pagar una cantidad al demandado en caso de que se

demuestre que litigó sin fundamento. Estas estipulaciones o promesas suelen ir garantizadas con fiadores. Si bien obligan a las partes entre sí, se les llama «estipulaciones pretorias» porque es el pretor quien exige a las partes que las hagan, coaccionándolas indirectamente con la negación de la acción o de la excepción y, a veces, con el embargo de todos sus bienes.

§ 123. *Otros recursos fundados en el imperium del pretor.*

Además de las facultades jurisdiccionales, el pretor, por ser magistrado, está dotado de *imperium*, por lo que tiene otros recursos imperativos para solucionar las controversias. Los más importantes son los decretos de «restitución total» (*in integrum restitutio*), los interdictos (*interdicta*) y la puesta en posesión del patrimonio de otra persona (*missio in possessionem*).

§ 124. *La restitución total (in integrum restitutio).*

La restitución total o *in integrum restitutio* es un decreto que da el pretor por el que anula los efectos jurídicos de un acto que considera injusto y lo tiene como no realizado. Las causas por las cuales concede la restitución son: *i*) la intimidación (*metus*); *ii*) el engaño (*dolus*); *iii*) la pérdida de capacidad jurídica (*capitis deminutio*) por arrogación (especie de adopción de un *sui iuris*, que pierde su capacidad propia y queda sujeto a la potestad del adoptante), o por un matrimonio que somete a la mujer a la potestad del marido (matrimonio *cum manu*); *iv*) un negocio con un menor de veinticinco años; *v*) la ausencia; *vi*) el error; *vii*) la enajenación de una cosa litigiosa; *viii*) otros casos en que le parezca conveniente al pretor.

El decreto del pretor permite que el interesado pueda recuperar lo que perdió por el acto impugnado. Para eso puede ejercer una acción rescisoria, que es una acción en cuya fórmula se finge que no tuvo lugar el acto impugnado; o puede defenderse mediante una excepción, si, por ejemplo, el acto impugnado fue una promesa de pagar una cantidad de dinero, de modo que cuando el acreedor quiera exigir el pago, se le podrá oponer la excepción de que tal promesa fue desconocida por el pretor.

§ 125. *El embargo del patrimonio* (missio in possessionem).

La puesta en posesión del patrimonio de otra persona (*missio in possessionem*) es una especie de embargo, por lo general sobre todos los bienes de una persona. Sirve al pretor como un medio coactivo para preservar ciertos derechos. Por ejemplo, el pretor amenaza con decretarla en contra del que fue citado a juicio y se niega a dar la promesa de comparecer ante el pretor; o la decreta en contra de quien se niega a pagar espontáneamente la sentencia dictada en su contra. El efecto de este decreto es que la parte en cuyo favor se expide (el *missus in possessionem*) entra en posesión de los bienes.

§ 126. *Los interdictos*.

El interdicto (*interdictum*) es otro decreto que expide el pretor con el objeto de solucionar rápidamente un conflicto, favoreciendo las situaciones aparentemente jurídicas, mantener así la paz y seguridad en las relaciones privadas, y evitar que se perturbe la paz pública. Por ejemplo, cuando alguien hace una obra en la vía pública que impide el uso de la misma, el pretor, a petición de cualquier interesado, expide un interdicto por el que ordena a quien la hizo que la deshaga; el pretor no averigua si quien hizo la obra tenía derecho a hacerla, quizá por tener una concesión, o no tenía derecho, simplemente protege la apariencia jurídica de que los bienes públicos son para uso público; o si el poseedor de una finca es expulsado violentamente de ella por un grupo de hombres armados, puede pedir al pretor que dé un interdicto que ordene a los despojadores que restituyan la finca a quien la poseía; el pretor no averigua si el poseedor tenía derecho o no a poseer esa finca, simplemente protege la posesión pacífica frente a un ataque violento. La cuestión sobre el derecho, que en los ejemplos sería si existía una concesión o un derecho para poseer, no se prejuzga por la expedición del interdicto y podrá discutirse en el juicio correspondiente.

§ 127. *Clasificación de los interdictos*.

Todo interdicto contiene una orden, pero ésta puede ser una prohibición (interdicto prohibitorio), una orden de restituir (i. restitutorio) o de exhibir alguna cosa (i. exhibitorio). Las fórmulas de los interdictos estaban publicadas en el Edicto del pretor.

Por lo general, en todos los interdictos interviene una persona como solicitante y otra como demandado, por lo que se clasifican como interdictos « simples». Pero hay algunos interdictos que son «dobles», porque las dos partes son a la vez solicitantes y demandados, por ejemplo, cuando uno afirma que el vecino le está estorbando la posesión de su finca porque ha arado en una parte de ella, y pide al pretor que dé un interdicto por el que le prohíba que haga eso: pero el vecino puede afirmar que es a él a quien le están molestando en su posesión porque le impiden arar en una parte de ella, por lo que él quiere el interdicto para que se prohíba que le impidan arar.

§ 128. *La orden del interdicto como una «orden hipotética».*

La orden que contiene el interdicto es impersonal, pues no se refiere por su nombre a las personas interesadas, sino que llama en tercera persona (él) a quien solicitó el interdicto y en segunda (tú) a quien se dirige. Por ejemplo, podría decir «de donde tú lo has expulsado violentamente, te ordeno lo restituyas». Esta peculiaridad de estilo impersonal de la fórmula, permite que aquel a quien se dirige el interdicto considere que la orden no le atañe, por ejemplo, por no ser él quien expulsó violentamente, o no ser él quien perturba la posesión del otro. Por eso se ha dicho que el interdicto contiene una orden «hipotética».

§ 129. *La acción por incumplimiento del interdicto (actio ex interdicto).*

Si la orden interdictal no se cumple, el interesado puede iniciar una acción, llamada «acción por el interdicto» (*actio ex interdicto*) en contra del supuesto obligado. Es una acción *in factum*, pues tiene como fundamento el hecho de la inobservancia del interdicto. En este juicio se examinará si hubo o no desobediencia a la orden interdictal, y se podrá condenar al demandado a que pague una cantidad equivalente al interés del actor en que la orden se hubiera cumplido.

## VIII. EL PROCESO *IN IURE*.

### § 130. *Introducción.*

La etapa *in iure* del procedimiento formulario tiene lugar ante el pretor. Se inicia con la citación del demandado, y termina con la «litiscontestación» (*litis contestatio*), momento en que las partes se obligan a proseguir el proceso ante el juez (*apud iudicem*), etapa que concluirá con la sentencia.

### § 131. *La citación del demandado (in ius vocatio).*

Para que tenga lugar el juicio se requiere la presencia de las dos partes ante el magistrado. Si el demandado no comparece, no se puede convenir la fórmula y, en consecuencia, no puede haber juicio, por lo que el pretor dispone de ciertos recursos para asegurar la presencia del demandado.

Como el juicio es privado, es el propio actor quien cita personalmente al demandado llamándolo a juicio (*in ius vocatio*) y anunciándole la acción (*editio actionis*) que pretende ejercitar contra él y los documentos que pretende aducir.

### § 132. *Garantías de comparecer (vadimonium y cautio iudicatum solvi).*

El demandado debe dar una promesa con fiadores (*vadimonium*) de comparecer ante el pretor en fecha determinada; cuando comparezca ante el pretor, debe dar otra garantía, otra promesa con fiadores (*cautio iudicatum solvi*), por la que asegura su futura comparecencia durante el juicio, que se defenderá sin dolo y que cumplirá la eventual condena. Si el demandado no diera alguna de estas garantías, el pretor puede decretar una *missio in possessionem* en contra de él y a favor del actor.

### § 133. *La petición de acción (postulatio actionis).*

Estando las dos partes ante el pretor, el actor vuelve a anunciar al demandado la acción que intenta contra él, y luego hace la petición de la acción (*postulatio actionis*) al magistrado.

El pretor debe comprobar los presupuestos mínimos para admitir la acción: la capacidad de los litigantes y la propia competencia del pretor.

Puede ocurrir que haya varios demandantes, por ejemplo varios copropietarios que reclaman de un poseedor que les restituya la cosa común, o varios demandados a quienes un actor les reclama algo. En las acciones para división de una cosa común, las dos partes son a la vez actores y demandados, pues cada una demanda a la otra la división de la cosa.

§ 134. *Representantes.*

Las partes pueden, en lugar de comparecer ellas mismas, actuar por medio de representantes. Estos tienen una representación indirecta, lo que significa que el resultado del juicio les perjudicará o beneficiará a los representantes mismos, quienes a su vez deberán comunicar el beneficio al representado o podrán exigirle el reembolso de lo que hubieran pagado. Por eso, cuando intervienen representantes, en la fórmula de la acción habrá una transposición de personas, de modo que la sentencia del juicio recaerá a favor del representante del actor, y no del actor mismo, o en contra del representante del demandado y no del demandado mismo. Este sistema de representación indirecta permite que los representantes sean más fácilmente admitidos a juicio, sin necesidad de una comprobación formal de que tienen un encargo de representación o mandato.

§ 135. *Tipos de representantes.*

Hay dos tipos de representantes. Uno es el llamado *cognitor*, que es aquel a quien el representado mismo nombra solemnemente en presencia del adversario, por ejemplo al momento de citarlo a juicio. El otro es llamado *procurator*, que carece de ese nombramiento formal; cuando se presenta un *procurator* del demandado, se le admite sin más, porque la gestión, en todo caso, le perjudicará a él; pero si es uno del actor, se le puede pedir que pruebe que él es representante, para evitar que se inicie una acción sin fundamento. Los efectos de la representación tienen variaciones según se trate de uno u otro representante.



En representación de personas incapaces, intervienen los tutores o curadores, y en representación de corporaciones (asociaciones con personalidad jurídica) intervienen los llamados «actores».

§ 136. *Cognición de la causa* (causae cognitio).

Para decidir si da o niega la acción, el pretor tiene que hacer un examen o estudio de la causa. Debe analizar, primero, si la acción pedida por el actor está incluida en el Edicto o, si no lo está, si convendría darla. Luego tiene que ver si la acción corresponde realmente a la posición jurídica de las partes, es decir que el actor y el demandado cumplan con los requisitos previstos para esa acción; por ejemplo, si el actor pide la acción reivindicatoria respecto de un caballo, él tiene que ser el propietario civil y el demandado el poseedor de ese caballo. La idoneidad para ser actor se llama «legitimación procesal activa» y para ser demandado, «legitimación procesal pasiva».

§ 137. *La decisión del pretor: dación o denegación de acción.*

Hecho ese examen, el pretor decide si niega la acción (*denegatio actionis*) o la concede (*datio actionis*). En este último caso puede entonces pedir a las partes que otorguen las garantías que sean necesarias, por ejemplo la de que conservará adecuadamente la cosa en litigio aquél que la posea, y el juramento de que no litigan sin fundamento (*iusiurandum calumniae*).

§ 138. *Soluciones extrajudiciales.*

Antes de dar la acción, el pretor suele invitar a las partes a que alcancen una solución del litigio sin necesidad del juicio. Las soluciones extrajudiciales posibles son tres: la transacción, la confesión ante el pretor y el juramento.

§ 139. *La transacción.*

La transacción (*transactio*) es un convenio por el que el actor renuncia a la acción a cambio de alguna prestación del demandado, como el pago de una cantidad, la entrega de un bien o el otorgamiento de una garantía o de una promesa. El efecto de la transacción, como el de todos los pactos, es el de darle al demandado una excepción, con la que se protegería si el actor quisiera demandarlo posteriormente.

§ 140. *La confesión.*

La confesión ante el pretor (*confessio in iure*) consiste en la declaración del demandado por la que reconoce la validez de la pretensión del actor contra él. El efecto que produce, de acuerdo con un principio antiguo, es que se le tiene como condenado por una sentencia. Si confiesa en una acción personal, deberá pagar lo que el actor reclamaba, y en caso de no hacerlo, se le embargarán sus bienes como si hubiera sido condenado por una sentencia. Si confiesa en una acción real, el pretor procederá a hacer una adjudicación del derecho pretendido a favor del actor.

§ 141. *El juramento.*

El juramento (*iusiurandum*) era una forma muy usual de terminar las controversias, especialmente cuando hay dificultades para probar los hechos del caso. Consiste en una afirmación, que puede hacer cualquiera de los litigantes, en la que, poniendo como testigo al dios Júpiter, afirma que su posición es verdadera.

Para que pueda resolverse la controversia por juramento, es preciso que uno de los litigantes invite al otro a jurar; si éste jura, la controversia se resuelve de acuerdo con lo jurado, de modo que si jura el demandado, queda absuelto y protegido con una excepción contra la eventual reclamación posterior del actor; y si jura el actor, se tiene al demandado como condenado por sentencia, y si no cumple voluntariamente lo reclamado, se pueden ejecutar sus bienes a favor del actor.

§ 142. *Juramento voluntario y necesario.*

Ordinariamente el juramento es «voluntario», lo que quiere decir que si el litigante invitado a jurar no lo hace, entonces no hay ninguna consecuencia y el litigio se lleva a juicio. En la acción de objeto cierto por la que se reclama una cantidad de dinero, se admite el juramento llamado «necesario», porque si un litigante invita al otro a jurar, éste queda en una disyuntiva, o jura él o devuelve al otro la invitación a jurar. Esto hace que una vez que cualquiera de los litigantes toma la iniciativa de invitar al otro a jurar, el litigio terminará con el juramento de uno o del otro.

§ 143. *Nombramiento del juez.*

Si no pueden solucionar la controversia, las partes tienen que elegir un juez. El juez no es un funcionario ni un magistrado, sino un ciudadano particular que juzga cumpliendo un deber que tiene como tal. Pueden elegir un juez o un árbitro único (el árbitro tiene facultades más amplias para hallar una solución equitativa) y en ciertas acciones a tres o cinco jueces que constituyen el tribunal de recuperadores (*recuperatores*).

Las partes tienen libertad para elegir como juez único a cualquier persona que cumpla ciertas condiciones mínimas de capacidad. Si no se ponen de acuerdo, se nombra uno de entre los que figuran en una lista oficial. Cuando eligen un tribunal de recuperadores, eligen a siete personas de las que figuran en la lista oficial, y de esos se eligen, por sorteo, tres o cinco.

Aunque las partes eligen al juez o a los recuperadores, quien lo nombra es el pretor. Por eso, en el principio de la fórmula debe figurar el nombre del juez o de los recuperadores.

§ 144. *La litis contestatio.*

La etapa *in iure* termina con el decreto del pretor por el que da la acción y fija la fórmula. Ésta se pone por escrito en unas tablillas, cuyo contenido se asegura con el sello de testigos. De ahí que se llama a este momento «atestiguamiento del litigio» o *litis contestatio*.

Al quedar la fórmula definitivamente redactada, no puede el actor variar ni modificar su *intentio*, ni el demandado introducir nuevas excepciones ni rehusarse a aceptar el juicio. El litigio queda planteado tal como consta en la fórmula, y conforme a ella el juez juzgará y dictará sentencia.

§ 145. *Efectos de la litis contestatio.*

La *litis contestatio* produce varios efectos. A partir de este momento, el litigio se convierte en objeto del juicio que hará el juez (*res in iudicium deducta*). Las posiciones jurídicas de los litigantes (por ejemplo si el actor es propietario o si el demandado ya pagó la deuda) se refieren a ese momento. Las acciones que tienen un plazo de caducidad para ser ejercidas, como las acciones pretorias

que tienen que ejercerse dentro de un año, al momento de la *litis contestatio* se vuelven perpetuas, es decir que ya no caducan; las acciones que no podían transmitirse a los herederos, en ese mismo momento se vuelven transmisibles, de modo que los herederos podrán continuar el juicio iniciado por su causante. Si hubiera una cosa en litigio, por ejemplo un esclavo cuya propiedad se discute, a partir de dicho momento se prohíbe su venta.

§ 146. *Efecto consuntivo de la litis contestatio.*

El efecto más importante es la consumición de la acción o «efecto consuntivo» de la *litis contestatio*. Esto es que la acción queda definitivamente agotada, lo que significa que el actor no podrá intentar posteriormente la misma acción, por el mismo caso, contra el demandado. Este efecto se expresaba en la regla que dice que no es lícito accionar dos veces por la misma cosa (*bis de eadem re agere non licet*).

El efecto consuntivo se produce de manera diferente según el tipo de acción. En las acciones personales *in ius* el efecto consuntivo opera plenamente (*ipso iure*), porque al momento de la *litis contestatio*, se extingue la obligación que tenía el deudor y surge, en cambio a su cargo, la obligación de pagar la eventual condena (a este efecto de extinción de una obligación y surgimiento de otra se le llama «novación necesaria»), por lo que si el actor pidiera la acción de nuevo, el pretor se la negaría porque ya se extinguió la obligación que la sustentaba. En las acciones reales y en las acciones *in factum*, opera mediante excepción (*ope exceptionis*), lo que quiere decir que si el actor pide la acción, el pretor se la puede conceder, pero introduciendo en la fórmula la excepción de que la cosa ya ha sido juzgada o sometida a juicio (*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*), de suerte que el juez tendrá que verificar si se trata de una acción sobre el mismo caso o se trata de un caso diferente; por ejemplo, si el actor pidió la acción reivindicatoria respecto de una finca que poseía el demandado, y el juez absolvió porque el actor no demostró ser propietario, pero posteriormente el actor adquiere, por herencia u otra causa, la propiedad de esa finca, y pide de nuevo la acción reivindicatoria contra el mismo demandado, el pretor le da la acción con la excepción, y el juez podrá ahora condenar al demandado porque no se trata del mismo caso ya que ahora

el actor tiene un título como propietario, que no se consideró en el juicio anterior, que hace que el caso sea diferente.

§ 147. *Cambio de personas.*

Si después de la *litis contestatio* fallece alguna de las partes o el mismo juez, es necesario que el pretor decrete una nueva fórmula con el nombre de la persona que sustituye al fallecido, pero eso no significa que sea una nueva *litis contestatio*.

## IX. EL PROCESO *APUD IUDICEM*

### § 148. *Introducción.*

Una vez que el pretor da la acción y fija la fórmula el litigio queda jurídicamente planteado y las partes acuden ante el juez para que lo solucione definitivamente. En esta etapa ante el juez (*apud iudicem*) las partes le presentarán las pruebas de sus respectivas posiciones: el actor intentará probar los hechos a que se refiere la *intentio*, y el demandado los que constituyen sus excepciones; y el juez, después de recibir y valorar las pruebas, dictará la sentencia con la que concluye el litigio.

### § 149. *El deber del juez.*

Aun siendo un particular, el juez tiene, como ciudadano, el deber de juzgar, pues el magistrado se lo ha requerido al poner su nombre en la fórmula. No obstante, el juez puede excusarse por alguna causa grave, por ejemplo por enfermedad. Al asumir el cargo, debe prestar juramento de conducirse conforme a la verdad y al derecho. Si se demora excesivamente en juzgar, se puede dar contra él una acción *in factum*.

El juez no necesariamente conoce el derecho, por lo que suele asesorarse de juristas. Él debe estar personalmente presente, escuchar a las dos partes. Si alguna de ellas no se presenta, su ausencia le perjudica, pues si es el actor, el juez entonces absuelve al demandado, y si es éste el que no se presenta, el juez lo condena.

### § 150. *Oralidad del proceso.*

Todas las actuaciones que se hacen ante el juez son orales. En esta etapa intervienen los abogados de cada parte que, por medio de sus discursos, intentarán convencer al juez. El trabajo de estos abogados es más retórico que jurídico, por eso ordinariamente lo desempeñaban los expertos en retórica y no los juristas. Después de los discursos, el juez procede a recibir las pruebas.

§ 151. *Principios que rigen las pruebas.*

El juez solo considera las pruebas que le presentan las partes, de modo que no puede él, por su propia iniciativa allegarse otras. Esta regla sobre la admisión de las pruebas que limita el arbitrio del juez se llama «principio dispositivo» y fue la que regía en el procedimiento ordinario. Posteriormente, en el procedimiento cognitorio regirá otra regla, el «principio inquisitivo», conforme al cual el juez puede inquirir otras pruebas además de las que las partes le ofrezcan.

