

THE GLOBAL LAW COLLECTION

全球法集锦

مجموعة القانون العام

ELEMENTOS DE DERECHO ROMANO

RAFAEL DOMINGO



THOMSON REUTERS

ARZADI

7

En estos Elementos, el autor ha tratado de esencializar el contenido mínimo que todo jurista debe conocer sobre el Derecho romano, cuna de la jurisprudencia occidental y modelo perpetuo de resolución racional de conflictos jurídicos. Domingo presta especial atención a aquellos aspectos del Derecho romano que considera de más interés para un jurista del siglo XXI, sea por su vigencia actual, sea por su relevancia histórica.

Rafael Domingo (Logroño, 1963) es catedrático de Derecho romano de la Universidad de Navarra, de cuya Facultad de Derecho fue Decano (1996-1999). Director de la *Global Law Collection*, ha publicado en esta colección: *Ex Roma ius* (2005); *Álvaro d'Ors. Una aproximación a su obra* (2005); *Principios de Derecho Global* (3ª ed. 2006), *Código civil japonés* (2ª ed. 2006) y *¿Qué es el Derecho global?* (2ª ed., 2008).

ELEMENTOS DE DERECHO ROMANO

The Global Law Collection
The Basics of Law Series
Director: Rafael Domingo
www.globallawcollection.com

RAFAEL DOMINGO
Catedrático de Derecho Romano
Universidad de Navarra

ELEMENTOS DE DERECHO ROMANO

ARANZADI



THOMSON REUTERS

• 122120769

Universidad de Navarra
Servicio de Bibliotecas

Primera edición, 2010

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Aranzadi, SÁ.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2010 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Rafael Domingo]

Editorial Aranzadi, SA
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)

Imprime: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 - Pamplona

Depósito Legal: NA 1553/2010

ISBN 978-84-9903-495-9

Printed in Spain. Impreso en España

1

*A todos mis alumnos,
de ayer, de hoy, de mañana,
estímulo permanente
de mi labor intelectual.*

Sumario

	<u>Página</u>
INTRODUCCIÓN	15
ABREVIATURAS	19

PRIMERA PARTE

INTRODUCCIÓN HISTÓRICA

§1. Derecho romano	23
§2. Valor del Derecho romano	23
§3. <i>Ius</i> y <i>directum</i>	24
§4. Justicia (<i>iustitia</i>)	25
§5. <i>Auctoritas</i> y <i>potestas</i>	26
§6. Fuentes del Derecho romano	27
§7. Derecho civil, Derecho natural y Derecho de gentes	28
§8. Derecho pretorio	30
§9. Juristas romanos	31
§10. GAYO y sus <i>Instituciones</i>	32
§11. La Compilación de JUSTINIANO	33
§12. El Digesto, en particular	34
§13. Supervivencia del Derecho romano en el Imperio Bizantino	35

	<u>Página</u>
§14. Renacimiento del Derecho Romano en Occidente	36
§15. Escuela de los Glosadores	37
§16. Escuela de Comentaristas o posglosadores	38
§17. <i>Ius commune</i>	39
§18. <i>Common law</i> versus <i>civil law</i>	40
§19. Escuela de los Humanistas	41
§20. Escuela del Derecho Natural	42
§21. Escuela Histórica del Derecho	43
§22. El Derecho romano en el siglo XX	44
§23. El Derecho romano en el siglo XXI	45

SEGUNDA PARTE

PROCEDIMIENTO DE LAS ACCIONES

§24. Procedimiento formulario	49
§25. Acción	50
§26. Partes de la fórmula de la acción	51
§27. Fórmulas ficticias, con transposición de personas e <i>in factum</i>	52
§28. Recursos de la jurisdicción pretoria	53
§29. Citación y comparecencia ante el pretor	54
§30. Representación procesal	55
§31. La <i>litis contestatio</i>	56
§32. El proceso <i>apud iudicem</i>	57
§33. Ejecución de la sentencia	58
§34. Procedimiento cognitorio	59
§35. Procedimiento arbitral	59

TERCERA PARTE
FAMILIA Y HERENCIA

§36. Patria potestad	63
§37. Parentesco	64
§38. Matrimonio romano y <i>manus</i>	65
§39. Tutela y curatela	66
§40. Esclavitud	67
§41. Valoración de la familia romana	68
§42. La sucesión hereditaria	69
§43. Herederos	70
§44. La <i>bonorum possessio</i>	72
§45. Sucesión testamentaria	73
§46. Sucesión intestada (o abintestato)	74
§47. Sucesión forzosa	74
§48. Legados	75
§49. Fideicomisos	76
§50. Valoración del sistema hereditario	78

CUARTA PARTE
PROPIEDAD Y POSESIÓN DE LAS COSAS

§51. Las cosas	83
§52. Clasificación de las cosas	83
§53. Propiedad (<i>dominium</i>)	85
§54. Posesión (<i>possessio</i>)	86
§55. Acción reivindicatoria	87
§56. Modos de adquisición de la propiedad	88
§57. Mancipación	89
§58. <i>In iure cessio. Addictio</i>	90

	<i>Página</i>
§59. Ocupación. Accesión. Especificación	90
§60. <i>Traditio</i>	91
§61. Valor de la <i>traditio</i> en otros ordenamientos jurídicos	92
§62. Donación	93
§63. Usucapión	93
§64. Acción Publiciana	94
§65. Servidumbres prediales	95
§66. Usufructo	96
 QUINTA PARTE: OBLIGACIONES 	
§67. <i>Obligatio</i>	101
§68. Fuentes de las obligaciones. Clasificaciones de GAYO y JUSTINIANO	102
§69. Otra clasificación de las obligaciones	104
§70. Obligaciones naturales	105
§71. Condición y término	106
A) DELITOS	108
§72. Delitos	108
§73. Delitos civiles	109
§74. Delitos pretorios	110
B) PRÉSTAMOS	111
§75. <i>Creditum y condictio</i>	111
§76. Mutuo	112
§77. <i>Dationes ob rem</i> y <i>dationes ob causam</i>	113
§78. <i>Constitutum debiti</i>	114
§79. Comodato	114

	<u>Página</u>
§80. Prenda (<i>pignus</i>)	115
§81. Hipoteca (<i>pignus conventum</i>)	116
C) ESTIPULACIONES	118
§82. Estipulación	118
§83. Superposición de estipulaciones	119
§84. Novación	120
§85. Solidaridad. Adpromisión	120
§86. Fideyusión (<i>fideiussio</i>)	121
D) CONTRATOS	122
§87. Contratos de buena fe	122
§88. Acciones de buena fe	123
§89. Responsabilidad contractual	124
§90. Fiducia	124
§91. Depósito	125
§92. Mandato	126
§93. Gestión de negocios ajenos	127
§94. Sociedad	127
§95. Compraventa	128
§96. Responsabilidad por evicción y por vicios ocultos ..	130
§97. Compraventas especiales	130
§98. Arrendamiento (<i>locatio conductio</i>)	131
§99. Tipos de arrendamiento	132
§100. Arrendamientos de cosa especiales	134
REGLAS Y AFORISMOS JURÍDICOS	137
BIBLIOGRAFÍA	147
TABLA CRONOLÓGICA BÁSICA	155
ÍNDICE DE TÓPICOS SELECTOS	157

Introducción

Estos *Elementos* no tienen otro fin que exponer sucintamente la materia del curso de Derecho romano que imparto en la licenciatura en Derecho de la Universidad de Navarra, adaptada a las exigencias del denominado Espacio Europeo de Educación Superior (EEES). En ellos, he tratado de esencializar el contenido mínimo que todo jurista global debe conocer sobre el Derecho romano, cuna de la jurisprudencia occidental y modelo perpetuo de resolución racional de conflictos jurídicos. El criterio de selección de la materia expuesta ha sido totalmente subjetivo: sólo me refiero, sin ninguna pretensión de exhaustividad, a aquellos aspectos del Derecho romano que considero de más interés para un jurista del siglo XXI, sea por su vigencia actual, sea por su relevancia histórica.

El lector que desee ampliar sus conocimientos sobre el valor y el significado del *ius Romanorum* puede acudir a cualquiera de los tratados y manuales recomendados en la bibliografía. Personalmente, le sugiero el de mi maestro Álvaro D'ORS, *Derecho privado romano* (10^a ed., 2004), con el que se han formado durante medio siglo miles de juristas españoles y latinoamericanos. El *DPR* me ha acompañado en mi docencia ordinaria durante más de veinte años, y, de no haber sido por la significativa reducción de la asignatura, habría continuado con él hasta mi jubilación, debido a su originalidad expositiva, precisión

terminológica y exhaustividad temática. No sorprenda, pues, al lector que estos *Elementos* rezumen pensamiento orsiano. Por lo demás, cinco lustros trabajando día a día con un jurista de la talla científica de Álvaro D'ORS acaban haciendo mella.

Estos *Elementos* están pensados para ser explicados durante los dos primeros meses del curso ordinario con el fin de poder dedicar el tiempo restante a la resolución de casos prácticos. Divididos en cien parágrafos, cada uno de ellos exige un estudio meticulado y profundo, que debe ser ampliado con las lecturas complementarias seleccionadas en la bibliografía. A cada clase, el alumno tiene que asistir con conocimiento suficiente de la materia que se va a tratar en ella. Tras la explicación del profesor y muchas horas de trabajo personal, el alumno logrará asimilar, interiorizar, el vocabulario jurídico romano, de gran utilidad para el ejercicio de nuestra profesión. El método de aprendizaje del Derecho es muy parecido al de una lengua, pues el Derecho es también, como toda lengua, una síntesis de razón y tradición, de lógica y experiencia, de regla y vida.

Cada ciencia tiene su propio lenguaje. Para ser un buen jurista hay que manejar con destreza el vocabulario específico de la ciencia del Derecho. Como el Derecho fue escrito hasta la Ilustración fundamentalmente en latín, esta lengua ha dejado una impronta en la Jurisprudencia similar al del inglés en la Medicina o al francés en la Diplomacia. En nuestros días, el inglés se ha convertido en la nueva lengua jurídica por excelencia, tras haber desplazado al alemán, al francés y al italiano. El castellano ha sido una lengua de poetas y místicos, pero no propiamente de juristas, aunque algunos hayan brillado mun-

dialmente. La Escuela de Salamanca, máxima aportación española a la ciencia jurídica universal, empleó todavía el latín en sus escritos.

No se consideren estos *Elementos* un texto hermético, cerrado, insensible a la crítica. Están concebidos para que sean los propios alumnos quienes, con su estudio inteligente, sean capaces de juzgar y mejorar su contenido sugiriendo al profesor cambios en próximas ediciones. ¿Acaso la universidad es algo distinto del trabajo intelectual, consciente y compartido, de alumnos y maestros? Así nació la Universidad de Bolonia, cuna del Derecho romano medieval y madre prolífica de tantos centros de estudio, y con ese mismo espíritu se han fundado, durante siglos, tantas universidades, llamadas, por estirpe, a cumplir una importante misión en la era de la globalización.

Agradezco a Pablo GÓMEZ-BLANES, Martín SANTIVÁÑEZ VIVANCO, Conchita DOMINGO, Francisco J. ANDRÉS y Pedro José IZQUIERDO sus sugerencias para mejorar estos sencillos *Elementos de Derecho Romano*. Espero que sean bien acogidos por mis alumnos y todos aquellos que reconocen en el genio romano un manantial señero de sabiduría jurídica que no cesa de fluir, en servicio y para beneficio de nuestra civilización.

R.D.O.

Abreviaturas

art.	= artículo
ABGB	= Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
CC	= Código civil español
CCjap.	= Código civil japonés
Code	= Code civil
Codice	= Codice civile italiano
D.	= Digesto de JUSTINIANO
CIC	= Codex Iuris Canonici
CJ.	= Código Justiniano
CTh.	= Código TEODOSIANO
EP.	= Edicto Perpetuo (reconstrucción de Otto LENEL)
fol.	= folio
GAYO	= Instituciones de GAYO
Inst.	= Instituciones de JUSTINIANO
Nov.	= Novelas de JUSTINIANO
pr.	= principium
X.	= Decretales

PRIMERA PARTE
INTRODUCCIÓN HISTÓRICA

§1. DERECHO ROMANO

Se denomina Derecho romano al orden de convivencia social (*ordo iuris*) de la antigua Roma, desde su fundación (753 a.C.) hasta la muerte de JUSTINIANO I el Grande (483-565), casi cien años después de la caída del Imperio Romano de Occidente (476 d.C.). Fue este emperador romano de Oriente quien mandó elaborar la obra jurídica quizá más importante de todos los tiempos, el *Corpus Iuris Civilis* o Compilación de JUSTINIANO (§11). Su influencia y repercusión sólo son comparables a las alcanzadas por la Constitución americana (1787) y el Código civil francés (1804). El Derecho romano se fue desarrollando paulatinamente durante las distintas etapas de la historia constitucional romana: la Monarquía (753-509 a.C.), la República (509-27 a.C.), el Principado (27 a.C.-284 d.C.) y el Dominado (284-565 d.C.). El Derecho romano clásico, objeto de estudio en este curso, coincidió con el último siglo republicano y la etapa del Principado. Se considera clásico por el carácter imperecedero de su elaboración científica (*scientia iuris*) y por la perenne armonía de su elegante composición.

§2. VALOR DEL DERECHO ROMANO

El Derecho romano logró un equilibrio sin precedentes entre lo privado y lo público, lo natural y lo civil, la *auctoritas* y la *potestas*, la ley (*lex*) y el Derecho (*ius*), y, dentro de éste, entre su sentido objetivo (*ius ratumque*) y el subjetivo (*ius potestasque*), entre la flexibilidad de la *fides*

y la seguridad de la forma, lo propio (*ius civile*) y lo común (*ius gentium*), la tradición jurisprudencial y la innovación edictal, la abstracción y la causalidad, lo personal y lo territorial, la justicia y la equidad, lo teórico y lo práctico, sin pretender nunca dividir en partes iguales, uniformar, ni limitar la *libertas* tradicional del alma romana. Esto fue posible porque el *ius Romanorum* fue un «Derecho de juristas» (*Juristenrecht*), muy poco legislado, que construyó este pilar de nuestra civilización piedra a piedra, caso a caso, es decir, jurisprudencialmente, más con el argumento de autoridad que con la fuerza de la potestad. El Derecho romano es modelo para otros sistemas jurídicos y fundamento del incipiente Derecho global. Su estudio preserva a los juristas del vulgarismo jurídico y les otorga independencia de criterio frente a las imposiciones economicistas, mediáticas o políticas.

§3. *IUS Y DERECTUM*

Existen dos palabras latinas para referirse a Derecho: *ius* y *derectum*. *Ius* es un adjetivo sustantivado que significa «lo justo» (*to dikaiion*). De él proceden los términos: jurista, justicia, jurisperito, jurisdicción, jurisprudencia, jurisconsulto, juicio, etc. «Lo justo» es «lo suyo», lo que corresponde a cada uno, es decir, a cada persona o grupo de personas organizadas en familias, comunidades o pueblos. La palabra castellana «Derecho» procede del participio latino tardío *derectum* (*dextrum*), que significa «lo dirigido», «lo guiado». El Derecho, pues, determina la dirección adecuada, la vía recta, el camino correcto por el que una sociedad bien organizada ha de conducirse en cada momento. Este mismo sentido se encuentra en la palabra alemana *Recht*, la inglesa *right*, la polaca *prawo*, la

francesa *droit*, la italiana *diritto*, la portuguesa *direito*, la gallega *dereito*, la catalana *dret*, y la vasca *zuzenbidea*, entre otras. De la misma raíz *reg-*, que dio vida al término Derecho, proceden también: rey (*rex*), regla (*regula*) régimen (*regimen*) y rector (*rector*). El hecho de que el término *derectum* se desarrollara durante el Dominado trajo como consecuencia una vinculación excesiva del Derecho al poder y a la moral, propia de una sociedad uniformada. A diferencia del término *derectum*, *ius* estuvo menos ligado a la moral y más a la religión. El concepto de *ius* es trascendente; el de *derectum*, moralizante. El origen religioso de *ius* se encuentra ya en su misma etimología, como derivado de JÚPITER, el dios romano de las leyes y del orden social. La misma procedencia tiene la palabra juramento, forma de apelar a la divinidad como testigo de lo que se declara. Con su característica elegancia, el jurista CELSO (D. 1.1.1 pr.) definió el *ius* como el «arte de lo bueno y de lo justo» (*ars boni et aequi*), sellando para siempre la aspiración ética del Derecho, la tensión jurídica permanente entre el ser (*sein*) y el deber ser (*sollen*). Lo justo, por esencia y definición, es bueno y conveniente para la sociedad. El Derecho, en este sentido, es la argamasa, el hormigón que une cualquier sociedad. Ocupa un lugar secundario, poco vistoso, pero imprescindible.

§4. JUSTICIA (*IUSTITIA*)

El fin del Derecho es servir a la causa de la justicia. Representada como una mujer impasible, con los ojos vendados, portando una balanza y una cornucopia, se la sitúa, en ocasiones, sobre un león para mostrar que la justicia debe imponerse incluso coactivamente. En memorables palabras del jurista ULPIANO (D. 1.1.10 pr.), justicia

es «la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno lo suyo» (*constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*). Esta definición antigua fue recibida tanto por los juristas medievales –civilistas, canonistas, feudistas y *common lawyers*–, como por los juristas modernos, y continúa siendo válida en la era de la globalización. Toda sociedad, también la sociedad global, ha de aspirar a regirse conforme a una justicia libre e independiente, plena y eficaz, que condene los delitos y prevenga con eficacia de posibles daños. La misma etimología de la palabra justicia parece confirmar este *ethos* jurídico dirimente: *ius stitium*, esto es, el cese del *ius*. En este sentido, la paz es fruto de la justicia (ISAÍAS 2.17). Cuando el Derecho cumple con las exigencias de la justicia (*law under justice*), la misma justicia debe acomodarse al Derecho (*justice under law*). Cuando no, el orden jurídico deviene injusto y cabe la desobediencia civil. El régimen nazi es paradigma de ordenamiento jurídico contrario a la justicia (*gesetzliches Unrecht*). No sorprende, por tanto, que el programa electoral del partido nazi prohibiera la enseñanza del Derecho romano.

§5. AUCTORITAS Y POTESTAS

Clave para la comprensión del Derecho romano es la distinción entre la *auctoritas* y la *potestas*, es decir, entre el saber reconocido y el poder constituido. La contraposición entre autoridad y potestad está presente en la misma constitución mixta republicana, consagrada en la fórmula *Senatus Populusque Romanus (SPQR)*. Durante la República romana, la potestad de los magistrados, que no era sino una determinación de la majestad popular (*maiestas Populi*), fue limitada por la autoridad del Senado. Revestidos

de autoridad estaban también los juristas. Estos, con su saber prudencial, asesoraban a los magistrados, jueces y particulares. Gozaban de autoridad los augures, quienes, a través de la observación de ciertos signos celestes, interpretaban la voluntad de los dioses sobre futuras actuaciones públicas, así como los jueces, cuya opinión de autoridad (sentencia, §32) se imponía a cualquier otra. El binomio autoridad y potestad lo volvemos a encontrar en la bipartición del proceso romano clásico (§24), con sus fases de jurisdicción (*ius dicere*) y judicación (*ius dicare*); en la institución tutelar (§39), e incluso en la propia mancipación (§57). Este reparto de funciones entre la *auctoritas* de los juristas, jueces, augures y senadores, y la *potestas* de los magistrados y *patres familias*, estos últimos en el ámbito doméstico, sirvió para establecer un sabio equilibrio político, compatible con un principio que para los romanos era piedra angular, a saber: que el poder, por naturaleza indivisible (CICERÓN, *De re publica* 1.38.60), debe ejercerse solidariamente y ser limitado extrínsecamente por la *auctoritas*. Con el inicio del Principado, este orden fundado en la relación entre autoridad y potestad fue sustancialmente alterado. La decisión de AUGUSTO de gobernar las instituciones republicanas con su personal autoridad (*auctoritas Principis*) fue el primer eslabón de la cadena que acabaría, un siglo después, identificando la autoridad y la potestad en la persona del Emperador. El Estado moderno ha mantenido esta confusión convirtiendo la autoridad en una suerte de poder superior.

§6. FUENTES DEL DERECHO ROMANO

Se llama fuente del Derecho al origen o método de producción de una regla o norma jurídica que nos per-

mite determinar lo que es justo en el caso concreto. El sistema de fuentes es la clave de cualquier ordenamiento jurídico. Las principales fuentes del Derecho romano clásico fueron: los *responsa*, los senadoconsultos, los edictos y las leyes. Las dos primeras emanaban de la *auctoritas* de los juristas y los senadores, respectivamente, y no eran en sí mismas vinculantes; las dos últimas procedían del *imperium* de los magistrados y, a la postre, de la majestad del Pueblo Romano. Se denominan *responsa* a las respuestas de los juristas romanos a las preguntas formuladas por particulares o por los propios magistrados. Se llaman senadoconsultos a los consejos del Senado a los magistrados, edictos, a los bandos de los magistrados, principalmente de los pretores; y leyes públicas, a las disposiciones más permanentes elaboradas por los magistrados y aprobadas por el pueblo reunido en asambleas populares (*comitia* y *concilium plebis*). Con la llegada del Principado, el sistema de fuentes se alteró sustancialmente. A partir del emperador ADRIANO, los senadoconsultos tuvieron fuerza de ley y ocuparon el lugar de las leyes republicanas. A su vez, la propia cancillería imperial comenzó a dictar rescriptos para resolver asuntos de los particulares. Por último, el edicto del pretor fue codificado (*edictum perpetuum*). La propia voluntad del emperador expresada en sus constituciones y leyes imperiales acabó siendo la única fuente del Derecho durante el Dominado.

§7. DERECHO CIVIL, DERECHO NATURAL Y DERECHO DE GENTES

Conforme a la conocida definición de GAYO (1.1), se llama Derecho civil al Derecho propio de cada ciudad,

en tanto Derecho de gentes «al que la razón natural establece entre todos los hombres» (*quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit*). GAYO identifica el Derecho de gentes –concepto empleado por vez primera por CICERÓN (106-43)– con el Derecho natural, de creación griega, especialmente de la filosofía estoica. La bipartición gayana se convirtió en una tripartición –*ius civile, ius gentium* y *ius naturale*– con ULPIANO (D. 1.1.1). Según el jurista severiano, la razón de la tripartición es que el Derecho de gentes sería sólo común a los hombres, en tanto el Derecho natural se referiría, en general, también a los animales (D. 1.1.1.3). Se trataría, en realidad, de un Derecho moralmente superior al propio del *ius gentium*, es decir, recibido de la naturaleza y reconocido como tal por la inteligencia humana. Así, el Derecho de gentes se apoyaría en la *fides*, es decir, en la fidelidad a la palabra dada, en tanto el Derecho natural, en la misma naturaleza. Como ejemplo de institución natural, ULPIANO señala «la unión de un hombre con una mujer, que nosotros llamamos matrimonio» (*maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus*). El jurista se refiere también a la libertad natural de todos los hombres, frente a la esclavitud, admitida por el Derecho de gentes (ULPIANO, D. 1.1.4 = Inst. 1.5 pr.). La aplicación del *ius civile* en todo el Imperio Romano, muy particularmente a partir de la llamada Constitución Antoniniana (212), que concedió la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio, trajo como consecuencia la pérdida de importancia de la tripartición. El Derecho de gentes, en la Edad Moderna, se transformó en Derecho internacional y, en nuestros días, en Derecho global. El Derecho natural, como sustento permanente e inmutable de todo sistema jurídico, debe seguir iluminando las relaciones de justicia de la

humanidad. Así lo dejó escrito MARCO TULIO CICERÓN, con memorables palabras, en su diálogo sobre *La República* (3.22.33): «Ciertamente existe una ley verdadera, de acuerdo con la naturaleza, conocida por todos, constante y sempiterna [...]. A esta ley no es lícito agregarle ni derogarle nada, ni tampoco eliminarla por completo. No podemos abrogarla por medio del Senado o del pueblo. Tampoco hay que buscar comentador o intérprete de ella. No existe una ley en Roma y otra en Atenas, una ahora y otra en el porvenir; sino una misma ley, eterna e inmutable, sujeta a toda la humanidad en todo tiempo...». Si el Derecho nace de la persona (*ius ex persona oritur*), los derechos inherentes a ellas, llamados desde la Ilustración derechos humanos, son anteriores a la comunidad política. Esta debe reconocerlos y ampararlos, no otorgarlos, ni menos todavía vulnerarlos.

§8. DERECHO PRETORIO

El principal instrumento de cambio y adaptación del Derecho civil a las nuevas exigencias sociales fue el Derecho pretorio, denominado también Derecho honorario (*ius honorarium*), por llamarse honores a las magistraturas. La institución de la pretura fue creada en 367 a.C. con el fin de que el nuevo pretor asumiera las competencias del cónsul en materia de jurisdicción civil. En 242 a.C. se estableció una segunda pretura, y quedó separada la jurisdicción sobre los ciudadanos (*praetor urbanus*) de aquella otra para extranjeros (*praetor peregrinus*). Colega menor del cónsul, el pretor era elegido por los comicios centuriados y gozaba de plenitud de potestad (*imperium*). En su edicto promulgado anualmente, coincidiendo con el comienzo de su magistratura, el pretor, asesorado por los juristas,

incorporaba las novedades jurídicas que consideraba pertinentes. De esta forma, se fue completando y rectificando paulatinamente el propio Derecho civil, solventando sus excesivas formalidades. Habitualmente, los pretores promulgaban su edicto sobre la base del edicto anterior, que sólo modificaban si lo consideraban pertinente. El pretor, además, desempeñaba una función central en el proceso romano, en la medida en que él concedía o denegaba la acción al demandante, manteniendo en todo momento el control coactivo sobre el procedimiento (§24). La mejor reconstrucción del Edicto Perpetuo fue realizada por el jurista alemán Otto LENEL (3ª ed. 1927). Pese a su innegable mérito, una revisión de esta obra parece necesaria.