La limitación que tenía el juez en el procedimiento ordinario en cuanto a las pruebas que consideraría, quedaba compensada con la libertad que tenía para valorarlas, pues el juez no está sujeto a reglas para ello, de modo que a cada prueba le da el valor que merece según su opinión; esta manera de valorar las pruebas se llama «principio de libre apreciación». En el procedimiento cognitorio regirá otro principio, el de «prueba tazada», según el cual, las pruebas se valoran de acuerdo con determinadas reglas, como la que dice que el testimonio sólo vale cuando hay dos testimonios coincidentes, o la que dice que el documento público tiene más valor probatorio que un documento privado.

§ 152. *Cuáles eran las pruebas.*

Las pruebas son principalmente orales. Consisten en declaraciones que hacen las partes ante el juez, o declaraciones que profieren terceras personas o testigos, y también documentos escritos.

§ 153. *Declaraciones de las partes.*

Las declaraciones que hacen las partes pueden ser: simples afirmaciones, o confesiones, es decir reconocimiento de algún hecho alegado por la otra parte, o bien juramentos, o sea afirmaciones o negaciones en las que se pone al dios Júpiter como testigo de la veracidad de las mismas. El juez valora estas declaraciones como mejor le parezca.

§ 154. *Los testimonios.*

Las declaraciones de los testigos se llaman testimonios. Por lo general, los testigos acuden voluntariamente a dar su testimonio pues no están obligados a declarar, salvo cuando intervienen en un acto solemne, como por ejemplo en un testamento.

§ 155. *Los documentos.*

Los documentos (*intrumenta*) tienen al principio de la época clásica poco uso, pero van adquiriendo importancia paulatinamente. El documento más antiguo es el que se redacta sobre unas tablillas cubiertas de cera, en el cual se recoge el testimonio de algún testigo y luego se presenta ante el juez. También solían presentarse como pruebas las cartas privadas y los libros de cuentas, especialmente los bancarios.

Los documentos originalmente venían redactados en tercera persona (estilo objetivo), de modo que el documento expresa lo que alguien dice o hace. Posteriormente, por influjo helenístico, aparecen los documentos en estilo subjetivo, redactados en primera persona, de suerte que el documento expresa lo que dice o hizo el autor del mismo.

Originalmente los documentos tienen sólo valor probatorio, es decir prueban la existencia de ciertos hechos. Pero ya en época clásica aparecen documentos que tienen otro valor, el de constituir un derecho, de modo que el documento es el derecho mismo que consta en él, por ejemplo el testamento escrito reconocido por el pretor. Llegó a haber también, aunque fueron poco usados, los documentos registrados (*apud acta*) en alguna oficina pública y las copias o ejemplares de los mismos.

§ 156. *La sentencia.*

Es la opinión personal que da el juez acerca de la cuestión planteada en la fórmula, después de haber recibido y valorado las pruebas. Si opina que el actor probó su *intentio*, condena al demandado; si opina que no la probó, o que el demandado probó su excepción, lo absuelve. La decisión del juez, no obstante que es un ciudadano particular, es una decisión definitiva, porque la dicta obedeciendo un requerimiento del magistrado.



§ 157. *La regla «todos los juicios son absolutorios»*

En las acciones con cláusula arbitraria, que permiten al demandado salir absuelto si restituye o exhibe lo que se reclama, el juez, antes de dictar la sentencia, le anuncia al demandado cuál será su decisión, para que así éste tenga la oportunidad de restituir o exhibir y quedar absuelto. Esta posibilidad de que el demandado cumpla lo reclamado antes de la sentencia y salga absuelto se vio como muy conveniente, por lo que se extendió a todos los juicios, de modo que se llegó a dar la regla de que todos los juicios son absolutorios (*omnia iudicia sunt absolutoria*), es decir que en cualquier juicio el demandado podía, antes de la sentencia, cumplir lo reclamado por el actor y salir absuelto.

§ 158. *Penas por litigar sin fundamento.*

Quien litiga sin razón, tanto el actor como el demandado, puede sufrir algún perjuicio. Esto resulta benéfico para evitar litigios innecesarios.

En algunas acciones, al demandado que se resiste sin fundamento a la pretensión del actor, se le condena a pagar el doble de lo reclamado por el actor. En la acción (*condictio*) para reclamar cantidades prestadas, el actor y el demandado se obligan, mediante promesas recíprocas, a pagar una tercera parte (*sponsio et restituplatio tertiae partis*) del valor de lo que se reclama, en caso de perder el juicio, de modo que el demandado condenado deberá pagar un tercio más, o el actor, si el demandado sale absuelto, debe pagarle a éste un tercio de lo que él le reclamaba. En todas las acciones, si se prueba que el actor litigó sin fundamento, se le puede exigir, mediante un juicio por calumnia (*iudicium calumniae*), que pague una décima parte de lo reclamado, y en algunas acciones, mediante el «juicio contrario» (*iudicium contrarium*), la quinta parte. En algunas acciones (principal pero no exclusivamente en las acciones penales) la condena del demandado tiene efecto infamante, es decir que se le tiene como persona de mala fama, lo cual le inhabilita para realizar ciertos actos jurídicos.

§ 159. *La «cosa juzgada».*

La sentencia del juez tiene valor de «cosa juzgada» (*res iudicata*), lo que significa que es definitiva y que, en principio, no puede revisarse por otro juez.

Sin embargo, cuando hubo un vicio que afectó todo el juicio o la sentencia en concreto, por ejemplo por haber sido el juez amenazado, se puede impugnar ante el pretor para que éste, mediante un decreto de *in integrum restitutio*, la declare inválida.

Cuando la sentencia condena al demandado, éste queda obligado a pagar lo que la sentencia determina, por lo que se dice que la sentencia produce otra «novación necesaria», pues la obligación condicional que adquirió al momento de la *litis contestatio* de pagar lo que el juez llegara a determinar se extingue y surge la obligación incondicional de pagar lo que la sentencia dice.

§ 160. *El efecto de la «cosa juzgada».*

El efecto de «cosa juzgada» se produce, en principio, exclusivamente entre las partes, de modo que no afecta a las personas que no intervinieron en juicio. Por ejemplo, si el demandado por una acción reivindicatoria saliera absuelto, ello no impide que otra persona le reclame por la misma acción la misma cosa. En algunos casos la sentencia puede prejuzgar algunos otros casos conexos, por ejemplo, quien acreditó ser heredero en una acción de petición de herencia, puede tener por demostrada su calidad de heredero al ejercitar acciones frente a otros poseedores de bienes hereditarios.

§ 161. *Apelación de la sentencia.*

En el procedimiento formulario, como los jueces son ciudadanos particulares, no existen jueces superiores ni inferiores. No hay por eso un sistema de apelación de la sentencia emitida por un juez ante otro de rango superior.

Pero al establecerse el Principado se introdujo la práctica de apelar ante el príncipe ciertas resoluciones de los jueces ordinarios. Se fue introduciendo así un procedimiento de apelación en materia privada, semejante al que existía en

materia criminal, que se tramita conforme a las reglas del procedimiento cognitorio.

## X. LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA.

### § 162. *Introducción.*

Si el demandado no cumple voluntariamente la condena, el actor puede iniciar una «acción ejecutiva» (*actio iudicati*) que conduce a la venta, no de un bien o de varios, sino de todo el patrimonio del demandado, para que con el precio obtenido se pague la condena.

### § 163. *Ejecución patrimonial y personal.*

La ejecución de la sentencia en el Derecho Clásico es «patrimonial», porque recae sobre los bienes del condenado, a diferencia de la ejecución «personal», que se usó en el procedimiento de las acciones de la ley, y posiblemente en casos excepcionales en el procedimiento formulario, que conduce al apoderamiento de la persona del deudor, al que se podía retener o vender como esclavo.

### § 164. *Presupuestos básicos para comprender el procedimiento ejecutivo.*

Para mejor comprender el procedimiento ejecutivo romano, que parece excesivamente duro, se debe tener en cuenta lo siguiente: *i)* ordinariamente las deudas estaban garantizadas por fiadores ricos, de modo que los acreedores reclamaban a los fiadores, por lo que en muchos casos no era necesario ejercitar la acción ejecutiva; *ii)* el procedimiento ejecutivo es útil en contra de un deudor que tiene bienes pero que no tiene dinero, es decir que no puede pagar o que es «insolvente», pero no tiene caso intentarlo contra el deudor que carece de bienes; *iii)* en el procedimiento se distinguen dos supuestos: el del deudor insolvente ordinario que reconoce su insolvencia, como aquél que dice “debo no niego, pago no tengo”, y el del deudor que se opone al pago de la condena, en cuyo caso el procedimiento tiene consecuencias más graves.

### § 165. *Ejecución concursal.*

Ordinariamente, en el proceso ejecutivo se llama a todos los acreedores para que concurran y presenten sus créditos, de modo que con la venta de todo el

patrimonio del deudor se pague la condena y todas las deudas que hubiera en ese momento. Por eso se dice que la ejecución es «concurzal».

§ 166. *Cesión de bienes* (cessio bonorum).

Cuando se inicia la acción ejecutiva, y estando las partes ante el magistrado, lo más frecuente es que el deudor que no tiene dinero para pagar la condena reconozca la deuda y ofrezca en pago sus bienes, es decir que haga una cesión de sus bienes (*cessio bonorum*) a favor de sus acreedores. Los acreedores no pueden rechazar este ofrecimiento. El deudor que hace esta cesión obtiene dos ventajas: *i*) evita toda posibilidad de ejecución sobre su persona, y *ii*) obtiene el «beneficio de competencia», esto es que su responsabilidad por las deudas queda limitada al valor del precio que se obtenga por la venta de sus bienes, de modo que si el precio no alcanza a pagar la totalidad de las deudas, tendrá que dividirse proporcionalmente entre todos los acreedores, quienes recibirán un pago parcial y no podrán reclamar posteriormente al deudor por las partes de sus créditos que no alcanzaron a ser pagadas.

§ 167. *La venta del patrimonio* (venditio bonorum).

Si el deudor cede sus bienes, el pretor, mediante un decreto de *missio in possessionem*, pone a los acreedores en posesión de los mismos. Los acreedores pueden entonces pedir al pretor que nombre un administrador de los bienes (*curator bonorum*), y posteriormente ellos elegirán un encargado de venderlos (*magister bonorum*). La venta se hace en bloque, de todos los bienes, y por subasta. La compra se adjudica al mejor postor, quien paga el precio al *magister*, y éste lo reparte proporcionalmente entre los acreedores.

§ 168. *El comprador de los bienes* (bonorum emptor).

El comprador de los bienes (*bonorum emptor*) adquiere la propiedad pretoria de los mismos y dispone de un interdicto para reclamar su posesión efectiva. Para poder ejercitar las acciones que tenía el titular del patrimonio (es decir, el deudor concursado), el pretor da al comprador dos acciones pretorias adaptadas a su situación: *i*) si el deudor concursado sigue vivo, el pretor da al comprador la «acción Rutiliana», que es una acción con transposición de personas, en cuya fórmula aparece en la *intentio* el nombre del deudor

concurrido y en la *condemnatio* el nombre del comprador de la herencia, o *ii*) si el deudor concursado ha fallecido, el pretor da al comprador la «acción Serviana», que es una acción útil o con ficción, en cuya fórmula se finge que el comprador es el heredero del deudor.

§ 169. *La venta de los bienes uno por uno (distractio bonorum).*

En ocasiones se permite, en vez de la venta de todo el patrimonio, la venta de los bienes uno por uno hasta satisfacer a todos los acreedores. Este modo de venta permite obtener más dinero por la venta de los bienes y que el deudor pueda así conservar algunos bienes. Esto se hace para favorecer a ciertas personas: *i*) a los incapaces, sin tutor o curador, que heredan del deudor concursado; *ii*) a los deudores que son de familia senatorial; también puede hacerse *iii*) por convenio entre los acreedores. En estos casos el pretor nombra un *curator* que proceda a la venta de los bienes separadamente.

§ 170. *Ejecución (proscriptio) contra el deudor que no cede sus bienes.*

La situación de este deudor se agrava, pues la ejecución se vuelve forzosa. El pretor ordena la *missio in possessionem* a favor de los acreedores, mediante un decreto (*proscriptio*) que tiene efecto infamante, esto es que tiene el efecto adicional de inhabilitar al deudor para ciertos actos jurídicos y públicos. Después, en un plazo breve, procede a la venta de todo el patrimonio. Si con el precio obtenido por la venta no se logran pagar íntegramente todos los créditos, los acreedores conservan sus acciones en contra del deudor para poder exigirle posteriormente que pague las cantidades no cubiertas.

§ 171. *Interdicto por fraude a los acreedores (interdictum fraudatorium).*

Cuando el precio obtenido por la venta de los bienes no ha sido suficiente para pagar totalmente los créditos, sea que el deudor hubiera hecho cesión de sus bienes, sea que se hubiera dado contra él la ejecución forzosa, los acreedores tienen un interdicto llamado «fraudatorio» (y en época posclásica, «acción pauliana»).

La finalidad de este interdicto es que los acreedores recuperen los bienes que el deudor pudo haber vendido, cuando ya era deudor de esos acreedores y antes de que el pretor decretara la *missio in possessionem* a favor de éstos, con

el fin de evitar que esos bienes pudieran ser embargados y vendidos para pagar a los acreedores, es decir con la finalidad de defraudar a los acreedores. El interdicto lo ejerce el *curator* a nombre de los acreedores en contra de los terceros adquirentes de esos bienes que tenían conocimiento del fraude (*scientia fraudis*) que el deudor intentaba, aunque también se admitió contra todos los terceros adquirentes a título lucrativo, es decir los que adquieren sin dar nada a cambio, como los donatarios.

## XI. EL PROCEDIMIENTO COGNITORIO

### § 172. *Introducción.*

Es el procedimiento propio del Derecho Romano posclásico. Se llama así porque es un procedimiento en el que un juez, que ya no es un particular sino un funcionario público, asume el conocimiento o cognición (*cognitio*) de todo el procedimiento, desde la citación del demandado hasta la emisión de la sentencia, a diferencia de lo que ocurría en el procedimiento por fórmulas, en que el pretor conocía una parte del mismo y el juez la otra.

### § 173. *Origen y desarrollo.*

Este procedimiento se inicia, desde tiempo del emperador Augusto (s. I d.C.) como un procedimiento «extraordinario» (*extra ordinem, extraordinaria cognitio*) para conocer ciertos litigios que no tenían una protección adecuada en el procedimiento ordinario, como las reclamaciones de fideicomisos, las de pago de alimentos entre parientes, las de pago de honorarios por servicios profesionales, las de ciertos asuntos sobre tutelas, y otras más. Desde la época del emperador Adriano (s. II d.C.), el procedimiento cognitorio se va aplicando más frecuentemente, incluso respecto de causas que antes se resolvían por el procedimiento por fórmulas, por lo que va desplazando paulatinamente al procedimiento ordinario, hasta que lo sustituye completamente hacia la primera mitad del siglo tercero. Desde entonces el procedimiento cognitorio es el que prevalece.

En las provincias, donde posiblemente no se usó el procedimiento por fórmulas, el procedimiento cognitorio se aplicó más ampliamente desde el siglo primero.

### § 174. *Nuevos funcionarios judiciales.*

El procedimiento cognitorio parte del supuesto de que la solución de los litigios o jurisdicción es una función que corresponde al gobierno imperial. El Príncipe es el titular de la jurisdicción, pero la delega en algunos funcionarios



judiciales, quienes a su vez la pueden delegar en jueces subalternos, que tienen la función de recibir las pruebas y dictar las sentencias.

Entre los nuevos funcionarios judiciales, los más importantes son: *i*) el prefecto del pretorio (*praefectus praetorio*), que actúa en lugar del Príncipe, para conocer de apelaciones de sentencias dictadas en cualquier parte del Imperio; *ii*) el prefecto de la urbe (*praefectus in urbe*) que conoce originariamente de causas relacionadas con su poder de policía, pero que va extendiendo su cognición a causas que tradicionalmente correspondían al pretor y a las apelaciones de sentencias dictadas en Roma; *iii*) el vicario de la urbe (*vicarius in urbe*) que conoce, como delegado del Príncipe, de causas en primera instancia; *iv*) el prefecto de las provisiones de trigo (*praefectus annonae*), que conocía de causas civiles y criminales relacionadas con el orden de la ciudad; *v*) el prefecto de los vigilantes (*praefectus vigiliam*) que conoce causas relacionadas con incendios y otros disturbios acaecidos en Roma así como controversias sobre alquileres de viviendas; *vi*) en Italia Adriano creó cuatro jueces con jurisdicción en un determinado sector o circuito territorial, en materias civiles y criminales e incluso administrativas, a los que se denominó *consulares*; fueron restablecidos por Marco Aurelio con el nombre de *iuridici*, y finalmente desaparecieron con la reforma administrativa de Diocleciano que convirtió a Italia en una provincia más; *vii*) en las provincias, los gobernadores eran los titulares de la jurisdicción, y después de la reforma de Diocleciano que divide el territorio del imperio en cuatro grandes prefecturas, los titulares de la jurisdicción en cada prefectura son los prefectos del pretorio, en cada una de las diócesis en que se dividen las prefecturas, los vicarios (*vicarii*), en cada provincia que forma parte de una diócesis, los gobernadores, y en cada ciudad, los magistrados municipales y especialmente los «defensores de la ciudad» (*defensores civitatum*). Todos estos jueces se asesoran por consejeros (*adseiores*) y se ayudan con un nutrido grupo de asistentes.

### § 175. *La jurisdicción del Príncipe.*

Como primer titular de la jurisdicción, el Príncipe podía ejercerla directamente. Originalmente lo hacía en primera instancia y en apelación, pero con el tiempo la ejerció exclusivamente en apelaciones. Actuaba ayudándose

de su consejo de juristas o cancillería imperial. A veces, por medio de una sección de su cancillería (*a cognitionibus*), recibía las demandas de los actores (llamadas *supplicationes*) y, después de oídas las partes, el Príncipe consultaba con su consejo y resolvía la controversia expidiendo un decreto. Otras veces el Príncipe se limitaba a dar un rescripto, por medio de otra sección de su cancillería (*a libellis*), en el cual, sin verificar los hechos de la controversia, indicaba los criterios para resolverla, y encargaba a un juez delegado que comprobara los hechos y dictara la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en el rescripto. Estos rescriptos posclásicos se distinguen de los rescriptos que fueron fuentes del derecho clásico, en que se dirigen a los jueces y los otros se dirigían a los particulares.

§ 176. *Características esenciales del procedimiento cognitorio.*

En el nuevo procedimiento ya no hay acciones típicas para cada relación jurídica, sino que se considera la acción como un modo general de pedir justicia. El actor ya no tiene que elegir una acción entre la lista de posibles acciones ofrecidas en el Edicto del pretor, sino simplemente acudir al funcionario judicial competente y pedirle que resuelva una controversia.

Desaparece la bipartición del proceso, de modo que es un mismo funcionario judicial el que conoce la causa desde el principio hasta el final.

La solución de los conflictos o jurisdicción se considera como una parte de la administración pública, por lo que todo el proceso adquiere carácter público. En consecuencia desaparece el convenio que hacían las partes para definir la fórmula y elegir el juez. La citación del demandado se hace oficialmente, pero el proceso puede seguirse sin la presencia del demandado (en contumacia).

§ 177. *Otras características del procedimiento cognitorio.*

El trámite deja de ser oral y se vuelve escrito. Contra las sentencias de jueces inferiores se puede apelar ante los jueces superiores.

En cuanto al sistema de pruebas, se admite que el juez puede allegarse nuevas pruebas (principio «inquisitivo»), pero se restringe su capacidad de valorarles al establecerse reglas fijas para ello (principio de «prueba tazada»).

La sentencia ya no es necesariamente pecuniaria, pues cuando se trata de restituir alguna cosa puede condenarse, en especie, a la restitución de esa cosa, y coaccionar con el uso de la fuerza pública. Se admite la compensación de deudas recíprocas provenientes de diversas causas, de modo que el juez debe descontar del monto de la sentencia la deuda que el actor tuviera con el demandado.

En lugar del embargo sobre todo el patrimonio del deudor que no cumple la sentencia, se admite el embargo de bienes específicos (*pignus ex iudicati causa captum*).

## XII. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

### §178. *Introducción.*

Es una constante en la Historia del Derecho que junto al procedimiento judicial establecido para solucionar las controversias, con apoyo de la potestad pública, existe otro modo no oficial de resolverlas, que consiste en que una persona de confianza elegida por las partes resuelva definitivamente. Actualmente se llama «árbitro» a quien juzga así, por lo que el procedimiento para que pronuncie su decisión se llama «procedimiento arbitral». En el Derecho Romano hubo un procedimiento de esta naturaleza.

### § 179. *El compromiso arbitral.*

Para que un particular, sin intervención del magistrado, resolviera definitivamente una controversia era necesario que las partes hicieran un «compromiso» de que aceptarían la solución de la controversia que dictara el árbitro que ellas elegían, el cual juzgaría sin atenerse a las formas del procedimiento oficial y sin sujetarse a la alternativa de condenar o absolver.

El compromiso consistía en dos promesas recíprocas: cada parte se obligaba, mediante una promesa formal, a pagarle a la otra una determinada cantidad de dinero, en caso de no obedecer la sentencia o «laudo» (así prefiere llamársele ahora) pronunciado por el árbitro. De este modo, si el que resulta obligado por el laudo a pagar o dar algo, no lo hace, la otra parte le puede exigir, por medio de una acción ordinaria, que pague la cantidad que prometió pagar en caso de no obedecer el laudo; y si es el actor quien no está satisfecho con el laudo, e intenta una acción ordinaria para exigirle a la otra parte el cumplimiento de la obligación de la cual la absolvió el laudo, quien fue absuelto por el laudo puede exigirle, por la vía judicial ordinaria, que pague la cantidad que prometió en caso de no obedecer el laudo.

Con este sistema de las promesas recíprocas o compromiso, no era necesario que el laudo se equiparara a una sentencia, que podía ser ejecutada.

§ 180. *La aceptación del árbitro.*

La persona elegida por las partes para solucionar la controversia es libre de aceptar o rechazar el encargo. Si asume voluntariamente la responsabilidad de juzgar como árbitro (*receptum arbitrii*), entonces se le puede exigir, mediante una acción *in factum*, que juzgue.

§ 181. *El arbitraje de los obispos.*

En el siglo tercero, se fue dando entre los cristianos la práctica de someter las controversias que había entre ellos al arbitraje de los obispos. De este modo se formó una nueva jurisdicción (*episcopalis audientia*), que originalmente era arbitral, pero cuyas sentencias llegaron a ser ejecutables ante los tribunales oficiales. De esta práctica se originó posteriormente el llamado «fuero eclesiástico», es decir una jurisdicción especializada en asuntos referentes a cosas religiosas o entre clérigos.

## TERCERA PARTE.

### LOS BIENES

#### § 182. *Introducción a esta Parte.*

El Derecho Romano clásico se refiere a los conflictos patrimoniales que se dan entre las personas, es decir a los conflictos que tienen que ver con el aprovechamiento y uso de las cosas. De ahí que se ocupe de determinar cuáles son las cosas que pueden ser objeto de aprovechamiento privado, los modos en que pueden ser aprovechadas y las posibilidades que se reconocen a las personas para aprovechar ciertos bienes de manera preferencial o exclusiva. Lo primero que se trata en esta Parte es la determinación de los tipos de cosas y los usos que pueden hacerse de ellas (cap. XIV), y luego de los modos de pertenencia de las cosas que están jurídicamente reconocidos (caps. XV-XVII, posesión, propiedad y otros derechos reales (caps. XVIII-XX): copropiedad, servidumbres y usufructo).

### XIII LAS COSAS Y SU CLASIFICACIÓN

#### § 183. *Las cosas susceptibles de pertenencia.*

En principio, todas las cosas que existen en la naturaleza y las que son producto de la industria humana pueden ser objetos que pertenezcan a una determinada persona. Las cosas, en cuanto son objeto de pertenencia personal, se llaman bienes.

Hay cosas que no pueden ser objeto de apropiación, a las que se llama «cosas que están fuera del comercio» (*res quarum commercium non est*, o *res extra commercium*). Tales son: *i*) las cosas que se consideran comunes a todos los hombres, como el aire o el mar; *ii*) las que se considera que pertenecen a los dioses, como los templos o las ofrendas; *iii*) el agua, que no puede ser objeto

de apropiación privada; *iv*) las que son del pueblo romano, como las calles, las vías, las plazas públicas o las murallas.

Hay otras cosas que no tienen propietario, pero pueden tenerlo, como son los animales salvajes, las tierras no ocupadas, una isla que emerge en un río, o las cosas abandonadas por su propietario. A éstas se les llama «cosas de nadie» (*res nullius*), y quien tome posesión de ellas adquiere su propiedad por «ocupación». Son diferentes ciertas cosas que están transitoriamente sin propietario, pero están destinadas a tener uno, por lo que se les llama «cosas sin dueño» (*res sine domino*), como sucede con los bienes de una herencia antes de que sea aceptada, o las mercancías echadas al mar para aligerar la nave en peligro de naufragar, que se considera que están sin dueño pero destinadas a que las recupere su propietario.

#### § 184. *El patrimonio.*

Las personas jurídicamente capaces, es decir las llamadas *sui iuris*, tienen un patrimonio, y sólo pueden tener uno. El patrimonio es el conjunto de bienes que tiene una persona jurídicamente capaz.

Los bienes que integran el patrimonio son las cosas corporales, que se tienen en propiedad, pero también los derechos cuyo cumplimiento puede exigirse a otras personas, como el derecho de exigir el pago de una suma de dinero, y los derechos reales que se puedan tener sobre cosas ajenas. Por eso se dice que el patrimonio es un conjunto de bienes (propiedades) y derechos.

#### § 185. *Clasificación de las cosas susceptibles de apropiación.*

Las cosas se clasifican, en general, atendiendo a su mayor o menor permanencia, lo que se refleja en su mayor o menor identificabilidad: son más fácilmente identificables aquellas que son más permanentes. De este criterio general derivan cuatro clasificaciones: *i*) cosas fungibles o genéricas y cosas no fungibles o específicas; *ii*) cosas consumibles y no consumibles; *iii*) *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, y *iv*) cosas muebles e inmuebles.

§ 186. *Cosas fungibles o genéricas y cosas específicas.*

Se llaman fungibles o genéricas aquellas cosas que se identifican por su cantidad y género, como 100 sestercios (moneda romana), 10 litros de vino, o 50 kilos de trigo; de estas cosas se dice que son aquellas que se cuentan, miden o pesan. En cambio, son no fungibles o específicas, las que se identifican individualmente, como un terreno que se identifica por su superficie y colindancias, o un esclavo que se identifica por su nombre.

§ 187. *Cosas consumibles y no consumibles.*

Las cosas consumibles (son por lo general también genéricas) son aquellas que se consumen, física o jurídicamente, al primer uso que se hace de ellas, como los alimentos o el dinero. Son no consumibles (y por lo general, específicas), aquellas de las que puede hacerse un uso reiterado, como un terreno o un caballo.

§ 188. *Cosas mancipi y cosas nec mancipi.*

En el derecho romano antiguo y clásico se distinguió entre las cosas que constituyen, desde el punto de vista de una economía principalmente agraria, los bienes importantes de un patrimonio, a las que se llamó *res mancipi*, como son los terrenos o fundos en el suelo de Italia, los derechos reales de servidumbre sobre ellos, los esclavos y los animales de carga o tiro; para enajenar estos bienes es necesario hacer un acto formal (*mancipatio* o *in iure cessio*). Todos los otros bienes son *res nec mancipi*, y se pueden enajenar por su simple entrega (*traditio*). Entre éstos se contaba el dinero, cuya unidad monetaria era el sestercio (*sestertius*), originalmente moneda de plata, y desde el Principado, de cobre.

§ 189. *Bienes inmuebles y bienes muebles.*

Los bienes que no se pueden desplazar son los inmuebles (también llamados «bienes raíces»), y los que sí pueden desplazarse, los muebles. Los inmuebles se sub-clasifican, según el lugar donde están ubicados, en «itálicos» si están en la península itálica, o «provinciales», si en alguna provincia; o también en «urbanos», los que están en la ciudad, o «rústicos», los del campo.



§ 190. *Conjuntos de cosas.*

Las cosas, sin perder su identidad, pueden formar conjuntos de cosas (*universitas rerum*). Pueden ser conjuntos homogéneos, como un rebaño, o heterogéneos, como los muebles de una vivienda o una herencia. Estos conjuntos pueden ser tratados en determinadas relaciones jurídicas, como si fueran una sola cosa, como cuando se vende un rebaño o una herencia.

Hay también cosas muebles que son partes necesarias y accesorias de otra, con la cual forman un todo, como las llaves de una cerradura, el estuche de una joya, o la base de una estatuilla.

Y cosas muebles que, aunque son separables y pueden considerarse individualmente, están destinadas a servir a otra, por lo general inmueble, como los muebles de una vivienda, los instrumentos de labranza y de cultivo de un fundo rústico, o las mercancías y mobiliario de una tienda; a estos muebles se les suele llamar «instrumentos» de un inmueble (*instrumenta fundi*), y puede tratárseles como si fueran una cosa con el inmueble, por ejemplo cuando se vende una vivienda o un fundo rústico con todos sus instrumentos.

§ 191. *La utilidad de las cosas.*

La utilidad o ventaja que proporcionan las cosas varía según sea la naturaleza de las mismas. En general, la utilidad que reportan puede consistir en actos de uso, de disposición (o consumición) y de disfrute.

§ 192. *El uso de las cosas.*

El uso es la utilidad que rinde una cosa sin alterar su integridad ni la de los frutos que produzca, como habitar una vivienda, servirse de una herramienta, etcétera. Sólo es posible respecto de bienes no consumibles, porque los consumibles se agotan al primer uso que se hace de ellos, como el dinero, que no se usa, sólo se gasta.

§ 193. *La disposición de las cosas.*

Los actos de disposición o consumición de una cosa son los que alteran la integridad de la cosa. La alteración puede ser física, cuando se afecta la cosa misma, o jurídica, cuando se afecta su pertenencia, y, en ambos casos, puede ser total o parcial. Hay así cuatro actos de disposición: *i)* de disposición física total, por la que se destruye una cosa, como matar a un animal, consumir los alimentos, o echar el trigo al molino para transformarlo en harina; *ii)* de disposición física parcial, cuando se cambia la función de un bien, por ejemplo convertir un terreno de cultivo en una mina, transformar un carro de carga de mercancías en carro de transporte de personas, o educar a un esclavo para que sea médico; *iii)* de disposición jurídica total, cuando se enajena una cosa, y *iv)* de disposición jurídica parcial, cuando se conserva la propiedad, pero se grava la cosa con otro derecho real, como una servidumbre de paso.

§ 194. *Actos de disposición «inter vivos» o «mortis causa»*

Respecto de los actos de disposición jurídica de una cosa, se distingue si surten efectos inmediatamente, como cuando se vende o enajena una cosa, y se les llama actos «*inter vivos*», o si producen sus efectos a la muerte del disponente, como el testamento, y se llaman entonces actos «*mortis causa*».

§ 195. *El disfrute de las cosas.*

Los actos de disfrute consisten en disponer o consumir los frutos que una cosa produce sin alterar la cosa misma (*salva rerum substantia*). Se llaman «frutos» los rendimientos periódicos a los que ordinariamente se destina una cosa, como las crías del ganado, o los frutos de una huerta. No es propiamente fruto el precio que puede obtener el propietario por la enajenación o consumición de una cosa, ni son frutos los intereses que se perciben por un dinero prestado. Los frutos se llaman «naturales» cuando se producen por un proceso natural, con o sin intervención del trabajo humano, como las crías o las cosechas; y se llaman «civiles» a las rentas que produce la cesión temporal del aprovechamiento de una cosa, como el dinero que se obtiene por ceder el uso de una vivienda, el aprovechamiento de un campo o el trabajo de un esclavo.

§ 196. *Actos insolidarios y solidarios, derechos divisibles e indivisibles.*

Los actos de disposición total, física o jurídica, de una cosa, la agotan tan completamente que sólo pueden hacerse una vez, y por eso se dice que son actos «insolidarios», como el acto de consumir un alimento o enajenar un terreno. En cambio los actos de uso (y también los de disposición parcial) no agotan completamente la cosa, por lo que ésta puede ser usada varias veces e incluso por personas distintas; por eso se dice que son actos «solidarios».

El derecho de propiedad, que necesariamente incluye la posibilidad de disponer totalmente de la cosa, es un derecho divisible, es decir que puede haber varias personas entre las que se divida el derecho de propiedad respecto de una cosa. Esta división del derecho permite que cada copropietario pueda disponer de su derecho parcial, y se obtiene así, gracias a la división del derecho, que puedan hacerse múltiples actos de disposición respecto de una misma cosa. En cambio, los derechos de uso, como éste puede hacerse reiteradamente y por distintas personas, no es necesario dividirlos, por lo que son derechos indivisibles.

## XIV. POSESIÓN DE LAS COSAS

### § 197. *Introducción.*

La atribución de una cosa a una persona, atribución que en principio debe ser respetada por todas las demás, puede ser de dos tipos: una cosa puede ser atribuida a una persona como poseedor o como propietario.

Aunque hay diferentes modalidades de posesión y de propiedad, se puede señalar que la diferencia fundamental está en que el poseedor es aquel que tiene físicamente una cosa, y el propietario aquél que, aunque no la tenga físicamente, la puede reclamar de cualquier persona que la posea. Por eso se suele decir que la posesión es un hecho, y la propiedad, un derecho.

Esa diferencia, aunque es real, no es tajante, pues hay ciertos tipos de posesión que están jurídicamente protegidos, por lo que puede admitirse que el poseedor tiene ciertos derechos sobre la cosa, que no son los mismos del propietario. Y, por otra parte, el propietario ordinariamente tiene la posesión de la cosa, por lo que se afirma que el derecho de propiedad contiene, entre otros, el de poseer la cosa.

El mero control físico de una cosa se llama tenencia o detentación. Este es un hecho que no tiene protección jurídica; tal es el caso del ladrón que tiene la cosa robada, o el comodatario que tiene una herramienta prestada para usarla gratuitamente. Tales sujetos son meros detentadores de una cosa, y no propiamente poseedores. Son, en cambio, poseedores, quienes pueden defender la tenencia de la cosa. En el Derecho Romano se reconocen dos tipos de posesión: *i)* la posesión pretoria, que es la protegida por los interdictos posesorios; y *ii)* la posesión civil, que, además de la defensa interdictal, puede estar defendida por una acción pretoria con ficción (la acción «Publiciana») y que conduce a la adquisición de la propiedad.

### § 198. *La posesión pretoria.*

Es la posesión defendida por los interdictos que otorga el pretor. Originalmente el pretor intervino para proteger a un particular que estaba

asentado en un terreno público, sobre el cual no podía haber propiedad privada; a dicho asentamiento se le llamó *possessio*. El pretor protegió a quien estaba asentado ahí, por medio de un interdicto denominado *uti possidetis* («tal como posees»), por el que prohibía que otro le perturbara o molestara en su posesión.

A partir de esta defensa de una situación de hecho, el pretor fue ampliando la protección interdictal a otros detentadores de cosas, muebles o inmuebles, como son: *i*) los que aparentemente son propietarios (aunque se demuestre luego que no lo son); *ii*) los concesionarios, a cambio de una renta, de tierras públicas; *iii*) los «precaristas», es decir a quienes se cede gratuitamente el uso y aprovechamiento de una tierra de propiedad privada; *iv*) los acreedores pignoratícios respecto de las cosas que tienen en prenda; *v*) los «secuestrarios», que son personas que tienen una cosa depositada que deben entregarla a quien resulte determinado por un evento posterior, por ejemplo una apuesta.

#### §199. *Interdictos de retener la posesión.*

Son interdictos prohibitorios, porque en ellos el pretor prohíbe a otro que perturbe al poseedor, y por eso se dice que sirven para retener una posesión ya adquirida. Son el interdicto *uti possidetis* («como posees») y el interdicto *utrubi* («en cuál de los dos»).

#### § 200. *Interdicto uti possidetis.*

El primer interdicto que dio el pretor fue el ya mencionado interdicto *uti possidetis*, por el que se prohibía que se perturbara la posesión de un bien inmueble. Este interdicto se otorgaba a favor de quien estuviera actualmente asentado en el inmueble. En la fórmula del interdicto había una «cláusula de posesión viciosa» que indicaba que prevalecía el poseedor actual, siempre y cuando él no hubiera adquirido la posesión por un acto de violencia, clandestinidad o precario respecto del adversario.

#### § 201. *Interdicto utrubi.*

Respecto de bienes muebles, el pretor dio otro interdicto de retener llamado *utrubi* («en cuál de los dos»), en el que prevalecía aquél que hubiera tenido la

cosa mueble más tiempo en los últimos doce meses; también tenía cláusula de posesión viciosa.

§ 202. *Interdictos de recuperar la posesión.*

El poseedor de un inmueble a quien el precarista se negara a restituir la posesión, o el que fuera despojado violentamente por otro, podía defender su posesión con el interdicto *uti possidetis*, pues la cláusula de posesión viciosa le permitía prevalecer en el interdicto aunque no tuviera actualmente la posesión del inmueble. Pero el trámite de este interdicto era complicado, porque las dos partes actuaban a la vez como demandantes y demandados, ya que cada uno podía afirmar que el otro le perturbaba en su posesión. Por esta posibilidad de que las dos partes sean a la vez actores y demandados, se decía que los interdictos de retener eran «dobles»

Para fortalecer la protección posesoria de bienes inmuebles, el pretor concedió otros interdictos, para recuperar la posesión de bienes inmuebles, que eran «simples», porque cada parte actúa exclusivamente como demandante o como demandado. Los dio en contra del precarista (*i. quod precario*) y dos en contra del que despoja violentamente (*i. unde vi, i. unde vi armata*).

§ 203. *Interdicto por lo poseído en precario (quod precario).*

El pretor dio el interdicto *quod precario* («por lo que recibiste en precario»), por el que ordena al precarista, es decir a quien posee «a ruegos» y gratuitamente un inmueble ajeno, que restituya al poseedor el inmueble recibido en precario.

§ 204. *Interdictos por despojo (unde vi).*

Para el caso de despojo violento, el pretor dio dos interdictos. El interdicto *unde vi* («de donde con violencia»), por el que ordena al que despojó violentamente que restituya al poseedor el inmueble invadido; este interdicto tenía cláusula de posesión viciosa, por lo que si un poseedor expulsaba violentamente a quien a su vez lo había despojado con violencia, éste último, aun cuando fue expulsado violentamente, no podía recuperar la posesión con el interdicto porque su posesión la había adquirido por violencia.

Con el fin de evitar que el poseedor se hiciera justicia por propia mano, el pretor dio otro interdicto llamado *unde vi armata* («de donde con violencia armada») por el que ordenaba la restitución del fundo despojado por violencia con hombres armados, y que no contenía la cláusula de posesión viciosa, por lo que prevalecía siempre el poseedor que hubiera sido despojado así, aunque él hubiera antes despojado violentamente.

§ 205. *La posesión civil.*

La jurisprudencia elaboró este concepto (*possessio civilis*) con el fin de identificar la posesión que puede llevar al poseedor a convertirse, por la sola posesión continuada de la cosa, en propietario; esta posesión se contrapone a la de quien tiene una cosa sin que pretenda poseer como propietario (*possessio naturalis*).

§ 206. *Elementos de la posesión civil.*

Para que exista posesión civil, la última jurisprudencia clásica exigió del poseedor dos elementos: *i*) el *corpus*, es decir, la tenencia física de la cosa, que la puede adquirir y retener por medio de personas subordinadas, como un hijo o un esclavo, o incluso un representante; y *ii*) el *animus*, es decir la intención de comportarse como propietario de la misma; por razón del *animus*, el poseedor puede ser de «buena fe», si ignora que su posesión lesiona la propiedad de otro, por ejemplo el que, sin saberlo, adquirió una cosa robada, o de «mala fe», si conoce que la cosa es de otro, como el que a sabiendas compra una cosa robada. Si falta alguno de estos elementos, no hay posesión civil.