§9. JURISTAS ROMANOS

El oficio de jurista nació en la Roma republicana y está ligado a tres prohombres, de mediados del siglo II a.C., considerados los fundadores del Derecho civil: MARNIO MANILIO, MARCO JUNIO BRUTO y PUBLIO MUCIO ESCÉVOLA. Continuadores de esta tradición y juristas memorables de época republicana son: QUINTO MUCIO ESCÉVOLA, el Pontífice, y SERVIO SULPICIO RUFO. El máximo esplendor de la jurisprudencia romana coincidió con el Principado. Fue entonces cuando surgieron dos corrientes jurisprudenciales, llamadas escuelas o *sectae*, formadas, una por «mucianos» (partidarios de las doctrinas de QUINTO MUCIO ESCÉVOLA), y, otra, por «servianos» (en sintonía con las de SERVIO SULPICIO RUFO). La primera fue denominada «sabiniana», en honor a MASURIO SABINO, o «casiana» —por CASIO LONGINO— y la segunda, «serviana» o «proculeyana», por PRÓCULO. A la escuela sabiniana pertenecieron juristas

como JAVOLENO PRISCO o el gran SALVIO JULIANO, codificador del Edicto Perpetuo. También pertenecieron insignes juristas a la escuela proculiana, como Nerva padre, quien sucedió a LABEÓN en la dirección de la escuela, el mismo PRÓCULO, NERVA hijo, PEGASO, los CELSO (padre e hijo) o NERACIO PRISCO. Cierran la época clásica CERVIDIO ESCÉVOLA (s. II-III) y los juristas algo posteriores PAPINIANO, PAULO y ULPIANO. La aguda y profunda inteligencia de PAPINIANO, su fina sensibilidad ética, su estilo oscuro, sobrio y arcaizante, unido a su honestidad, lo situaron durante siglos en la cumbre de la jurisprudencia romana. ULPIANO, en cambio, es el jurista del que más textos se nos han conservado en las fuentes romanas (§12).

§10. GAYO Y SUS INSTITUCIONES

Maestro de Derecho en provincias, próximo a la escuela sabiniana, de personalidad enigmática, de él sólo se conoce su *praenomen*: GAIUS. Gozó de gran prestigio y popularidad en la época posclásica, hasta el punto de que el emperador JUSTINIANO lo llama, con aprecio, «nuestro GAYO» (*Gaius noster*). Su nombre se encuentra mencionado en la Ley de Citas (426 d.C.). Sus Instituciones fueron libro de texto en la parte oriental del Imperio. Están divididas en cuatro libros: personas (I), cosas (II-III) y acciones (IV). Probablemente acabó de escribirlas poco después de la muerte del emperador ANTONINO PÍO (161 d.C.). El propio JUSTINIANO se basó en ellas para elaborar unas nuevas que sirvieran de libro de texto para todas las escuelas de Derecho del Imperio. El valor de las Instituciones de GAYO reside en que es la única obra clásica que nos ha llegado en su forma original hasta nuestros días. Fueron halladas en un palimpsesto de la Biblioteca Capi-

tular de Verona, en 1816, por el historiador y diplomático alemán Barthold Georg NIEBUHR (1776-1831), y reconocidas por su maestro Friedrich Carl VON SAVIGNY (1779-1861). Las Instituciones de GAYO nos ofrecen datos relevantes, hasta entonces desconocidos, sobre las acciones de la ley y el procedimiento formulario, sin relevancia en la Compilación de JUSTINIANO, por su carácter obsoleto.

§11. LA COMPILACIÓN DE JUSTINIANO

Es la compilación de *leges* y *ius* promulgada por el emperador JUSTINIANO I en torno al 530. En la Edad Media se denominó *Corpus Iuris*; a partir del siglo XVI, *Corpus Iuris Civilis*, para diferenciarlo del *Corpus Iuris Canonici*. La Compilación justiniana, realizada en un período de tiempo inferior a los siete años (528 a 534 d.C.), fue posible gracias a la buena preparación clasicista de las dos escuelas jurídicas de Oriente más importantes, la de Berytus y la de Constantinopla, y muy particularmente a la genialidad del jurista TRIBONIANO. La Compilación de JUSTINIANO está compuesta de tres partes: unas «Instituciones» elementales; el «Digesto» (§12), es decir, una ordenación sistemática de jurisprudencia clásica, también llamada, en griego, «Pandectas», y un «Código» de legislación imperial, en doce libros, llamado *Codex Iustinianus*. A estas tres partes se agregaron ciento sesenta y ocho Novelas (nuevas leyes posteriores, casi todas ellas de JUSTINIANO), redactadas principalmente en griego, confirmando así la antigua profecía, del siglo III o IV, referida por el autor bizantino Juan LIDO, de que la ruina del Imperio romano llegaría con la sustitución del latín por el griego. Aunque éste sea el orden de edición, el Código fue la primera parte que se editó del *Corpus Iuris*, en 529.

La fecunda actividad legislativa de JUSTINIANO impuso la necesidad de elaborar una segunda edición del *Codex (codex repetitae praelectionis)*, promulgada en 534, que es la que se nos ha conservado. Los cuatro libros de las *Instituciones* («Instituta» en la tradición española) –divididas en personas, cosas y acciones, como las gayanas– fueron elaborados por TRIBONIANO, TEÓFILO y DOROTEO, y se publicaron en 533. Tras su entrada en vigor, se convirtieron en el texto básico del primer curso de Derecho, a fin de que «la inteligencia ruda del estudioso, alimentada con estas primeras nociones, pueda llegar con mayor facilidad al estudio de la jurisprudencia más elevada» (Constitución *Deo auctore* 11).

§12. EL DIGESTO, EN PARTICULAR

Mayor interés tiene el Digesto (o Digestos), que recoge, en cincuenta libros, una antología jurisprudencial por materias, especialmente pertenecientes a los juristas clásicos tardíos, conforme al orden del Edicto perpetuo, combinado con el del Código. JUSTINIANO ordenó a TRIBONIANO que, a modo de fortaleza (*quasi quodam muro vallatum*), recopilara todo el Derecho antiguo, acumulado durante cerca de mil quinientos años, eliminando antinomias y repeticiones –lo que no se logró siempre–, y alterando los textos mediante interpolaciones –que fueron *multa et maxima*– para adecuarlos al Derecho entonces vigente. TRIBONIANO gozó de una gran libertad en la elaboración de la comisión. En contra de toda previsión, la obra fue realizada, gracias a las dotes organizativas de este jurista, con una enorme rapidez, aunque no hay que descartar la posibilidad de que se contara ya, antes de que la comisión iniciara su labor recopiladora, con abundante

material seleccionado. De los más de 9.000 fragmentos jurisprudenciales que contiene el Digesto, extraídos de 1.625 libros, 6.000 corresponden a los juristas mencionados en la Ley de Citas (426 d.C.). Entre ellos, destaca ULPIANO (más del 40%), al que sigue PAULO (más del 15%). Los fragmentos de las obras de PAPINIANO superan el 5%; se aproximan a este porcentaje los extraídos de la obra de QUINTO CERVIDIO ESCÉVOLA. A POMPONIO y JULIANO corresponden más del 4%, porcentaje casi alcanzado por GAYO. La edición del Digesto en uso es la cuidada por Theodor MOMMSEN (1817-1903) y su discípulo Paul KRÜGER (1840-1926).

§13. SUPERVIVENCIA DEL DERECHO ROMANO EN EL IMPERIO BIZANTINO

En el Imperio Bizantino, heredero del Imperio Romano de Oriente, la historia del Derecho romano continúa ininterrumpidamente hasta la caída de Constantinopla en manos de los turcos otomanos el 29 de mayo de 1453. Los elementos romanos poco a poco se desvanecieron y fueron sustituidos por formas jurídicas muy alejadas ya de la jurisprudencia romana. El latín dejó paso al griego, por lo que la Compilación de JUSTINIANO, elaborada en latín a excepción de las Novelas, perdió su vigencia práctica. Al jurista TEÓFILO se atribuye una Paráfrasis griega de las Instituciones de JUSTINIANO, todavía en vida del emperador. Una versión en griego, unificada y simplificada, del Digesto, Código y las Novelas, siguiendo el orden del *Codex Iustinianus*, fue promulgada por el emperador LEÓN EL SABIO (886-911) con el título «Los Basílicos» (es decir, Derecho imperial). A ella se le añadió un apa-

rato de comentarios marginales o escolios escritos principalmente en los siglos VI y VII. Un manual de Derecho bizantino, en seis libros, de ahí su nombre Hexabiblos, fue elaborado en torno a 1345 por Constantino HARMENÓPULO, juez de Salónica, a partir de extractos de compilaciones bizantinas anteriores. El Hexabiblos fue fuente del Derecho griego hasta la entrada en vigor del Código civil griego en 1946.

§14. RENACIMIENTO DEL DERECHO ROMANO EN OCCIDENTE

Aunque el Derecho romano continuó estando presente en Occidente como Derecho vulgar, por ejemplo, a través de la *Lex Romana Visigothorum* o Breviario de ALARICO (506), el Digesto fue totalmente olvidado hasta su redescubrimiento en Italia a fines del siglo XI. Este hecho contribuyó definitivamente al desarrollo de la ciencia jurídica europea medieval y sirvió de hilo conductor entre la Antigüedad romana y la Modernidad. El manuscrito más completo y antiguo conservado, del propio siglo VI, es la denominada *littera Pisana* o *Florentina*, que contiene, en 907 folios de pergamino, una excelente copia del Digesto. Probablemente fue redactado en Oriente y no se sabe si llegó a tener carácter oficial. En tiempo de los glosadores, este código se hallaba en Pisa; en 1406 fue trasladado a Florencia, en cuya Biblioteca Medicea Laurenziana actualmente se custodia. En torno al estudio del Derecho romano, se fueron formando las primeras escuelas de Derecho, origen de las universidades medievales. La primera de ellas fue la Universidad de Bolonia, fundada por el civilista IRNERIO en 1088, famosa por su escuela de Dere-

cho. En ella enseñó también GRACIANO, padre del Derecho canónico. El Derecho romano medieval se convirtió fundamentalmente en un Derecho profesoral, de *scholares*, a diferencia del Derecho inglés (*common law*), elaborado por los jueces reales en los tribunales. Esta elaboración académica, frente a la elaboración judicial, ha sido, durante siglos, el rasgo que ha diferenciado la tradición romana (*civil law*) de la inglesa (*common law*). En nuestros días, ambas tradiciones jurídicas se están aproximando, especialmente donde se ha logrado una coherente armonía entre la academia y el foro, entre la ciencia del Derecho y la práctica jurídica. En esta labor de síntesis, están contribuyendo definitivamente los juristas de los Estados Unidos de América, quienes, junto a un prestigioso Tribunal Supremo Federal, intérprete de la Constitución americana y garante de la convivencia jurídica de la nación, cuentan con las mejores facultades de Derecho del mundo: Yale, Harvard, Stanford, Columbia, New York University y Chicago, entre otras.

§15. ESCUELA DE LOS GLOSADORES

El primero y más destacado de los estudiosos del Digesto fue IRNERIO (ca. 1050-post 1125), profesor en Bolonia y fundador de la Escuela de los Glosadores. Por su brillantez, fue apodado *lucerna iuris*. Atraído por el descubrimiento del Digesto, y con una metodología dialéctica propia del escolasticismo, se afanó en la comprensión del texto jurídico mediante la introducción de glosas marginales o interlineales en la *Littera Bononiensis*, que fue la que él maneja. Se trataba en definitiva de encontrar la coherencia y armonía racional de los textos, aunque parecieran contradictorios entre ellos. Para los glosadores, el

Corpus Iuris no era el resultado último de un proceso histórico, sino la expresión misma de la autoridad de un orden jurídico adecuado. Los glosadores analizaron el *Corpus Iuris* con el mismo método con que los teólogos se ocupaban del estudio de la Biblia y los escritos de los padres de la Iglesia, o los filósofos, del cuerpo aristotélico. Estos libros constituyen los auténticos pilares de la cultura occidental. Destacaron como glosadores PILIO (ca. 1150-ca. 1207), AZÓN († ca. 1220) y ACURSIO (1182-ca. 1263). A este último se debe la denominada Glosa Ordinaria o Magna Glosa, recopilación de más de 97.000 glosas al *Corpus Iuris*. La Glosa Ordinaria está considerada una de las fuentes más importantes del Derecho común europeo.

§16. ESCUELA DE COMENTARISTAS O POSGLOSADORES

A mediados del siglo XIII, la escuela de los glosadores fue poco a poco reemplazada por la escuela de los comentaristas, que floreció particularmente en Perugia, Padua y Pavía. La necesidad de aplicar el Derecho romano para resolver problemas prácticos de la vida real llevó a sustituir el método de la glosa por uno más sistemático de extensos comentarios, en los que se analizan concepciones generales. El método escolástico quedó así plenamente implantado en la ciencia jurídica. Los comentaristas utilizaron con gran libertad los textos romanos, sin atender al contexto en que habían sido escritos. Por ejemplo, en la famosa sentencia (CJ. 5.59.5.2) *quod omnes tangit ab omnibus approbetur* («lo que a todos afecta, debe ser aprobado por todos»), a propósito de la tutela, los medievales vieron un principio general de validez organizativa, aplicable a la comunidad política y, en ocasiones, a la Iglesia. Entre los comentaristas, brillaron CINO

DE PISTOIA (ca. 1270-ca. 1336) y BALDO DEGLI UBALDI (1327-1400). Discípulo del primero y maestro del segundo fue BARTOLO DE SASOFERRATO (1313-1357), el más famoso de todos los juristas medievales. Doctor en Derecho con 21 años, enseñó en Pisa y Perugia, donde falleció a la edad de 43 años. A pesar de su corta vida, BARTOLO dejó escrito, entre otras obras, un extenso comentario al *Corpus Iuris*. El prestigio de BARTOLO fue tal que se popularizó el dicho: *nemo bonus iurista nisi Bartolista*.

§17. *IUS COMMUNE*

Gran aportación de la Edad Media a la cultura jurídica, el Derecho común es un Derecho de validez general, aplicado en armonía con los Derechos locales (*iura propria*). Es, sí, Derecho común, pero no único, ni excluyente. Se trata de un Derecho omnicompreensivo en la medida en que está basado en la *interpretatio*, en el estudio y el análisis del *Corpus Iuris* de JUSTINIANO. La dualidad jurídica compuesta por el Derecho común y los derechos propios constituye una unidad en la diversidad, un sistema homogéneo pero no uniforme, que vivificó y dinamizó la ciencia del Derecho en el Medievo huyendo de reduccionismos simplistas. La expresión *ius commune* era ya conocida por los juristas romanos, pero sin el sentido técnico que fue asumiendo con el tiempo. Paulatinamente, a partir de la interpretación que hicieron los glosadores, matizada por la doctrina jurídica y adaptada a los cambios sociales, se fue enriqueciendo esta idea de un Derecho común, informador del Derecho de la Unión Europea. El nombre de Derecho común se atribuyó principalmente al Derecho romano justinianeo (*ius civile*), muy superior al Derecho consuetudinario o estatutario.

Común fue también el Derecho canónico, de validez universal, que, con el *ius civile*, formó un *utrumque ius*, el *ius commune* de más amplia aplicación: uno para las cosas materiales, el otro para las espirituales. El *ius commune* medieval se terminó convirtiéndose en un instrumento de unidad imperial, firmemente anclado en los principios morales cristianos, reviviendo de esta suerte la experiencia oriental justiniana: *unum imperium, unum ius*. Esta unidad del imperio era la expresión natural de una *humana universitas*, verdadera *communitas omnium hominum*, gobernada, al cabo, por el orden establecido por la Providencia divina. Hasta en los Derechos propios se acabaría entreviendo una derivación del Derecho común, conforme al principio de que toda multitud emana de la unidad.

§18. *COMMON LAW* VERSUS *CIVIL LAW*

Traducción inglesa de *ius commune*, el *common law*, nacido en Inglaterra en el siglo XII, se extendió por el mundo hasta convertirse acaso en el sistema jurídico más influyente del orbe, una vez desplazada la fuerza dominadora del *Code Napoléon* y consolidado el predominio mundial los Estados Unidos de América en el siglo XX. En la medida en que el *common law* se desarrolló en el marco del Imperio Británico, pasó a ser, él mismo, un Derecho expansivo, con tendencia universalista. Todo cuanto no era propiamente Derecho inglés fue considerado, por los juristas británicos, *civil law*, a excepción del Derecho canónico. El *common law* arrebató su nombre al *ius commune*, devolviéndole el antiguo de *civil law*, como contrapuesto a *canon law* y a *common law*. Para los *common lawyers*, hablar de *civil law* era tanto como referirse a una «ghost story»,

es decir, a un Derecho imperial y legislado, a diferencia del Derecho romano clásico, que era por esencia y naturaleza un Derecho casuístico, en algunos aspectos mucho más próximo al *common law* que el propio *civil law*. *Civil law* y *common law* pasarían a ser sistemas jurisdiccionalmente excluyentes. Y, por tanto, sólo parcialmente comunes. Entre sus cultivadores, especialmente durante el siglo XVI, se fue abriendo una grieta de indiferencia y desinterés, hasta el punto de que lo definitorio del *civil law* no sería sino su condición de *uncommon law*; y lo constitutivo del *common law*, tratarse de una suerte de *uncivil law*. Heredero del Derecho común medieval es el *common law* angloamericano (*Anglo-American Law*), anglosino (*Anglo-Chinese Law*) o angloindio (*Anglo-Muhammadan Law*), pero incluso el Derecho de la Unión Europea. También el nuevo Derecho global, esto es, el Derecho común de la Humanidad.

§19. ESCUELA DE LOS HUMANISTAS

Cautivado por la antigüedad clásica, el Humanismo cambió sustancialmente la percepción del Derecho romano, debido a su marcado sentido crítico, histórico y filológico, del todo alejado del escolasticismo medieval. Los juristas humanistas se interesaron por el Derecho clásico romano, en su estado más puro, y aborrecieron de los métodos de interpretación medieval, así como de la baja calidad literaria de su latín y de la falta de sentido histórico de los comentaristas (*sine historia, jurisprudentia caeca est*). Con todo, nunca consideraron el Derecho romano como la única fuente de conocimiento jurídico. Los humanistas se aplicaron en la exégesis de los textos romanos y en la elaboración de ediciones críticas. En

1529 apareció la primera edición del *Corpus Iuris Civilis*, de Gregor HALOANDER (1501-1531). Medio siglo después, en 1583, vio la luz la de Denis GODEFROY (1549-1621), que tuvo una amplia difusión espacial y temporal. Entre otros humanistas, destacaron: Andrea ALCIATO (1492-1550), Guillaume BUDÉ (1467-1540), François HOTMAN (1524-1590); Hugues DONEAU (1527-1591), Johannes ALTHUSIUS (1557-1638), Jacques GODEFROY (1587-1652) y el español Antonio AGUSTÍN (1517-1586). La figura central fue Jacques CUJAS (ca. 1522-1590), quien brilló por su erudición, claridad expositiva y acertada exégesis de las fuentes. Todos ellos, en sus libros, latinizaron sus nombres (ALCIATUS, BUDAEUS, HOTOMANUS, DONELLUS, CUIACIUS, etc.).

§20. ESCUELA DEL DERECHO NATURAL

En los siglos XVII y XVIII, el interés de los humanistas dejó paso al nuevo racionalismo de la Escuela de Derecho natural. Defensora de que el Derecho de cualquier sociedad deriva de principios inherentes a la naturaleza humana accesibles racionalmente, esta escuela intentó construir un sistema jurídico deducido lógicamente de axiomas, tras ser éstos confrontados con la experiencia práctica de la aplicación del Derecho. Para la construcción de este nuevo sistema jurídico, el Derecho romano fue una herramienta imprescindible, una vez despojadas de él sus particularidades no universalizables. Fundador de la Escuela de Derecho natural fue Hugo GROCIUS (1583-1654), a quien suele considerarse, junto con Francisco DE VITORIA (ca. 1483-1546) y Alberico GENTILI (1552-1608), padre del Derecho internacional clásico. Fue precisamente en este ámbito internacional donde el Derecho natural racionalista tuvo una mayor influencia. El princi-

pal representante de esta corriente fue Samuel PUFENDORF (1632-1694), seguido de Christian THOMASIVS (1655-1728) y Christian WOLFF (1679-1754). La Escuela racionalista del Derecho natural sentó las bases del proceso de codificación jurídica, iniciado en Baviera (1756) y Prusia (1793), y consolidado con la promulgación del Código civil francés (1804), monumento jurídico de la historia del Derecho europeo. En Holanda, España, Italia, Bélgica, Luisiana, Quebec, Egipto y gran parte de América Latina, se promulgaron códigos afrancesados.

§21. ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO

El proceso de codificación se retrasó casi un siglo en Alemania, cuyo Código civil (BGB) entró en vigor el 1 de enero de 1900. En efecto, como reacción al afán codificador, Friedrich Carl VON SAVIGNY (1779-1861), fundador de la Escuela Histórica del Derecho, defendió que el Derecho era una manifestación de las costumbres y tradiciones de cada pueblo, del «espíritu del Pueblo» (*Volksgeist*). Misión de los juristas era reconocerlo como tal. Esto exigía un estudio pormenorizado y minucioso del Derecho romano recibido por los juristas medievales y modernos. Fruto de este trabajo fueron los tratados de Pandectas, que adecuaron el Derecho justiniano a las exigencias jurídicas del siglo XIX. Liderada por el discípulo de SAVIGNY, Georg Friedrich PUCHTA (1798-1846), la Escuela Histórica acabó desembocando en la llamada jurisprudencia de conceptos (*Begriffsjurisprudenz*), cuyo método lógico-deductivo incentivó el «formalismo jurídico», culminación de la separación entre ciencia jurídica y realidad social. De su pensamiento jurídico se burló mordazmente Rudolph VON IHERING (1818-1892) «abriéndole el cielo de

los conceptos», así como los representantes de la llamada «jurisprudencia de intereses». Representantes de la Pandectística fueron, entre otros, Bernhard WINDSCHEID (1817-1892), principal artífice del BGB, y Heinrich DERNBURG (1829-1907).

§22. EL DERECHO ROMANO EN EL SIGLO XX

Con la entrada en vigor del Código civil alemán (§21), el Derecho romano dejó de ser una fuente viva del Derecho, y pasó a convertirse en un Derecho histórico no vigente, salvo excepciones. Ante este nuevo escenario, los romanistas del siglo XX se afanaron en el estudio histórico-crítico de las fuentes jurídicas, con el fin de ofrecer al mundo una versión prístina del Derecho romano clásico, depurado de interpolaciones, para conservarlo multisecularmente como cuna y tesoro de los ordenamientos jurídicos de Occidente. Las ciencias auxiliares, especialmente la epigrafía y la papirología, desempeñaron un papel fundamental en este cometido, debido a los nuevos e importantes hallazgos, como, por ejemplo, el de la *lex Irnitana*, cerca de Sevilla, en 1981. Una nueva corriente iniciada por Franz WIEACKER, en su historia del Derecho privado moderno (*Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª ed., 1967), abrió nuevos horizontes a los romanistas interesados en el desarrollo histórico del Derecho romano en Europa. Ésta, tras dos guerras devastadoras, ha pasado, en pocas décadas, de ser el escenario de un sangriento campo de batalla a convertirse en una comunidad supranacional e intergubernamental, con personalidad jurídica propia, regida por el Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007. Por otra parte, el Derecho romano ha desempeñado una importante función en el desarrollo de la cien-

cia del Derecho comparado, en la que Ernst RABEL (1874-1955) brilló como maestro de una insigne generación, muy influyente en Alemania y en los Estados Unidos. La romanística del siglo XX de más altura científica ha sido la centroeuropea, liderada por Franz WIEACKER (1908-1994), Max KASER (1906-1997) y Wolfgang KUNKEL (1902-1981). Muy variada y excelente fue la aportación de la romanística italiana, entre quienes destacó Vincenzo ARANGIO RUIZ (1884-1964). En España, los estudios romanísticos alcanzaron una edad dorada con Álvaro D'ORS (1915-2004), maestro de una pléyade de romanistas españoles y latinoamericanos.