La retención de la posesión civil requiere también los dos elementos, aunque el poseedor puede conservar el *corpus* por medio de terceras personas a quienes ha cedido la tenencia de la cosa, como un arrendatario o un depositario; excepcionalmente se admitió que el poseedor retenía la posesión, tan sólo con el ánimo, en el caso del esclavo fugado.

## XV. LA PROPIEDAD.

### § 207. *Concepto de propiedad.*

Los juristas romanos se abstuvieron de dar una definición general de la propiedad, porque veían que cada cosa, según su naturaleza, rinde un aprovechamiento distinto a su propietario; por ejemplo uno es el aprovechamiento que da el dinero, otro el que puede dar un esclavo y otro el que da una finca rústica. De ahí que el contenido de la propiedad cambie según la naturaleza de la cosa.

Para indicar lo que hoy llamamos propiedad, los juristas utilizaron la palabra *dominium* (señorío), que indica el poder que tiene una persona sobre una cosa. Es dueño de una cosa aquel que tiene el poder, jurídicamente reconocido, de recuperarla de cualquiera otra que la posea. Por eso, cabe decir que la propiedad es el derecho de recuperar una cosa de cualquier persona que la posea. Es precisamente esta posibilidad de recuperar la cosa de cualquiera la que implica que el propietario puede aprovecharse ampliamente de una cosa que nadie le puede reclamar.

### § 208. *Tipos de propiedad.*

La propiedad característica de los ciudadanos romanos es la propiedad civil (*dominium*), defendida por la acción reivindicatoria. Pero hay otras pertenencias jurídicamente reconocidas, y defendidas por otras acciones: la «propiedad peregrina», la «propiedad provincial» la «propiedad útil» y la «propiedad pretoria» o «bonitaria».

### § 209. *Propiedad peregrina.*

Los que no son ciudadanos pero son habitantes del Imperio, los peregrinos (*peregrini*), no pueden adquirir la propiedad civil, pero el pretor protege sus adquisiciones por medio de acciones con ficción, como si fueran ciudadanos. De ellos se puede decir que tienen una «propiedad peregrina».



§ 210. *Propiedad provincial.*

Los inmuebles ubicados en las provincias son propiedad del Príncipe o del Erario, por lo que sus poseedores tienen que pagar tributo. Pero los particulares que los poseen quedan defendidos por la jurisdicción del gobernador, por lo que cabe decir que tienen una «propiedad provincial».

§ 211. *Propiedad útil*

A las personas que tienen concedida la posesión de un inmueble a muy largo plazo, como los concesionarios de tierras públicas, los enfiteutas o los superficiarios, se les dio una acción reivindicatoria con la ficción de ser propietarios, y se calificó su pertenencia como «propiedad útil», que coexiste con la «propiedad directa» del dueño.

§ 212. *Propiedad pretoria o bonitaria.*

Finalmente, existe una «propiedad pretoria» o «bonitaria»; es la posesión civil de buena fe, de bienes muebles o inmuebles, que el pretor protege, en determinados casos, por medio de la acción Publiciana. Esta es una acción pretoria, que el pretor otorga al poseedor civil, y en cuya fórmula se finge que éste ha poseído el tiempo necesario para adquirir la propiedad por usucapión; con ella el poseedor civil puede recuperar la cosa de cualquier persona que llegara a tenerla, excepto del propietario civil, quien podría oponerle la excepción de ser propietario (*exceptio iusti domini*), pero si éste le había entregado previamente la cosa al poseedor, el poseedor superaba esa excepción oponiendo la réplica de cosa vendida o entregada (*rei venditae et traditae*). Es en estos casos, en que el propietario civil hizo entrega de la cosa al poseedor civil, cuando se puede hablar de una verdadera propiedad pretoria, ya que el poseedor puede recuperar la cosa de cualquiera que la tenga, incluso del propietario civil.

§ 213. *Contenido del derecho de propiedad.*

Si bien el contenido del aprovechamiento que puede hacer el propietario varía según la naturaleza de la cosa, en términos generales cabe afirmar que el derecho de propiedad contiene los de usar la cosa, aprovechar sus frutos, disponer de ella y poseerla (*uti, fructu, habere, possidere*).

§ 214. *La propiedad civil.*

Es la que está protegida por la acción reivindicatoria. Por eso, es propietario civil de una cosa aquél que prevalece judicialmente con esta acción respecto de cualquier persona que la posea.

El propietario, antes de reclamar la cosa con la acción reivindicatoria dispone, como poseedor que también es, de los interdictos posesorios para retener o recuperar la posesión. Sólo en el caso de que perdiera en los interdictos, en los que no se analiza el derecho de la propiedad sino sólo la situación del poseedor, tendría necesidad de ejercitar la acción reivindicatoria.

§ 215. *La acción reivindicatoria.*

Es una acción civil, en cuya fórmula se ordena al juez que condene al demandado a pagar lo que la cosa vale, si el actor demuestra que es propietario civil; la fórmula contiene una «cláusula arbitraria», que permite que el demandado salga absuelto si restituye la cosa antes de que el juez dicte la sentencia, y para facilitar esto, el juez, antes de condenar al demandado, le anticipa su juicio; si el demandado restituye, sale absuelto, si prefiere quedarse con la cosa, saldrá condenado a pagar la cantidad que el actor determinó, mediante un juramento (*iusiurandum in litem*), que la cosa valía para él, en lo cual podía incluir su valor afectivo.

La acción reivindicatoria se da únicamente a favor de quien se presenta como propietario civil de una cosa y en contra del poseedor de la misma. Por eso cabe decir que en la acción reivindicatoria, el propietario tiene la legitimación procesal activa, y el poseedor la legitimación procesal pasiva. Esta necesidad de que el demandado sea el poseedor hizo que, antes del ejercicio de esta acción, se reclamara con el interdicto posesorio correspondiente, de modo que el que vencía en el interdicto quedaba como poseedor y sería el demandado en la acción reivindicatoria.

§ 216. *La restitución.*

Si el demandado decide restituir, debe hacer la restitución de modo adecuado a juicio del juez. En principio, el demandado debe restituir la cosa con todos sus frutos y accesorios (*cum sua causa*), y puede pedir el reembolso de los gastos

hechos para beneficio de la cosa; para determinar qué gastos son reembolsables, se clasifican en tres tipos: gastos «necesarios», que son aquellos que requiere la subsistencia de la cosa; gastos «útiles», que son los que incrementan su valor, y «gastos voluptuarios», también llamados «suntuarios» o de lujo, que son los que implican una erogación mayor al incremento del valor de la cosa.

§ 217. *Restitución del poseedor de buena fe.*

Para determinar caso por caso el contenido de la restitución, se distingue entre el demandado poseedor de buena fe y el de mala fe. El poseedor de buena fe, retiene los frutos percibidos antes de la *litis contestatio*, pero debe restituir los posteriores a ese momento; puede exigir el reembolso de los gastos necesarios y útiles erogados antes de la *litis contestatio*; de los gastos posteriores a ese momento, puede exigir los que hayan sido necesarios para la producción de los frutos. Puede además retirar los bienes accesorios que se puedan separar sin detrimento de la cosa.

§ 218. *Restitución del poseedor de mala fe.*

En cambio, el poseedor de mala fe, debe restituir todos los frutos percibidos antes y después de la *litis contestatio*, debe indemnizar todo daño que haya causado a la cosa y no puede exigir el reembolso de los gastos.

§ 219. *La restitución en el derecho de Justiniano.*

Justiniano modificó este régimen, estableciendo que el poseedor de mala fe tiene una responsabilidad semejante a la del administrador de cosa ajena, que responde, no sólo de los frutos efectivamente percibidos, sino además de los frutos que hubiera podido percibir con una diligente administración; en compensación a esta mayor responsabilidad del poseedor de mala fe, se le permite exigir el reembolso de los gastos útiles y necesarios, y retener los bienes accesorios que pudieran separarse sin daño de la cosa principal. Respecto del poseedor de buena fe, que en derecho clásico podía retener todos los frutos percibidos, aun, por ejemplo, los que tuviera guardados en una bodega, establece Justiniano que sólo puede retener los frutos consumidos y

debe restituir los no consumidos; la posición del poseedor de buena fe después de la *litis contestatio* se equipara a la del poseedor de mala fe.

§ 220. *Otros recursos del propietario civil.*

Además de los interdictos y la acción reivindicatoria, el propietario cuenta con otros recursos para defender su propiedad en casos específicos: *i*) en contra del poseedor que se niega a aceptar el litigio; *ii*) para negar la existencia de un derecho real; *iii*) para regular las relaciones de vecindad; *iv*) para defender la existencia de derechos reales, y *v*) algunas acciones penales.

§ 221. *Recursos en contra del poseedor que se niega a aceptar el litigio.*

En contra del poseedor que se niega a aceptar el litigio, negándose por ejemplo a dar la caución de comparecer ante el pretor, y en contra del poseedor que dejó dolosamente de poseer la cosa, escondiéndola o cediéndola a otro para así evitar el juicio, el pretor, si se trata de un inmueble, da al propietario el interdicto *quem fundum* («por tal fundo»), por el que ordena se le dé la posesión del mismo, y si se trata de una cosa mueble, le da una acción exhibitoria que condena al demandado si no exhibe la cosa; y si le exhibe, entonces ya se le puede demandar con la acción reivindicatoria.

§ 222. *Recursos para negar la existencia de derechos reales.*

El propietario, como se verá más adelante, puede conceder a otras personas algunos derechos reales de uso («servidumbres») o de uso y disfrute («usufructo») sobre alguna cosa de su propiedad. Si no los había concedido y alguien pretendía tener alguno, el propietario tiene una serie de acciones reales con el fin de negar la existencia de tales derechos limitativos de su propiedad; a estas acciones se les dio el nombre genérico de «acción negatoria».

§ 223. *Recursos para regular relaciones de vecindad.*

Los propietarios de inmuebles tienen una serie de recursos procesales para solucionar los conflictos que suelen darse entre fundos vecinos: *i*) tienen una acción para fijar los límites entre fundos vecinos (*actio finium regundorum*); *ii*) un interdicto (*i. de glande legenda*) que prohíbe que se impida al propietario pasar cada tercer día a recoger los frutos del árbol plantado en su

fundo que hayan caído en el fundo vecino; *iii*) dos interdictos (*i. de arboribus caedendis*) que prohíben se impida al propietario cortar las ramas del árbol plantado en el fundo vecino, que se extienden sobre el suyo a una altura menor de quince pies, o cortar el árbol del vecino que se inclina sobre una construcción; *iv*) la acción de contención de agua pluvial (*actio aquae pluviae arcendae*), por la que puede obtener del vecino que destruya las obras que hizo (por ejemplo, una represa), por las que alteró el curso normal de las aguas de lluvia; *v*) un interdicto restitutorio (*i. quod vi aut clam*), por el que se ordena la demolición de lo que alguien hubiera hecho en su predio, sin su permiso; *vi*) puede pedir al pretor que el propietario del fundo vecino le dé una garantía (*cautio damni infecti*) de que le indemnizará el daño que llegara a ocurrirle por causa de una obra o derrumbe que se hace en el fundo vecino.

§ 224. *Recursos para defender la existencia de derechos reales.*

Los propietarios de fundos que tengan a su favor derechos reales de servidumbre respecto de predios vecinos, como una servidumbre de extracción y conducción de agua, tienen las acciones reales y los interdictos correspondientes para defender la existencia y ejercicio de esos derechos.

§ 225. *Acciones penales del propietario.*

Tienen también las acciones penales por los delitos que afectan las cosas de su propiedad, principalmente las acciones por robo y las acciones por daños.

§ 226. *Limitaciones legales de la propiedad.*

No obstante que la propiedad sea la pertenencia plena de una cosa, el poder de disposición del propietario puede quedar limitado, por voluntad del mismo propietario cuando constituye derechos reales sobre su cosa, o por disposición imperativa del ordenamiento público. Las limitaciones voluntarias se analizarán posteriormente, al tratar de la concurrencia de derechos reales sobre una misma cosa. Aquí se tratan las limitaciones impuestas por razón del interés público, que son básicamente dos: la expropiación forzosa y las prohibiciones.

§ 227. *Expropiación.*

El Derecho Romano no tiene una teoría de la expropiación por causa de interés público, pero de hecho se practicó en situaciones específicas. La podía ordenar el magistrado, como pena de confiscación de bienes por algunos delitos, o para demoler un edificio, u ordenarla para beneficiar a un esclavo concediéndole la libertad. También se estableció en ciertas leyes como sanción por violar leyes de contenido económico, o para favorecer a los que hallan tesoros (expropiando al propietario del terreno la mitad del tesoro para dársela al descubridor).

§ 228. *Prohibiciones que limitan al propietario.*

Hubo también determinadas prohibiciones establecidas en las leyes que limitaban el derecho del propietario, entre otras, la de enajenar cosas en litigio, o enajenar los bienes dado en dote, o la de limitar el número de esclavos que el propietario puede manumitir en su testamento (lo cual implica disminución del valor de la herencia en perjuicio de los herederos).

## XVI. ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD

### § 229. *Introducción.*

La propiedad sobre una cosa es un derecho que se adquiere de conformidad con el ordenamiento jurídico. Nadie se hace propietario por la sola declaración de que una cosa es suya; por eso, quien es propietario tiene que demostrar una causa o acto, reconocido por el ordenamiento jurídico, por el que adquirió la propiedad. En términos generales la propiedad civil en Derecho Romano se puede adquirir a «título universal», cuando una persona sucede en la titularidad del patrimonio de otra, como el heredero que se hace propietario de todos los bienes del autor de la herencia; o se puede adquirir a «título particular», es decir por virtud de actos concretos que se llaman «modos» de adquirir la propiedad, y que se analizan en este capítulo.

### § 230. *Clasificación de los modos de adquirir.*

La clasificación más comúnmente usada es la que distingue entre «modos originarios» y «modos derivativos» de adquisición de la propiedad. Son modos originarios, aquellos actos en los que no interviene un propietario que enajena su propiedad, como es el caso de la apropiación de un bien que no tiene dueño, por ejemplo un animal salvaje cuya propiedad adquiere el cazador; y «modos derivativos», aquellos en los que interviene un propietario que enajena o transfiere su propiedad a otro, como el que enajena un terreno a cambio de un precio.

Esta clasificación no resulta apropiada para el Derecho Romano, porque en él la propiedad es un derecho que se adquiere y no un derecho que se transmite o transfiere. Es verdad que hay ciertos modos de adquirir que exigen la presencia o la voluntad de un enajenante, pero no es porque el enajenante transfiera su derecho, sino que él renuncia a la propiedad para que el otro la adquiera. Por eso, es preferible clasificar los modos de adquirir en estas otras categorías: *i)* «actos de atribución formal», y *ii)* «actos de apropiación posesoria».

§ 231. *Actos de atribución formal*

Los actos de atribución formal son aquellos que requieren un acto formal de atribución, que puede ser un acto del magistrado (*addictio*), o un acto del propietario por el que enajena formalmente un bien *mancipi* (*mancipatio*) o atribuye la propiedad de una cosa a una determinada persona en su testamento, mediante un legado de efecto real o «vindicatorio».

§ 232. *La addictio del magistrado.*

Los magistrados, por virtud del *imperium*, podían atribuir la propiedad en determinados casos: *i*) cuando se hace una *in iure cessio*, es decir cuando dos partes convienen en presentarse ante el pretor como actor y demandado en una acción real, habiendo convenido que el demandado reconocerá ante el pretor, mediante una *confessio in iure*, el derecho real pretendido por el actor, y, como consecuencia de esa confesión, el pretor hace una atribución (*addictio*) del tal derecho a favor del actor; *ii*) en las subastas públicas, el magistrado atribuye la propiedad al mejor postor; *iii*) cuando el magistrado hace el reparto (*adsignationes*) de tierras públicas a favor de particulares; *iv*) el general, que es un magistrado, cuando reparte el botín de guerra entre los soldados; o *v*) cuando el magistrado, en la fórmula de una acción divisoria, autoriza al juez para que haga adjudicaciones de propiedad o de derechos reales, respecto de la cosa en litigio, a favor de las partes.

§ 233. *La mancipatio.*

Sirve para adquirir la propiedad civil de las *res Mancipi*. Es un acto privado, solemne, que consiste en la declaración que hace el adquirente (*mancipio accipiens*), en presencia del propietario de la misma (*mancipio dans*) de que una cosa, de la cual se apodera, es suya de acuerdo con el derecho civil. El acto se completa con la acción de pesar en una balanza una cantidad de cobre, que interviene como precio de la adquisición. El acto se celebra ante cinco testigos, y una persona más, encargada de pesar el metal (*libripens*).

En principio, el enajenante no tiene que declarar nada, pues se entiende que con su sola presencia autoriza el acto de adquisición. El adquirente adquiere la propiedad si el enajenante era realmente el propietario. Si resultaba que una



tercera persona era el verdadero propietario y demandaba al adquirente con la acción reivindicatoria, el enajenante debía ayudar al adquirente en el juicio reivindicatorio, y si éste resultara vencido, el enajenante debía pagarle el doble del precio que el primero había pagado. El hecho de ser vencido en el juicio reivindicatorio se llamó «evicción», y a la responsabilidad de pagar el doble del precio, «responsabilidad por evicción». Para exigir al enajenante la responsabilidad por evicción, el adquirente tenía la *actio auctoritatis*.

Al momento de hacer la *mancipatio*, podía el enajenante hacer alguna declaración (*nuncupatio*) por la que determinaba alguna condición de la cosa vendida, como la reserva (*deductio*) de un derecho real sobre la cosa vendida, por ejemplo una servidumbre de paso respecto del fundo vendido, o reservarse un derecho a recuperar la cosa si no se cumple determinada condición, por ejemplo el de recuperar un esclavo si no se le manumite en cierto tiempo.

§ 234. «*Mancipación por una moneda*» (*mancipatio numo uno*)

La *mancipatio* era originalmente, en el tiempo en que no había moneda, una venta solemne en la que el precio era una cantidad de metal. Al acuñarse la moneda (289 a.C.), la *mancipatio* subsiste como un modo de adquisición, pero el metal que se pesa ya no es precio de la adquisición; entonces el precio se pagaba en monedas, antes o después de celebrar el acto solemne, o podía incluso no haber precio alguno, pero al acto acudía un *libripens*, al cual se le hacía pesar una moneda de cobre (*mancipatio numo uno*), con el objeto de cumplir con las solemnidades propias del acto. De esta manera, la *mancipatio* que originalmente era un acto causal, en que la adquisición se justificaba por el precio pagado, el metal pesado, se convirtió en un «acto abstracto», que produce el efecto adquisitivo por el solo cumplimiento de la forma solemne. Pudo entonces usarse la *mancipatio* como un modo para adquirir la propiedad que se quería ceder por alguna causa, como donación, pago o dote.

§ 235. *El legado vindicatorio*.

El propietario puede atribuir la propiedad de una cosa a otra persona por medio de un legado en su testamento. El legado vindicatorio es una disposición, en un testamento, de carácter formal, que tiene que hacerse con las palabras *do lego* («doy en propiedad y lego»), por la que el legatario

adquiere la propiedad de la cosa legada. Es un acto de atribución formal de la propiedad, pero la adquisición se produce como consecuencia de la muerte del enajenante (*mortis causa*).

§ 236. *Actos de apropiación posesoria.*

Los actos de apropiación posesoria son aquellos actos, no formales, que hacen que una persona adquiera la propiedad de una cosa que ya está poseyendo. En concreto son: la ocupación de cosas sin dueño (*occupatio*), a la que se asimila la adquisición de frutos; la adquisición de una cosa nueva elaborada (*specificatio*); y la incorporación de una cosa a otra principal, a lo que se llama «acesión»; la entrega (*traditio*) de bienes muebles; y la usucapión y la prescripción (*usucapio, praescriptio*) por las que se adquiere la propiedad mediante la posesión continuada de un bien.

§ 237. *La ocupación.*

Es la adquisición de la propiedad por la sola toma de posesión u ocupación de una cosa que no tiene dueño (*res nullius*), como lo animales salvajes, cuya propiedad la adquiere quien los caza, o una tierra deshabitada e ignorada o una isla que súbitamente emerge en un río o un lago y que se hacen de quien las ocupa. Los juristas consideraron que ésta era un modo de adquirir la propiedad que reconocían todos los pueblos, por lo que era un modo de *ius gentium*, pero que producía la adquisición de la propiedad civil.

La misma idea de apropiación posesoria de una cosa nueva está presente en otros modos de adquirir la propiedad: la adquisición de frutos, la especificación y la accesión.

§ 238. *Adquisición de frutos.*

Los frutos naturales, mientras están unidos a la cosa productora, como las manzanas al árbol, son una cosa con ella, pero cuando se separan se hacen una cosa distinta sobre la cual puede adquirirse la propiedad. En principio, el propietario de la cosa productora adquiere la propiedad de los frutos por la mera separación (*separatio*), pero cuando se ha cedido a un tercero el derecho de aprovechar los frutos, como al colono de una finca que paga a su dueño una

renta para poder usarla y cultivarla, adquiere los frutos, no por la separación, sino por el hecho de recogerlos, es decir por su percepción (*perceptio*).

§ 239. *Especificación.*

Se dice que hay especificación cuando alguien hace una cosa nueva (*nova species*) con materiales ajenos que ya no pueden recuperarse en su integridad, como quien hace vino con uvas ajenas o harina con granos ajenos. Esto plantea el problema de quién es el propietario de la cosa nueva (*nova species*), ¿el dueño del material o quien la hizo, el especificador? Los juristas de la escuela sabiniana afirmaban que era el dueño del material, y los de la escuela proculeyana, que era el especificador; ésta fue la solución que prevaleció.

Jurídicamente, la especificación es un modo de adquisición de la propiedad, por el que el especificador adquiere la propiedad de la obra que hizo con materiales ajenos. Quien era dueño del material puede reclamar al especificador una indemnización por el valor de los materiales perdidos; la acción con la que puede reclamarla es distinta según los casos, en los que tiene que considerarse, entre otras cosas, si el especificador sabía o no que los materiales eran ajenos.

§ 240. *La accesión.*

Consiste en la incorporación de una cosa accesoria, que pierde su integridad, a otra principal, generalmente inmueble pero puede ser también mueble. Puede ser el resultado de la acción humana, como cuando se funden metales, o resultado de las fuerzas naturales, como la incorporación de la tierra y ramas que arrastran los ríos a los terrenos ribereños (aluvión). Los casos más frecuentes son la edificación, plantación o siembra en suelo ajeno.

Como institución jurídica, la accesión es el modo de adquirir la propiedad, por el que el dueño de una cosa principal adquiere la propiedad de la cosa accesoria que se une de modo inseparable. Quien pierde la propiedad puede reclamar una indemnización, en este caso al dueño de la cosa principal, por el valor de la cosa perdida, de modo semejante a como lo puede hacer quien perdió los materiales que aprovechó el especificador.

§ 241. *La entrega o traditio.*

Es el modo más ordinario de adquirir la propiedad, y fue considerado un modo de *ius gentium*. Sirve para adquirir la propiedad civil de las cosas *nec mancipi* y la propiedad pretoria de las cosas *mancipi*.

La entrega o *traditio* es el modo de adquirir la propiedad que consiste en que el adquirente toma posesión de una cosa que es de otro, con el consentimiento de éste. Puede hacerse de mano a mano, pero en muchos casos entregar es simplemente dejar que el adquirente tome posesión de la cosa, como sucede en los mercados donde se exponen las mercancías al público.

La sola entrega no implica la adquisición de la propiedad, porque se puede entregar una cosa a otra persona, con otra finalidad, por ejemplo para que la guarde, la repare, etcétera. Para que la entrega conduzca a la adquisición de la propiedad es preciso que exista una causa que lo justifique (*iusta causa*). Si se da la entrega pero falta una justa causa para adquirir la propiedad, quien recibe sólo adquiere la posesión de la cosa.

#### § 242. *Iustas causas de la traditio.*

Las causas que justifican la adquisición de la propiedad son estas: *i*) préstamo (*credere*), que implica dar una cantidad de cosa genérica (principalmente dinero) para que quien reciba adquiera la propiedad y devuelva una cantidad igual del mismo género; *ii*) pago (*solvere*), que implica que el acreedor adquiere la propiedad de la cantidad que se le entrega; *iii*) compra (*emere*), que es la entrega para que el comprador posea como propietario; *iv*) donación (*donare*), que implica dar la propiedad sin contraprestación; y *v*) dote (*dotem dare*), que implica dar la propiedad de los bienes a la mujer.

Como la adquisición de la propiedad no se obtiene por la sola entrega, la *traditio* es un «acto causal», es decir un acto que requiere una causa previa que justifique el efecto que produce. En cambio, la *mancipatio* llegó a ser, después de la acuñación de moneda, un «acto abstracto», es decir un acto que produce sus efectos por sí mismo, sin necesidad de invocar una causa previa. Esta diferencia entre «acto causal» y «acto abstracto», que aquí se refiere a los modos de adquirir la propiedad, también se aplica a otros actos jurídicos, como el convenio para fijar plazo a una deuda (*constitutum*), que es un acto causal, y la estipulación o promesa, que es abstracto.

§ 243. *La usucapión* (usucapio).

Es el modo de adquirir la propiedad civil por medio de la posesión continuada de una cosa ajena, durante un año si es mueble o dos si es inmueble. Era considerado un modo peculiar del derecho civil de adquirir la propiedad, por lo que no aprovechaba a los extranjeros, ni podía, en principio, referirse a bienes inmuebles ubicados fuera de la península itálica.

El poseedor que puede usucapir es solamente el poseedor civil de buena fe, es decir el que tiene la cosa (*corpus*) y el ánimo (*animus*) de actuar como propietario, creyendo que con su posesión no lesiona el derecho de otro. La buena fe o creencia de no lesionar el derecho de otro es un estado subjetivo o de conciencia del poseedor, que no puede conocerse directamente, pero que puede presumirse cuando el poseedor demuestra una justa causa para poseer.

Por eso, la usucapión es también un «acto causal», pues no basta la posesión continuada para producir el efecto adquisitivo, sino que se requiere la prueba de una justa causa de la posesión.

§ 244. *Justas causas de la usucapión*.

Las justas causas o «títulos» de la usucapión son las mismas cinco que en la *traditio* (crédito, compra, pago, donación y dote); pero también hay otras: *vi*) el abandono (*derelictio*) de cosas, cuando la cosa no fue abandonada por su propietario y por tanto no es *res nullius* ni se puede adquirir por ocupación; *vii*) el legado de efecto real, si el legatario, por algún defecto del legado, no adquirió la propiedad; *viii*) la herencia; *ix*) por decreto del pretor; y *x*) en otros casos en los que uno tiene alguna causa para poseer algo como si fuera suyo (*pro suo*), por ejemplo quien posee una cosa productora de frutos, tiene causa para poseer éstos como si fueran suyos, o quien recibe la posesión de una cosa por su adversario en juicio, sin que la cosa fuera de la propiedad del adversario, tiene causa para poseerla como si fuera suya. En todo caso, para adquirir por usucapión es necesario una causa que justifique la posesión, pues quien detenta una cosa no puede convertirse en poseedor civil por su sola voluntad.

§ 245. *Consolidación de la propiedad defectuosa por medio de la usucapión.*

Originalmente la usucapión era un modo de consolidar la adquisición de la propiedad por una *mancipatio* defectuosa; por ejemplo porque el enajenante no era propietario civil, y entonces el adquirente que no adquirió la propiedad por la *mancipatio*, si poseyó la cosa el tiempo necesario, la adquiría por usucapión. Con el tiempo la usucapión se convirtió en un modo de regularizar cualquier tipo de adquisición defectuosa, sea porque el adquirente la recibió de quien no era su propietario, sea por falta de la formalidad de la *mancipatio* o de la *in iure cessio* en la adquisición de una *res Mancipi*.

§ 246. *Prueba de la propiedad por la usucapión.*

La prueba de la propiedad civil es difícil porque el propietario tiene que demostrar el título por el que adquirió la propiedad, y el título por el que la adquirió aquél de quien él la obtuvo, y así podía remontarse a anteriores propietarios. Como la prueba de la posesión civil y del tiempo de posesión es más fácil que la prueba de la propiedad civil, quien ha poseído el tiempo necesario para usucapir, si se llega a discutir su propiedad, prefiere alegar que adquirió por usucapión, aunque haya adquirido de otro modo.

§ 247. *Prescripción de largo tiempo (longi temporis praescriptio).*

En las provincias, donde no se podían adquirir los inmuebles por usucapión, se fue configurando una forma de proteger la posesión continuada de inmuebles, que se llamó «prescripción de largo tiempo» (*longi temporis praescriptio*). Originalmente, la prescripción era un recurso defensivo, de modo que quien había poseído un inmueble durante 10 años, o veinte si vivía en otra ciudad, podía oponerla contra la reclamación del propietario, y de esta manera seguir poseyendo. Era un recurso que servía principalmente para defender la posesión de inmuebles, pero también llegó a usarse respecto de bienes muebles poseídos por los *peregrini*.

La prescripción de largo tiempo servía a los poseedores que hubieran tenido una posesión justa inicial (*iustum initio possessionis*), lo que implicaba que fueran poseedores con justa causa y de buena fe. Para el cómputo del tiempo, los poseedores podían sumar el tiempo que había poseído la persona de quien

la recibieron (*accessio possessionis*), o el tiempo que hubiera poseído la persona de quien heredaron (*successio possessionis*).

§ 248. *Confusión entre usucapión y prescripción.*

La diferencia entre la usucapión, propia de los ciudadanos romanos, y la prescripción, accesible a los *peregrini*, se comienza a perder cuando (siglo III) se extiende la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio (edicto de Caracala) y la península itálica se considera como otra provincia más (reforma de Diocleciano). Entonces ya todos los habitantes del imperio pueden adquirir por usucapión, pero los fundos itálicos, que antes se adquirirían por usucapión, al ser considerados como provinciales, entonces se adquieren por prescripción.

§ 249. *Prescripción sin buena fe inicial.*

Constantino (s. IV) modifica el régimen de la prescripción, al admitir que también protege a los poseedores, aunque no tuvieran justa causa ni buena fe, si habían poseído cuarenta años. Posteriormente, en época de Teodosio II, el plazo se reduce a treinta años.

§ 250. *Régimen de la usucapión y la prescripción establecido por Justiniano.*

Justiniano consolida la evolución que se venía dando de la usucapión y la prescripción. Establece la usucapión como forma de adquirir la propiedad exclusivamente de bienes muebles, con un plazo de tres años; la prescripción de largo tiempo la establece, ya no como un recurso defensivo, sino como un modo de adquirir la propiedad de bienes inmuebles, por la posesión de buena fe durante diez años, si es entre presentes, o de veinte, entre ausentes. Además conserva la prescripción de treinta años, que llama «prescripción de larguísimo tiempo» (*longuissimi temporis praescriptio*) para adquirir la propiedad de inmuebles mediante una posesión de buena fe aunque sin justa causa.



## XVII COPROPIEDAD

### § 251. *Introducción.*

El derecho de propiedad puede quedar limitado, aparte las limitaciones legales, por la concurrencia de otro propietario sobre la misma cosa, lo que genera la copropiedad, o por la concurrencia de otros derechos reales sobre la misma cosa constituidos voluntariamente por el mismo propietario, como son las servidumbres prediales y el usufructo. Suelen considerarse otros derechos reales como el que tiene el acreedor sobre la prenda o hipoteca, y los que se constituyen respecto de un inmueble que uno posee como consecuencia de un contrato de arrendamiento a largo plazo (vectigal, enfiteusis, superficie), los cuales se tratarán en los capítulos relativos a la prenda y al arrendamiento de cosas. La limitación del derecho de propiedad en estos casos es, en principio, temporal, pues en cuanto cesa el derecho real, la propiedad recobra su plenitud.

### § 252. *Concepto de copropiedad.*

La copropiedad es la concurrencia de varios propietarios respecto de una misma cosa. La concurrencia de varios propietarios sobre una cosa se resuelve, no dividiendo la cosa entre ellos, sino dividiendo el derecho de propiedad, de modo que cada copropietario tiene una parte alícuota o cuota (la mitad, un tercio, etcétera) del derecho de propiedad y la cosa permanece sin dividir o indivisa.

### § 253. *Formas de contraer la copropiedad.*

La copropiedad se puede producir por un acto voluntario, y da lugar a la «copropiedad voluntaria», o por un accidente o suceso independiente de la voluntad, y entonces se habla de «copropiedad incidental».

### § 254. *Copropiedad voluntaria.*

Puede ocurrir por el acto voluntario de varias personas que ponen en común algunas cosas y se transfieren recíprocamente partes de su derecho de propiedad sobre ellas, como lo hacen los socios que ponen en común varias



cosas (mercancías, ganado, dinero, inmuebles) para emprender un negocio; o porque varias personas hayan adquirido conjuntamente una misma cosa, como sucede con los herederos que adquieren en común la propiedad de los bienes de la herencia.

§ 255. *Copropiedad incidental.*

Se produce incidentalmente, es decir sin un acto voluntario, en los casos en que se confunden cosas fungibles pertenecientes a distintos propietarios, como los granos de trigo almacenados en costales, que al romperse éstos, se confunden entre sí, de modo que es imposible distinguir cuáles son de un propietario y cuáles de otro. Cuando se confunden bienes genéricos sólidos (granos, monedas, harina, etc) se habla de «conmixción», y si son líquidos de «confusión».

§ 256. *Régimen de la copropiedad.*

Cada copropietario puede disponer libremente de su cuota (venderla, donarla) y participa, según la proporción de la misma cuota, en los gastos y ventajas comunes.

Respecto del uso y administración de la cosa común, cada copropietario puede usar y administrarla libremente, pero cualquiera de los otros copropietarios le puede prohibir (*ius prohibendi*) que lo haga. Esta regla da como resultado que los copropietarios acuerden previamente cómo la van a usar y administrar. Justiniano modificó esto, eliminando la facultad de prohibir de los copropietarios y dando al juez la facultad de decidir sobre la conveniencia de los actos de uso y administración.

Si se quiere disponer de toda la cosa común, por ejemplo venderla, o constituir sobre ella algún derecho real indivisible, como un derecho de servidumbre, se requiere el consentimiento de todos los copropietarios.

El régimen de copropiedad resulta difícil de sobrellevar, por lo que se admite que cada copropietario puede, en cualquier momento, pedir que se haga la división de la cosa común y termine la copropiedad.

§ 257. *Acciones divisorias.*

La división de la cosa común se puede exigir por las acciones divisorias, que son la «acción de familia dividida» (*actio familiae erciscundae*), cuando se trata de dividir la copropiedad resultante de una herencia, y la «acción de división de cosa común», que sirve para dividir cualquier otro tipo de copropiedad.

La finalidad de estas acciones es que el juez (al que se llama «árbitro» cuando hace esta función) haga una división de la cosa común y condene a las partes (los copropietarios) a pagar las cantidades que se deban por causa de la copropiedad. Para ello, está facultado en la fórmula de la acción, para hacer atribuciones de propiedad o de otros derechos reales, a favor de los litigantes, de modo que cada uno adquiera la propiedad de alguna porción de la cosa común. Si el valor de las partes es desigual, puede el juez condenar a quien recibe la mejor parte a pagar una cantidad de dinero al otro; si la cosa no admite una división cómoda, puede el juez adjudicarla totalmente a uno, y condenarlo a pagar una cantidad equivalente al valor que pierde el otro o los otros; o puede venderla a un tercero y repartir el precio entre todos.

§ 258. *División de la copropiedad incidental.*

En los casos de copropiedad incidental puede pedirse la división por la acción de división de cosa común, pero también pueden usarse otras acciones, según el caso, por ejemplo, si se confunden monedas, lo cual es frecuente que suceda cuando se transporta dinero, se entiende que quien retiene la masa de monedas confundidas, ha adquirido la propiedad de las monedas ajenas que se confundieron en la masa, pero al mismo tiempo se ha hecho deudor del valor de ellas, como si las hubiera recibido prestadas en mutuo, y se le puede reclamar por la acción que tiene el mutuante contra el mutuario, que es la llamada «condicción» (*condictio*).

§ 259. *Copropiedad indivisible.*

En algunos casos la copropiedad es indivisible porque se trata de cosas que tienen una función solidaria. Es lo que sucede con la pared medianera (*paries communis*), es decir la que sirve a dos construcciones, y con el vestíbulo o

espacio de acceso común a dos o más casas. En estos casos, los copropietarios no pueden pedir la división de la cosa común.

## XVIII. SERVIDUMBRES

### § 260. *Concepto de servidumbres prediales.*

La servidumbre es un derecho real que se constituye voluntariamente por los propietarios de predios vecinos, a fin de que un predio sirva al otro de manera permanente la ventaja de un uso limitado.

Las servidumbres se dicen «prediales» porque gravan o benefician a los mismos inmuebles, independientemente de quien sea su propietario o poseedor. El predio que tiene la ventaja se llama «predio dominante», y el que la otorga, «predio sirviente». La servidumbre perdura no obstante el cambio o la muerte de los propietarios.

El uso que otorga la servidumbre es siempre un uso limitado, por ejemplo el paso a través del predio sirviente, o la extracción de agua, o la conducción de agua, etcétera. Como la servidumbre consiste en un uso, el derecho de servidumbre es solidario e indivisible, y no puede tenerse o extinguirse parcialmente; y así, si el fundo dominante fuera de dos o más copropietarios, la servidumbre no se divide entre ellos, sino que se mantiene íntegra respecto de todos; o, si el fundo sirviente se dividiera en dos fundos distintos, la servidumbre de paso se conservaría íntegra y gravaría ambos fundos, y no se dividiría en dos servidumbres, una que grave un fundo, y la otra el otro.

### § 261. *Contenido del derecho de servidumbre.*

El derecho de servidumbre grava al fundo sirviente, pero no genera una obligación a cargo de su propietario. Desde el punto de vista del predio sirviente, la servidumbre consiste en un «padecer», es decir en tolerar que el fundo dominante haga el uso establecido: tolerar que se pase, que se extraiga agua, etcétera.

Desde el punto de vista del fundo dominante, el derecho de servidumbre consiste en la posibilidad de hacer una intromisión (*immissio*) lícita en el fundo sirviente, como meterse para atravesarlo, o para escarbar y sacar agua, o para reparar un acueducto, etcétera; o en el derecho de prohibir (*ius*

*prohibendi*) que se haga algo en el fundo sirviente, por ejemplo que se construya por encima de cierta altura, o que se planten árboles o se coloque cualquier objeto que impida la vista al fundo dominante. Las servidumbres que consisten en una intromisión, se llaman «servidumbres positivas» y se dice que el dueño del predio dominante «tiene derecho» a determinado uso: Las que consisten en una prohibición se llaman «servidumbres negativas», porque en ellas el titular del fundo sirviente «no tiene derecho» a hacer algo que impida la ventaja otorgada.

#### § 262. *Clasificación de las servidumbres.*

Cada servidumbre se tipifica, según el uso específico a que se refiere, como servidumbres «de paso», de «extracción y conducción de agua», de «apoyo de viga», de «desagüe», de «vistas», etcétera, de modo que no hay un número limitado de ellas, y pueden ser tantas como sean los usos posibles entre los fundos.

Atendiendo a su finalidad económica, solían clasificarse en dos categorías: «rústicas» y «urbanas».

#### § 263. *Servidumbres rústicas.*

Son rústicas, las que se dan entre fundos ubicados fuera de las ciudades, entre las que se cuentan las servidumbres de: *i*) paso a pie o a caballo (*iter*); *ii*) paso de ganado (*actus*); *iii*) paso para carros (*via*); *iv*) conducción de agua (*aquae ductus*); *v*) extracción de agua (*aquae haustus*), que implica la de pasar para llegar al pozo; y *vi*) la de poder arrojar el agua al fundo vecino (*aquae immissio*).