§23. EL DERECHO ROMANO EN EL SIGLO XXI

Sin dejar de estudiar y analizar las fuentes jurídicas clásicas, el Derecho Romano ha de ocupar un puesto de honor en el proceso de globalización, similar al que le correspondió en el siglo XVI, tras el descubrimiento del Nuevo Mundo (1492). Es en el Derecho romano donde ha de encontrarse la luz que ilumine el Derecho global, anclado en la dignidad de la persona y en unos principios jurídicos imperecederos, algunos de los cuales fueron desarrollados magistralmente por los juristas romanos (*ex Roma ius*). La experiencia romana, que superó un *ius civile* inderogable y formalista mediante un Derecho pretorio viviente, constituye un buen modelo en las relaciones entre el Derecho internacional vigente y el nuevo Derecho global, tan demandado por la sociedad del tercer milenio. A su vez, el Derecho romano está llamado a ejercer de puente de unión entre las dos grandes tradiciones jurídicas: la continental europea y latinoamericana (*civil law*) y la angloamericana (*common law*). Para ello, es de gran

interés el estudio de la influencia real del Derecho romano en la formación del *common law* británico, como, por ejemplo, se pone de manifiesto, ya desde sus orígenes, en la obra de Henry BRACON (ca. 1210-1268), *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*. El Derecho romano penetró en el sistema del *common law* a través de los tribunales eclesiásticos, y en menor medida en el sistema de *equity*. Pero, a partir del Renacimiento, fue considerado un elemento extraño, protector del absolutismo. En el siglo XIX, los juristas ingleses tomaron muchas reglas del Derecho romano, que utilizaron profusamente en sus sentencias. El estudio de estas reglas jurídicas constituye un buen punto de partida para armonizar ambas tradiciones, cada vez más cercanas. Por último, el Derecho romano está llamado a desempeñar un papel determinante en el proceso de unificación jurídica europea, que exige la armonización de los distintos ordenamientos jurídicos sin caer en una excesiva uniformación codificadora, propia de épocas pasadas. La unidad es garantía de estabilidad y de seguridad; la diversidad, de libertad. La concurrencia de ambas es necesaria, absolutamente imprescindible para el bien común de la Unión Europea. El Derecho romano aporta los instrumentos necesarios para alcanzar el equilibrio entre el mínimo de unidad exigido para el desarrollo armónico de los pueblos de Europa y el máximo de diversidad posible que fomente el enriquecimiento multicultural.

SEGUNDA PARTE
PROCEDIMIENTO DE LAS
ACCIONES

§24. PROCEDIMIENTO FORMULARIO

El procedimiento formulario es aquel que se desarrolló en Roma en la época clásica, es decir entre el 130 a.C. y el 230 d.C., aproximadamente. Introducido por la ley Ebucia (130 a.C.) para las reclamaciones que podían tramitarse por *condictio* (§75), convivió hasta el 30 a.C. con el procedimiento arcaico de las acciones de la ley y, desde entonces, con el procedimiento cognitorio o extraordinario, que finalmente se impuso en época posclásica. Se denomina formulario porque las reclamaciones procesales estaban contenidas en fórmulas breves, redactadas por las partes bajo la supervisión del pretor. Notas esenciales del procedimiento formulario son su carácter escrito y su bipartición. El proceso formulario se iniciaba ante el pretor (*in iure*), quien legitimaba, controlaba y dirigía las actuaciones de las partes, y continuaba ante un juez (*apud iudicem*). Éste, tras valorar las pruebas, dictaba sentencia de acuerdo con lo solicitado en la fórmula, condenando o absolviendo al demandado. La bipartición muestra en su esplendor las relaciones entre el *imperium* del pretor y la autoridad del juez. Esta bipartición procesal recuerda, en parte, al procedimiento ateniense, en el que el magistrado (*archon*) se ocupaba de la instrucción del proceso (*anakrasis*) y un tribunal, posteriormente, dictaba sentencia. Bipartito fue también, siglos después, el proceso medieval inglés de los *writs*. La fase *in iure* tenía lugar en el *comitium*, que, situado en el foro romano, constituía el centro de la actividad política de la Urbe. El pretor solía actuar sentado en la *sella curulis*, situada sobre una plataforma (*pro tribunali*). Las cuestiones de menor importan-

cia las podía despachar sin estos formalismos (*de plano*). La fase *apud iudicem* podía tener lugar en el *comitium* o en otra parte del foro (*in comitio aut in foro*). El juez actuaba también sobre una plataforma, pero no disponía de silla curul. Los procesos sólo se celebraban en los días marcados con una F en el calendario oficial (*dies fasti*); también incluso en los *dies comitiales* (C) si, de hecho, no se había reunido ninguna asamblea pública, pero no en los *dies nefasti* (N). El calendario prejuliano contaba con 109 días nefastos. MARCO AURELIO reorganizó el calendario judicial fijando 230 días judiciales (*dies iudicarii*) al año. La prohibición de toda actividad judicial en domingo es de CONSTANTINO (CJ. 3.12.2: *omnes iudices... die solis quiescant*).

§25. ACCIÓN

El jurista CELSO (D. 44.7.51 = Inst. 4.6 pr.) definió la acción como «el derecho de reclamar en un juicio lo que a uno se le debe» (*ius perseguendi iudicio quod sibi debetur*). Acción, por tanto, no debe identificarse con «proceso» (*processus*), ni con «pretensión» (*Anspruch*), en el sentido alemán del término. Se trata más bien de la posición y actuación del demandante (*actor*) en el litigio. La acción coincide con su fórmula, que sintetiza el objeto de la disputa (*res litigiosa*) e indica el nombre del juez elegido por las partes. El tipo de acción condiciona el devenir del litigio. Las acciones se dividen principalmente en personales (*actiones in personam*) y reales (*actiones in rem*). En las acciones personales, el demandante pretende que el demandado se comporte de una manera determinada, bien dándole algo, bien haciendo o respondiendo por algo (*dare, facere, praestare*). En las acciones reales, el demandante reclama una propiedad como suya, o un dere-

cho real sobre un bien concreto. Prototipo de acción real es la acción de propiedad o reivindicatoria (§55); de acción personal, la *condictio* (§75), que sirve para recuperar lo que se retiene sin causa. Las acciones podían ser también civiles y pretorias. Las acciones civiles procedían del Derecho civil, basado en la tradición de los antepasados; las acciones pretorias, en cambio, eran establecidas por el pretor para la defensa de nuevos supuestos. Las acciones se llaman penales (§72) cuando imponen una pena por la comisión de un delito, normalmente a un múltiplo del valor del daño. Por último, se denominan acciones de buena fe (§87) aquellas en las que el juez tiene una mayor discreción en la resolución del procedimiento por haber existido previamente una relación bilateral y de confianza entre el demandante y el demandado. Así sucede, por ejemplo, en las acciones derivadas de los contratos.

§26. PARTES DE LA FÓRMULA DE LA ACCIÓN

La fórmula constaba de partes ordinarias (*nominatio iudicis, intentio y condemnatio*) y extraordinarias (*praescriptio y exceptio*). Al comienzo de la fórmula figuraba el nombramiento del juez («sea juez TICIO»), designado por las partes. A la *nominatio* le seguía la *intentio* o pretensión del demandante («si resulta probado que AULO AGERIO es propietario el fundo Capenate por Derecho civil»). Finalmente, la *condemnatio*, que era siempre pecuniaria («tú, juez, condena a NUMERIO NEGIDIO a pagar...; si no, lo abuelves»). En aquellos pleitos en que el demandante tenía un gran interés en recuperar la cosa objeto del litigio, el pretor incorporaba en la fórmula una cláusula arbitraria, que condicionaba la condena a la falta de restitución de la cosa al demandante (*nisi restituatur*). En los litigios que

tenían por objeto dividir una cosa en común, la condena era sustituida, total o parcialmente, por una atribución constitutiva de derechos realizada por el mismo juez (*adiudicatio*). En las fórmulas de *intentio* indeterminada, la indeterminación del objeto debía ser suplida con la expresión de la causa (*demonstratio*); por ejemplo: «todo lo que se deba a causa del contrato de compraventa». En las acciones personales, el nombre del demandado debía figurar en la *intentio* («si resulta que Numerio Negidio debe a Aulo Agerio cien mil sestercios»). La *praescriptio* era una parte extraordinaria de la fórmula por la que se advertía al juez de alguna circunstancia que debía tener en consideración a la hora de pronunciar su juicio. Así, por ejemplo, en la reclamación de mensualidades, para evitar que se produjera el efecto de *non bis in idem*. La excepción servía para contrarrestar la petición del demandante, como, verbigracia, cuando se reclamaba una cosa antes del plazo previsto (*exceptio pacti*) o mediando dolo (*exceptio doli*). A la excepción, se podía oponer otra excepción llamada *replicatio*; a ésta, una *triplicatio*, y así sucesivamente.

§27. FÓRMULAS FICTICIAS, CON TRANSPOSICIÓN DE PERSONAS E *IN FACTUM*

El pretor ampliaba la protección jurídica de los ciudadanos romanos ante nuevos supuestos incorporando ficciones en las fórmulas, realizando una transposición de personas o fijando nuevas fórmulas *in factum*. Se denominan ficticias aquellas acciones que otorgan existencia real a un hecho inexistente (ej.: cuando se considera vencido un plazo no transcurrido, como es el supuesto de la ac-

ción Publiciana, §64). Cuando el pretor extiende a nuevos casos acciones civiles ya existentes mediante la incorporación de ficciones, estas acciones reciben el nombre de útiles (*actiones utiles*). Se denominan acciones con transposición de personas aquellas en cuya fórmula aparece una persona en la *intentio* distinta de quien figura en la *condemnatio*, como, por ejemplo, cuando se condena al padre por las actuaciones de un hijo o esclavo, cuando uno de éstos ha sido puesto al frente de un negocio marítimo (*actio exercitoria*) o terrestre (*actio institoria*). Estas acciones, en la medida en que generaban una responsabilidad adicional, fueron llamadas, en la Edad Media, acciones adyecticias. Por último, se denominan *in factum* aquellas acciones creadas para la defensa de un supuesto de hecho nuevo, no protegido hasta entonces por el derecho; por ejemplo, la acción contra quien daña el edicto del pretor (*actio de albo corrupto*). Estas acciones *in factum* fueron las más frecuentes.

§28. RECURSOS DE LA JURISDICCIÓN PRETORIA

Para hacer valer su jurisdicción, el pretor disponía de ciertos recursos procesales: los interdictos, las *missiones*, las estipulaciones pretorias y las *restitutiones in integrum*. Eran los interdictos órdenes pretorias, formales y preliminares, de carácter restitutorio o prohibitorio, dadas a petición de un reclamante, para resolver provisionalmente conflictos relacionados sobre todo con la posesión de las cosas. El pretor acudía a las *missiones in possessionem* (embargos) o *missiones in bona* (con venta del patrimonio) para coaccionar a los ciudadanos a comportarse conforme a derecho, por ejemplo, en los procesos de insolvencia. Las estipulaciones pretorias eran prome-

sas exigidas por el pretor para la buena marcha del litigio (*cautio de rato* §30) o para prevenir posibles daños (ej.: *cautio damni infecti*). Por último, las *restitutiones in integrum* eran recursos jurisdiccionales empleados por el pretor para volver a la situación anterior a la comisión del acto injusto. Con este recurso, por ejemplo, el pretor protegió los negocios realizados por los menores de veinticinco años (*minores*).

§29. CITACIÓN Y COMPARECENCIA ANTE EL PRETOR

Como el proceso no podía iniciarse sin la comparecencia del demandado ante el pretor, el demandante debía citarlo (*in us vocatio*). Naturalmente, siempre cabía una comparecencia directa e inmediata del demandante ante el pretor, sin necesidad de coacción alguna. Pero la forma más ordinaria de citación era mediante una promesa de comparecencia, llamada vadimonio, por la que el demandado se comprometía a comparecer ante el pretor una vez informado de la causa alegada por el demandante. También era posible que el demandado prometiera no comparecer personalmente, sino hacerlo a través de un representante (§30), que GAYO (4.46) llama *vindex*. El pretor protegía al demandante contra cualquier resistencia procesal del demandado *in iure* mediante acciones *in factum* (§27), que finalmente conducían al embargo de los bienes del condenado. Una vez que las partes se hallaban ante el pretor, el demandante indicaba al magistrado, en presencia del demandado, la naturaleza del caso (*editio actionis*) y solicitaba formalmente una acción (*postulatio actionis*). El pretor debía examinar su propia competencia en la materia, así como la capacidad procesal de las partes (*causae cognitio*). En ocasiones, el demandante, con el per-

miso del pretor, podía formular algunas preguntas al demandado (*interrogatio in iure*) para la correcta redacción de la fórmula (ej.: «si eres heredero y en qué parte»). Algunos litigios finalizaban sin necesidad de sentencia, bien porque el demandado se allanaba ante la petición del demandante (*confessio in iure*), bien porque se pactaba una renuncia a la acción (*transactio*), o bien porque mediaba un juramento de carácter decisorio que el demandante invitaba a proferir al demandado. Si terminaba el horario judicial sin haber concluido la fase *in iure*, el demandante instaba al demandado a que efectuara, en presencia del pretor, un vadimonio de nueva comparecencia. En ciertos casos, el pretor exigía al demandado que prometiera el cumplimiento de la sentencia (*cautio iudicatum solvi*). Por último, las partes debían ponerse de acuerdo en el nombramiento del juez, que era un ciudadano romano, no necesariamente letrado en Derecho. En algunos procesos (por ejemplo, en el correspondiente a la *actio iniuriarum*), el juez no era único, sino que actuaba en tribunal (*recuperatores*).

§30. REPRESENTACIÓN PROCESAL

Las partes podían comparecer personalmente ante el pretor o a través de sus representantes. La representación procesal podía efectuarse mediante un *cognitor* (representación directa) o mediante un *procurator* (representación indirecta). El *cognitor*, de origen civil, era nombrado solemnemente y no sustituía plenamente al representado. Por eso, la sentencia recaía en todo caso sobre el representado, la acción se consumía definitivamente y la acción ejecutiva correspondía al representado. Consecuentemente, cuando el *cognitor* representaba a un demandado,

era éste, y no aquél, quien daba la *cautio iudicatum solvi*, comprometiéndose a cumplir la sentencia. El *procurator*, por su parte, era un representante nombrado sin solemnidad alguna. A diferencia del *cognitor*, el *procurator* sustituía plenamente al representado asumiendo, en el proceso, la condición de «parte pretoria». Con el fin de ofrecer garantía suficiente a la contraparte, el edicto imponía al procurador del demandante la obligación de dar una caución, comprometiéndose a que su representado aceptará el resultado del litigio y no volverá a reclamar con recurso procesal alguno (*cautio dominum rem ratam habiturum*, o, vulgarmente, *cautio de rato*). El procurador del demandado, en cambio, debía otorgar la *cautio iudicatum solvi*, asumiendo la obligación de pagar, en su caso, el importe de la condena.

§31. LA LITIS CONTESTATIO

Era el decreto de fijación de la fórmula, en virtud del cual concluía la fase *in iure* y se ordenaba al juez elegido por las partes que dictara sentencia (*iussum iudicandi*). El principal efecto de la *litis contestatio* era la consumición de la acción, que impedía al demandante incoar un nuevo procedimiento por la misma causa (*non bis in idem*). Dependiendo del tipo de acción, el efecto consuntivo de la *litis contestatio* podía operar automáticamente, por la fuerza del mismo derecho (*ipso iure*), o mediante la excepción de cosa juzgada o deducida en juicio (*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deducta*). A partir de este importante momento procesal, no estaba permitida la enajenación de la cosa objeto del litigio, las acciones con plazo se convertían en perpetuas y las que eran intransmisibles podían transmitirse al heredero. Con la *litis contestatio*, la

obligación del demandado respecto al demandante se extinguía (*tollitur obligatio*) y se transformaba en una obligación de cumplir la sentencia judicial.

§32. EL PROCESO *APUD IUDICEM*

Se denomina proceso *apud iudicem* a la fase del proceso formulario que se desarrolla delante del juez. Si el demandante no comparecía ante él, se absolvía al demandado; si era, en cambio, éste quien no comparecía, se le condenaba como *contumax*. El juez era un ciudadano púber, varón y en su sano juicio, elegido por las partes para la resolución de un litigio concreto con arreglo a las instrucciones contenidas en la fórmula de la acción. No era un experto en Derecho, pero podía contar con el asesoramiento de juristas. A veces, éstos ponían de manifiesto la ignorancia judicial (cfr. ULPiano, D. 21.2.51 pr. y PAULO, D. 24.3.17.2). El juez debía dictar su *iudicatum* una vez escuchadas las partes y valoradas libremente las pruebas (principio de libre valoración) aportadas por ellas (principio dispositivo). Correspondía al demandante probar la *intentio*, y al demandado, en su caso, la *exceptio*. Si «no veía claro el asunto» (*res sibi non liquere*), el juez podía excusarse bajo juramento. En este caso, se sometía la decisión a otro juez (*translatio iudicii*). En la elaboración de su sentencia, el juez podía tener en cuenta distintas presunciones o dispensas de prueba mediante deducciones lógicas de un hecho anterior ya probado. Así, por ejemplo, el hijo de una mujer casada en matrimonio legítimo se presumía que lo era también del marido. Habitualmente, estas presunciones admitían prueba en contra (débiles o *iuris tantum*); pero, excepcionalmente, no (fuertes o *iuris et de iure*). Cuando el demandante establecía en la fór-

mula una petición excesiva (*pluris petitio*) que luego no podía probar *apud iudicem*, el juez absolvía totalmente al demandado. La sentencia del juez tenía fuerza de cosa juzgada y era inapelable. El condenado disponía de un plazo de treinta días para el cumplimiento de la sentencia; de no hacerlo, el demandante podía ejercitar contra él la acción ejecutiva (*actio iudicati*).

§33. EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

La ejecución, habitualmente de carácter patrimonial y concursal, consistía en el embargo de todos los bienes del deudor concursado (*missio in bona*) y en su posterior venta (*venditio bonorum*) con el fin de satisfacer, en la medida de lo posible, las deudas de sus acreedores. El mejor licitador (*bonorum emptor*) adquiría la propiedad pretoria de los bienes comprados y quedaba protegido procesalmente con interdictos y acciones pretorias. Si se trataba de un deudor difunto, el pretor otorgaba al *bonorum emptor* la acción Serviana, en la que, con el fin de mejorar la posición procesal del comprador de los bienes, se fingía que éste era heredero del deudor concursado. Si el deudor concursado estaba vivo, el pretor concedía al *bonorum emptor* la acción Rutiliana, con transposición de personas (§27), de suerte que los acreedores del deudor concursado fueran condenados a pagar al comprador de los bienes. La *bonorum venditio* tenía carácter infamante, salvo que el vendedor cediese voluntariamente todos sus bienes a los acreedores concursados, sin ocultar en modo alguno su insolvencia. En este caso de *cessio bonorum*, la ejecución quedaba reducida al valor actual de los bienes del deudor (beneficio de competencia). Un régimen más moderado de ejecución se fue abriendo camino poco a poco en el

Derecho romano, permitiendo la venta de cosas singulares, y no de todo el patrimonio, hasta satisfacer plenamente las exigencias de los acreedores (*distractio bonorum*).

§34. PROCEDIMIENTO COGNITORIO

El procedimiento cognitorio o *extra ordinem* surgió al comienzo del Principado, pero no floreció hasta el Dominado. La justicia privada (*iudicium privatum*), asistida por el magistrado, dejó paso a una administración de justicia impartida por la burocracia imperial. Al funcionario judicial correspondía la dirección y el control de todo el proceso, desde la citación oficial hasta la sentencia, aunando inseparablemente jurisdicción y judicación. La acción perdió su tipicidad para convertirse en un modo genérico de petición de justicia. Se incorporaron las costas procesales y la ejecución en especie, así como la apelación, propia de un sistema judicial jerárquico. Con el emperador JUSTINIANO, la apelación fue un recurso ordinario, tanto en materias civiles como penales. El procedimiento cognitorio es el que ha servido de modelo a los ordenamientos jurídicos europeos y latinoamericanos.

§35. PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Por decisión de las partes (*compromissum*), la controversia podía someterse al juicio de un árbitro, que asumía la responsabilidad (*receptum arbitri*) de dictar un laudo para dirimir el conflicto, sin fórmula procesal previa y sin intervención alguna del magistrado. El incumplimiento por cualquiera de las partes del laudo arbitral no legitimaba para el ejercicio de la acción ejecutiva (*actio iudi-*

cati), sino tan sólo de la *actio ex stipulatu* surgida del compromiso. Contra la parte que acudía al proceso ordinario tras haber realizado el compromiso arbitral, se podía oponer una excepción de pacto (*exceptio pacti*). Es muy probable que contra el árbitro que no dictara el laudo conforme a su obligación se pudiera interponer, como en los restantes *recepta*, una acción *in factum* (§27). El procedimiento arbitral es un modo de resolver litigios que, ante la evidente crisis del Estado moderno, se está consolidando de nuevo como sistema eficaz, equitativo y dinámico. Y es que la justicia no es patrimonio exclusivo del Estado, y menos todavía la actividad judicial, propia de la *auctoritas* y no de la *potestas*.

TERCERA PARTE
FAMILIA Y HERENCIA

§36. PATRIA POTESTAD

La familia romana era patriarcal, y se apoyaba en la peculiar institución de la patria potestad (GAYO I.55), que regulaba el conjunto de poderes que el jefe de familia (*pater familias*) podía ejercer sobre sus miembros. *Pater familias* era el varón *sui iuris*, esto es, no sometido a patria potestad. Era sujeto pleno de derechos y gozaba de capacidad jurídica. La mujer podía ser *sui iuris*, pero no titular de la patria potestad, por tratarse ésta de un oficio viril. *Alieni iuris* eran los sometidos a la patria potestad de un *pater familias*. Los *alieni iuris* no gozaban de plena personalidad en el orden civil. Aunque no tenían capacidad jurídica, los *alieni iuris* adquirirían la capacidad de obrar, es decir, de actuar negocialmente, cuando llegaban a la pubertad. Así, en vida del abuelo, éste era el *pater familias* y tanto sus hijos como nietos estaban sometidos a él, por ser el único *sui iuris* varón. A él correspondía velar por el patrimonio familiar; función de la madre (*matrimonium*), en cambio, era la crianza de los hijos. La patria potestad se extinguía por muerte o pérdida del estado civil (*capitis deminutio*) del *pater familias* o por emancipación, esto es, mediante la salida voluntaria de un *alieni iuris* de la patria potestad. Conforme al *ius civile*, todo lo adquirido por los *alieni iuris* era propiedad del *pater familias*. Esta regla planteaba muchos inconvenientes y, paulatinamente, se fue incorporando la costumbre de que el padre dejara a sus hijos (o esclavos) disponer libremente de un conjunto de bienes denominado *peculium*. En ocasiones, este peculio era cuantioso, sobre todo cuando se trataba de bienes conseguidos por los propios hijos (o esclavos) directa-

mante. Cuando el hijo de familia (o el esclavo) moría, el peculio revertía sobre el padre, no por herencia, sino por ser él el verdadero propietario (*iure peculii*). De las deudas contraídas por el hijo (o esclavo) en la administración de su peculio, el padre respondía hasta el límite del importe del mismo peculio o, en su caso, en la medida del enriquecimiento que le hubiera reportado el negocio del hijo o esclavo (*actio de peculio vel in rem verso*). Un régimen especial tuvo, a partir de Augusto, el peculio castrense o conjunto de bienes adquiridos por los hijos soldados con ocasión del servicio militar.

§37. PARENTESCO

El parentesco romano puede ser por agnación (parentesco civil) o por cognación (parentesco de sangre). Son agnados aquellos que, de no haber muerto el antecesor común, estarían sometidos a la misma patria potestad. Son cognados, en cambio, los parientes de sangre o naturales, con independencia de que estén o no sometidos a la misma patria potestad; así un hijo legítimo respecto de su madre casada *sine manu* o del hermano de ésta (tío materno). También son cognados los hijos ilegítimos con respecto a la madre (*mater semper certa est*) o los hijos emancipados respecto a sus padres y hermanos. La patria potestad se basa en el parentesco de agnación, así como la sucesión hereditaria, que da preferencia al agnado frente al cognado. El parentesco se mide por líneas y grados. La línea puede ser recta, tanto en sentido ascendente (hijos, padres, abuelos) como descendente (abuelos, padres, hijos), o colateral, buscando un antecesor común (hermanos, sobrinos, tíos, primos). El parentesco se cuenta por grados, es decir, por engendramientos (*tot gradus quot ge-*

nerationes). Entre padre e hijo media un grado, en línea recta descendente; entre nieto y abuelo, dos grados, en línea recta ascendente; entre hermanos, dos grados en línea colateral; tres, entre tío y sobrino; cuatro, entre primos carnales, y así sucesivamente. Entre el marido y la mujer no media parentesco alguno, salvo que la mujer esté casada *cum manu*, en cuyo caso se considera hija de su marido (primer grado en línea recta descendente).