#### § 264. *Servidumbres urbanas.*

Las servidumbres urbanas se dan entre predios ubicados en las ciudades. Las principales son las llamadas «servidumbres de luces», que en concreto son: *i*) las de poder abrir ventanas (*ius luminum*), *ii*) prohibir que el vecino eleve la edificación actual (*ius altius non tollendi*), *iii*) de no impedir la vista del fundo dominante (*ius ne prospectui vel luminibus officiatur*); además, las servidumbres de : *iv*) de desagüe (*cloaca*); *v*) de apoyo de viga (*ius tigni immitendi*); *vi*) carga de una construcción (*ius oneris ferendi*); y otras que

consisten en proyectar algo sobre el fundo vecino, como *vii*) dejar caer el agua de lluvia desde el tejado sobre el fundo vecino (*ius stillicidii*, o *viii*) por medio de un canalón o (*ius fluminis*), y *ix*) la de proyectar balcones terrazas o aleros sobre el fundo vecino (*ius proiicendi protegendive*).

§ 265. *Defensa procesal de la servidumbre.*

El propietario del fundo dominante tiene una acción real, la «vindicación de servidumbre» (*vindicatio servitutis*), contra cualquier poseedor que le impida el uso de la servidumbre. La fórmula de esta acción tiene una cláusula arbitraria, que permite que el demandado salga absuelto si otorga una garantía de que no impedirá el uso de la servidumbre (*cautio non amplius turbando*). Si no da la caución, quedará condenado a pagar la cantidad de dinero que el actor estime que vale su derecho de servidumbre.

Tiene además unos interdictos especiales y otro recurso denominado «denuncia de obra nueva».

§ 266. *Interdictos para defender la servidumbre.*

Tiene además unos interdictos, no los interdictos posesorios porque la servidumbre consiste en un uso y no en la posesión, sino interdictos especiales para defender el uso de la servidumbre, como el «interdicto de senda o de paso de ganado», por el que se prohíbe que se impida el paso a quien ha pasado por ahí en el último año sin violencia ni clandestinidad; o el «interdicto de agua», por el que se prohíbe que se impida extraer y llevar agua. Otros interdictos sirven para que no se impida al titular del fundo dominante entrar en el fundo vecino y reparar el camino, cloacas o acueducto necesarios para la servidumbre.

La ventaja que tienen estos interdictos, en comparación con la acción real, es que el interesado no tiene que probar la existencia del derecho real de servidumbre, sino sólo el haber hecho efectivamente un uso determinado en el último año.

§ 267. *Denuncia de obra nueva.*

Cuando en el fundo sirviente se hiciera alguna obra que impida la integridad de la servidumbre, por ejemplo una construcción que impida el paso, el titular del fundo dominante, puede hacer al constructor la «denuncia de obra nueva» (*operis novi nuntiatio*), es decir la manifestación del perjuicio que ésta le causa. Si el pretor ve justificada la denuncia, pide al constructor que dé una garantía de que indemnizará los daños, si el denunciante vence en el juicio de vindicación de servidumbre; si no da la garantía, el pretor dicta un interdicto (llamado por la romanística «interdicto demolitorio») por el que ordena que se deshaga la obra.

§ 268. *Constitución de las servidumbres.*

Las servidumbres rústicas eran consideradas *res Mancipi*, de modo que se constituían por medio de una *Mancipatio*, y se admitió que también podían adquirirse por usucapión, hasta que una ley (*lex Scribonia*, del s. I a.C.) lo negó.

Por lo general todas las servidumbres se constituían mediante una *in iure cessio*, es decir un acto por el que quien iba a adquirir la servidumbre se presentaba ante el pretor como reclamante en una vindicación de servidumbre, y quien iba a concederla se presentaba como demandado; éste confesaba ante el pretor que el actor era titular de la servidumbre, y entonces el pretor hacía la adjudicación de la misma a favor del actor. También podían constituirse por un legado, o por adjudicación judicial en una acción divisoria. Respecto de los fundos provinciales, podían constituirse por un convenio escrito. En época posclásica, se admitió que se adquirieran por la prescripción de largo tiempo.

Las servidumbres, además de constituirse directamente, también podían establecerse como una reserva hecha por el enajenante de un predio, en un acto *inter vivos* o *mortis causa*; podía, por ejemplo, el enajenante de una *Mancipatio*, reservarse una servidumbre sobre el fundo enajenado; o el autor de un testamento podía dejar por un legado la propiedad de un fundo, reservando a favor del heredero una servidumbre sobre el mismo.

§ 269. *Extinción de las servidumbres.*

Las servidumbres se extinguen de varias maneras, en primer lugar: *i)* por «confusión», esto es cuando una sola persona es propietario por entero del fundo dominante y del fundo sirviente, ya que no puede haber servidumbre sobre cosa propia; también se extinguen: *ii)* por renuncia del titular hecha ante el pretor en una *in iure cessio* respecto de una acción negatoria, es decir una acción en la que el actor niega que existe el derecho de servidumbre, y el demandado, que es en realidad el titular de la servidumbre, confiesa que no existe tal servidumbre, por lo que el pretor declara la libertad del fundo sirviente; *iii)* por desuso de una servidumbre positiva, o no haber prohibido los actos contrarios en una servidumbre negativa, y *iv)* por desaparición de la utilidad económica de la servidumbre, como puede ser el haber abierto un pozo en el fundo dominante que entonces ya no necesita extraer el agua del fundo sirviente, o el haberse abierto un nuevo camino que hace inútil la servidumbre de paso, etcétera.



## XIX. EL USUFRUCTO

### § 270. *Concepto de usufructo.*

Es un derecho real de usar y disfrutar una cosa ajena, mueble o inmueble, sin poder disponer de ella. El derecho del usufructuario de usar y disfrutar de la cosa, concurre con el derecho del propietario, a quien se le califica como «nudo propietario» porque no puede usar ni disfrutar, pero que tiene la facultad de disponer de la cosa y se considera que conserva la posesión aunque la cosa la tenga físicamente el usufructuario.

El usufructo es vitalicio, por lo que se extingue a la muerte del usufructuario, pero el pretor admitió que pudiera constituirse por un plazo determinado.

### § 271. *Contenido del derecho de usufructo.*

El usufructuario, a diferencia del titular de una servidumbre que sólo puede hacer un uso limitado, pueda usar ampliamente de la cosa; además adquiere la propiedad de los frutos que la cosa produce; los frutos naturales los adquiere por percepción, es decir hasta que los recoge, y los frutos civiles los adquiere día a día, es decir cada día adquiere la renta correspondiente a ese día. Pero el usufructuario no puede disponer de la cosa, ni jurídicamente (no puede enajenarla ni gravarla con una servidumbre o un derecho de prenda), ni físicamente (no puede destruirla, ni transformarla, aunque sea para mejorarla).

El alcance del derecho del usufructuario en concreto tiene que determinarse caso por caso y atendiendo a la naturaleza de la cosa. El usufructuario de un rebaño, por ejemplo, puede consumir las crías, pero manteniendo el mismo número de cabezas que recibió; el de un terreno agrícola, puede cultivarlo, pero no podría transformarlo en una mina para aprovechar una cantera, aunque económicamente fuera más redituable; el usufructuario de un bosque, puede talar en la misma medida que lo hacía el nudo propietario, pero debe mantener y renovar el vivero para plantación, etcétera.

§ 272. *Restitución del usufructo.*

El nudo propietario tiene la acción reivindicatoria para exigir la cosa dada en usufructo cuando éste termina; como ordinariamente el usufructo era vitalicio, quienes restituían eran los herederos del usufructuario. Mientras dura el usufructo, el usufructuario puede oponer la «excepción de usufructo» a la acción reivindicatoria del propietario y retener la cosa. Tiene además el propietario todas las otras acciones e interdictos que tiene cualquier propietario, y especialmente las acciones penales para exigirle responsabilidad al usufructuario por los daños que causara mientras tiene la cosa.

§ 273. *Caución usufructuaria.*

Para facilitar la reclamación por parte del propietario, sin tener que usar la acción real ni las acciones penales, la jurisprudencia encontró el modo de darle una acción personal, con la cual podía exigir al usufructuario una cantidad de dinero en caso de que usara abusivamente de la cosa o no la devolviera oportunamente. Para tener la acción personal se pedía al usufructuario que hiciera una promesa, asegurada con fiadores, de pagar una cantidad de dinero en caso de no usar o disfrutar la cosa adecuadamente, esto es según el juicio de un hombre recto (*boni viri arbitratu*), y en caso de no restituirla al terminar el usufructo; esta promesa con fiadores se llamó «caución usufructuaria» (*cautio usufructuaria*). Si el usufructuario se negaba a dar la garantía, el pretor le negaba la «excepción de usufructo», lo que significaba que el propietario podía reivindicar la cosa.

§ 274. *Cuasi-usufructo.*

Como el usufructo es un derecho de usar y disfrutar sin disponer, sólo puede versar sobre cosas que no se consumen al primer uso que se hace de ellas, es decir sobre cosas no consumibles. Era frecuente que se dejara por legado el usufructo de todos los bienes de una herencia, o de una parte de ellos, en la que había bienes consumibles, especialmente dinero; de acuerdo con la regla de que el usufructo es sólo sobre bienes no consumibles, los bienes consumibles se separaban del usufructo y se dejaban al heredero. Para poder admitir el usufructo de bienes consumibles, un senadoconsulto de comienzos del Principado resolvió que el usufructuario podía quedarse y disponer del

dinero, siempre que diera una garantía (la *cautio ex senatus consulto*) de que devolvería una cantidad igual al terminar el usufructo. Este usufructo de cosas consumibles se llamó «cuasi usufructo».

§ 275. *Defensa procesal del usufructuario.*

El usufructuario tiene una acción real, la «vindicación de usufructo», que se dirigía, originalmente, en contra del propietario que le impedía ejercer el usufructo, pero posteriormente (en tiempo de Juliano, s. II) parece haberse dado en contra de cualquier otro poseedor; es una acción que tiene, como la vindicación de servidumbre, una cláusula arbitraria que permite que el demandado salga absuelto si da la caución de no perturbar en lo sucesivo. Y para defenderse respecto de la acción reivindicatoria del propietario, el usufructuario tiene la «excepción de usufructo».

§ 276. *Interdictos que puede usar el usufructuario.*

El usufructuario no es poseedor, pero podía utilizar los interdictos *utrubi*, para retener la tenencia de bienes muebles, y el interdicto *unde vi* para recuperar la de un inmueble del que fue despojado violentamente, porque en la fórmula de estos interdictos no se menciona la posesión. Para utilizar el interdicto *uti possidetis*, fue necesario que el pretor se lo otorgara con una fórmula en la que se fingía que era poseedor.

§ 277. *Acciones penales del usufructuario.*

El pretor le permite usar algunas acciones penales que corresponden originalmente al propietario, como la «acción de la ley Aquilia» por daños en cosas muebles, mediante la ficción de que es propietario.

§ 278. *Constitución del usufructo.*

El modo ordinario de constituirlo es por medio de un legado vindicatorio. Para constituirlo en un acto *inter vivos*, se hace una *in iure cessio*, en la que el adquirente se presenta como demandante en una vindicación de usufructo, y quien cede el usufructo, como el demandado que confiesa la existencia del usufructo, y provoca así que el pretor haga la adjudicación del usufructo a favor del actor. En las provincias se hace por un convenio escrito.

También podía constituirse, al igual que las servidumbres, por una reserva (*deductio*), en un acto de enajenación de la propiedad.

§ 279. *Extinción del usufructo.*

Siendo un derecho vitalicio, se extingue, en primer lugar por: *i)* muerte del usufructuario, y como asimilación a la muerte, *ii)* por su *capitis deminutio* o pérdida de su capacidad jurídica; también *iii)* por consolidación del usufructo al adquirir el usufructuario la propiedad de la cosa usufructuada; *iv)* por renuncia del usufructuario hecha en una *in iure cessio*; *v)* por desuso durante los plazos de la usucapión, y luego de los plazos de la prescripción de largo tiempo; *vi)* por desaparición del objeto, su exclusión del comercio o su transformación de modo que impida el disfrute; y *vii)* por vencimiento del plazo, de acuerdo con el derecho pretorio.

## CUARTA PARTE:

### LA FAMILIA

#### § 280. *Introducción a esta parte.*

La organización de la familia romana (patria potestad, esclavitud, matrimonio) no es obra de la jurisprudencia, sino el resultado histórico de las tradiciones y costumbres de la población. Por eso cabe decir, que para el jurista romano la familia es un dato social, que tiene que tomar en cuenta, porque repercute directamente en la vida jurídica, ya que el Derecho Romano no considera a los individuos aislados como «sujetos de derecho», sino que los considera en la situación jurídica o *status*, que cada uno tiene dentro de la familia, y de la cual depende su capacidad jurídica.

En esta parte se analizará quienes integran la familia romana, es decir el parentesco; el poder del padre sobre los hijos o patria potestad, el matrimonio y la dote; la esclavitud, pues los esclavos son parte de la familia; la situación patrimonial de los hijos y esclavos, y las diversas formas de tutela y curatela sobre los incapaces.

El jefe de familia o *paterfamilias* es el titular del patrimonio, pero no se considera que es un patrimonio suyo exclusivamente, sino el patrimonio de la familia, que está destinado a permanecer, mediante la sucesión hereditaria, dentro de la misma familia. De ahí la estrecha conexión entre la familia y la herencia.

## XX. LA FAMILIA ROMANA

#### § 281. *Concepto de familia.*

La familia es el conjunto de personas que vive en una misma casa (*domus*) y que están sujetas a la potestad de un mismo jefe o cabeza de familias, el *paterfamilias*. La unidad de la familia romana no radica en la sangre ni en el

afecto, sino en la potestad del padre de familia (*patria potestas*). Padre es quien tiene esa potestad reconocida, y los que están sujetos a ella son sus hijos, aunque no hayan sido engendrados por él; por eso, puede un *paterfamilias* tener bajo su potestad a la esposa de su hijo, la cual toma entonces el lugar de una hija; o puede un hijo huérfano ser *paterfamilias*, por no estar sujeto a potestad paterna, aunque no tenga hijos.

El grupo de familias que tenía el mismo nombre constituía una gran familia o *gens*. Pero este grupo decae a fines de la República y no se tiene ya en cuenta por el Derecho posterior.

§ 282. *El parentesco.*

De conformidad con esa concepción de familia, los parientes son quienes están sujetos a la potestad paterna. Ellos conforman la familia civil y el parentesco que los une se llama «agnaticio», que es distinto del parentesco por sangre o «cognaticio».

§ 283. *Parentesco agnaticio.*

Hay parentesco agnaticio entre padres e hijos, pero si un hijo sale de la potestad paterna, por haber sido emancipado, pierde ese parentesco; la mujer casada que entra bajo la potestad de su suegro o de su marido, deja de ser pariente agnada de la familia de su padre y se hace agnada de la familia de su suegro o marido. Son también agnados, aquellos que tienen un ascendiente común, comenzando por los hermanos, pero también los tíos y primos, y todos aquellos que están o estaban bajo la potestad de un mismo *paterfamilias*.

§ 284. *Parentesco cognaticio.*

El parentesco cognaticio o natural es el que se establece por la sangre. Este es el único parentesco que puede establecerse en referencia a las madres, que no pueden ser *paterfamilias*; sus hijos, son solo sus parientes cognados.

§ 285. *Líneas y grados del parentesco.*

Para determinar la proximidad entre parientes, se distinguen «líneas» y «grados» del parentesco.

La «línea recta» es la que se refiere al parentesco entre ascendientes (línea ascendente) y descendientes (línea descendente). La «línea colateral» se refiere al parentesco de quienes, sin estar en línea recta, tienen un ascendiente común.

Los grados se cuentan por el número de generaciones (o nacimientos) que intervienen entre dos parientes, por ejemplo, entre padre e hijo hay parentesco en línea recta en primer grado, pues hay solo un nacimiento entre ellos, el del hijo; entre abuelo y nieto, hay parentesco en la misma línea, pero de segundo grado. En la línea colateral, el parentesco se mide subiendo hasta el ascendiente común y contando el número de generaciones, por ejemplo, entre hermanos hay parentesco colateral de segundo grado, ya que intervienen dos nacimientos o generaciones, uno de cada hermano; entre el tío y el sobrino, hay parentesco colateral de tercer grado, pues, remontándose hasta el ascendiente común (el abuelo), intervienen tres nacimientos: el del sobrino, el del padre y el del tío; entre primos, hay parentesco colateral del cuarto grado, pues intervienen, además de los tres nacimientos que intervienen entre tío y sobrino (primo en esta relación), debe considerarse el del otro primo.

#### § 286. *Personas sui iuris y alieni iuris.*

La capacidad jurídica de las personas se establece en relación a la posición que tienen en la familia. Sólo los padres de familia tienen plena capacidad jurídica para el derecho privado, sólo ellos son *sui iuris*. Quienes están sometidos al *paterfamilias*, los hijos y los esclavos, son *alieni iuris*. Los hijos están sometidos permanentemente a la potestad paterna (*patria potestas*) y los esclavos a la potestad de dueño (*dominica potestas*).

La mujer casada ocupa una posición digna dentro de la familia, como *mater familias* (o *matrona*) pero no tiene potestad. Ella, según haya sido el matrimonio, puede seguir sujeta a la potestad de su padre o quedar sujeta a la potestad de su marido o de su suegro; también podía la mujer casada ser *sui iuris* si no estaba bajo la potestad de su padre ni ha entrado a la potestad de su marido o de su suegro, pero, en todo caso, no tenía potestad sobre sus hijos.

#### § 287. *Cambio en la situación familiar (capitis deminutio).*

El cambio en la situación familiar de una persona se denomina *capitis deminutio*, que es como una disminución de su individualidad. La *capitis deminutio* implica una salida de la familia civil, que puede ser por caer en la esclavitud (a causa, por ejemplo de ser cautivo en la guerra), por pérdida de la ciudadanía (por ejemplo, por una pena impuesta por haber cometido un crimen), por un cambio de familia (como la mujer cuando se casa *cum manu* y entra a la familia de su marido), o por la emancipación de un hijo que, aunque se vuelve *sui iuris*, deja de pertenecer a la familia civil de su padre.



## XXI. LA PATRIA POTESTAD

### § 288. *Concepto de patria potestad.*

Es el poder que tiene el padre sobre sus hijos y demás descendientes por línea masculina. Es un poder en principio ilimitado, pero moderado por las costumbres de los antepasados (*mores maiorum*). El padre podía vender a sus hijos, y quien los compraba los tenía casi como esclavos.

La patria potestad es vitalicia, de modo que ni la mayoría de edad, ni el matrimonio, ni la entrada del hijo al ejército, ni su acceso a las magistraturas, incluso las más altas, le pone fin. Los romanos sabían que esto era una peculiaridad suya, pero poco a poco el poder paterno, sobre todo por influencia del Cristianismo, se fue suavizando.

### § 289. *Adquisición de la patria potestad.*

Se adquiere respecto del hijo nacido de matrimonio legítimo y respecto del hijo adoptado.

### § 290. *Adquisición de la potestad sobre el hijo nacido.*

El padre adquiere la potestad sobre el hijo nacido siempre que: *i*) haya nacido de matrimonio legítimo; *ii*) que nazca, cuando menos, después de los seis meses de haberse iniciado el matrimonio, y hasta dentro de los diez meses posteriores a la extinción del matrimonio por divorcio o por la muerte del padre; y *iii*) que el padre los reconozca como tales, o se haga un reconocimiento judicial. Los hijos de unión ilegítima no tienen padre civil, por lo que son *sui iuris*.

### § 291. *Adquisición de la potestad por adopción*

La adopción consiste en la incorporación a la familia civil de una persona extraña, en posición de hijo o descendiente de ulterior grado. El adoptado sale de su familia de origen (sufrir una *capitis deminutio*) e ingresa a la familia del adoptante. Solo los varones pueden adoptar, porque solo ellos tienen potestad paterna.

La forma de la adopción es distinta según que el adoptado sea un *alieni iuris*, y entonces se habla de adopción propiamente, o de un *sui iuris*, y entonces se habla de «adrogación». Para la adopción, es preciso primero que el adoptado salga de su familia mediante un acto de emancipación, y luego ingrese a la familia del adoptante mediante un acto de *in iure cessio*, en que el padre del adoptado reconoce que el adoptante tiene la potestad sobre el adoptado.

En época posclásica, Justiniano llegó a admitir un tipo de adopción, en que el adoptado no rompía con su familia original, llamada *adoptio minus plena*.

#### § 292. *Adrogación.*

La adrogación es más compleja, porque supone la extinción de una familia, la del adrogado; se hacía originalmente en una ceremonia ante 30 *lictors* o representantes de las antiguas treinta curias en las que se dividía la población romana; únicamente pueden adrogar, los mayores de sesenta años, pues la finalidad del acto era dar una descendencia a quien definitivamente ya no puede tenerla naturalmente. En la adrogación, el patrimonio del adrogado lo adquiere el adrogante, y la familia del adrogado queda sujeta al adrogante.

#### §293. *Extinción de la patria potestad.*

En principio, la patria potestad solo se extingue por la muerte o *capitis deminutio* del padre o de la persona sometida, pero los juristas inventaron una forma para extinguirla, por decisión del padre, llamada «emancipación» (*emancipatio*).

#### § 294. *La emancipación de los hijos.*

Los juristas, atendiendo a un precepto de ley de las XII Tablas, que indicaba que si el padre vendía tres veces a su hijo, con la tercera venta perdía la patria potestad, idearon un modo convencional de extinguir la patria potestad. El acto de emancipación consistía en que el padre, vendiera su hijo a una persona de su confianza, quien a su vez lo revendía al padre; el padre lo volvía a vender y a comprar por una segunda vez, y luego lo vendía por tercera vez, con lo cual el padre perdía la potestad paterna; el comprador lo volvía a revender al padre, quien entonces adquiría a su hijo y lo tenía, ya no bajo su

potestad, sino *in mancipio*, como si fuera un esclavo, y entonces lo manumitía, de modo que el hijo quedaba como liberto de su padre.

## XXII LOS ESCLAVOS Y LOS LIBERTOS.

### § 295. *Condición de los esclavos.*

El esclavo es considerado a la vez un ser humano y una *res mancipi* que está bajo la propiedad de su dueño. Su condición humana se reconoce en que se les considera capaces de realizar válidamente actos religiosos, en limitaciones que imponen las leyes a la propiedad sobre los esclavos, y sobre todo en que se les reconoce como agentes activos en la vida jurídica que actúan en representación de sus dueños. Su condición de cosas en propiedad se manifiesta en que no tienen patrimonio ni son sujetos de derechos, en que sus dueños pueden disponer de ellos, y que pueden reivindicarlos como cosas cuando se discute acerca de su propiedad.

### § 296. *Acciones respecto de la libertad.*

Cuando alguien quería reclamar como esclavo suyo a quien vivía como libre, ejercía contra él una acción llamada *vindicatio in servitutum*. En el caso contrario, cuando alguien quería demostrar la libertad de uno que vive como esclavo, el que afirmaba la libertad (*adsertor libertatis*) podía ejercer una *vindicatio in libertatem* para que se declarara la libertad del esclavo aparente.

### § 297. *Causas de la esclavitud.*

La principal causa de esclavitud es el ser tomado prisionero en la guerra; los cautivos eran vendidos, como bienes públicos, en subasta y quien los compraba adquiría el dominio sobre ellos. Otra causa es el nacimiento, pues todos los hijos de madre que es esclava al momento del parto, nacen esclavos. También podía caerse en esclavitud por efecto de una pena impuesta, por ejemplo a los desertores del ejército.

### § 298. *El esclavo que sirve de buena fe (homo bona fide serviens).*

Cuando una persona cree que es esclavo, cuando en realidad es libre, o cree ser esclavo del que lo posee, cuando en realidad es esclavo de otro, se dice que es un «esclavo que sirve de buena fe» (*homo bona fide serviens*). Cuando se declara que es libre, o que su propietario es otro, entonces se plantea la

cuestión de cómo tratar las adquisiciones que hizo mientras servía de buena fe. La regla es que todo lo que adquirió lo adquirió para sí, o para su verdadero dueño, salvo lo que hubiera adquirido como rendimiento de su trabajo, que se queda en manos de quien lo poseía y como compensación por su manutención, y lo que hubiera adquirido a partir de bienes que le dio el aparente dueño, que quedan también para éste.

§ 299. *Situaciones similares a la esclavitud.*

Sin ser propiamente esclavos, están en una condición similar: *i)* los niños abandonados y recogidos (*alumni*), respecto de quien los alimenta (*nutritor*), quien solía manumitirlos cuando llegan a la mayoría de edad; *ii)* los deudores adjudicados (*addicti*) a sus acreedores, en un trámite de ejecución personal, que se liberan por el pago de la deuda; *iii)* los hijos vendidos dentro de Roma, a los que el adquirente tiene *in mancipio*, y que recuperan su libertad cuando son manumitidos por éste; en la misma situación están los hijos entregados al ofendido por la comisión de un delito (*in noxam dati*), así como los hombres libres que se alquilaban como gladiadores (*auctorati*) a favor de un empresario.

§ 300. *Manumisión de los esclavos.*

La manumisión es el acto por el que el dueño otorga la libertad a un esclavo. Se hacía originalmente conforme al derecho civil, pero luego se introdujeron otros modos según el derecho pretorio.

§ 301. *Manumisión conforme al derecho civil.*

La forma ordinaria de hacer la manumisión (*manumissio vindicta*) era mediante una *in iure cessio*, en una *vindicatio in libertatem*, en la que el propietario reconocía que el esclavo era libre y el pretor hacía una *addictio* de la libertad a favor del esclavo. Otra forma (*manumissio censu*) fue la inscripción del esclavo en el censo de los ciudadanos, hecha por petición del dueño ante el magistrado. También podía el dueño manumitir a los esclavos en su testamento (manumisión testamentaria), por una disposición en que los autorizaba a vivir como libres, pero surte efectos, no inmediatos, sino a partir de la muerte del testador. Llegó a aceptarse que la sola autorización formal

(*liberum esse iubere*) por parte del dueño de que el esclavo viva como libre, hecha en presencia de testigos, otorgaba inmediatamente la libertad a los esclavos. En todos estos casos, el esclavo adquiría la libertad y la ciudadanía romana, ya que, en principio, libertad y ciudadanía eran inseparables.

§ 302. *Manumisión según el derecho pretorio.*

El pretor fue aceptando otros modos, menos formales, como la manumisión hecha en presencia de los amigos (*inter amicos*), o por un documento escrito (*per epistulam*).

Desde Augusto se introdujeron también formas de manumisión que concedían la libertad sin la ciudadanía, en contra del principio tradicional.

§ 303. *Manumisión y cristianismo.*

El Cristianismo, partiendo del principio de que todos los hombres y los pueblos son iguales ante Dios, era naturalmente opuesto a la esclavitud, por lo que favoreció las manumisiones y aconsejó los cristianos dueños de esclavos que los manumitieran; la epístola de San Pablo a Filemón, en la cual le aconseja dar la libertad a su esclavo Onésimo, es una muestra elocuente de la actitud cristiana hacia la esclavitud. De esta tendencia favorable a la libertad, se generalizó la manumisión hecha ante el obispo (*in ecclesia*).

§ 304. *Los libertos.*

Los esclavos manumitidos se hacen «libertos» de sus antiguos dueños, a quienes tienen ahora como «patronos». Desde el punto de vista social, los libertos forman la clase de los *libertini*, en contraposición a la de los libres por nacimiento o «ingenuos» (*ingenui*).

§ 305. *Derecho del patronato.*

Entre el liberto y el patrono se establece una relación, el «derecho de patronato», cuyo contenido es principalmente moral. El liberto tiene el deber moral (*obsequium*) de guardar reverencia al patrono, lo cual implicaba el rendirle determinados servicios; por su parte, el patrono tiene el deber (*fides patroni*) de apoyar al liberto en determinadas circunstancias, especialmente para servirle de fiador. Además, tal derecho de patronato incluye ciertas

expectativas hereditarias del patrono que tiene derecho a una parte de la herencia del liberto, en caso de que éste muera sin descendencia legítima.

El deber moral del liberto se podía hacer jurídico, mediante un juramento que hacía el liberto (antes de la manumisión y renovado posteriormente) de prestar determinados servicios al patrono; si el liberto no cumplía los servicios, el patrono podía exigirle responsabilidad con una acción de objeto incierto.

## XXIII. EL MATRIMONIO, LA *MANUS* Y LA DOTE

### § 306. *El matrimonio.*

El matrimonio romano es simplemente una situación de hecho, el de la convivencia entre marido y mujer. La moral romana no llegó a la comprensión de la existencia de un vínculo jurídico que une a los esposos, como sí lo hizo la moral cristiana, y el Derecho Canónico en ella fundado. Si bien el matrimonio es el hecho de la convivencia marital, tiene algunas consecuencias jurídicas, relacionadas con la condición de los hijos, el patrimonio de los cónyuges (especialmente la dote) y la sucesión hereditaria, y también respecto de la misma esposa que puede quedar sometida a la *manus* o potestad de su marido.

### § 307. *Matrimonio legítimo.*

Se dice que el matrimonio es legítimo (*iustae nuptiae*) cuando una mujer y un varón púberes (mujer de al menos 14 años, y varón de 18), que cumplen los requisitos legales, conviven de modo que parecen honorablemente casados (*affectio maritalis*).

Pueden contraer matrimonio legítimo quienes tengan el derecho de contraerlo, el *ius connubi*; tienen este derecho los ciudadanos romanos, y algunos extranjeros privilegiados, como los latinos.

Se considera que el matrimonio es «honorable», cuando cumple con ciertas exigencias sociales, como las ceremonias por las que se inicia la convivencia marital, o por la constitución de una dote; pero ambos pueden faltar y el matrimonio pasar como «honorable» si es socialmente aceptado.

### § 308. *Concubinatio.*

La unión que no cumple con los requisitos del matrimonio legítimo se denomina en general «concubinatio», como la unión entre personas que no tienen el *ius conubi*, o entre personas con parentesco en grados prohibidos, o entre personas de diferente clase (senadores y libertos); no tiene efectos



jurídicos (*matrimonium iniustum*), aunque puede tener cierto reconocimiento social.

El matrimonio entre esclavos se llama «contubernio» (*contubernium*), y tampoco tiene efectos jurídicos.

§ 309. *Consentimiento matrimonial.*

El matrimonio supone el consentimiento de los cónyuges para iniciar la convivencia. Cuando los contrayentes son *sui iuris*, ellos mismos lo dan, pero si son *alieni iuris*, lo deben dar los padres en cuya potestad están los novios. Desde el siglo II d.C. se tiende a dar más importancias al consentimiento de los novios, y el cristianismo fomentó esto.

El consentimiento matrimonial que se pide no implica asumir un deber de convivir o de ayudarse recíprocamente, ni siquiera por un tiempo determinado. Es simplemente la voluntad recíproca de convivir, que cualquiera de los esposos puede retirar en cualquier momento.

§ 310. *Extinción del matrimonio*

Cualquiera de los cónyuges, en cualquier tiempo, y sin necesidad de probar alguna causa, puede terminar unilateralmente el matrimonio, manifestando al otro, de manera formal, su voluntad de terminar la convivencia. El acto por el que se notifica esta voluntad se llama «repudio» (*repudium*); el hecho de que los esposos se separen y cese la convivencia entre ellos es el «divorcio» (*divortium*).

El matrimonio también termina por la muerte o pérdida de la libertad o de la ciudadanía de alguno de los cónyuges.

§ 311. *La potestad sobre la esposa (manus).*

El esposo, padre de familias, podía tener respecto de su esposa, una potestad semejante a la patria potestad, llamada *manus*. Esta potestad no era consecuencia del matrimonio, puesto que era necesario un acto especial para adquirirla. Por eso, el matrimonio podía ser con potestad sobre la mujer (*cum manu*) o sin ella (*sine manu*).

La mujer casada *cum manu* con un *sui iuris* quedaba en la posición jurídica de hija de su marido y hermana agnada de sus propios hijos; si el marido estaba sometido a la potestad paterna, la esposa casada *cum manu* quedaba como nieta (si su marido era hijo) o bisnieta (si su marido era nieto) del padre de familias. El efecto de la *manu* sobre la mujer es semejante a la adopción; si la mujer era *sui iuris*, es semejante al de la adrogación, de modo que su patrimonio lo adquiere quien tiene la *manus*.

§ 312. *Adquisición de la manus*.

La *manus* supone un convenio (*conventio in manu*), pero se adquiere por medio de un acto que es una especie de mancipación o venta de la mujer (*coemptio*), que supone la salida de la potestad paterna y el ingreso a la nueva potestad, o por medio de un acto religioso llamado *confarreatio*; se llegó a admitir que también podía adquirirse por una especie de usucapión (*usus*) al cabo de un año de matrimonio, pero la mujer podía impedirlo si pasaba tres noches con su familia de origen.

El matrimonio *cum manu* fue cayendo en desuso y acaba por desaparecer en el siglo III d.C., desplazado por el matrimonio *sine manu*.

§ 313. *Extinción de la manus*.

Se extingue por la muerte o *capitis deminutio* de alguno de los cónyuges, o por medio de actos convencionales: una venta formal de la mujer (*remancipatio*) o por la ceremonia religiosa de la *diffareatio*, ceremonia opuesta a la *confarreatio* por la que se adquiere la *manus*.

§ 314. *La dote*.

Era costumbre que el matrimonio fuera acompañado de una «dote» (*dos*), es decir de una donación de bienes, de cualquier tipo, hecha de parte de la mujer, a favor del marido, para ayudarle con las cargas económicas del matrimonio. No existe una obligación jurídica de constituir la dote, pero la constitución de ésta, debidamente documentada (*instrumentum dotale*) era una de las pruebas más significativas de la honorabilidad de la unión.

§ 315. *Tipos de dote: «profecticia» y «adventicia».*

Lo más frecuente es que el padre de la novia, o quien tiene la potestad sobre ella, constituya la dote, que se llama «dote profecticia». También la puede constituir otra persona, o la misma mujer si es *sui iuris*, y se llama entonces «dote adventicia».

§ 316. *Constitución de la dote.*

La dote supone un previo convenio de dotar, que no obliga por sí mismo, pero da lugar a un acto (la *dotis datio*) por el cual se constituye efectivamente la dote. También podría formalizarse ese convenio mediante una promesa de dotar (la antigua *dictio dotis*, o la *promissio dotis*) o un legado de dote, y entonces la constitución de la dote o *dotis datio* venía a ser el pago de la promesa o del legado.

Si la dote se constituye antes del matrimonio, y éste no llega a realizarse, quien constituyó la dote puede exigir la devolución de lo dado, mediante la acción llamada *condictio*, que sirve para recuperar la propiedad de bienes previamente dados, cuando quien los recibió deja de tener causa para retenerlos, que es lo que sucede con el novio que recibió los bienes dotales y pierde la causa para retenerlos si no se realiza el matrimonio.

§ 317. *Adquisición de la dote.*

La dote es una donación al marido como ayuda para llevar las cargas del matrimonio, por lo que la adquiere el marido si es *sui iuris*; si está sometido a potestad (*alieni iuris*), la adquiere su padre, pero a la muerte de éste, la adquiere el hijo por propio derecho, aunque el padre no se la hubiera legado en el testamento.

§ 318. *La dote como propiedad de la mujer (res uxoria).*

No obstante que el marido es el propietario de la dote, se dice que es «cosa de la mujer» (*res uxoria*), porque ella puede recuperarla cuando termine el matrimonio. Este destino de los bienes dotales implica que el marido tiene ciertas limitaciones para disponer de ellos, por ejemplo no puede enajenar inmuebles ubicado en la península (fundos itálicos), ni manumitir esclavos

dotales sin el consentimiento de la mujer, y responde de la pérdida, por su culpa, de las cosas dotales; también implica que la mujer puede aprovecharse de ellos, en cierta manera, y por eso no se considera robo que la mujer sustraiga del marido los bienes dotales, aunque se le puede exigir, si es *sui iuris*, que los devuelva por la «acción de cosas removidas» (*actio rerum amotarum*).

### § 319. *Restitución de la dote.*

Al término del matrimonio, la dote, en principio, debe restituirse. Originalmente, para asegurar la restitución, el marido solía dar una garantía (la *cautio rei uxoriae*) de que la devolvería; la garantía consistía en la promesa, asegurada con fiadores, de que devolvería las cosas dotales o su valor en dinero (*dos aestimata*); para exigirle el cumplimiento de la promesa, quien constituyó la dote tenía la acción derivada de la promesa (*actio ex stipulatu*).

Posteriormente, hacia el s. I a.C., el pretor concedió una acción para exigir la dote, aunque no se hubiera dado la garantía de restituirla, llamada *actio rei uxoriae*, semejante a las acciones de buena fe, por la que se podía exigir al marido responsabilidad aun de las cosas de la dote que se hubieran perdido por su descuido o negligencia.

### § 320. *Forma y monto de la restitución.*

La restitución se hace de distinta manera, según si se dio o no garantía de restitución, y según que el matrimonio termine por muerte de la mujer, del marido o por divorcio.

Si el marido dio garantía, la dote debe siempre restituirse. La restitución se le exige por la acción por causa de la estipulación (*actio ex stipulatu*), y si hubiera prometido devolver los bienes dotales o su estimación en dinero, se entiende que asumió el riesgo por la pérdida de los bienes debida a caso fortuito, pues en cualquier caso debe su valor en dinero.

Si no dio garantía, debe considerarse si el matrimonio terminó por muerte de la esposa, del marido o por divorcio. Si el matrimonio termina por muerte de la mujer, el marido puede quedarse con la dote adventicia, o con la dote profecticia, si quien constituyó la dote murió antes que la mujer. Si el

matrimonio termina por divorcio o por muerte del marido, la dote debe siempre restituirse; la puede exigir, mediante la *actio rei uxoriae*, la mujer, si es *sui iuris*, o su padre con el consentimiento de ella, y la exige al marido o a sus herederos.

§ 321. *Retenciones de los bienes dotales que puede hacer el marido.*

El marido condenado a restituir por la *actio rei uxoriae* tiene algunas ventajas: *i)* tiene el «beneficio de competencia», de modo que su responsabilidad por los bienes dotales se limita al monto de su solvencia actual; *ii)* tiene un plazo de tres años para la restitución de los bienes fungibles, como el dinero; *iii)* puede retener los frutos de la dote, y *iv)* puede hacer diversas retenciones de partes de la dote, en supuestos específicos, por ejemplo, si muere la esposa, el marido puede retener de la dote una sexta parte por cada hijo (*retentio propter liberos*), sin exceder el total de retenciones de la mitad de la dote; o si el matrimonio termina por divorcio a causa del adulterio de la mujer, el marido puede retener una sexta parte (*retentio propter mores graviores*).

Si el matrimonio termina por muerte del marido, la mujer puede reclamar de los herederos, sin que éstos puedan hacer retenciones de partes de la dote.

§ 222. *Reformas de Justiniano.*

Justiniano reformó el régimen de la dote con la finalidad de considerarla como un patrimonio que debe constituirse a favor de la mujer casada, y que debe servir para su ayuda después de terminarse el matrimonio. Estableció que los ascendientes tienen la obligación jurídica de dotar a sus hijas.

El marido que recibe la dote adquiere, no plenamente la propiedad de los bienes, sino una especie de usufructo, y tiene ahora más limitaciones que antes para disponer de los bienes. Para exigir la restitución, se dispone de una nueva acción, llamada «acción de dote» (*actio dotis*), por la cual se le exige al marido responsabilidad por la pérdida o deterioro de las cosas debidas a su culpa, entendida ésta en la medida exigente de falta del cuidado que se tiene en cosas propias; ante esta acción, el marido no puede hacer retenciones.