§38. MATRIMONIO ROMANO Y MANUS

Parafraseando un texto del jurista tardoclásico MODESTINO (D. 23.2.1), probablemente interpolado, se puede definir el matrimonio como la unión por la que un hombre y una mujer constituyen entre sí un consorcio para toda la vida informado por el Derecho divino y humano (*nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*). El matrimonio legítimo romano (*iustae nuptiae*) fue principalmente un hecho social, una *res facti*, con cierta relevancia jurídica, especialmente en relación con los hijos, pero no acto jurídico, ni menos todavía un contrato, aun cuando se perfecciona por el consentimiento y no por la mera convivencia (ULPIANO, D. 50.17.30: *nuptias non concubitus, sed consensus facit*). La contractualización del matrimonio se produjo en el Medievo, con el fin de equiparar la posición de los cónyuges. El matrimonio romano era parecido a la situación de las parejas de hecho de nuestros días, reconocidas por el Derecho. Ante la falta de vínculo, el divorcio, en Roma, no requería formalidad alguna, sino que se trataba de la mera separación de los cónyuges por pérdida de la *affectio maritalis* que los había unido hasta entonces. A pesar de que la sociedad romana aceptó la ho-

mosexualidad, siempre concibió el matrimonio como una unión heterosexual. Y monogámica. A la capacidad para contraer matrimonio se denomina *conubium*. Podían contraerlo los ciudadanos romanos púberes, es decir, las mujeres a partir de los doce años, y los varones con catorce, siempre que no existiera entre ellos un vínculo de parentesco próximo. Si estaban sometidos a patria potestad, necesitaban el consentimiento del *pater familias*. Distinto del matrimonio era la *manus*, es decir, el poder del marido sobre la mujer, similar al de la patria potestad. La mujer casada *cum manu* se convertía en hija de su marido *sui iuris* y hermana de sus hijos. La mujer casada *sine manu* seguía sometida a la patria potestad de su padre; si era *sui iuris*, quedaba sujeta a la tutela de un varón (§39). La *manus* se constituía por mancipación, por la ceremonia de la *confarreatio* o por convivencia marital durante un año, como si de una usucapión se tratara. Se extinguía por muerte o *capitis deminutio* de uno de los cónyuges, por *remancipatio* y por *diffarreatio*, acto simétrico a la *confarreatio*. La alianza matrimonial fue elevada por JESUCRISTO a la categoría de sacramento entre cristianos, dignificando así esta institución natural (canon 1055 §1 CIC.).

§39. TUTELA Y CURATELA

En clásica definición de SERVIO SULPICIO RUFO, recogida por PAULO (D. 26.1.1 pr.), la tutela es «el poder y la potestad sobre persona libre aceptada y otorgada por el Derecho civil para proteger a quien, por razón de edad, no puede hacerlo por sí mismo» (*vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit iure civili data ac permissa*). La tutela servía para defender el patrimonio del incapaz sobre todo en proce-

sos judiciales. El tutor tenía potestad sobre los impúberes *infantes* (menores de siete años) y ejercía *auctoritas* sobre los infantes mayores (*doli capaces*) y sobre las mujeres. La tutela se extinguía cuando el pupilo alcanzaba la pubertad. En cambio, la tutela sobre las mujeres era permanente, y afectaba sobre todo a aquellos actos patrimoniales que realizaban, en la medida en que requerían la autorización del tutor (*auctoritas tutoris*). A partir de AUGUSTO, las mujeres con tres o más hijos quedaron liberadas de la tutela (*ius liberorum*). La tutela fue originariamente una función privada y viril. Con el tiempo, se convirtió en un oficio público (*munus publicum*), como lo es actualmente. A los locos, pródigos y menores de veinticinco años (*minores*), se les nombraba un curador para que velara por sus intereses. También podía nombrarse un curador a favor del niño concebido y no nacido (*curator ventris*). En nuestros días, una figura semejante al *curator ventris* debería ser universalmente reconocida con el fin de proteger jurídicamente al viviente humano no nacido.

§40. ESCLAVITUD

Aunque ser humano, el esclavo era considerado principalmente una cosa («percosa», podría decirse). Como cosa, el esclavo podía ser comprado y vendido, poseído, usufructuado, cedido, y no formaba parte del pueblo romano (*pro nullis habetur*). Como ser humano, en cambio, el esclavo podía hacer juramentos, ser nombrado heredero (§43), actuar como testigo en asuntos criminales (normalmente bajo tortura), unirse en contubernio con algunas ventajas (ULPIANO, D. 21.1.35) o ser sepultado religiosamente. Con todo, el esclavo no tenía familia propia-

mente. De los delitos cometidos por los esclavos, respondía directamente el dueño, pero podía liberarse entregando el esclavo a la víctima (*noxae deditio*) (§72). En el Derecho más antiguo, el dueño tenía un poder absoluto sobre sus esclavos hasta el punto de poder disponer de sus vidas (*ius vitae necisque*). La legislación imperial restringió severamente estos poderes dominicales, castigando la crueldad de los dueños. Las penas impuestas a los esclavos eran más severas que las irrogadas a los ciudadanos romanos. Causas de esclavitud eran el nacimiento de madre esclava, el cautiverio de guerra, la condena por un crimen o la propia venta (*venditio trans Tiberim*), sólo permitida a los mayores de veinte años. El acto por el cual se otorgaba la libertad a un esclavo se denominaba manumisión (*manumissio*). El esclavo liberado (liberto) continuaba con el deber de prestar ciertos servicios a su antiguo dueño (patrono), quien conservaba sobre el patrimonio del liberto algunos derechos hereditarios. La Iglesia Católica favoreció la *manumissio in ecclesia*, ante el Obispo, así como otras formas flexibles y eficaces de manumisión. También consideró lícito el matrimonio entre libre y esclavo. La carta de san PABLO a FILEMÓN, un cristiano adinerado de Colosas, escrita en 63 d.C., constituye un claro testimonio acerca de cómo los primeros cristianos acometieron el hecho social de la esclavitud. En ella, PABLO DE TARSO pide a su amigo FILEMÓN que trate a su esclavo fugitivo ONÉSIMO, convertido al cristianismo por el propio san PABLO, no ya como un siervo, sino como un «hermano queridísimo» (*Carta a Filemón* 16).

§41. VALORACIÓN DE LA FAMILIA ROMANA

El Derecho romano reguló la sociedad de su tiempo, que fue esclavista y machista. Durante la Antigüedad ro-

mana no se entendió plenamente la esencial libertad de todos los hombres ni su radical igualdad. Fue mérito del Cristianismo difundir por el mundo la doctrina de la libertad y la igualdad de todos los seres humanos, redimidos por CRISTO y elevados a la categoría de hijos de DIOS, sin distinción de raza, sexo o edad. En una sociedad secularizada como la nuestra, la concepción romana del matrimonio vuelve a ser de gran importancia por su carácter monogámico, heterosexual y legítimo. El Derecho no comete discriminación alguna cuando diferencia una institución básica para la armonía y fortalecimiento de una sociedad, como es el matrimonio, de aquellas otras totalmente prescindibles, como son las uniones civiles, fruto del libre albedrío de las personas que componen una sociedad plural y democrática. La definición del matrimonio como un contrato, a partir de la Edad Media, es un reduccionismo, similar a la consideración de la persona humana como un mero sujeto de derechos. El matrimonio afecta tan radicalmente a la totalidad de la persona, que ésta jamás debe convertirse en objeto de contrato, pues sería tanto como cosificarla. El matrimonio es un concepto metajurídico, con un contenido religioso, antropológico, social y ético que trasciende a todas luces la mera relación jurídica. Los legisladores y juristas debemos aproximarnos a la institución matrimonial con el máximo respeto, sin sentirnos en modo alguno dueños de ella. Y sólo tenemos que ordenar y regular aquellas relaciones de justicia que se deriven del matrimonio: no su esencia y menos todavía su fin natural.

§42. LA SUCESIÓN HEREDITARIA

Suceder es ocupar el lugar y la posición que corresponde a otra persona. Se habla de sucesión hereditaria

cuando se trata de la correspondiente a un difunto. Éste solía ser denominado causante o *de cuius*, expresión abreviada de la perífrasis eufemística «aquel de cuyos bienes se trata» (*de cuius bonis agitur*). Sucesión significa también el derecho mismo a suceder y se emplea para designar el conjunto de herederos de una persona difunta. Con carácter general, tenía carácter intransmisible. La sucesión hereditaria romana podía ser testada (si el difunto dejó testamento válido), intestada (si no lo hizo) o forzosa (cuando el difunto dejó un testamento impugnado por herederos preteridos). La sucesión podía tener lugar conforme al Derecho civil (sucesión civil) o conforme a las disposiciones del pretor, quien palió los excesos formales del Derecho civil y fomentó el parentesco por cognación (sucesión pretoria o *bonorum possessio*, §44). En el Derecho romano, la sucesión testamentaria prevalece frente a la intestada o legal. Las delaciones testada e intestada eran incompatibles. No se podía heredar en parte por testamento y en parte abintestato (*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*). Con todo, este principio tuvo muchas excepciones y no ha pasado a la mayoría de los ordenamientos de nuestro tiempo. En el Derecho posclásico, así como en los sistemas modernos, tiende a diferenciarse la sucesión a título universal, o sucesión propiamente dicha (*successio in universum ius*) de la sucesión sobre bienes singulares (*successio in unam rem*).

§43. HEREDEROS

Se llama heredero a la persona que tiene derecho a la sucesión hereditaria, es decir, a ocupar el lugar del difunto y a ejercer todos sus derechos transmisibles. El heredero sucede al causante, en unidad de acto (*uno*

actu), en todo el patrimonio (cosas, derechos y deberes) de que disponga en el momento de su muerte. El heredero es, por naturaleza, universal. Pero esta universalidad es compatible con la existencia de otros coherederos, de la misma manera que la condición de hijo no queda mermada por tener más hermanos. Universalidad no es totalidad: aquella no es excluyente; ésta, en cambio, sí. Los herederos no podían renunciar a su condición una vez designados como tales (*semel heres, semper heres*). Herederos de propio derecho eran los *heredes sui*, esto es, quienes estaban sometidos a la patria potestad del *de cuius* (GAYO 3.2). La mujeres, al no poder ser *patres familias*, no tenían *heredes sui*. Los *heredes sui* y los esclavos manumitidos en el propio testamento eran considerados herederos necesarios, en la medida en que no podían rechazar la herencia. Los restantes herederos eran herederos voluntarios ya que de ellos dependía aceptar o no la herencia. Con respecto al ofrecimiento de la herencia o delación, los herederos podían ser: *i*) testamentarios, si eran instituidos en un testamento, *ii*) legítimos o abintestato, a falta de testamento, y *iii*) legitimarios o forzosos. Estos últimos podían impugnar un testamento que les perjudicase. Entre el ofrecimiento de la herencia (delación) y su aceptación (adición), transcurre un período de tiempo en el que se dice que la herencia está yacente y es considerada una *res sine domino*. De las deudas de la herencia respondía el heredero con su propio patrimonio (*ultra vires hereditatis*). Este principio general fue matizado por el Derecho romano clásico, y muy particularmente por el justiniano, mediante el denominado beneficio de inventario, que limitaba la responsabilidad del heredero a los bienes inventariados. Actualmente, de acuerdo con el Derecho común español, todo heredero puede aceptar la herencia a título

de inventario, incluso aunque el propio testador se lo haya prohibido (art. 1010 CC).

§44. LA *BONORUM POSSESSIO*

Se denomina *bonorum possessio* a la sucesión a causa de la muerte establecida por el pretor para corregir las rigideces formales del Derecho civil en materia hereditaria, principalmente dando entrada en la sucesión a los parientes cognados y protegiendo a los herederos forzosos. La *bonorum possessio* consistía en la atribución posesoria del caudal hereditario a determinadas personas, a veces coincidentes y otras no con los herederos civiles. El *bonorum possessor* mantenía una posición similar a la del heredero civil, pero no lo era propiamente, porque el pretor no podía designar herederos (GAYO 3.32: *praetor heredes facere non potest*). Por ello, lo que hacía en realidad era atribuir la posesión de la herencia a una persona y protegerla «como si fuese un heredero» mediante sus propios recursos pretorios, sobre todo con el interdicto *quorum bonorum*. Tras la desaparición del procedimiento formulario, la distinción entre heredero civil y «heredero pretorio» se fue desvaneciendo hasta que, con JUSTINIANO, se unificó totalmente el sistema sucesorio. A diferencia del sistema sucesorio civil, en la *bonorum possessio* nadie adquiriría contra su voluntad la posesión de los bienes hereditarios. La *bonorum possessio* se denominaba *secundum tabulas* cuando el pretor atribuía los bienes hereditarios a los mismos herederos civiles (sucesión testamentaria pretoria); *sine tabulis*, cuando el pretor distribuía el caudal hereditario a falta de testamento (sucesión intestada pretoria); y *contra tabulas*, cuando el pretor concedía la posesión de los bienes hereditarios a determinadas personas

en contra de lo dispuesto en el testamento (sucesión forzosa pretoria).

§45. SUCESIÓN TESTAMENTARIA

El jurista MODESTINO (D. 28.1.1) definió el testamento como «la declaración de nuestra voluntad, de acuerdo con el Derecho, acerca de lo que cada uno quiere que se haga tras su muerte» (*testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*). Elemento constitutivo del testamento era la institución de heredero. El testamento podía contener también sustituciones hereditarias, legados, fideicomisos, manumisiones, nombramientos de tutor, etc. Todos los ciudadanos romanos púberes podían otorgar testamento (*testamenti factio activa*). Las mujeres necesitaban la *auctoritas tutoris*. Estaban capacitados para recibir por testamento (*testamenti factio pasiva*) todos los ciudadanos, e incluso el esclavo, con la autorización (*iussum*) de su dueño, quien realmente adquiriría los bienes. El esclavo propio también podía ser instituido heredero, siempre que se le manumitiera en el mismo testamento. Dada su esencial revocabilidad, el testamento posterior derogaba el otorgado anteriormente. La existencia de un testamento válido excluía la institución de herederos abintestato. Entre las diversas formas testamentarias, tuvo especial relevancia el testamento *per nuncupationem*. Se trataba de una declaración solemne y oral realizada por el testador en presencia de siete testigos. Normalmente, esta declaración solía recogerse en unas tablillas, a modo de documento probatorio. El pretor otorgó a esas tablillas valor constitutivo concediendo la *bonorum possessio secundum tabulas* a quien las presentara *in ius*.

§46. SUCESIÓN INTESADA (O ABINTESTATO)

La ley de las XII Tablas (V, 4-5) estableció que «si el que no tiene heredero propio muere intestado, le herede el agnado próximo, y, a falta de agnados, le hereden los gentiles». Los *heredes sui* heredaban, sin distinción de sexo, por igual, pero con derecho de representación o sucesión *in stirpes* (GAYO 3.7-8), en caso de ascendiente premuerto o preemancipado. Los *heredes sui*, también llamados sencillamente *sui*, eran herederos necesarios. A falta de *sui*, heredaban los agnados *in capita*, es decir sin derecho de representación (*in stirpes*). Los agnados del mismo grado, sin distinción de sexo, recibían igual cuota; pero una interpretación jurisprudencial de la ley Voconia (169 a.C.) excluyó de la herencia a las agnadas a partir del tercer grado. Al comienzo de la época clásica, desapareció el llamamiento al grupo gentilicio del difunto. El pretor concedía la sucesión intestada (*bonorum possessio sine tabulis*) mediante cinco llamamientos sucesivos, a saber: *i) Unde liberi*, en el que eran llamados los *heredes sui* y los hijos emancipados del causante; *ii) Unde legitimi*, en el que eran llamados de nuevo los *sui* así como los agnados próximos; *iii) Unde cognati*, en el que eran llamados los cognados hasta sexto grado, incluyendo los agnados por adopción o *manus* (por ejemplo, los hijos de una hermana premuerta); *iv) Unde vir et uxor*, en el que era llamado el cónyuge viudo; y *v) Cui heres non exstabit*, en el que se llamaba a los acreedores del difunto a favor de los cuales se decretaba la *missio in bona*.

§47. SUCESIÓN FORZOSA

Los *heredes sui* podían ser desheredados injustificadamente, pero no preteridos en el testamento. La preteri-

ción de un varón producía la nulidad del testamento y la consiguiente apertura de la sucesión intestada. Incluso la aparición de un *suus* póstumo invalidaba el testamento. En cambio, la preterición de una hija, nieto o nieta tan sólo obligaba a rectificarlo. Por su parte, el pretor permitió impugnar el testamento y solicitar la *bonorum possessio contra tabulas* a los *liberi*, es decir, a los hijos (también a los emancipados) y, en su caso, al patrono, quien podía reclamar la mitad de la herencia cuando su liberto no había dejado hijos o los había desheredado. Mediante un procedimiento extraordinario, denominado *querella inofficiosi testamenti*, en el último siglo de la República, se fue incorporando la práctica de impugnar el testamento cuando los parientes más próximos (padres, hijos y hermanos) no habían recibido una cuarta parte de cuanto les correspondía por ley (*quarta debitaie portionis*). Se consideraba que los testamentos que no cumplían con este requisito eran contrarios al deber de afecto familiar (*officium pietatis*). Los herederos forzosos dirigían la querella contra el heredero instituido en el testamento inoficioso con el fin de rescindirlo y abrir la sucesión intestada.

§48. LEGADOS

Los legados eran disposiciones testamentarias, a título singular, impuestas por el testador al heredero a favor de un tercero, llamado legatario. Legados por antonomasia fueron el legado vindicatorio, de efecto real, y el legado damnatorio, de efecto personal. En el legado de efecto real, el legatario adquiría el legado desde el momento de la aceptación de la herencia por el heredero (GAYO, 2.194). En principio, sólo se podía legar válidamente por vindicación lo que era propiedad civil del tes-

tador. Para reclamar su legado, el legatario disponía tanto de la acción reivindicatoria (§55) como las demás acciones reales (§25). En el legado damnatorio, en cambio, la adquisición del legado por el legatario era indirecta, a través del heredero. El legatario gozaba tan sólo de un derecho personal sobre su legado (GAYO 2.204), reclamable mediante la *actio ex testamento*. Con el fin de preservar su derecho, el legatario también podía exigir al heredero que le prometiera la conservación de su legado mediante una *cautio legatorum servandorum gratia*. El objeto del legado damnatorio era mucho más amplio que el del legado vindicatorio. Dicho objeto podía ser cierto o incierto, y mediante él se podían legar, no sólo derechos reales, sino también créditos y cosas ajenas (GAYO 2.202). El legado no se adquiría mientras no hubiese aceptado la herencia el heredero. Por eso, en el caso de los herederos voluntarios, el legado sólo se hacía efectivo con la *aditio hereditatis*. Para paliar el posible perjuicio al legatario, la jurisprudencia interpretó que éste adquiriría un derecho transmisible a sus propios herederos desde el momento de la delación de la herencia (*dies cedens*), si bien tenía que esperar hasta la adición para que se produjera la adquisición efectiva de su legado (*dies veniens*). Contra el legatario, sea de un legado vindicatorio o damnatorio, que hubiese tomado posesión de la cosa legada sin el consentimiento del heredero, aunque ya fuese propietario del bien (por ejemplo, si se trataba de un legado vindicatorio), el pretor concedía un interdicto *quod legatorum a favor del bonorum possessor*.

§49. FIDEICOMISOS

Distintos de los legados, aunque JUSTINIANO los equiparó (CJ. 6.43.1, del 529), eran los fideicomisos. Institu-

ción flexible y versátil, el fideicomiso era un encargo de confianza que un fideicomitente hacía, en previsión de su muerte, a un fiduciario a favor de un tercero llamado fideicomisario. No requería de formas escritas ni fijas. Bastaba con la intención clara de encargar algo. A veces, los fideicomisos figuraban en el propio testamento, o en un codicilo adjunto, pero no era infrecuente realizar estos encargos de palabra o por un simple gesto. Los fideicomisos, dada su naturaleza fiduciaria, eran también libremente revocables. El fiduciario podía ser un heredero (testamentario o abintestato), un legatario, un donatario *mortis causa*, es decir, cualquier persona que recibiera o fuera a recibir algo del fideicomitente. Como estaban fundados en la *fides*, podían dejarse fideicomisos a favor de los extranjeros, a quienes no se permitía hacer testamento por falta de *testamenti factio* activa. También podían realizarse fideicomisos a favor de las personas inciertas (corporaciones, hijos póstumos, etc.), e incluso temporalmente (eludiendo la regla: *semel heres, semper heres*). Inicialmente, los fideicomisos no tuvieron relevancia jurídica, sino tan sólo moral, pero, al inicio del Principado, comenzaron a tenerla, cuando estas causas se encomendaron a un pretor fideicomisario, con jurisdicción extraordinaria. Como la prueba del fideicomiso era difícil por la ausencia de formas, solía recurrirse al juramento del fiduciario, a petición del fideicomisario. Existen manifiestas semejanzas entre el fideicomiso romano y el *trust* inglés, hoy tan extendido. Ambas instituciones se fundan en relaciones fiduciarias, flexibles e informales. Con todo, el fideicomiso romano no podía crearse *inter vivos*, como sí, en cambio, el *trust*; además, la relación del fiduciario con el fideicomisario no exigía la estabilidad existente entre el *trustee*, quien ostenta la titularidad de determinados

bienes con la obligación de administrarlos, y el propio beneficiario del *trust*.

§50. VALORACIÓN DEL SISTEMA HEREDITARIO

A pesar de su enorme influencia en los sistemas jurídicos modernos, la sucesión hereditaria romana, en su conjunto, no puede erigirse en modelo universal, por estar anclada en unos principios sociales tantas veces contrarios al orden natural y hoy felizmente sepultados. Debido a la genialidad de algunas de sus instituciones, la terminología romana se ha impuesto (testamento, herencia yacente, legados, etc.). No siendo, en la actualidad, el patrimonio esencialmente familiar y sí, en cambio, principalmente individual, la sucesión forzosa ha de ser revisada a la luz del principio de solidaridad y no ya del principio de unidad económica patrimonial. Un hijo tiene derecho a ser criado y educado por sus padres, pero no a una porción de su patrimonio. Al haber desaparecido, *causa libertatis*, el deber jurídico de aportar los bienes de los hijos al patrimonio familiar, ha cesado, también *causa libertatis*, el derecho a heredar de los padres una parte del as hereditario. Un padre o una madre deberían poder destinar todo su patrimonio a fines sociales, como la erradicación de la pobreza, la reparación de daños causados por desastres naturales, el fomento de la investigación científica o a la promoción de la cultura, sin quedar obligados legalmente a dejar parte de sus bienes a sus herederos forzosos. La única limitación vendría determinada por el propio principio de solidaridad, en virtud del cual se podría imponer un orden sucesorio de acuerdo con la moral natural; por ejemplo, en caso de discapacidad del descendiente o en el supuesto de que el cónyuge o hijo

no dispusieran de patrimonio propio por haber dedicado todos sus esfuerzos a la atención del causante. En estos y otros supuestos semejantes, el deber moral de compartir el patrimonio tendría relevancia jurídica. Que los padres, en virtud de su personal libertad y por un imperativo de moral natural, quieran dejar todo su patrimonio a sus hijos no significa que el Derecho haya de imponer este acto como obligatorio, limitando la libertad natural del causante. Así, pues, el único límite legal a la libertad de testar ha de ser la solidaridad familiar, no ya el grado de parentesco, por muy próximo que éste sea.

CUARTA PARTE
PROPIEDAD Y POSESIÓN
DE LAS COSAS

§51. LAS COSAS

La palabra cosa (*res*), profusamente utilizada por los juristas romanos, contiene distintos usos. Originariamente, se refería a cualquier objeto físico (un anillo, una herramienta, una mesa), pero poco a poco fue ampliando su significado a todo cuanto existe en el cosmos distinto de la persona, ya sea tangible (*res corporales*) o intangible (*res incorporales*). Los propios derechos fueron considerados cosas. ULPIANO (D. 50.16.23) indica que la palabra cosa comprende tanto las «causas judiciales» (*causae*), como los propios «derechos» (*iura*). Los animales, para los romanos, fueron cosas, en la medida en que no eran personas. En el ámbito de las obligaciones, *res* significa la entrega material de una cosa a otra persona (*obligatio re contracta*); en el de la sucesión, *res* suele ser sinónimo de as hereditario. En la medida en que son susceptibles de uso y apropiación, las cosas interesan al Derecho. El cuerpo humano no es una cosa pues es parte constitutiva del propio yo (*pars personae*); por eso, no está en propiedad. ULPIANO (D. 9.2.13 pr.) señala en su comentario edictal que nadie es dueño de su propio cuerpo (*dominus membrorum suorum nemo videtur*).

§52. CLASIFICACIÓN DE LAS COSAS

Los romanos clasificaron las cosas en distintas categorías. Aquí sólo nos centraremos en las más importantes, bien por su interés para la comprensión del Derecho romano, bien por la repercusión que han tenido en el desa-

rrollo de la ciencia jurídica occidental. Atendiendo al modo de adquisición, las cosas pueden ser mancipables (*res mancipi*) o no mancipables (*res nec mancipi*). Mancipables son aquellas cosas que constituyen la base de la economía agrícola y sólo pueden adquirirse por mancipación (§57) (esclavos, animales de carga, fundos itálicos, etc.). Las restantes cosas son no mancipables (joyas, armas, herramientas, dinero, etc.) y se adquieren sin excesivas formalidades. Esta distinción perdió importancia en el tardo Imperio y fue abolida por JUSTINIANO. Según su grado de desplazamiento, las cosas son muebles o inmuebles. Las cosas muebles, al ser transportables, pueden ser objeto de hurto, no así las inmuebles, que tienen una mayor estabilidad y permanencia (la tierra y lo que se edifica sobre ella). Esta distinción es parecida, aunque no idéntica, a la existente en la tradición del *common law* entre *real property* y *personal property*. Las cosas pueden ser también fungibles o no fungibles. Son fungibles las cosas «que se cuentan, pesan y miden», es decir, las cosas sustituibles (un libro, una moneda, una mesa, una llave), y no fungibles las restantes (una vaca, un retrato, una escultura). Además, las cosas pueden ser consumibles (pan, vino, cerilla) o no consumibles (mesa, libro), según se agoten o no con el primer uso. Aunque tienden a coincidir, las cosas fungibles no siempre son consumibles, ni viceversa. Una vajilla o una llave, por ejemplo, son cosas fungibles pero no consumibles. A las cosas fungibles que intervienen en un negocio jurídico como tales, se las denomina genéricas; a las no fungibles, específicas. Que las cosas actúen como genéricas o específicas depende de la voluntad de las partes, no de su propia naturaleza. Por eso, tampoco coincide necesariamente lo fungible con lo genérico, ni lo no fungible con lo específico. Un caballo es

una cosa no fungible, pero puede actuar como genérica en un contrato (ej.: «te compro uno de tus caballos»). Una bicicleta es fungible pero puede actuar como específica en un negocio (ej.: «te compro la bicicleta con la que Induráin ganó el quinto *Tour de Francia*»). La importancia de esta clasificación radica en que el «género nunca perece» (*genus numquam perit*) por lo que no cabe alegar la imposibilidad de cumplimiento de una obligación por destrucción del objeto. Atendiendo a su titularidad, las cosas pueden ser comunes (*res communes omnium*), públicas, privadas o de nadie (*res nullius*). Son comunes las cosas que pertenecen a todos los hombres (ej.: los mares); públicas, las que pertenecen al pueblo Romano (las vías públicas, los puertos, los puentes), privadas, las de los particulares (los muebles, los aperos de labranza); «de nadie», las cosas sin propietario (cosas abandonadas, animales salvajes). Por último, las cosas susceptibles de formar parte de un patrimonio privado se denominan patrimoniales (*res in patrimonio*); las restantes, extrapatrimoniales (*res extra patrimonium*).

§53. PROPIEDAD (*DOMINIUM*)

El término *dominium* apareció a finales de la República para referirse a la plena pertenencia de una cosa corporal (*plena potestas in re*). No se nos conserva ninguna definición de propiedad, pero sí una descripción de su contenido, expresado en los verbos «usar, disfrutar, poseer y disponer» (*uti, frui, habere, possidere*). El poder del propietario no era absoluto, sino que estaba sometido a ciertas limitaciones de Derecho público, incluida la expropiación. La forma principal de propiedad era la reconocida por el Derecho civil, denominada propiedad quiri-

taria (*dominium ex iure Quiritium*), por ser *quirites* el nombre más antiguo atribuido a los romanos. La propiedad quiritaria estaba reservada a las cosas muebles y los fundos itálicos. Sobre los fundos provinciales existían distintas modalidades de propiedad. De la misma manera que junto a las sucesión civil se fue desarrollando la *bonorum possessio* pretoria, así también junto a la propiedad civil el pretor instituyó una suerte de «propiedad pretoria o bonitaria» (*in bonis habere*), protegida con sus propios recursos. Cuando la propiedad de una cosa pertenecía pro indiviso a dos o más personas, se originaba un condominio o copropiedad. Cada comunero podía disponer de la copropiedad conforme a su proporción o «cuota ideal» correspondiente en la comunidad. De no establecerse otra cosa, se presumía que las cuotas eran iguales. Para dividir la cosa común, los comuneros podían ejercitar la *actio communi dividundo*; en el caso de una herencia, la *actio familiae erciscundae*.

§54. POSESIÓN (*POSSESSIO*)

Distinta de la propiedad sobre las cosas es la posesión de ellas, es decir, su tenencia efectiva. La relación entre propiedad y posesión es semejante a la existente entre la *manus* y el matrimonio, esto es, entre un derecho y una situación de hecho amparada por el Derecho. Posesión por antonomasia es la posesión pretoria, es decir, la defendida mediante interdictos. El pretor protege con este recurso, propio de su *imperium*, a aquellas personas que mantienen un vínculo tan estrecho con la cosa que exige una protección independiente y al margen de la otorgada a su propietario. El pretor amparó interdictalmente al vectigalista, al acreedor pignoraticio, al poseedor de

buena fe, al precarista e incluso al propietario civil, por una razón de economía procesal. Distinta de la posesión pretoria es la civil, esto es, la posesión de quien se tiene por propietario. La posesión civil es la requerida para usucapir (§63). Poseedor civil es quien mantiene el control efectivo sobre la cosa (*corpus*), así como la intención de conservarla como propia (*animus*) (PAULO, D. 41.2.3.1). Un ciudadano romano que se deshace de unas sandalias viejas dejándolas en un basurero pierde su condición de poseedor civil por falta de *animus*. Ese mismo ciudadano deja, en cambio, de ser poseedor civil, que no propietario, por falta de *corpus*, si se las roban. El control efectivo sobre la cosa se puede ejercer a través de otra persona (ej.: TICIO no pierde la posesión civil de su carro si se lo presta tres días a CAYO). A la posesión civil se contraponen la posesión natural, que es la mera tenencia de la cosa sin protección alguna. El poseedor natural (ej.: comodatario, §79; arrendatario, §98) posee la cosa a través del propietario, o incluso a expensas de éste, como es el caso del ladrón.

§55. ACCIÓN REIVINDICATORIA

Es la acción real en virtud de la cual el propietario que ha perdido la posesión de la cosa reclama su valor o su restitución al poseedor no propietario. Su fórmula rezaba así: «Sea juez TICIO. Si resulta probado que la cosa objeto del litigio es propiedad civil de AULO AGERIO, y no le ha sido restituida según tu arbitrio, tú, juez, condena a NUMERIO NEGIDIO a pagar a AULO AGERIO cuanto la cosa valga; si no resulta probado, absuévelo». Si el demandado restituía la cosa, de acuerdo con la cláusula arbitraria, el proceso finalizaba; pero si no lo hacía, el juez debía

condenarlo a pagar el valor atribuido a la cosa por el demandante bajo juramento (*iusiurandum in litem*). Este valor no debía coincidir con el real u objetivo de la cosa, sino que respondía a la apreciación subjetiva del demandante. A éste incumbía la prueba de la propiedad. Por su dificultad, los juristas medievales se referían a ella como *probatio diabolica*. La restitución de la cosa debía hacerse con todos sus accesorios. El vencedor debía indemnizar las impensas (*impensae*) realizadas por el poseedor vencido, si actuaba de buena fe, siempre que fueran necesarias (ej.: atención veterinaria a un animal, reparación de una gotera), o, al menos, útiles (ej.: cavar un pozo); no, en cambio, las voluptuarias (gastos de decoración u ornamentales). Para negar la existencia de derechos limitativos de su propiedad (usufructo, servidumbres), el propietario disponía de una acción negatoria. El fin de esta acción era declarativo, no ejecutivo, es decir, servía para reconocer la plena propiedad del demandante. Por eso, la acción negatoria solía ir acompañada de una *cautio de non amplius turbando*, por la cual el demandado se comprometía a evitar nuevas molestias al demandante.

§56. MODOS DE ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD

La propiedad puede adquirirse por distintos modos. Unos son de Derecho de gentes (como la ocupación), otros de Derecho pretorio (como la *addictio*) y otros de Derecho civil (como la *mancipatio*). Unos sirven para adquisiciones en vida (*inter vivos*), otros para adquisiciones a causa de la muerte (*mortis causa*). Unos dependen de que el enajenante sea propietario (modos derivativos, como la *traditio*), otros no se resultan afectados por la posición del propietario anterior (ocupación). Unos exi-

gen ciertas formalidades (mancipación, *in iure cessio*, *ad-dictio*, adjudicación), otros, en cambio, consisten en una apropiación posesoria en sentido estricto conforme a unos requisitos (ocupación, tradición y usucapión). En realidad, lo que se transfiere es la cosa, no la propiedad. Ahora bien, la propiedad se halla en la misma cosa; es la cosa misma en cuanto pertenencia. Por eso, en cuestiones relacionadas con la propiedad, es más adecuado el uso del término «apropiación» que «transmisión», aunque este último se haya impuesto en los ordenamientos modernos. La doctrina de la adquisición de la propiedad fue tratada por los juristas romanos desde la perspectiva del nuevo adquirente, no desde el enajenante, como en nuestros días.

§57. MANCIPACIÓN

La palabra latina *mancipatio* procede de *manus* (poder) y *capere* (adquisición). Se trata de un modo formal perteneciente al *ius civile* de adquirir la propiedad de las cosas mancipables en presencia de cinco ciudadanos romanos, que actúan como testigos, y del portador de una balanza (*libripens*), conforme a un ritual solemne parecido al de una venta ficticia (GAYO 1.113 y 1.119). El precio pagado durante la ceremonia era imaginario y consistía tan sólo en una moneda. El precio real se anunciaba en una declaración solemne (*nuncupatio*) y se pagaba antes o después del ritual, pero no durante la celebración de la mancipación. Por eso, la mancipación se convirtió, originariamente no lo fue, en un acto abstracto, que valía no sólo para vender, sino también para donar (§62), dar en dote (§60), constituir una fiducia (§90) o hacer un pago (§75). Como acto legítimo que era, la mancipación no

admitía condición (§71). El adquirente vencido en una acción reivindicatoria (§55) por el verdadero propietario disponía de una *actio auctoritatis* frente al mancipante por el doble del precio del valor real de la cosa. Los documentos escritos y las declaraciones ante el pretor fueron restando importancia a la mancipación. En la Compilación de JUSTINIANO (§11), la palabra mancipación fue sustituida por *traditio* (§60).

§58. *IN IURE CESSIO. ADDICTIO*

La cesión ante el pretor (*in iure cessio*) era un modo formal de adquirir la propiedad civil de las cosas simulando un proceso reivindicatorio ante el magistrado (*in iure*) sin necesidad de llegar a la *litis contestatio* (cfr. GAYO 2.24). El demandado enajenante se allanaba ante la reclamación del demandante adquirente por lo que el pretor procedía a realizar una *addictio*, es decir, una atribución constitutiva de derechos a favor del nuevo adquirente. La *in iure cessio* permitía la adquisición tanto de cosas mancipables como no mancipables, y sirvió también para la adopción de personas, la cesión de tutela, la cesión de herencia, etc. En su Compilación (§11), JUSTINIANO sustituyó la expresión *in iure cessio* por *cessio*.

§59. OCUPACIÓN. ACCESIÓN. ESPECIFICACIÓN

La ocupación es un modo de Derecho de gentes que sirve para adquirir la propiedad civil de una *res nullius*. Por ocupación, se adquieren, por ejemplo, los animales que se cazan o pescan, las cosas muebles abandonadas, o, conforme al Derecho de guerra, las cosas pertenecientes

al enemigo (*occupatio rerum hostilium*). Los inmuebles abandonados necesitan ser usucapidos (§63). Distinta de la ocupación es la accesión, que se produce cuando el propietario de una cosa adquiere, no sólo lo que ella produce (frutos), sino lo que se une a ella natural o artificialmente, conforme al principio de que «lo accesorio sigue a lo principal». Así, el propietario del suelo es también propietario de lo que en él se planta o se construye (*superficies solo cedit*). Por último, la especificación es un modo de adquirir la propiedad de la materia ajena empleada para producir una *nova species* (ej.: si CAYO pinta un retrato a TICIA en un lienzo de SEMPRONIO) mediante la indemnización del valor de la cosa empleada a su verdadero propietario. Sobre la especificación hubo una famosa disputa entre los proculeyanos y los sabinianos, reflejo de concepciones filosóficas diferentes (GAYO, D. 41.1.7.7). La opinión adoptada finalmente por JUSTINIANO fue que la cosa pertenece al creador de la nueva forma, siempre y cuando no sea reducible a su situación anterior.

§60. TRADITIO

La *traditio* es un modo derivativo y causal de adquirir la propiedad civil de la *res nec Mancipi* y la bonitaria o pretoria de la *res Mancipi*. Consiste propiamente en el apoderamiento de una cosa por el adquirente en presencia del enajenante, quien consiente. La *traditio* se fue espiritualizando paulatinamente en la medida en que se admitieron ciertas entregas simbólicas: señalar el fundo, entregar unas llaves, etc. Se dice que la *traditio* se realiza *brevi manu* cuando se queda la cosa como propietario quien la tenía con otro título; se habla, en cambio, de *constitutum possessorium*, cuando el propietario pierde la propiedad

pero se reserva un derecho sobre ella (usufructo, habitación). La simple entrega no transmite la propiedad (PAULO, D. 41.1.31 pr.: *numquam nuda traditio transfert dominium*). Para que la *traditio* (modo) produzca la *datio*, es decir, el resultado adquisitivo, es necesario que haya una justa causa (título). Son justas causas de la entrega: *i) credere*: dar en préstamo; *ii) solvere*: cumplir una obligación de dar; *iii) emere*: tener como comprado; *iv) donare*: dar sin contraprestación; y *v) dotem dare*: dotar al marido de parte de la mujer. Aunque haya *causa acquirendi* y, por tanto, transmisión de la propiedad, puede fallar la *causa retinendi* (ej.: se dio la dote pero no se celebró finalmente el matrimonio). En estos casos, no procede la acción reivindicatoria (§55), sino la *condictio* (§75). La doctrina del título y el modo ha pasado, entre otros, al Código civil español (art. 609.2 CC) y al Código civil austriaco (§425 ABGB).

§61. VALOR DE LA *TRADITIO* EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

En el Derecho francés, se ha prescindido del modo, siendo el título suficiente para transmitir la propiedad (*cum titulo et sine modo*; cfr. arts. 1138 y 1583 *Code*). El código civil francés sirvió de modelo, entre otros, al Código civil italiano (cfr. art. 1376 *Codice*), y al Código civil japonés (art. 176). En el Derecho alemán, la *traditio* tiene por causa un convenio abstracto (*abstrakte Vereinbarung*) entre el enajenante y el adquirente de transmitir la propiedad (principio de abstracción, §854.2 y §929 BGB), y no ya las justas causas romanas. En el Derecho angloamericano, la propiedad se transmite mediante un contrato (*offer, acceptance, and consideration*) de transmisión de pro-

piedad que se perfecciona con la entrega del título de propiedad (*deed*) a cambio del precio. La conveniencia de unificar el criterio de transmisión de la propiedad con el fin de estimular los negocios transnacionales ha de prevalecer, en este caso, frente a la tradición jurídica de cada pueblo.

§62. DONACIÓN

Es un acto unilateral de liberalidad por el cual un donante da algo o promete dar algo a un donatario para su enriquecimiento. Propiamente, donación es la causa de la tradición y, por tanto, de la *datio*, es decir, del resultado adquisitivo, pero, con el transcurso del tiempo, se fue ampliando su sentido hasta referirse a la misma *datio* o a la promesa de donar, que exigía una forma estipulatoria. Una donación puede ser hecha a modo de aceptación (§82), con el fin de extinguir obligaciones existentes entre un acreedor donante y un deudor donatario. El pago de una deuda que no sea reclamable por acción (ej.: en las obligaciones naturales, §70) no es una donación, en sentido estricto. Las donaciones podían ser *inter vivos*, es decir, eficaces en vida del donante y donatario, o *mortis causa*, esto es, condicionadas a la supervivencia del donatario con respecto al donante. El donante podía imponer una carga (*modus*) al donatario (ej.: erigir un monumento en su honor). Originariamente, este gravamen no tuvo relevancia jurídica, sino sólo religiosa, pero, ya en época imperial, se permitió al donante exigir el cumplimiento del modo o revocar la donación con un modo incumplido.

§63. USUCAPIÓN

La usucapión es la adquisición de la propiedad mediante la posesión continuada de la cosa. Este modo de

adquirir de Derecho civil constituía un buen complemento de la mancipación en la medida en que permitía limitar la responsabilidad por *auctoritas* del mancipante a uno o dos años, es decir, al tiempo necesario para usucapir las cosas muebles o inmuebles, respectivamente. Por lo demás, la usucapión servía para consolidar propiedades defectuosas, bien porque el enajenante no era propietario de la cosa, bien porque había transmitido una *res Mancipi* sin la debida mancipación. Además del transcurso del tiempo, la usucapión exigía la tenencia efectiva de la cosa en posesión civil (§54), así como buena fe inicial. La buena fe se presumía siempre que existía justa causa. Eran justas causas de la usucapión las siguientes: *i*) las mismas causas de la *traditio* (§60); *ii*) el abandono de la *res Mancipi*; *iii*) el legado vindicatorio (§48) cuando se legaba algo sobre lo que no se tenía la propiedad; *iv*) el título putativo o *pro suo*; (ej.: usucapión del hijo de una esclava que se está usucapiendo); y *v*) el propio decreto del pretor. Si el poseedor fallecía, el heredero continuaba la posesión del causante (*successio in possessionem*). Las cosas robadas y adquiridas con violencia no podían usucapirse, aun cuando el poseedor actual las poseyera de buena fe. En provincias, donde no se podía usucapir por ser la usucapión una institución de Derecho civil, se desarrolló una figura similar llamada prescripción (adquisitiva). Esta denominación ha prevalecido en el Derecho moderno, incluso para referirse a la propia usucapión.

§64. ACCIÓN PUBLICIANA

Introducida en el Edicto por el pretor QUINTO PUBLICIO en el año 67 a.C., la acción Publiciana servía para proteger al poseedor civil no propietario «como si fuera

propietario», mediante la ficción de haber transcurrido el período de usucapión. Contra la acción Publiciana, el verdadero propietario podía defenderse con la excepción de justo dominio. Pero el adquirente de una *res Mancipi* por simple *traditio* era protegido con la acción Publiciana incluso frente al propietario civil. El poseedor civil de buena fe podía neutralizar la acción reivindicatoria del propietario interponiendo la excepción de cosa vendida y entregada (*exceptio rei venditae et traditae*); cuando era, en cambio, el poseedor quien ejercía la acción Publiciana contra el propietario civil, dicho poseedor disponía de una réplica (*replicatio rei venditae et traditae*) para neutralizar la posible excepción de justo dominio interpuesta por el dueño. El demandante de una acción Publiciana sólo tenía que probar el hecho de la usucapión.

§65. SERVIDUMBRES PEDIALES

Eran las servidumbres derechos sobre cosas ajenas (*iura in re aliena*) referentes a servicios de utilidad permanente, solidarios e indivisibles, que un predio sirviente prestaba a otro predio vecino, llamado dominante. Las servidumbres eran inherentemente prediales de modo que vinculaban a los propietarios de los fundos vecinos con independencia de quienes fuesen. No cabía constituir una servidumbre sobre cosa propia (*nulli res sua servit*). Para el predio sirviente, la servidumbre no podía consistir en un hacer (*servitus in faciendo consistere nequit*). Para el propietario del predio dominante, la servidumbre se concretaba en una intromisión (*immissio*) en el fundo sirviente (servidumbre positiva; ej.: servidumbre de paso) o en el derecho de prohibir (*ius prohibendi*) determinados actos al predio sirviente (servidumbre negativa; ej.: servi-

dumbre de luces y vistas). Atendiendo a su finalidad, suelen clasificarse las servidumbres en rústicas y urbanas. Servidumbres rústicas son, por ejemplo, las de paso a pie o a caballo (*iter*), la de paso de carro y ganado (*actus*), la de camino en sentido amplio (*via*), la de conducción (*aquae ductus*) o extracción (*aquae haustus*) de aguas, etc. Son urbanas, en cambio, las servidumbres de luces o vistas; las de desagüe, apoyo de viga o sobre un muro; la de proyectar balcones o terrazas sobre el predio vecino, etc. Las servidumbres se constituían mediante una *in iure cessio* (§58) en una *vindicatio servitutis*, por legado vindicatorio (§48) o por *deductio*, es decir, mediante la reserva de servidumbre en un acto de transmisión de la propiedad. En provincias, como los predios no eran susceptibles de propiedad civil, las servidumbres se constituían por medio de convenios escritos (*pactiones et stipulationes*), en los que los titulares se comprometían a respetar las mismas normas aplicables a las servidumbres romanas. Las servidumbres se extinguían por renuncia del titular en una *in iure cessio* de una acción negatoria (§55), por confusión de titularidades o por falta de uso. Para reclamar su derecho de servidumbre, el propietario del fundo dominante podía ejercer la *vindicatio servitutis*, susceptible de ser neutralizada con una excepción.

§66. USUFRUCTO

El jurista PAULO (D. 7.1.1) define el usufructo como el derecho de usar y disfrutar cosas ajenas respetando su naturaleza (*ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*). El usufructo es un derecho real de carácter personalísimo ya que no puede enajenarse (sí, en cambio, cederse su ejercicio, por ejemplo, en arrendamiento). En

su origen, el usufructo sirvió para procurar el debido sustento a las viudas, sin alterar en su esencia la sucesión testamentaria a favor de los hijos. El usufructo se constituía ordinariamente mediante legado vindicatorio (§48), pero también por deducción (*deductio*) o mediante una *in iure cessio* (§58) en una *vindicatio ususfructus*. En provincias, a través de *pactiones et stipulationes* (§65). Al ser personalísimo, el usufructo se extinguía principalmente por muerte o *capitis deminutio* del usufructuario. También podía extinguirse por renuncia del usufructuario en una *in iure cessio* de una acción negatoria (§55), por consolidación, o, conforme al Derecho pretorio, por el transcurso de un plazo, cumplido el cual el pretor denegaba la acción al usufructuario u otorgaba la excepción al propietario. Un senadoconsulto, quizá de época de TIBERIO, autorizó al usufructuario a disponer de los bienes consumibles, siempre y cuando diera caución de devolverlos. A esta institución se le denominó cuasiusufructo. El usufructuario estaba protegido con la *vindicatio ususfructus* frente a todo aquel que perturbara el ejercicio de su derecho real. La *exceptio ususfructus* servía al usufructuario para neutralizar la acción reivindicatoria interpuesta eventualmente por el propietario.

QUINTA PARTE
OBLIGACIONES

§67. OBLIGATIO

El verbo latino *obligare* es antiguo. Lo encontramos ya en la comedia *Bacchides* (verso 78) de PLAUTO, escrita a mediados del siglo III a.C. Como sustantivo (*obligatio*), es CICERÓN el primero en emplearlo casi dos siglos después (*ad Brutum* 1.18.3). Se trata de un vínculo entre dos personas, acreedor y deudor, que conlleva un deber de uno respecto al otro, exigible por una acción personal. El emperador JUSTINIANO (Inst. 3.13 pr.) definió la obligación como «el vínculo jurídico por el cual nos sentimos constreñidos a pagar alguna cosa conforme a los derechos de nuestra ciudad» (*obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*). El contenido de las obligaciones podía ser de dar (*dare*), hacer (*facere*) o garantizar (*praestare*) (cfr. PAULO, D. 44.7.3 pr.). «Dar» es un resultado adquisitivo y significa hacer propietario civil a alguien o dar dinero (sobre el que no hay propiedad en sentido estricto); «hacer», en cambio, es comportarse de una manera determinada (también abstenerse de algo o de «dar» algo); *praestare* es responder con una garantía. En ocasiones, los tres verbos se entrecruzan, por lo que no conviene detenerse excesivamente en esta clasificación, a pesar de su aceptación multiseccular. Las obligaciones de dar son divisibles; las de hacer, en cambio, indivisibles; las de responder (por un delito, por ejemplo) pueden ser tanto divisibles (ej.: el pago efectivo de una indemnización) como indivisibles (ej.: una promesa de indemnización). Toda obligación de *praestare* puede reconducirse, en definitiva, a una de dar o de hacer. El cumplimiento de las obligaciones de dar

se denomina pago (*solutio*); el de hacer, satisfacción (*satisfactio*). Con el tiempo, sin embargo, se fue ampliando el concepto de pago hasta comprender el cumplimiento de cualquier obligación, sea de dar o de hacer. El retraso en el cumplimiento de las obligaciones se denomina mora. Ésta puede ser causada por el deudor (*mora debitoris*) o por el propio acreedor, cuando no quiere aceptar el pago (*mora creditoris*). En este caso, suele permitirse al deudor el pago por consignación, efectuado a una tercera persona reconocida por el Derecho para ello. El deudor en mora asume el *periculum* (§89), que normalmente corresponde al acreedor (*periculum est creditoris*).