Junto con la reforma del régimen de la dote, Justiniano reformó también el régimen de las donaciones nupciales (donaciones *propter nuptias*). Éstas son

ahora donaciones obligatorias, que el marido, antes o durante el matrimonio, debe prometer a la mujer como compensación de la dote, y que se destinan, como la misma dote, a asegurar el mantenimiento de la viuda.

## XXIV. SITUACIÓN PATRIMONIAL DE LOS HIJOS Y ESCLAVOS.

### § 323. *Capacidad jurídica de los hijos y esclavos.*

Los hijos y esclavos, por estar sujetos a potestad (*alieni iuris*) carecen de un patrimonio y no pueden ser titulares de relaciones jurídicas. En términos modernos cabe decir que no tienen «capacidad jurídica». Sin embargo pueden actuar en la vida de los negocios patrimoniales, y de hecho actúan muy frecuentemente, como representantes de sus padres o dueños; por eso se puede decir que tienen «capacidad de ejercicio».

### § 324. *Peculios.*

El padre de familias puede dejar en manos de sus hijos o esclavos algunos bienes para que los administren con cierta libertad; estos bienes constituyen el «peculio», y como provienen del padre o dueño se la califica como «peculio profecticio» (*a patre o a domino profectum*). El peculio puede contener cualquier clase de bienes, incluso esclavos, y de derechos.

El peculio es propiedad del padre de familia, y en cualquier momento puede recogerlo, pero como está en manos de los hijos o esclavos es, de hecho, como un patrimonio separado, y frecuentemente se le deja al hijo o esclavo en el testamento o al emanciparlo o venderlo.

Además del peculio profecticio, se fueron constituyendo otros tipos de peculio y de conjuntos de bienes pertenecientes al hijo: *i*) «peculio castrense»; *ii*) «peculio cuasi-castrense», *iii*) bienes de procedencia materna.

### § 325. *Peculio castrense.*

Desde fines de la República, se admitió que los bienes que el hijo adquiere en la guerra, como consecuencia principalmente del reparto del botín, constituyen el «peculio castrense». El hijo tiene los bienes de este peculio como propios, e incluso puede disponer de ellos por testamento; el padre no puede recogerlos

en vida del hijo, pero al morir éste, si no hizo testamento, el padre los toma, no como heredero, sino como si fueran cosa propia.

El peculio castrense fue el primer paso para reconocer a los hijos de familia cierta capacidad patrimonial. Se admitió que los hijos podían intervenir, independientemente de su padre, en las acciones relacionadas con el peculio castrense, por ejemplo, para reclamar una cosa del peculio con la acción reivindicatoria, y que, en general, podían obligarse civilmente respecto de bienes del peculio castrense, por ejemplo haciendo contratos de venta o arrendamiento de bienes del peculio.

§ 326. *Peculio cuasi-castrense.*

Constantino estableció que los bienes que ganaran los hijos por su servicio como funcionarios públicos o como clérigos tendrían el mismo tratamiento que los del peculio castrense. Justiniano llamó a estos bienes «peculio cuasi-castrense»

§ 327. *Bienes de procedencia materna.*

Constantino dio otro paso importante a favor del reconocimiento de la capacidad patrimonial de los hijos al dar un régimen especial para los bienes que el hijo hereda de su madre (*bona materna*). Establece que el hijo es propietario de esos bienes, y que el padre, quien los administra, tiene solo un usufructo sobre los mismos, lo cual le permite administrarlos con libertad, pero le impide disponer de ellos; tampoco el hijo puede disponer de ellos.

Posteriormente se extiende este régimen a todos los bienes que el hijo adquiere por donaciones de la madre, de los ascendientes maternos, y también los que adquiere de parte de la esposa (incluso la dote). Justiniano completa esta evolución estableciendo que el régimen se aplica a todos los bienes que el hijo adquiera de cualquier otra procedencia que no sea el patrimonio paterno (*bona adventicia*).

§ 328. *Los hijos y esclavos como representantes.*

Independientemente de que tengan algún peculio, los hijos y esclavos actúan como representantes de sus padres o dueños, en el sentido de que todo lo que



adquieren (bienes, créditos, derechos o deudas) lo adquieren para sus dueños. Cuando se trata de adquisiciones positivas, es claro que todo lo que adquieren beneficia a su padre o dueño, y no hace falta que éste les de su autorización para que lo adquieran. En cambio, el contraer deudas por parte de los hijos o esclavos es algo más problemático, por lo que tienen que distinguirse varios supuestos.

§ 329. *Obligaciones contraídas por delitos.*

Los hijos y esclavos mayores de siete años son penalmente responsables, de modo que si cometen un delito quedan obligados a pagar la pena que, en los delitos privados, consiste en el pago de una cantidad de dinero. Pero como ellos no tienen patrimonio y están sometidos a la potestad de su padre o dueño, el ofendido por el delito puede demandar al padre con la acción penal, que se da entonces con carácter «noxal», esto es que el demandado queda en la disyuntiva de: o asume el juicio y puede quedar condenado al pago de la pena; o hace la «entrega noxal» (*noxae deditio*, que significa «entrega por el daño») del hijo para que el ofendido lo tenga como comprado (*in mancipio*), o la entrega en propiedad del esclavo, y de ese modo evita el juicio y la condena. Esta alternativa la tiene el padre desde que se da la acción contra él, pero subsiste después de la condena, de modo que aun condenado, puede librarse haciendo la entrega noxal.

§ 330. *Obligaciones inherentes a una adquisición.*

Cuando un hijo de familia adquiere algo que implica contraer alguna obligación, como el que acepta una herencia que implica pagar las deudas a cargo de ella, o el que recibe una dote que se obliga a devolverla, el padre de familia solo queda obligado cuando él dio su autorización expresa (*iussum*), notificada a los terceros, para que el hijo o esclavo lo adquirieran.

§ 331. *Obligaciones contraídas entre los hijos o esclavos.*

Las obligaciones que contraen los hijos o esclavos entre sí, o con sus jefes, así como las que contraen los esclavos con terceros, no son judicialmente exigibles (carecen de acción), por lo que se les llama «obligaciones naturales».

Respecto de los hijos varones, se reconoció que podían contraer obligaciones con terceros, pero, salvo que se tratara de obligaciones referidas al peculio castrense, el acreedor no podía, mientras los deudores fueran *alieni iuris*, hacer un procedimiento ejecutivo contra ellos; tenía que esperar a que se hicieran *sui iuris*, por emancipación o muerte del padre.

§ 332. *Responsabilidad solidaria de los padres o jefes.*

En ciertos casos, el pretor otorgó acciones a los acreedores de un hijo o esclavo para reclamar al padre o dueño. Se denominaron «acciones adyecticias» porque se añaden a las acciones que podría haber directamente contra quien contrajo la obligación. Son acciones con «transposición de personas», en cuyas fórmulas aparece en la *intentio* el nombre de quien contrajo la obligación y en la *condemnatio* el nombre del padre o dueño. En algunos casos hacen que el padre responda por el total de la deuda, y en otros solo de manera limitada.

§ 333. *Responsabilidad total de los padres o jefes*

Cuando el padre da su autorización expresa (*iussum*) para contraer la deuda, queda obligado por el total, y se da contra él la acción por lo autorizado (*quod iussu*). Se asimila a una autorización, el hecho de que el padre haya puesto al frente de un negocio (*praepositio*) al hijo o esclavo, por lo que se da la acción para exigirle al padre la totalidad de la deuda contraída con ocasión de ese negocio, llamada acción «*exercitoria*», cuando el negocio era de navegación marítima, o «*institoria*» cuando era un negocio terrestre.

§ 334. *Responsabilidad limitada de los padres o jefes*

Si el padre no dio su autorización expresa o implícita (por medio de una *praepositio*), se da al acreedor una acción contra el padre, pero solo para que responda en la medida del peculio (*actio de peculio*) del hijo o esclavo; si no hubiera peculio, se puede dar contra el padre o dueño una acción para que responda en la medida de lo que él hubiera adquirido a causa de esa obligación (*actio de in rem verso*).

Cuando el peculio del hijo o esclavo consiste en mercancías, y el padre conocía el negocio que se hacía con ellas, si el hijo no tiene bienes suficientes

para pagar a los acreedores, éstos pueden pedir al padre o dueño que haga un reparto de las mercancías entre todos los acreedores (incluyéndose él mismo si tenía algún crédito natural contra el hijo). Si los acreedores se sienten afectados porque la distribución no les pareció equitativa, pueden demandar al padre o dueño con la acción «*tributoria*» para que les indemnice el daño causado.

§ 335. *Obligaciones contraídas por préstamo de dinero.*

El senadoconsulto «macedoniano» (s. I d.C.) prohibió prestar dinero a los hijos de familia. El efecto de este senadoconsulto no fue anular el préstamo, sino dar una excepción para inutilizar la acción del acreedor. En consecuencia, si un hijo de familia tomaba dinero prestado sin autorización de su padre, la acción del acreedor contra el hijo, cuando se hiciera *sui iuris*, o la acción *de peculio* contra el padre, quedaba impedida por la excepción del senadoconsulto.

## XXV. TUTELA Y CURATELA

### § 336. *Introducción.*

Al morir el padre de familias, o al extinguirse la potestad por emancipación, sus hijos e hijas se vuelven *sui iuris* y tienen, en principio, plena capacidad jurídica. Sin embargo, cuando son impúberes (menores de 12 años, si son mujeres, o de 14 los varones), se considera que, aunque pueden ser titulares de derechos, no tienen capacidad para actuar, por lo que requieren la intervención de una persona, un «tutor», que les ayude a administrar su patrimonio. Respecto de las mujeres *sui iuris*, se consideró que, por su inexperiencia en los negocios, requerían siempre, aunque fueran mayores de edad, de un tutor. Hubo por lo tanto una tutela para los impúberes y otra tutela perpetua para las mujeres.

En una posición semejante están otros *sui iuris* que tienen algún impedimento para actuar, como los locos, a los cuales se les nombra un «curador» para auxiliarles con la administración del patrimonio. Hubo una curatela para los locos, otra para los pródigos y otra para los menores de 25 años.

Aunque tutela y curatela son dos instituciones con reglas y funciones diferentes, de hecho se van aproximando y terminan por unificarse en el derecho posclásico.

### § 337. *Pupilos.*

A los impúberes que tienen un tutor se les llama «pupilos». Entre éstos se distinguen los menores de siete años, a quienes se denomina *infantes*, y que no pueden intervenir en ningún negocio jurídico, ni tienen responsabilidad penal. Los mayores de siete años, se llaman *infantes maiores*, se consideran que son ya responsables de sus delitos (*doli capaces*) y que pueden actuar en negocios jurídicos con la autorización de su tutor (*auctoritas tutoris*).

En cuanto los varones llegan a la pubertad, se considera que ya son capaces para actuar en los negocios jurídicos privados y también en la vida pública como ciudadanos; en consecuencia, la tutela termina. Sin embargo, para dar

mayor seguridad a los actos jurídicos que realizan, un curador los asiste mientras no cumplan 25 años.

Las mujeres aunque lleguen a la pubertad siguen sujetas a tutela.

§ 338. *La tutela.*

Es una función patrimonial, que consiste en la administración y defensa del patrimonio del incapaz, especialmente respecto de las reclamaciones judiciales. La tarea de cuidado y educación del niño no es del tutor, sino de los parientes que se hagan cargo de él.

Las facultades del tutor son distintas según que el pupilo sea menor o mayor de siete años. El tutor de un menor de siete años actúa con independencia porque se considera que tiene una potestad (*potestas*) sobre los infantes; el de un mayor de siete años simplemente da su autorización (*auctoritas*) a los actos que realiza el menor; si falta la autorización, el acto no produce efectos jurídicos.

Hubo varias formas de tutela, según se nombrar al tutor: la tutela legítima, la testamentaria y la Atiliana.

§ 339. *Tutela legítima.*

Conforme a la ley de las XII Tablas, al morir el padre, le correspondía la tutela del impúber al pariente agnado más próximo, que fuera varón y púber; podría ser el hermano (agnado en 2º grado) o el tío (en 3er. grado). Este tutor designado conforma a la ley, o «tutor legítimo», asume la tutela por causa de su parentesco, de modo que no puede renunciar a ella, ni ser removido de ella; pero si pierde el parentesco de agnación (por ejemplo por una arrogación), la tutela cesa. Al terminar la tutela, se puede ejercitar contra el tutor una «acción de rendición de cuentas» (*actio rationibus distrahendis*), de carácter penal, para hacerle pagar el doble del daño que hubiera causado al patrimonio por malversación de bienes.

§ 340. *Tutela testamentaria.*

El padre de familia, al hacer su testamento, podía disponer un tutor para sus hijos que llegaran a necesitarlo. El tutor así nombrado, «tutor testamentario»,

puede renunciar libremente a la tutela (*abdicatio tutelae*) y ser removido de ella por medio de una acción pública, por la que cualquier persona le acusara de fraude en la tutela, llamada «acusación de tutor sospechoso» (*crimen o accusatio suspecti tutoris*). Pueden ser tutores testamentarios, además de los ciudadanos romanos, un liberto, un latino, un *alieni iuris* y hasta un impúber, en cuyo caso, el magistrado nombra otro tutor hasta que el designado en testamento sea capaz.

#### § 341. *Tutela Atiliana.*

La ley Atilia del siglo III a.C. dio al pretor urbano el encargo de cuidar las tutelas y de nombrar un tutor («tutor Atiliano») para el incapaz que carecía de él. En tiempo del emperador Claudio, los cónsules asumieron esta función, y posteriormente, Marco Aurelio creó unos pretores especiales para las tutelas de Roma, dejó esta función en la península Itálica a los funcionarios judiciales llamados *iuridici*, y en provincias a los gobernadores.

#### § 342. *Régimen de la tutela.*

En el principio, el tutor asumía el cargo sabiendo que podría ser heredero del patrimonio que estaba administrando, de modo que ejercía la tutela con un interés propio en ello; sin embargo, por la intervención oficial, la tutela se fue conformando más bien como un deber (*officium*) o carga pública (*munus*). Desde esta perspectiva se fue transformando el régimen de la tutela.

El cargo se convirtió en una carga pública irrenunciable, a no ser por una causa justificada, como ancianidad, enfermedad u otras; de esta manera se eliminó la posibilidad del tutor testamentario de renunciar libremente o abdicar. A fines de época clásica, también se admitió la renuncia, si se señalaba una persona más idónea para desempeñar el cargo.

La figura del tutor legítimo fue desapareciendo, a favor del tutor directamente nombrado por el magistrado. Se restringieron las facultades de los tutores, dando reglas específicas para la administración, como la de invertir el dinero del pupilo preferentemente en bienes inmuebles, o la vender los bienes de difícil conservación. Se aseguraron los intereses del pupilo, exigiendo del

tutor, que no fuera testamentario, una garantía de indemnizar los perjuicios que causara al pupilo con su administración (*cautio rem pupilli salvam fore*).

Para exigir cuentas al tutor, como quiera que fuera nombrado, se dio una nueva acción de buena fe, la «acción de tutela» (*actio tutelae*), por la cual se le podía exigir, al terminar la tutela, que indemnizara los daños que hubiera causado por negligencia (*culpa*); la condena de esta acción tenía efecto infamante.

#### § 343. *La tutela de las mujeres.*

Las mujeres *sui iuris* requerían la autorización del tutor para cualquier negocio que pudiera disminuir su patrimonio: para actuar en cualquier juicio, ceder derechos por *in iure cessio*, hacer manumisiones de esclavos o mancipaciones de bienes, para hacer testamento, contraer obligaciones, extinguir deudas, para aceptar una herencia, constituir una dote, o hacer una *conventio in manu*. La tutela de las mujeres se fue desvirtuando mediante prácticas que permitían que las mujeres tuvieran el tutor que ellas querían.

Ya en la época republicana, se conoció la práctica de que el testador daba a la mujer la posibilidad de elegir uno entre los varios tutores testamentarios que proponía para ella; también se usó que la mujer que tenía un tutor legítimo conviniera someterse a la *manus* de alguna persona de su confianza (*coemptio fiduciaria*) para extinguir así la tutela. Posteriormente, Augusto concede a las mujeres que tienen más de tres hijos (*ius liberorum*) la liberación de la tutela, y poco después, el emperador Claudio suprime la tutela agnaticia de las mujeres, con lo cual prácticamente desaparece la tutela legítima de las mujeres.

En época posclásica, desaparece la tutela de las mujeres y se extiende a ellas el régimen de incapacidad propio de los varones menores de veinticinco años.

#### § 344. *Las curatelas.*

La curatela es, en general, un encargo de administración de un patrimonio público o privado. En todo caso, es un encargo público. La ley de las XII tablas ya preveía la curatela de los locos y pródigos; el pretor dispuso otras

curatelas especiales, y por una ley del s. II a.C. se estableció la curatela de los menores de veinticinco años.

§ 345. *La curatela de los locos y pródigos*

En la ley de las XII Tablas se daba al pariente agnado más próximo una potestad sobre el declarado loco (*furiosus*) o pródigo (*prodigus*) y sobre su patrimonio. Si no había un pariente agnado que pudiera ser curador legítimo, el magistrado nombraba uno.

El curador de un loco tiene un amplio poder sobre el patrimonio: actúa siempre en lugar del incapaz y de manera permanente. El curador de un pródigo, es decir de quien ha dilapidado sus bienes, interviene solo en los negocios de disposición de bienes o en los que implican contraer una obligación, pero no en los que suponen un enriquecimiento.

Se puede exigir responsabilidad al curador por su gestión, por medio de la acción que se da contra quien administra espontáneamente un negocio ajeno, esto es la «acción de gestión de negocios» (*actio negotiorum gestorum*).

§ 346. *Otras curatelas previstas por el pretor.*

En el Edicto del pretor se prevé el nombramiento de curadores para patrimonios privados que requieren de un administrador. Tal es el caso del curador que vigila la administración de un tutor (*curator impuberis*), el del curador que se encarga de administrar los bienes que pueden corresponder por herencia a una persona que va a nacer (*curator ventris*); el curador que administra los bienes de un enfermo, de un sordomudo, o el curador que administra los bienes de un deudor concursado (*curator bonorum*).

§ 347. *La curatela de los menores de veinticinco años.*

La ley *Letoria*, de principios del siglo II a.C., estableció una acción penal y popular (cualquier podía ejercerla) en contra del que hubiera obtenido, mediante engaño (*circumscriptio*), una ventaja en un acto jurídico celebrado con un menor; se calificaba como menor (*minor*) al púber que no había cumplido los veinticinco años. La ley no invalidaba el acto, pero el pretor



podía privarlo de efectos otorgando al menor una excepción para impedir que prosperara la acción que se ejercitara contra él para exigirle que cumpliera lo que se había obligado por dicho acto, por ejemplo le daba una excepción para impedir la acción por la que se le exigía que pagara un precio excesivo; o podía el pretor otorgar al menor una *in integrum restitutio*, por razón de su edad, para invalidar el acto y recuperar lo que hubiera entregado o dado.

Los actos del menor eran civilmente válidos, pero como existía la posibilidad que el menor los impugnara alegando haber sido engañado, se introdujo la práctica de nombrar un curador que lo asesorara en cada negocio, con lo cual se hacía difícil demostrar que había sido engañado por su edad. Surgió así una curatela especial para los menores de 25 años. En tiempo de Marco Aurelio (principios del s. II d.C.), se estableció que el curador debía asistirles en todos sus negocios.

Las relaciones del curador con el menor se asimilaron a las relaciones de la gestión de negocios ajenos, de modo que el curador respondía como si fuera gestor de un negocio ajeno, con la posibilidad de exigir el reembolso de los gastos en que hubiera incurrido.

§ 348. *Unificación de tutela y curatela en el derecho posclásico.*

En época posclásica, el curador se convierte en un gestor necesario del menor, como el tutor lo era del pupilo, lo que llevo a la progresiva unificación de ambas figuras. Las reglas sobre excusas para la tutela, limitaciones del poder de los tutores, garantías para asegurar el buen desempeño de los tutores y otras se aplicaron entonces a los curadores. Esta unificación entre tutela y curatela hace que el menor de 25 años sea considerado, al igual que el impúber, como un incapaz.