§68. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES. CLASIFICACIONES DE GAYO Y JUSTINIANO

Quizás influido por la distinción aristotélica entre transacciones voluntarias e involuntarias (*Ética a Nicómaco* 1131a y 1131b), GAYO (3.88) dividió las obligaciones en contractuales y delictuales: «toda obligación o nace de un contrato o nace de un delito» (*omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*). A su vez, las obligaciones contractuales las dividió GAYO (3.89) en reales (si se perfeccionaban por la entrega), verbales (si lo hacían por la fuerza de las palabras), literales (por la forma escrita) y consensuales (por el consentimiento de las partes). En un conocido fragmento del libro segundo de su obra *res cottidianae* (también llamada *aurea*), recogido en D. 44.7.1 pr., GAYO abrió la puerta a figuras residuales (*ex variis causarum figuris*). En las Instituciones de JUSTINIANO (Inst. 3.13.1), la principal división (*summa divisio*) de las obligaciones es bipartita: obligaciones civiles, conforme al Dere-

cho civil, y pretorias, conforme al Derecho pretorio. Pero, en su obra, JUSTINIANO hizo caso omiso de esta división. La bipartición gayana, convertida en tripartición, pasó con JUSTINIANO a cuatripartición (Inst. 3.13.2) en una segunda clasificación (*sequens divisio*) que sigue a la principal (*summa divisio*). Conforme a esta segunda división, las obligaciones serían contractuales (*ex contractu*), cuasicontractuales (*quasi ex contractu*), delictuales (*ex maleficio*) y cuasidelictuales (*quasi ex maleficio*). Las obligaciones contractuales están divididas conforme al esquema gayano: reales, verbales, literales y consensuales (*re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu*). Las delictuales son netamente identificables por su naturaleza penal. Son cuasicontratos aquellos negocios en los que, sin haber nacido propiamente un contrato, surge una obligación de restitución, por ejemplo, en el enriquecimiento injusto o en la gestión de negocios ajenos. Los cuasidelitos son actos contrarios a derecho sujetos a responsabilidad objetiva: el juez que incumple con su oficio y «hace suyo el litigio» (*litem suam facit*); el habitante de una casa, por las cosas arrojadas o vertidas desde ella a la vía pública, o las cosas peligrosamente colocadas o suspendidas; el dueño de una posada o caballeriza o el capitán del barco, por el hurto cometido en cualquiera de estos lugares, etc. La clasificación justiniana ha tenido una influencia decisiva en la elaboración de los distintos códigos civiles europeos y latinoamericanos. El art. 1089 CC, por ejemplo, establece que «las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de aquellos actos u omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia», es decir, de los cuasidelitos. De tenor similar son los artículos 1370 *Code civil*, 1173 *Codice civile* y §859 ABGB, entre otros.

§69. OTRA CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

En estos *Elementos*, seguimos básicamente la clasificación de las fuentes de las obligaciones elaborada por Álvaro D'ORS (DPR §359) a la luz del Edicto del pretor, que separa netamente las daciones crediticias, contenidas en el título edictal XVII *De rebus creditis* (EP §§95-100), de los contratos de buena fe, recogidos en el título edictal XIX *De bonae fidei iudiciis* (EP §§106-112). Conforme al sistema clásico más genuino, las obligaciones nacerían de: *i*) un delito, *ii*) un préstamo, *iii*) una estipulación o *iv*) un contrato. Tanto GAYO como JUSTINIANO ampliaron el término contrato incorporando los préstamos (contratos reales), las estipulaciones (contratos verbales) y los denominados contratos literales (GAYO 3.128-133 e Inst. 3.21), caídos en desuso ya en el Principado. Originariamente, sin embargo, estas obligaciones no fueron estrictamente contractuales, dado su carácter unilateral y no sinalagmático, que es esencial en la relación contractual en sentido estricto. La clasificación edictal, por su carácter procesal, se centró más en la naturaleza de la acción que generaba la obligación (acción penal, *actio certi* o *incerti* y acción de buena fe) que en el modo de perfección de dicha obligación (consentimiento, entrega, forma, etc.). La misma codificación del Edicto, así como la paulatina desaparición del procedimiento formulario y la uniformación de las acciones petitorias, contribuyeron a que la clasificación edictal perdiera importancia frente a la denominada clasificación gayana-justiniana, que es la que se ha impuesto. Una aproximación histórica, sin embargo, obliga a no perder de vista la perspectiva edictal.

§70. OBLIGACIONES NATURALES

Son aquellas obligaciones desprovistas de sanción por haber surgido en el seno de la familia (ej.: obligaciones entre hermanos sometidos a la misma patria potestad, entre un padre y su hijo, etc.). Estas obligaciones, aunque no daban lugar a una acción procesal, fueron reconocidas como tales por el Derecho romano, que les atribuyó carta de naturaleza. Por eso, las obligaciones naturales podían ser objeto de novación, delegación o compensación. Su característica principal era la retención del pago (*soluti retentio*): «lo pagado, bien pagado está». Así, por ejemplo, si Ticio debe a su hermano Cayo cien sestercios, éste no dispondrá de acción para reclamar contra aquél esa cantidad de dinero, pero si Ticio paga efectivamente a Cayo, Ticio no podrá ejercer una acción de restitución frente a Cayo por pago de lo indebido (§77). Con el tiempo, el concepto de obligación natural amplió su ámbito de aplicación a aquellas obligaciones que tienen por causa un deber moral, atemperando de esta manera el rigor del Derecho. La idea de obligación natural fue desarrollada sobre todo por el jurista SALVIO JULIANO (D. 46.1.7; D. 46.1.8.3). A las obligaciones naturales se les aplicó el mismo criterio que a la posesión natural: el Derecho las reconocía, pero no las amparaba. El Código civil español, al igual que el japonés, no menciona las obligaciones naturales, pero la jurisprudencia española les ha dado carta de naturaleza a partir de la expresión del artículo 1901 CC *in fine*: «o por otra justa causa». Un supuesto de obligación natural es el contemplado en el art. 1756 CC, a propósito del prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados. Sí se refieren a las obligaciones naturales, en cambio, el art. 1235 *Code civil* y el art. 2034 del *Codice*

civile. El §762 BGB, sin denominarlas naturales, aplica los mismos efectos a las obligaciones contraídas por deudas de juego y apuestas. En nuestro tiempo, un ejemplo típico de obligación natural es el derivado de las relaciones jurídicas laborales existentes con los inmigrantes sin papeles. En el fondo, como bien explica PAPINIANO (D. 46.3.95.4), las obligaciones naturales originan un vínculo de equidad (*vinculum aequitatis*). De ahí la importancia de que sean reconocidas por los ordenamientos jurídicos.

§71. CONDICIÓN Y TÉRMINO

Las obligaciones pueden estar sometidas a término o condición. Son estos, junto con el modo de la donación (§62), los denominados, en la Modernidad, elementos accidentales del negocio jurídico, en contraposición a los elementos esenciales, sin los cuales la obligación no existe (ej.: el precio en la compraventa, §95), y a los naturales, aquellos que son reconocidos por el Derecho salvo acuerdo en contrario de las partes (ej.: responsabilidad por evicción en la compraventa, §96). Las condiciones son cláusulas añadidas a los negocios jurídicos (muy frecuentes en las relaciones obligacionales y en las disposiciones testamentarias) que hacen depender su eficacia de un hecho futuro e incierto (ej.: «te construyo una casa si aprendes griego»). El art. 1113 CC admite la condición de un hecho pasado que los interesados ignoren (condición impropia). Los hechos de imposible realización no pueden ser sometidos a condición (GAYO 3.198). Las condiciones ilícitas o inmorales anulan el negocio *inter vivos* y se tienen por no puestas en los actos *mortis causa*. La llamada *condicio iuris* (ej.: «te daré mil sestercios como dote si te casas» o «te entregaré la cosa comprada si me

pagas el precio») es más un requisito que una condición en sentido propio. Atendiendo al comportamiento exigido a la parte, las condiciones pueden ser positivas (ej.: «si vas a Atenas»), negativas (ej.: «si no te casas» o «si te quedas soltero») o contrarias (ej.: «sea heredero TICIO si llueve y CAYA si no llueve el día en que me muera»). Según el grado de voluntariedad en el cumplimiento de la condición, esta será potestativa (ej.: «si subes el Capitolio»), casual (ej.: «si truena el próximo martes») o mixta (ej.: «si te casas con MEVIA»). Conforme a su estado, la condición puede estar pendiente, haber sido ya cumplida o haber quedado frustrada. Por último, las condiciones podían ser suspensivas (ej.: «te dono mi carro si te casas») o resolutorias (ej.: «te dono mi caballo hasta que te cases»), según el cumplimiento de la condición determine la producción o extinción de efectos del negocio sometido a ella. El Derecho romano sólo conoció las condiciones suspensivas; para conseguir el efecto de las resolutorias se añadía al negocio jurídico un pacto resolutorio sometido a condición suspensiva (ej.: «te vendo mi vivienda, pero resolvemos el contrato si te casas»). Con carácter general, el negocio sometido a condición surte efecto desde el cumplimiento de ésta (*ex nunc*) y no tiene efecto retroactivo (*ex tunc*). Pero hay excepciones (art. 1120 CC). A diferencia de la condición, el término es un hecho futuro y cierto de cuya realización depende la eficacia de un acto jurídico (ej.: la muerte de una persona). Los términos que contienen una medida de tiempo se denominan plazos (días, meses, años). El término no seguro, como la premoriencia (ej.: «te dono mi casa si te mueres antes que yo») equivale a condición (*dies incertus appellatur condicio*).

A) DELITOS

§72. DELITOS

Los delitos, a diferencia de los crímenes, siempre públicos, eran agravios privados de carácter personal (*iniuria*) o patrimonial (*furtum, damnum*). La pena impuesta al delincuente por la comisión de estos delitos exigía de la víctima la renuncia a la venganza privada. Dicha pena solía consistir en una cantidad de dinero, frecuentemente en un múltiplo del valor del daño causado (doble, triple, cuádruple). Cuando la pena se destinaba a la caja pública, se denominaba multa; por ejemplo, en la acción contra quien corrompe el edicto del pretor (*actio de albo corrupto*). Las acciones penales eran acumulables, en el sentido de que si un delito era cometido por varios autores, cada uno de ellos debía pagar la pena completamente. Además, cuando el resarcimiento no estaba incorporado en la misma pena, por ejemplo en el delito de hurto, junto a la acción penal, podía ejercitarse la acción reipersecutoria, con el fin de recuperar la *res* misma o el valor perdido a causa del delito. Tanto la acción reivindicatoria como la *actio ad exhibendum* y la *condictio* tenían carácter reipersecutorio. Característica de las acciones penales civiles y de las reipersecutorias era su perpetuidad; de las pretorias, en cambio, su anualidad. Las acciones penales eran pasivamente intransmisibles, solían ser infamantes y permitían el abandono noxal (§40). En efecto, cuando el esclavo o el hijo *in potestate* cometían un delito, el dueño o padre eran responsables, en principio, del pago de la condena. Para evitarlo el padre o dueño podían entregar al hijo o esclavo malhechor al demandante agredido. In-

cluso era suficiente, para el dueño, entregar el cuerpo del esclavo muerto. En estos casos, a la fórmula de la condena de la acción se añadía la cláusula «o [el delincuente] sea entregado noxalmente» (*aut noxae dedere*). Las acciones, civiles o pretorias, que incorporaban esta cláusula noxal se denominaban por extensión acciones noxales. La responsabilidad noxal se regía por la regla *noxam caput sequitur* («el delito sigue al delincuente»; cfr. ULPIANO, D. 9.1.1.12). Así, en el caso de que el esclavo fuera vendido o el hijo adoptado antes del ejercicio de la acción penal correspondiente, ésta debía dirigirse ya contra el nuevo dueño o *pater familias*; si el hijo, en cambio, había sido emancipado o el esclavo manumitido después de la comisión del delito, la acción penal debía ejercerse directamente contra ellos. En virtud de la *humanitas*, el abandono noxal de las hijas dejó de ejercerse en época clásica. El emperador JUSTINIANO suprimió definitivamente la práctica noxal (Inst. 4.8.7).

§73. DELITOS CIVILES

Son delitos civiles: el hurto, el daño y las lesiones.

i) **Hurto (*furtum*):** El hurto es el apoderamiento ilícito y clandestino de una cosa mueble ajena en contra de la voluntad del propietario (cfr. GAYO 3.198). La jurisprudencia amplió el tipo considerando también hurto el abuso sobre cosa ajena (GAYO 3.196: *furtum usus*) o la sustracción de la posesión por el propio *dominus* (*furtum possessionis*), por ejemplo cuando el propietario quita la cosa pignorada (§80) al acreedor pignoraticio (GAYO 3.200). El pretor aumentó la pena al cuádruplo en algunas acciones especiales, como la de robo, es decir, el hurto con violencia, o la del hurto manifiesto, cuando el ladrón era sor-

prendido en flagrante (*in flagranti delicto*). ii) **Delito de daño:** Fue incorporado por la ley Aquilia *de damno* (en realidad un plebiscito) de 286 a.C. *Damnum* es el perjuicio que sufre un dueño por el detrimento de una cosa suya. Para que el daño constituya un delito perseguible por la acción de la ley Aquilia, debía ser causado con negligencia culpable (*iniuria datum*). El término *datum* exigía una relación causal corporal, pero por derecho pretorio se concedieron acciones *in factum* para extender el tipo delictivo a otros supuestos. En el delito de daño, se halla el origen de la llamada responsabilidad extracontractual o aquiliana, recogida en el art. 1902 CC, así como en los arts. 2043 *Codice civile*, 1382 *Code civil*, y §§823 ss. BGB. iii) **Delito de lesiones:** Este delito castiga a quien causa a una persona libre un daño mediante lesión física o moral (*contumelia*). La víctima podía ejercitar la *actio iniuriarum*, que era *in factum*, anual e intransmisible activa y pasivamente. La pena venía determinada por el juez (o el pretor) en atención a las circunstancias. Como la integridad corporal de un libre, así como su misma libertad, eran inestimables, la valoración de la pena se refería sólo a la ofensa moral por la injuria.

§74. DELITOS PRETORIOS

Son delitos pretorios: la intimidación (*metus*) y el dolo (*dolus malus*). i) **Intimidación:** El delito de *metus* fue incorporado en el Edicto por el pretor OCTAVIO en 80/79 a.C. Su finalidad era castigar a quien retenía una cosa derivada de un acto en el que se había ejercido una coacción (*vis*), que intimidó a quien sufrió el detrimento patrimonial. La acción *quod metus causa* podía ejercitarse contra terceros (*in rem scripta*). Esto explica que esta acción,

al cuádruplo, no fuera infamante y que tuviera cláusula arbitraria (§26) para facilitar la restitución. ii) **Dolo:** El delito de dolo castigaba el engaño malicioso (*dolus malus*) causante de cualquier perjuicio patrimonial. LABEÓN lo define como «toda astucia, falacia o maquinación empleada para sorprender, engañar o defraudar a otro» (LABEÓN-ULPIANO, D. 4.3.1.2). El *dolus malus* se contraponía al *dolus bonus*, es decir, al engaño permitido o, al menos tolerado, en los usos comerciales (ej.: «la estola que le vendo es la mejor de la ciudad de Roma») o al que se emplea para liberarse de un enemigo (ej.: para engañar a un terrorista que entra en tu casa). El *dolus bonus* era jurídicamente irrelevante. La acción de dolo fue incorporada al Edicto por el jurista AQUILIO GALO (§82), cuando ocupó el cargo de pretor en 66 a.C. Tenía carácter subsidiario (*si alia actio non erit*), y disponía de una cláusula arbitraria. El pretor defendió con la *exceptio doli* al demandado que quería neutralizar las acciones derivadas de un acto producido por el engaño. La excepción de dolo era general y subsidiaria.

B) PRÉSTAMOS

§75. *CREDITUM Y CONDICTIO*

El nombre latino de préstamo es *creditum*, de donde deriva crédito. *Credere* significa dar una cosa cierta con la confianza de que va a ser devuelta. Se trata de una dación recuperatoria; por eso, el *creditum* no supone un aumento patrimonial en el deudor, a diferencia de la donación, siempre lucrativa. La *datio* es el resultado adquisitivo. El cumplimiento de la obligación derivada de un *creditum* se

denomina *solutio* (pago). La acción crediticia es la *actio certi*, también llamada *condictio* cuando se trata de recuperar lo retenido injustamente. Originariamente limitada a la reclamación de deudas ciertas (*certa res*), la *condictio* se extendió a las obligaciones inciertas (*incerta res*) y JUSTINIANO la admitió para reclamar cualquier cosa, sea mueble o inmueble, genérica o específica. Tras la *condictio* justiniana, totalmente generalizada como acción, late el principio natural, recogido por la jurisprudencia romana, de que nadie puede enriquecerse a costa de otro (POMPONIO, D. 12.6.14). Las daciones crediticias civiles son tres: el mutuo, la *datio ob rem* y la *datio ob causam*. El pretor extendió el régimen de las daciones a nuevos supuestos protegidos con acciones *in factum*: el *constitutum*, el comodato, la prenda y la hipoteca.

§76. MUTUO

El mutuo (*mutui datio o mutuum*) es el prototipo de los negocios crediticios y consiste en el préstamo de consumo. Existe un mutuo cuando un mutuante entrega una cantidad de dinero u otra cosa genérica (trigo, vino, aceite, plata, oro) a un mutuario, quien deberá restituirla al mutuante en la misma especie, cantidad y calidad (GAYO 3.90, POMPONIO, D. 12.1.3). Para reclamar la cosa prestada en mutuo, el acreedor dispone de una *actio certae creditae pecunia* o *condictio*. El mutuo es un préstamo esencialmente gratuito, pues no conlleva un aumento patrimonial. Los posibles intereses (*usurae*) devengados por el mutuo debían estipularse al margen del mutuo. Estos solían ser, en general, de un 12%, y de un 6% en el caso de los senadores. El mutuo con intereses se denomina *fenus*. Cuando se trataba de un transporte de mercancías

(*fenus nauticum*), podían estipularse altos intereses debido al riesgo del acreedor (naufragio, piratería, etc.). La doctrina sobre la esterilidad del dinero (*pecunia non paret pecuniam*) tiene su origen en ARISTÓTELES (*Política* 1257b) y fue desarrollada por san AGUSTÍN y santo TOMÁS DE AQUINO. El soporte jurídico de la teoría capitalista del interés hunde sus raíces principalmente en el pensamiento de los humanistas franceses Charles DUMOULIN (MOLINAEUS) (1500-1566) y Claude SAUMAISE (SALMASIUS) (1588-1653).

§77. *DATIONES OB REM Y DATIONES OB CAUSAM*

Son daciones que consisten en dar una cosa al adquirente para conseguir, a cambio, algo de él. Si falla el fin de la *datio*, procede la *condictio recuperatoria* (ej.: «te di tela para que me hicieras una toga; como no me hiciste la toga, devuélveme la tela»). La *datio ob rem*, como todos los préstamos, es unilateral, pues no admite la reclamación de la contraprestación deseada. En época posclásica, las *dationes ob rem* se contractualizaron, pudiéndose exigir el cumplimiento del fin mediante la *actio praescriptis verbis*, y no sólo la recuperación de lo dado a modo de resolución unilateral (*condictio ex poenitentia*). Estas daciones ya contractualizadas, como, por ejemplo, el *aestimatum* (§97) o la donación modal (§62), fueron llamadas contratos innominados. Las daciones *ob causam* son daciones realizadas en atención a una causa remota preexistente (*causa retinendi*). Al fallar ésta, aunque haya habido *datio* (*causa adquirendi*), procede la *condictio recuperatoria*. Ejemplos de *dationes ob causam* son: el pago de lo indebido (*solutio indebiti*), la dación en dote sin matrimonio (*datio dotis sine matrimonio*) o la donación *mortis causa*, cuando no va

acompañada de la muerte en cuya previsión se hizo la donación.

§78. *CONSTITUTUM DEBITI*

Es el acto por el cual un deudor o un tercero fijan, con el beneplácito del acreedor, un plazo o un nuevo plazo de vencimiento a una deuda ya existente. Como no se produce una nueva *datio*, no procede una nueva *condictio*, sino una *actio de pecunia constituta*, con el fin de proteger el mismo *constitutum*. En realidad, se trata de un reconocimiento de deuda propia (*constitutum debiti*) o ajena (*constitutum debiti alieni*). La fórmula de esta acción es causal, ya que se refiere expresamente a la deuda existente, que debía ser probada por el demandante. Cuando un banquero asumía una deuda ajena, la acción devenía abstracta (*receptum argentarii*) y el acreedor demandante sólo debía probar la asunción de la nueva responsabilidad (*receptum*), pero no la existencia de la deuda anterior. Como el *constitutum* no tenía carácter estipulatorio, no producía el efecto novatorio. La diferencia entre el *constitutum* y el pacto radica en que el primero engendra acción, en tanto el segundo, sólo excepción. La palabra Constitución tiene el mismo origen y cierto paralelismo con el *constitutum* en la medida en que establece una norma suprema que ordena el destino de un pueblo preexistente.

§79. *COMODATO*

Es un préstamo de uso temporal y gratuito de una cosa mueble no consumible. La acción del comodato servía al comodante para reclamar al comodatario la cosa

comodada en beneficio y para ventaja (*commodum*) de éste. El comodatario era un mero detentador o poseedor natural de la cosa, y no gozaba, por tanto, de protección interdictal. Respondía de la pérdida y del hurto de la cosa comodada (responsabilidad por custodia), pero no del accidente imprevisible (*vis maior*), como, por ejemplo, en caso de pérdida de la cosa por incendio, inundación, guerra o naufragio. El comodatario podía ejercitar la *actio furti* directamente contra el ladrón. Correspondía al comodatario abonar los gastos de mantenimiento de la cosa comodada, no, en cambio, los extraordinarios. En época posclásica, el comodato aparece ya contractualizado, entre el grupo de los contratos reales, de suerte que la acción del comodato sirvió para proteger también al comodatario (acción del comodato contraria), por ejemplo en el supuesto de resarcimiento de los gastos extraordinarios, sólo reclamables hasta entonces mediante la acción de gestión de negocios ajenos.

§80. PRENDA (*PIGNUS*)

Es una dación en garantía mediante la cual un pignorante (deudor principal o un tercero) deja a un acreedor pignoraticio una cosa específica, sea mueble o inmueble (prenda), que deberá devolver al pignorante cuando se haya cumplido la obligación principal. El pignorante no tiene por qué ser necesariamente propietario civil; basta con que tenga la propiedad pretoria de la cosa. El acreedor pignoraticio está defendido por los interdictos posesorios (§28). El pignorante que sustrae la prenda al acreedor pignoraticio comete un *furtum possessionis*. El acreedor pignoraticio responde de los muebles por custodia (§§79, 89). La prenda es indivisible, en el sentido de que

sólo se extingue al hacerlo la obligación principal, y no parcialmente. Una vez cumplida la obligación principal, el pignorante dispone de una acción pignoraticia (*in personam*) frente al acreedor pignoraticio por retener la prenda sin causa. El acreedor pignoraticio no satisfecho por el deudor puede vender la prenda para cobrarse el crédito y devolver al pignorante el excedente (*suplerfluum*) del precio obtenido. Esta cantidad podía ser reclamada por el pignorante también mediante la acción pignoraticia.

§81. HIPOTECA (*PIGNUS CONVENTUM*)

Hipoteca, palabra griega que significa «lo colocado debajo», es la prenda sin desplazamiento posesorio. Se trata de una garantía real cuyo contenido es el propio *ius vendendi*, que hace valer el acreedor hipotecario cuando el deudor no cumple con su obligación principal. Una hipoteca puede constituirse sobre todo lo que sea susceptible de venta. Mediante una acción llamada *actio pignoratitia in rem, quasi Serviana* o hipotecaria, el acreedor hipotecario podía reclamar la cosa hipotecada al propio deudor o a un tercero. La falta de desplazamiento posesorio permitía la concurrencia de hipotecas sobre una misma cosa. Dicha concurrencia se regía por la regla jurídica *prior tempore potior iure* («anterior en el tiempo, mejor en el derecho»). La prioridad venía determinada por la fecha de hipoteca y no por la del crédito garantizado. Cabía la subrogación de un acreedor en el rango de otro (*successio in locum*) mediante el llamado *ius offerendi*. La ausencia de un registro público en época clásica restó seguridad al sistema hipotecario romano. Supongamos que SEXTO es dueño del fundo Capenate, valorado en

150.000 sestercios. Con el fin de poner en marcha un negocio marítimo, SEXTO pidió algunos préstamos, que garantizó constituyendo tres hipotecas sobre su fundo. La primera, en las calendas de enero del año 25, como garantía de un crédito de 100.000 sestercios que le hizo TICIO, con vencimiento en las nonas de junio del año 30. Una segunda hipoteca fue constituida en las calendas de febrero de 26, como garantía de un préstamo de 40.000 sestercios de parte de CAYO con vencimiento en los idus de mayo de 29. La tercera y última hipoteca se constituyó en las nonas de marzo de 27 como garantía de un crédito de 100.000 sestercios dado por SEMPRONIO, que vencía en las calendas de abril de 28. En el caso de que SEXTO fuera insolvente y el valor del fundo no se hubiese alterado, en las nonas de junio del año 30 podría venderse el fundo Capenate satisfaciendo así plenamente a los tres acreedores. Pero si, siendo SEXTO insolvente, descendió el valor del fundo, por ejemplo a 130.000 sestercios, SEMPRONIO no podrá cobrar su crédito con la venta del fundo hipotecado, ya que TICIO y CAYO tienen un derecho preferente. SEMPRONIO podría entonces mejorar su rango pagando a TICIO la deuda de 100.000 sestercios contraída por SEXTO, con el fin de ocupar su posición y poder cobrar los dos créditos, éste y el suyo, en las nonas de junio de 2010. Ahora bien, al encontrarse CAYO en una posición preferente respecto a SEMPRONIO, éste debía manifestarle su intención de mejorar rango. CAYO, entonces, podía adelantarse a SEMPRONIO en el pago a TICIO ocupando así el primer puesto del rango hipotecario. Pero, si CAYO no lo hacía, no podía impedir que SEMPRONIO pagara a TICIO y mejorara su posición respecto a CAYO.

C) ESTIPULACIONES

§82. ESTIPULACIÓN

De origen oscuro, la estipulación (*stipulatio*) es una de las creaciones más originales del genio jurídico romano y constituyó la forma más ordinaria de obligarse en la antigua Roma. Mediante ella, una persona llamada promitente respondía solemnemente a la pregunta formulada por un estipulante, quedando así vinculado a cumplir su promesa. Para que una estipulación fuera reconocida formalmente como tal era necesario: *i*) que la realizase una persona hábil (no lo eran los mudos ni los sordos: GAYO 3.105); *ii*) que existiera congruencia entre la pregunta y la respuesta; y *iii*) que tuviera un contenido moralmente aceptable. Una estipulación podía existir formalmente pero ser ineficaz (ej.: la promesa de vender un hombre libre pensando que era esclavo). La estipulación estaba protegida por la *actio certi* cuando se trataba de un objeto determinado (ej.: «¿prometes darme mil sesteracios?»), y por la *actio incerti*, también llamada *actio ex stipulatu*, cuando el objeto era indeterminado (ej.: «¿prometes repararme los desperfectos de mi casa?»). Como la obligación estipulatoria nacía en virtud de la fuerza de las palabras (*obligatio verbis*), también se podía extinguir *verbis*, es decir, por una estipulación de cancelación denominada aceptilación (*acceptilatio*), cuya fórmula era la siguiente: «¿Has recibido lo que te prometí? –Sí, lo he recibido» (GAYO 3.169). Las obligaciones no nacidas *verbis* podían reconducirse por novación (§84) a una obligación nacida *verbis* mediante la llamada estipulación aquiliana, creada por el jurista republicano AQUILIO GALO (§74). Esta fór-

mula, al ser estipulatoria, también podía extinguirse *verbis*: «¿Me prometes todo lo que me debes y no me diste? –Prometo».

§83. SUPERPOSICIÓN DE ESTIPULACIONES

En ocasiones, una estipulación podía superponerse a un negocio ya existente, fuera o no estipulatorio. La estipulación superpuesta era ineficaz cuando existía identidad de deuda (*idem debitum*), salvo que se alterase alguno de los elementos esenciales, en cuyo caso se extinguía la obligación anterior (novación). La identidad de promesa (no de deuda) acumulaba estipulaciones. Así, si TICIO prometía dar cien sestercios a CAYO y seguidamente le prometía dar otros cien, debía doscientos. Pero si TICIO prometía a CAYO cien sestercios y luego volvía a prometerle «los mismos cien sestercios», sólo debía cien sestercios, pues la segunda estipulación era ineficaz por identidad de deuda. No se producía propiamente *idem debitum* cuando se superponía una estipulación a un préstamo: se consideraba sencillamente que había una doble causa de la deuda, y que esta nacía *re et verbis*. Tampoco había *idem debitum* en el caso de la estipulación penal. Era esta una estipulación que se condicionaba al incumplimiento de una obligación anterior. La pena estipulatoria podía servir como compensación por la pérdida sufrida por el estipulante acreedor (en cuyo caso podría reclamar al deudor el pago de la pena sin probar las pérdidas) o como pena complementaria a la indemnización por las pérdidas causadas, que debía probar el acreedor.

§84. NOVACIÓN

La novación consistía en la sustitución de una obligación anterior (estipulatoria, contractual, crediticia o delictual) por otra nueva, con identidad de deuda, pero de carácter estipulatorio. La nueva obligación podía incorporar: *i*) un cambio de causa (ej.: cuando el comprador prometía pagar el precio al vendedor); *ii*) un cambio de elemento accidental (§71); *iii*) un cambio de acreedor, lo que suponía una delegación (*iussum promittendi*); *iv*) o un cambio de deudor (expromisión). Con el tiempo, la novación dejó de ser estipulatoria y pasó a depender de la intención novatoria (*animus novandi*). En el Derecho romano, también en el justiniano, la novación tuvo carácter extintivo (como sucede en los arts. 1271 *Code*; 513 y 517 CCjap; 1207 CC: §§ 1376 y 1377 ABGB) y no simplemente modificativo (cfr. arts. 1203 y 1204 CC y 513 CCjap). La novación no fue incorporada al BGB; en cambio, sí está permitida en el Derecho angloamericano.

§85. SOLIDARIDAD. ADPROMISIÓN

Una estipulación es solidaria cuando existen varios estipulantes (solidaridad activa) o varios promitentes (solidaridad pasiva). A las estipulaciones solidarias se les aplicaba en Roma el régimen de la indivisibilidad, es decir, su cumplimiento debía ser por entero. La solidaridad podía producirse bien en una estipulación formalmente única, en la que los estipulantes o promitentes, o ambos, estipulaban o prometían en unidad de acto (ej.: «¿Prometéis darnos cuatro mil sestercios?» –Sí, prometemos), o bien en una estipulación separada pero con identidad de promesa (ej.: «¿Me prometes lo mismo que me prometió

TICIO? –Sí, prometo»). Este era el caso de la *adpromisión*, que consistía en la accesión de un nuevo promitente a una obligación ya existente. La *adpromisión* no tenía efecto novatorio porque no había identidad de deuda, sino tan sólo de promesa. La *adpromisión* era exclusiva de los ciudadanos romanos, sólo servía para garantizar deudas estipulatorias y tenía un plazo de caducidad de un año. La obligación adquirida por el *adpromissor* era intransmisible.

§86. FIDEYUSIÓN (*FIDEIUSSIO*)

Un tipo de garantía personal más eficaz que la *adpromisión* era la *fideyusión*. Ésta, aunque referida a un *idem debitum*, no tenía carácter novatorio, por no tratarse de una promesa estipulatoria propiamente dicha. Su fórmula rezaba así: «¿Garantizas con tu lealtad lo que me debe CAYO? –Sí, lo garantizo» (*Id quod Caius debet fide tua esse iubes? –Id fide iubeo*). La referencia a la *fides* permitía que la *fideiussio* sirviera para fiar cualquier tipo de obligación, que fuera transmisible a los herederos y ejercitable también por los extranjeros. JUSTINIANO incorporó tres beneficios para fortalecer el régimen de la *fideyusión*: i) El beneficio de excusión permitía al fiador retrasar su cumplimiento hasta que el deudor principal hubiera agotado todas sus posibilidades. ii) Mediante el beneficio de división, la deuda quedaba dividida entre los cofiadores solventes. iii) Por último, el beneficio de cesión de acciones concedía como acción de regreso al fiador que pagó la misma acción del acreedor principal, sin necesidad de cesión expresa por parte del acreedor.

D) CONTRATOS

§87. CONTRATOS DE BUENA FE

En las fuentes romanas, no existe una definición de contrato ni tampoco una teorización sobre él. Su rasgo más genuino, y lo que realmente aporta frente a las demás fuentes de las obligaciones, es su esencial reciprocidad o carácter sinalagmático, es decir, el hecho de que de él surjan obligaciones vinculantes para ambas partes. Originalmente limitado a obligaciones bilaterales civiles, el término contrato fue ampliando paulatinamente su significado, extendiéndose a las obligaciones pretorias (contratos innominados; §77) y, en general, a cualquier clase de obligación. El propio jurista PAULO (D. 5.1.20), al final de la época clásica, señala que «toda obligación puede ser considerada un contrato». Contratos, en sentido estricto, eran los contratos de buena fe, conforme a la denominación justiniana, es decir, aquellos protegidos por acciones de buena fe. Eran los siguientes: la fiducia (§90), el depósito (§91), el mandato (§92), la sociedad (§94), la compraventa (§95) y el arrendamiento (§98). Dependiendo de la previsibilidad de la acción, los contratos de buena fe podían ser sinalagmáticos perfectos (sociedad, compraventa y arrendamiento), o imperfectos (fiducia, depósito y mandato). En estos últimos, en que la acción de una parte era la más corriente, la otra aparece con el nombre de «contraria». La reciprocidad no excluía la perfección formal (fiducia) o real (depósito) de los contratos. Pero la consensualidad es la expresión más perfecta de reciprocidad (cfr. GAYO 3.136). Eran contratos consensuales: la compraventa, el arrendamiento, la socie-

dad y el mandato. Los contratos de buena fe podían ser onerosos o gratuitos. En los primeros, existía cierto equilibrio entre las prestaciones (sociedad, compraventa y arrendamiento). En los segundos (fiducia, depósito y mandato), en cambio, una de las partes carecía de tal interés.

§88. ACCIONES DE BUENA FE

Eran las acciones derivadas de un contrato de buena fe, aunque posteriormente se extendieron a otras relaciones jurídicas, como la tutela (§39), la gestión de negocios ajenos (§93) y la dote (§60). En su fórmula, aparecía la cláusula *ex fide bona*, lo que permitía al juez dictar sentencia conforme a los principios de la buena fe (*quidquid Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona*). En estas acciones, la iniciativa procesal correspondía a cualquiera de los sujetos de la relación obligacional. Además, cabía la compensación de deudas entre las partes, tanto de las nacidas del propio contrato, como de aquellas que tenían distinta causa. El juez atendía esta consideración en el momento de la sentencia y no de la *litis contestatio* (§31). Por eso, el demandado podía satisfacer al demandante *apud iudicem* y quedar absuelto, conforme a la regla sabianiana (GAYO 4.114) de que «todos los juicios de buena fe son absolutorios» (*omnia iudicia bonae fidei absolutoria sunt*). En estos juicios, el juez había de tener en cuenta no sólo el daño emergente o la pérdida patrimonial propiamente dicha, sino también el lucro cesante, es decir, lo que se había dejado de obtener por la negligencia del demandado. Cuando las deudas eran pecuniarias, el juez podía exigir intereses moratorios (§76).

§89. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

La responsabilidad contractual ordinaria era por culpa, es decir, por la falta de diligencia debida en el cumplimiento de las obligaciones (responsabilidad subjetiva). En el caso del depositario, la responsabilidad contractual se restringía, salvo acuerdo, al dolo, es decir, al engaño o fraude. Otras veces, la responsabilidad contractual alcanzaba también la custodia, o responsabilidad por hurto de la cosa (por ejemplo, en el caso del vendedor y del arrendatario). La responsabilidad por *periculum* era la pérdida que un contratante debía sufrir más allá de la responsabilidad por culpa y custodia. El *periculum* recaía sobre el comprador (*periculum est emptoris*) y el arrendador (*periculum est locatoris*), precisamente porque no respondían por custodia. Las escuelas bizantinas hicieron una clasificación de los tipos de culpa, en sentido lato, de gran influencia en las distintas tradiciones jurídicas: *i) culpa lata* o grosera, que equipararon al dolo; *ii) culpa leve*, que es la diligencia que se pide al buen padre de familia o al buen administrador (*culpa leve in abstracto*), o la diligencia que uno suele poner en las cosas propias (*culpa leve in concreto*); *iii) culpa levissima*, que coincide con la responsabilidad por custodia, es decir, por falta de la *exactissima diligentia*; y *iv) la culpa in eligendo* o *in vigilando*, que afecta a los casos de responsabilidad objetiva, es decir, en los que falta intencionalidad.

§90. FIDUCIA

Era la fiducia un contrato formal y sinalagmático imperfecto por el que un propietario fiduciante cedía la propiedad de una cosa mancipable a un fiduciario, quien

debía restituirla, en su momento, al fiduciante o a un tercero. El fiduciante podía exigir la restitución de la cosa fiduciada ejercitando la *actio fiduciae*. El fiduciario disponía de esta misma acción, en sentido contrario, para reclamar al fiduciante los gastos y daños ocasionados por la cosa mancipada. La fiducia se constituía mediante un pacto especial incorporado a la mancipación, en función de garantía (*cum creditore*) o con un fin distinto: depósito, mandato o comodato (*cum amico*). El fiduciario acreedor podía disponer de la cosa, como propietario que era, pero quedaba obligado a restituirla una vez que el fiduciante deudor hubiera cumplido con su obligación. El fiduciante recuperaba la propiedad de la cosa fiduciada por la posesión continuada de ella durante un año (*usureceptio fiduciae*). Para evitarlo, el fiduciario podía ceder al fiduciante la cosa en arrendamiento o precario. El contrato de fiducia desapareció en época posclásica. JUSTINIANO sustituyó en el Digesto el término fiducia por otras palabras, dependiendo del tipo de negocio (prenda, comodato, depósito).

§91. DEPÓSITO

Es un contrato real, gratuito y sinalagmático imperfecto por el cual un depositante deja una cosa mueble a un depositario para que la custodie hasta que se la reclame. El depositante disponía de la acción de depósito (*actio depositi*) para exigir la restitución de la cosa depositada. El depositario podía utilizar esta misma acción en sentido contrario para reclamar al depositante la indemnización por gastos y perjuicios ocasionados por la cosa depositada. El depositario respondía por dolo y, si se convino, por culpa. Existieron en el Derecho romano dos

depósitos especiales: el depósito irregular y el depósito secuestro. *i)* El depósito irregular es el depósito de una cantidad de dinero para que el depositario disponga de ella y devuelva al depositante un importe similar. Era, en realidad, un mutuo contractualizado, lo que permitía beneficiarse de la buena fe, así como de la posibilidad de exigir intereses moratorios. *ii)* En el depósito secuestro, el secuestrario debía devolver la cosa depositada al que resultare vencedor de un litigio o una apuesta. A diferencia del depositario ordinario, el secuestrario estaba protegido por los interdictos posesorios (§28).

§92. MANDATO

Es el mandato un contrato consensual, gratuito y sinalagmático imperfecto mediante el cual un mandante ordena a un mandatario (*procurator*) la realización de un encargo. La *actio mandati* sirve al mandante para pedir cuentas al mandatario de su gestión y, en sentido contrario, al mandatario para exigir la indemnización por los gastos y perjuicios que la ejecución del encargo le hubiere causado. El mandato es personalísimo y, al estar basado en una relación de confianza entre las partes, cesa por la muerte (*mandatum morte solvitur*) o *capitis deminutio* de cualquiera de ellas, por la revocación del mandato por el mandante o por la renuncia del mandatario. La gratuidad del mandato romano es esencial (PAULO, D. 17.1.1.4); no así en nuestros días, aunque ésta se siga presumiendo (art. 1711 CC). En el Derecho romano, la compensación convertía el mandato en un arrendamiento de obra o de servicios (PAULO, D. 17.1.14). A través de la figura del mandato, se incorporó en el Derecho romano, no sin dificultades, la cesión de créditos, mediante un encargo del

mandante cedente al mandatario cesionario (*procuratio in rem suam*) de cobrar el crédito al deudor sin necesidad de devolver la cantidad cobrada al mandante.

§93. GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS

La gestión de un negocio ajeno, sin la debida autorización del interesado (*dominus negotii*), tenía lugar habitualmente en caso de ausencia de éste. El gestor quedaba obligado a terminar su gestión y a rendir cuentas de ella al interesado entregando al *dominus negotii* todo lo que hubiera ganado o adquirido (ej.: frutos). La persona en cuyo interés se hizo la gestión debía indemnizar al gestor todos los gastos y perjuicios causados, siempre que: *i*) la gestión hubiese sido razonablemente asumida y realizada (*utiliter gestum*), aunque no se hubiere conseguido el resultado deseado, y *ii*) el gestor no actuara, al menos presumiblemente, con ánimo de liberalidad. La ratificación (*ratihabitio*), expresa o tácita, del *dominus negotii* convalidaba la gestión, quedando equiparada a un mandato (*ratihabitio mandato comparatur*). La *actio negotiorum gestorum* —primero *in factum* y luego *ex fide bona*— servía para pedir cuentas al gestor. Éste podía ejercitarla en sentido contrario con el fin de reclamar la indemnización de daños y perjuicios causados. Como la gestión de negocios generaba obligaciones bilaterales, aunque no hubiera mediado expresamente un acuerdo previo, fue considerada un cuasicontrato (*quasi ex contractu*).

§94. SOCIEDAD

Se trata de un contrato consensual, oneroso y sinalagmático perfecto por el cual dos o más personas, llama-

das socios, acuerdan la puesta en marcha de un objetivo común, compartiendo beneficios y pérdidas. No admitió el Derecho romano la denominada sociedad leonina (FERDRO, *Fabula Aesopiae* 1.5), es decir, aquella en la que uno de los socios participa sólo de las pérdidas y no de las ganancias (ULPIANO, D. 17.2.29.2). La sociedad es el contrato de confianza por excelencia, por no estar fundado en una contraposición de intereses (como la compraventa, por ejemplo), sino en la consecución de un objetivo común. El dicho «el socio de mi socio no es mi socio» expresa con claridad la naturaleza amistosa del contrato de sociedad. La *actio pro socio* sirve para liquidar las deudas pendientes entre ellos. La sociedad puede abarcar todos los bienes de los socios (*societas omnium bonorum*) o una operación única y temporal (*societas unius rei*). También cabe que la única aportación del socio sea su propio trabajo (socio industrial). La sociedad romana no gozaba de personalidad jurídica y cada socio participaba en las ganancias o en las pérdidas de acuerdo a su cuota. El contrato de sociedad se extinguía por muerte o *capitis deminutio* de uno de los socios y no continuaba con el heredero del socio ni con los socios supervivientes. También se extinguía por concurso de acreedores, por el ejercicio de la *actio pro socio* o por la renuncia de cualquiera de los socios.

§95. COMPRAVENTA

Es un contrato consensual, oneroso y sinalagmático perfecto mediante el cual un vendedor (*venditor*) se compromete a entregar (*tradere*) a un comprador (*emptor*) la posesión pacífica (*vacua possessio*) de una cosa (*res*) a cambio de un precio determinado (*pretium certum*) que éste

habrá de pagarle (*solvere*). La compraventa es el contrato mercantil por excelencia. Originariamente, el objeto propio de la compraventa fue una mercancía (*merx*), es decir, una cosa venal, pero pronto se extendió al conjunto de cosas, tanto mancipables como no mancipables, e incluso a derechos o créditos (MODESTINO, D. 46.3.76). El precio, siempre en dinero (*pecunia numerata*: Inst. 32.1.2), era un elemento esencial en la compraventa, ya que ésta no existía en tanto aquél no fuera cierto (Inst. 3.23.1: *nulla emptio sine pretio esse potest*). Se consideraba nula la compraventa de cosa que ya pertenecía al comprador (POMPONIO, D. 18.1.16 pr.). Se exceptuaba el caso de que se comprara la ventaja posesoria y no la cosa misma (TERTULIANO, D. 18.1.34.4). En Roma, podía ser objeto de compraventa una cosa ajena (*res aliena*). Este tipo de compraventa, aunque nada dice el Código civil español sobre ella, está admitida jurisprudencialmente en España. Sí está regulada, en cambio, en el art. 560 CCjap. y expresamente prohibida en el art. 1599 del *Code civil*. Las obligaciones de entregar y pagar eran simultáneas. Ninguno de los contratantes podía exigir la prestación del otro antes de cumplir su obligación. Para reclamar el cumplimiento de sus obligaciones a la otra parte, el comprador disponía de la *actio empti* y el vendedor, de la *actio venditi*. Tanto el comprador como el vendedor respondían por dolo y culpa. Como el riesgo era del comprador (*periculum est emptoris*), la custodia correspondía al vendedor. Pero en la compraventa de cosas fungibles había de tenerse en cuenta que el género no perecía (*genus nunquam perit*). El cambio de una cosa por otra (*permutatio*) no era propiamente una compraventa; sí lo fue, en cambio, para los sabinianos (GAYO 3.141).

§96. RESPONSABILIDAD POR EVICCIÓN Y POR VICIOS OCULTOS

El vendedor respondía por evicción cuando el verdadero propietario vencía al comprador con la acción reivindicatoria. La última jurisprudencia clásica consideró la evicción como elemento natural (§71) de la compraventa exigible mediante la *actio empti*. Anteriormente, la evicción solía estipularse con referencia al valor que la cosa tenía para el comprador que la perdió por evicción (*stipulatio habere licere*). El vendedor respondía también por vicios ocultos de la cosa vendida (ej.: un animal de carga con enfermedad contagiosa). El comprador podía exigir la resolución mediante la *actio empti* cuando no hubiera sido suficientemente informado de ellos. Contra el vendedor que defraudaba al comprador en la *nuncupatio* de la mancipación de un fundo se podía ejercitar la *actio de modo agri*. Además, contra el vendedor de esclavos que no declaraba las enfermedades y vicios de los esclavos y no quería dar caución, cabía interponer la *actio redhibitoria* con el fin de resolver el contrato. También se le podía reclamar una reducción del precio (*actio quanti minoris*).

§97. COMPRAVENTAS ESPECIALES

El contrato de compraventa ha provocado, por su diversidad, una abundante casuística. Como botón de muestra, se mencionan a continuación algunas compraventas especiales: *i) Compraventa a prueba o con pacto de retrovendo*: Se trata de una compraventa en la que el comprador se reserva el derecho de devolución. Distinta es la denominada *datio ad inspiciendum* (§77), en realidad, un precontrato de compraventa, a la que se refiere

ULPIANO (D. 19.5.20.1): «si te hubiese dado unas mulas para que las probases y las compraras en el caso de gustasen». *ii) Compraventa con pacto de retroemendo*: Se trata del supuesto contrario al pacto de retrovendendo. Esta vez es el vendedor quien se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida devolviendo el precio. *iii) Contrato estimatorio (aestimatum)*: Se trata de un compraventa especial en la que el enajenante entrega unas mercancías al adquirente estimadas a un precio determinado para que éste las revenda al precio que quiera quedando comprometido, una vez cumplido el plazo establecido, a pagar al enajenante el precio convenido con él o a devolver las mercancías sobrantes (ej.: contratos entre el mayorista y el minorista para la venta de vino). El *periculum* corresponde al adquirente (ULPIANO, D. 19.3.1.1). La ventaja del adquirente es que no tiene que hacer el pago inicialmente, sino una vez vendida la mercancía a un precio superior. *iv) Compraventa por subasta (addictio in diem)*: En las compraventas mediante subasta, el comprador y vendedor acuerdan que éste puede resolver la venta si al cabo de un plazo (*in diem*) ha recibido una oferta mejor de un tercero. En este caso, el primer comprador tiene el derecho de mejorar su puja para mantener la cosa.

§98. ARRENDAMIENTO (*LOCATIO CONDUCTIO*)

La palabra española arrendamiento procede de renta (*reddita*), elemento esencial de este contrato, como lo es el precio en la compraventa. De *locatio* deriva locación, término castellano caído en desuso, y «colocación», en el sentido de acomodación en un lugar o empleo (ej.: «el dueño recolocó a todos sus empleados antes de jubilarse»). El arrendamiento es un contrato consensual, one-

roso y sinalagmático perfecto mediante el cual un arrendador (*locator*) coloca temporalmente algo en manos del arrendatario (*conductor*) para que éste lo lleve. Se trata de un contrato muy amplio que da lugar a una gran variedad de relaciones e intereses de gran trascendencia en la vida económica y social de cualquier comunidad: prestaciones de servicios, uso de viviendas y aprovechamiento del suelo. El pago de la cantidad (*merces*), elemento esencial del arrendamiento, puede corresponder tanto al arrendador como al arrendatario, según el tipo de arrendamiento de que se trate. Para reclamar el cumplimiento del contrato a la contraparte, el arrendador dispone de la *actio locati* y el arrendatario de la *actio conducti*. Actualmente, se da más importancia a la retribución que al hecho mismo de la «colocación». La diversidad y riqueza del contrato ha supuesto, en muchos ordenamientos jurídicos, su escisión en distintas figuras contractuales, que han dejado de ser consideradas arrendamientos (ej.: contrato de obra, contrato de prestación de servicios, contrato de transporte, etc.).

§99. TIPOS DE ARRENDAMIENTO

Tres son los tipos de arrendamiento más ordinarios: el arrendamiento de cosa (*locatio conductio rei*), el arrendamiento de servicios (*locatio conductio operarum*) y el arrendamiento de obra (*locatio conductio operis*). *i) Arrendamiento de cosa (locatio conductio rei)*: En este tipo de arrendamiento, el arrendador cede al arrendatario el uso o el uso y disfrute de un inmueble o mueble no consumible a cambio de una merced o renta (*merces*) que el arrendatario se compromete a pagar al arrendador. La merced de la locación de cosa (y de servicios) se considera un

fruto civil, y se adquiere día a día. La renta debe consistir, como el precio en la compraventa, en una cantidad determinada de dinero. El arrendatario es un simple detentador y el arrendador posee por su mediación. El Derecho alemán ha diferenciado, como contratos distintos, el arrendamiento de uso (*Miete*, §535 BGB) del arrendamiento de uso y disfrute (*Pacht*, §581 BGB). El arrendatario de una casa se denomina *inquilinus*; el de un terreno, *colonus*. Salvo pacto en contra, se permite el subarrendamiento. Arrendador puede ser el propietario de la cosa, pero también el titular de un derecho real (usufructuario, superficiario, etc.). *ii) Arrendamiento de servicios (locatio conductio operarum)*: Se trata de una derivación del arrendamiento de cosa, que tiene su origen en el arrendamiento de los servicios de un esclavo; con el tiempo, fueron los propios ciudadanos libres quienes comenzaron a «prestar sus servicios». Arrendador, en esta clase de arrendamiento, es el dueño del esclavo o el mismo ciudadano que «presta sus servicios» (*dare operas*) al arrendatario a cambio de una merced que éste le paga (ej.: contrato de clases particulares de inglés por horas). La obligación del arrendador que presta servicios es de dar y, por tanto, divisible. *iii) Arrendamiento de obra (locatio conductio operis)*: En el arrendamiento de obra, es el arrendador quien encarga algo al arrendatario y paga a éste por la obra cuya ejecución coloca. La obligación del arrendatario es de *facere* y, por ello, indivisible (*opus factum*). En efecto, lo debido es la obra terminada y no el trabajo mismo (ej.: contrato de corte de pelo). El arrendador debe «colocar» algo al arrendatario; de lo contrario, el contrato será de compraventa (ej.: si Ticio entrega la tela al sastre para que le haga una toga, se trata de un arrendamiento; pero

si el sastre se encarga también de poner la tela, estaríamos ante una compraventa).

§100. ARRENDAMIENTOS DE COSA ESPECIALES

A lo largo de los siglos, se fueron originando una serie de contratos de arrendamiento de cosa especiales. Estos arrendamientos han tenido una gran importancia en la tradición jurídica y son expresión del tránsito de una institución basada en una mera relación obligacional a otras figuras jurídicas fundadas en una relación de derecho real (*iura in re aliena*). Estas figuras intermedias han tenido cierta repercusión en los regímenes comunistas de propiedad pública, especialmente en Rusia y en China. El concepto de propiedad privada en China, en realidad, está más próximo a estos arrendamientos especiales que a la idea de propiedad privada en el sentido occidental del término. Las figuras romanas especiales más importantes son las siguientes: *i) Conductio agri vectigalis*: Era un arrendamiento rústico a largo plazo o a perpetuidad de los predios pertenecientes a las ciudades a cambio de una renta pública fija (*vectigal*). El vectigalista tenía facultades para transmitir, pignorar y disponer *mortis causa*, y podía defenderse procesalmente con la acción reivindicatoria útil, así como con los interdictos. *ii) Derecho de superficie*: Se trataba de un arrendamiento especial del suelo de las ciudades a un superficiario para que éste edificase en él y disfrutase de lo edificado a largo plazo o a perpetuidad, a cambio del pago de una renta llamada *solarium*. El superficiario estaba protegido con acciones útiles y con el interdicto *de superficiebus*. *iii) Enfiteusis* (del griego, «hacer plantaciones»): Era un contrato posclásico en virtud del cual el enfiteuta, a cambio del pago de una renta

(*canon*), adquiriría un derecho dominical sobre un terreno privado del que podía disponer *inter vivos* o *mortis causa*. En caso de enajenarlo, el enfiteuta debía notificarlo al propietario, quien podía redimir el derecho pagando ese mismo precio al comprador o consentir la venta y cobrar el 2%.

*Reglas y aforismos jurídicos*¹

1. *Accessorium cedit principali* (cfr. ULPIANO, D. 34.2.19.13). Lo accesorio cede a lo principal.
2. *Actor rei forum sequitur* (cfr. CJ. 3.19.3, del 385). El actor sigue el fuero del demandado.
3. *Actori incumbit necessitas probandi* (cfr. AZÓN, *Brocardica*, rúbrica 21, fol. 130). La prueba incumbe al demandante.
4. *Ad impossibilia nemo tenetur* (cfr. CELSO, D. 50.17.185). Nadie está obligado a lo imposible.
5. *Aequitas praefertur rigore iuris* (AZÓN, *Brocardica*, rúbrica 71, fol. 152). Se prefiere la equidad al rigor del derecho.
6. *Allegans contraria non est audiendus* (JENKINS, *Eight Centuries of Reports*, case 16; BROOM, *Legal Maxims*, p. 168). No se atiende a quien alegue contradicciones.
7. *Audiat et altera pars* (cfr. SÉNECA, *Medea* 199-200, cfr. Evangelio de San Juan 7.50; cfr. san Agustín, *De duabus animabus*, 14.2). Oíase también a la otra parte.

1. Una extensa colección de reglas y aforismos, puede verse en la obra de Rafael DOMINGO (dir.), Javier ORTEGA, Beatriz RODRÍGUEZ ANTOLÍN y Nicolás ZAMBRANA, *Principios de Derecho global. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados* (2ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006).

8. *Bona fides semper praesumitur* (DINO, *regula* 82.5, p. 313). La buena fe se presume siempre.
9. *Caveat emptor* (COKE, *Co. Litt.* 102). Sea precavido el comprador.
10. *Cessante causa cessat effectus* (AZÓN, *Brocardica*, rúbrica 32 fol. 88). Si cesa la causa, cesa el efecto.
11. *Cogitationis poenam nemo patitur* (ULPIANO, D. 48.19.18). Nadie padece pena por su pensamiento.
12. *Communis opinio habet vim consuetudinis* (BALDO, *Lectura ad tres priores libros Decretalium* 1.2.5). La doctrina común tiene la fuerza de la costumbre.
13. *Conceptus pro iam nato habetur* (cfr. GAYO 1.147; PAULO, D. 1.5.7). El concebido se tiene por nacido.
14. *Concursu partes fiunt* (GELSO, D. 32.80). Las partes se hacen por el concurso.
15. *Confessus pro iudicato est* (PAULO, D. 42.2.1). El confeso se tiene por juzgado.
16. *Consensus facit nuptias* (cfr. ULPIANO, D. 50.17.30). El consentimiento hace el matrimonio.
17. *Da mihi factum, dabo tibi ius* (cfr. X. 2.1.6, de Alejandro III): Dame el hecho y te daré el derecho.
18. *Dare est dominium transferre* (DECIO, *consilium* 468, n. 10, p. 508). Dar es transmitir la propiedad.
19. *De minimis non curat praetor* (origen desconocido). El pretor no se ocupa de nimiedades.
20. *Delegata potestas delegari non potest* (cfr. ODOFREDO, *Lectura super Digesto veteri*, fol. 36, ad D. 1.21.1.1, *Qui*

- mandatam*, n. 9). La potestad delegada no puede delegarse.
21. *Dies incertus appellatur condicio* (ULPIANO, D. 30.30.4). El término incierto es llamado condición.
 22. *Do ut des* (PAULO, D.18.5.5.pr.). Doy para que des.
 23. *Dolum non praesumi* (AZÓN, *Brocardica*, rúbrica 6, fol. 15). El dolo no se presume.
 24. *Dolum proprium allegare quis non debet* (AZÓN, *Brocardica*, rúbrica 6, fol. 18). Nadie debe alegar su propio dolo.
 25. *Dura lex, sed lex* (cfr. ULPIANO, D. 40.9.12.1). Ley es dura, pero es la ley.
 26. *Ex die incipit obligatio* (PAULO, D. 44.7.44.1). La obligación comienza desde el momento de su constitución.
 27. *Ex facto ius oritur* (BÁRTOLO, *Commentaria ad Codicem* 3.9.1, n. 4, vol. VII, charta 112; ALCIATO, *Commentaria*, c. 302, n. 5.). El Derecho nace del hecho.
 28. *Exceptio firmat regulam* (DECIO, *consilium* 40, n. 4, p. 51). La excepción confirma la regla.
 29. *Fur semper in mora* (cfr. ULPIANO, D. 13.1.8.1). El ladrón está siempre en mora.
 30. *Genus perire non potest* (DECIO, *consilium* 473, n. 1, p. 513). El género no puede perecer.
 31. *Grave est fidem fallere* (ULPIANO, D. 13.5.1 pr.). Es grave faltar a la confianza.

32. *Homo homini persona* (Álvaro D'ORS, *Nueva introducción* § 5; y *Derecho y sentido común*, p. 112). El hombre para el hombre, persona.
33. *In causa ius esse positum* (ALFENO, D. 9.2.52.2). La solución justa depende del caso.
34. *In claris non fit interpretatio* (cfr. PAULO, D. 32.25.1). En las cosas claras, no se hace interpretación.
35. *In dubio pro reo* (cfr. ARISTÓTELES, *Problemas* 29.13). En la duda, a favor del reo.
36. *In obscuro libertas praevallet* (cfr. MARCIANO, D. 40.5.50). En un caso oscuro, se está por la libertad.
37. *In re communi, potior est conditio prohibentis* (BONIFACIO VIII, *Liber Sextus* 5.12.56). En la cosa común, es mejor la condición del que prohíbe.
38. *Iudices sententiae suae ratione adducant* (BACON, *De iustitia universalis, Aphorismus* 38). Los jueces deben aducir el fundamento de la sentencia.
39. *Iura naturalia immutabilia sunt* (Pierre DE BELLEPERCHE, *Lectura Institutionum* 1 § *Ius naturale* n. 61, p. 105). Los derechos naturales son inmutables.
40. *Iura novit curia* (origen medieval). El tribunal conoce el Derecho.
41. *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (ULPIANO, D. 1.1.10.1). Los preceptos del Derecho son éstos: vivir honestamente; no dañar al prójimo y dar a cada uno lo suyo.

42. *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest* (PAPINIANO, D. 2.14.38). El Derecho público no puede ser alterado por los pactos de los particulares.
43. *Lex semper loquitur* (BÁRTOLO, *Commentaria ad Digestum Vetus* 13.2.1, n. 2; vol. II char. 66). La ley siempre habla.
44. *Mater semper certa est, pater vero is est, quem nuptiae demonstrant* (PAULO, D. 2.4.5). La madre siempre es cierta; es padre, en cambio, quien demuestra las nupcias.
45. *Melior est condicio possessoris* (ODOFREDO, *Lectura super Digesto Veteri* fol. 48, ad D. 2.7.1 pr., n. 2). Tiene mejor posición el poseedor.
46. *Negantis nulla probatio* (cfr. CJ. 4.19.23, del 294; CJ. 4.30.10, de DIOCLECIANO y MAXIMIANO). Quien niega no prueba.
47. *Nemo dat quod non habet* (DECIO, *consilium* 446, n. 4, p. 487). Nadie da lo que no tiene.
48. *Non bis in idem* (DEMÓSTENES, *In Leptinem*, 20.147). No haya dos litigios sobre la misma cosa.
49. *Noxa caput sequitur* (ULPIANO, D. 47.1.1.2). La responsabilidad por un delito sigue a la persona que lo cometió.
50. *Nulla corporis aestimatio fieri potest* (cfr. GAYO, D. 9.1.3). No puede estimarse el cuerpo humano.
51. *Nulla poena sine lege* (cfr. ULPIANO, D. 50.16.131.1). Ninguna pena sin ley.

52. *Nulli res sua servit* (PAULO, D. 8.2.26). Nadie tiene servidumbre sobre cosa propia.
53. *Obligatio est mater actionis* (BRACON III.1 y Juan BERNAL DÍAZ DE LUCO, *Regulae iuris*, n. 501). La obligación es la madre de la acción.
54. *Omnium consensus naturae vox est* (CICERÓN, *Tusculanae disputationes* 1.13.35). El consentimiento de todos es voz de la naturaleza.
55. *Optima est legum interpretis consuetudo* (PAULO, D. 1.3.37). La costumbre es la intérprete óptima de las leyes.
56. *Pacta sunt servanda* (cfr. ULPIANO, D. 2.14.7.7). Los pactos han de observarse.
57. *Prior tempore potior iure* (cfr. CJ. 8.17 [18] 3 [4], del año 213). Anterior en el tiempo, mejor en el derecho.
58. *Privilegia ne inroganto* (cfr. CICERÓN, *De legibus* 3.4.11; 3.19.44; XII Tablas 9.1.12) Que no se irroguen privilegios.
59. *Qui appellat prior, agit* (PAULO, D. 5.21.29). Quien reclama primero es demandante.
60. *Qui contra leges facit per eas non adiuvetur* (AZÓN, *Brocardica*, rúbrica 18, fol. 56). Quien actúa contra las leyes, que no sea beneficiado por ellas.
61. *Qui tacet, consentire videtur* (cfr. ULPIANO, D. 19.2.13.11; BONIFACIO VIII, *Liber Sextus* 5.12.43). Quien calla, otorga.

62. *Quod nullum est rescindi non potest* (ACURSIO, Glosa Ordinaria ad Digestum Vetus, glosa ad distrahendam D. 19.1.116, p. 1222). Lo que es nulo no puede rescindirse.
63. *Quod omnes similiter tangit, ab omnibus comprobetur* (CJ. 5.59.5.2, del 531). Lo que afecta por igual a todos debe ser aprobado por todos.
64. *Ratihabitio retrotrahitur, et mandato comparatur* (AZÓN, Brocardica, rúbrica 33, fol. 89). La ratificación se retrotrae y se equipara al mandato.
65. *Rebus sic stantibus (omnis contractus intellegitur)* (BRUNNEMANN, consilium 57, n. 16). Todo contrato se entiende vinculante mientras no se alteren las circunstancias.
66. *Redde quod debes* (cfr. SÉNECA, *De beneficiis* 3.14.3). Restituye lo que debes.
67. *Reddite ergo quae sunt Caesaris Caesari et quae sunt Dei Deo* (Evangelio: MATEO 22.21; MARCOS 12.17; LUCAS 20.25). Dad al César lo que es del César y a DIOS lo que es de DIOS.
68. *Res ipsa loquitur* (CICERÓN, *Pro Milone* 20.53 y 34.64). Los hechos hablan por sí mismos.
69. *Res iudicata pro veritate accipitur* (ULPIANO, D. 1.5.25=D. 50.17.207). La cosa juzgada se tiene por verdadera.
70. *Res perit domino* (cfr. CJ. 4.24.9, del año 293). La cosa perece para su dueño.

71. *Salus Populi suprema lex esto* (CICERÓN, *De legibus* 3.8). Que la salvación del Pueblo sea la ley suprema.
72. *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem* (CELSE, D. 1.3.17). Entender las leyes no consiste en conocer sus palabras, sino su sentido propio y su imperatividad.
73. *Semel heres semper heres* (cfr. GAYO, D. 28.5.89 [88]). Una vez heredero, siempre heredero.
74. *Servitus in faciendo consistere nequit* (cfr. HEINNECIUS, *Recitationes* §392 y §397). La servidumbre no puede consistir en hacer.
75. *Si lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (AZÓN, *Brocardica*, rúbrica 18, folio 57). Si la ley no diferencia, tampoco debemos hacerlo nosotros.
76. *Sine pretio nulla venditio est* (ULPIANO, D. 18.1.2.1). Sin precio, no hay compraventa.
77. *Singularia non sunt extendenda* (cfr. PAPINIANO, D. 40.5.23.3). El Derecho singular no ha de aplicarse a otros ámbitos.
78. *Socii mei socius, meus socius non est* (ULPIANO, D. 17.2.20=50.17.47.1). El socio de mi socio no es mi socio.
79. *Species eximit de genere* (cfr. PAULO, D. 40.4.10 pr.). La especie exime del género.
80. *Stipulatio non vitiatu[r] verbis superfluis* (ODOFREDO, *Lectura super Digesto Novo*, fol. 125, ad D. 45.1.64, n. 1). La estipulación no se vicia por palabras superfluas.

81. *Suae rei emptio non valet* (POMPONIO, D. 18.1.16 pr.). No vale la compra de cosa propia.
82. *Sub generali continetur speciale* (AZÓN, *Brocardica*, rúbrica 50 fol. 116). Lo especial se contiene en lo general.
83. *Summum ius summa iniuria* (CICERÓN, *De officiis* 1.10.33). Justicia extrema, extrema injusticia.
84. *Superficies solo cedit* (GAYO 2.73 cfr. PAULO, D. 13.7.21). La edificación cede al terreno.
85. *Superflua non nocent* (cfr. CJ. 6.23.17, del 396). Lo superfluo no daña.
86. *Supremus est, quem nemo sequitur* (PAULO, D. 50.16.92). Último es aquel a quien no sigue nadie.
87. *Tot gradus quot generationes* (cfr. PAULO, D. 38.10.10.9). Tantos grados como generaciones.
88. *Tres faciunt collegium* (MARCELO, D. 50.16.85). Tres constituyen un colegio.
89. *Ubi est eadem ratio vel aequitas idem ius statui debet* (LUDOVICUS BOLOGNINUS, *ad Digestum Vetus* 9.2.32, p. 713). Cuando existe la misma razón y equidad, debe establecerse el mismo derecho.
90. *Ubi est verborum ambiguitas, valet quod acti est* (PAULO, 34.5.21 [22] pr.). Cuando existe ambigüedad en las palabras, vale lo que se hizo.
91. *Ubi non est libertas ibi non est consensus* (cfr. BAKER & MILSON, *Sources of English Legal History: Private Law to 1750*, p. 99 nt. 9). Donde no hay libertad no hay consentimiento.

92. *Ubi periculum, ibi et lucrum collocetur* (CJ. 6.2.21.3a, del 530). Donde está el riesgo debe estar también el lucro.
93. *Ubi remedium ibi ius* (cfr. COKE, *Commentary upon Littleton* 197 b). Donde hay un recurso allí hay derecho.
94. *Ubi societas ibi ius* (origen medieval). Donde hay una comunidad, allí hay Derecho.
95. *Usus est legum corrector* (Tito LIVIO, 45.32.7). El uso es corrector de las leyes.
96. *Venire contra proprium factum nulli conceditur* (AZÓN, *Brocardica*, rúbrica 10 fol. 33). A nadie se permite ir contra sus propios actos.
97. *Vim vi repellere licet* (cfr. CASIO-ULPIANO, D. 43.16.1.27; VACARIO, *Liber pauperum*, p. 255 y DÁMASO, *Burchardica*, n. 72). Es lícito repeler la fuerza con fuerza.
98. *Violentus semper est in mora* (PIERRE DE BELLEPERCHE, *Commentaria in Digestum Novum* 43.16.1.33 *Quod autem*, n. 4, p. 35). Quien retiene con violencia está siempre en mora.
99. *Volenti non fit iniuria* (cfr. ULPIANO, D. 47.10.1.5; y DECIO, *consilium* 604, n. 1, p. 631). No se hace injusticia al que la consiente.
100. *Voluntas defuncti pro lege servatur* (AZÓN, *Brocardica*, rúbrica 24 fol. 72 y BUNNEMANN, *consilium* 5, n. 93). La voluntad del difunto sea tenida por ley.

Bibliografía

El manual de referencia para completar estos *Elementos* es el de Álvaro D'ORS, *Derecho privado romano* (10ª ed., cuidada por Xavier D'ORS, Eunsa, Pamplona, 2004). Hay otros muchos manuales, de gran calidad, escritos por profesores españoles y latinoamericanos. Entre ellos, destacan, por su pulcritud, el de Juan IGLESIAS, *Derecho romano* (15ª ed., Ariel, Barcelona 2004); y por su amplitud, el de Alejandro GUZMÁN, *Derecho privado romano*, 2 vols. (Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996).

El tratado de Derecho romano con mayor reconocimiento internacional es el de Max KASER, *Das römische Privatrecht* I. *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht* (2ª ed., Beck Verlag, Múnich, 1971) y II. *Die nachklassischen Entwicklungen* (2ª ed., Beck Verlag, Múnich 1975), completado con su tratado de Derecho procesal romano, Max KASER, *Das römische Zivilprozessrecht* (2ª ed., cuidada por Karl HACKL, Beck Verlag, Múnich, 1996).

Excelentes manuales de Derecho privado romano escritos en otras lenguas son, entre otros, los siguientes: En inglés, Fritz SHULZ, *Classical Roman Law* (Clarendon Press, Oxford, 1951; 2ª ed. cuidada por Wolfgang ERNST, Scientia, Aalen 1992); Barry NICHOLAS, *An Introduction to Roman Law* (Oxford University Press, Oxford, Nueva York, 1962, reimpr. 1975), y William Warwick BUCKLAND, *A Textbook of*

Roman Law from Augustus to Justinian (3^a ed. cuidada por Peter STEIN, Cambridge University Press, 1963). Para la parte de obligaciones, es de gran utilidad, por sus abundante referencias al Derecho comparado, el manual de Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford University Press, Oxford, Nueva York, 1996). En italiano, Pietro BONFANTE, *Corso di diritto romano*, 5 vols. (Sampaolesi, Roma, 1925-1933); Vincenzo ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* (14^a ed., Jovene, Nápoles, 1960); Giovanni PUGLIESE, en colaboración con Francesco SITZIA, Letizia VACCA, *Istituzioni di Diritto romano* (Piccin, Padua, 1986); Mario TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* (Giufrè, Milán, 1990); y Antonio GUARINO, *Diritto privato romano* (12^a ed., Jovene, Nápoles, 2001). En francés, Édouard CUQ, *Les institutions juridiques des romains*, 2 vols. (Libraire Plon, Libraire Marescq Ainé, París, 1902); y Jean GAUDEMET, *Droit privé romain* (Montchrestien, París, 2000). En alemán: Paul JÖRS, Wolfgang KUNKEL, Leopold WENGER, *Römisches Recht* (4^a ed. reelaborada por Heinrich HONSELL, Theo MAYER-MALY, Walter SELB, Springer, Berlin, Viena, 1987); y Max KASER y Rolf KNÜTEL, *Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch* (19^a ed., Beck Verlag, Múncih, 2008).

Modelos de acciones y negocios jurídicos, así como algunas fuentes jurídicas romanas (Ley de las XII Tablas, Instituciones de GAYO, etc.), pueden encontrarse en Rafael DOMINGO (coordinador), *Textos de Derecho romano* (2^a ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2002). Una valiosa edición de bolsillo con fuentes romanas es la de Xavier D'ORS, *Antología de Textos jurídicos de Roma* (Akal, Madrid, 2001). Una recopilación de mil reglas y aforismos romanos ofrecen Rafael DOMINGO (dir.), Javier ORTEGA, Beatriz

RODRÍGUEZ ANTOLÍN y Nicolás ZAMBRANA, *Principios de Derecho Global. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados* (3ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006). De gran utilidad para la comprensión de la terminología jurídica romana son sendos diccionarios editados por Adolf BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (America Philosophical Society, Filadelfia, 1953; reimpr. The Law Exchange, Ltd., Clark, Nueva Jersey, 2004), y Manuel J. GARCÍA GARRIDO, *Diccionario de Jurisprudencia romana* (3ª ed., Dyckinson, Madrid, 1993).

La mejor edición de la Compilación de JUSTINIANO es: *Corpus Iuris Civilis*, vol. I. *Institutiones* (ed. Paul KRÜGER) y *Digesta* (ed. Theodor MOMMSEN y Paul KRÜGER) (16ª ed. Weidmann, Berlín, 1954), vol. II, *Codex Iustinianus* (ed. Paul KRÜGER) (11ª ed. Weidmann, Berlín, 1954); y vol. III. *Novellae* (ed. Rudolph SCHOELL y Wilhelm KROLL) (6ª ed., Weidmann, Berlín, 1954). Una versión bilingüe, en latín y castellano, es la cuidada por Ildelfonso GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo de Derecho civil romano*, 6 vols. (Jaime MOLINAS, Barcelona, 1889; reimpr. Lex Nova, Valladolid, 1988). Muy útil es la traducción del Digesto coordinada por Álvaro D'ORS, *El Digesto de Justiniano*, 3 vols. (Aranzadi, Pamplona, 1968-1975).

El lector interesado en las fuentes prejustinianas puede acudir a la compilación de *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, a cargo de Salvatore RICCOBONO, Giovanni BAVIERA, Contardo FERRINI, Giuseppe FURLANI y Vincenzo ARANGIO RUIZ, 3 vols. (2ª ed., Barbera, Florencia, 1968). La mejor reconstrucción del Edicto perpetuo es la de Otto LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung* (3ª ed., Scientia, Aalen, 1927, reimpr. 1956).

De una palingenesia de la obra de los juristas romanos se ocupó el mismo autor, Otto LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, 2 vols. (2ª ed., Akademische Druck-u. Verlagsanstalt, Graz, 1960 y otras reimpressiones posteriores). Una buena edición de fuentes jurídicas romanas con traducción inglesa y comentarios es la de Allan Chester JOHNSON, Paul Robinson COLEMAN-NORTON y Frank Card BOURNE, *Ancient Roman Statutes* (University of Texas Press, Austin, 1961). De gran utilidad es la obra editada por M. H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, 2 vols. (Institute of Classical Studies, University of London, 1996).

Para la historia del Derecho romano puede consultarse la obra genial de Franz WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* I. *Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur* (Beck Verlag, Múnich, 1988) y II. *Die Jurisprudenz vom frühen Prinzipat bis zum Ausgang der Antike* (cuidada por Joseph Georg WOLF, Beck Verlag, Múnich, 2006). Para la historia de las magistraturas romanas, Wolfgang KUNKEL y Roland WITTMANN, *Staatsordnung und Staatspraxis der Römischen Republik* II. *Die Magistratur* (Beck Verlag, Múnich, 1995). Monumental es la historia de las fuentes del Derecho romano de Leopold WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts* (A. HOLZHAUSEN, 1953; reimpr. Keip, Goldbach, 2000). Sobre la constitución romana, Francesco DE MARTINO, *Storia de la costituzione romana*, 6 vols. (Jovene, Nápoles, 1958-1990, con distintas ediciones y reimpressiones). Una breve pero excelente introducción histórica al Derecho romano ofrecen Wolfgang KUNKEL y Martin SCHERMAIER, *Römische Rechtsgeschichte* (14ª ed., Böhlau, Viena, Colonia, Weimar, 2004). Hay traducción española, a cargo de Juan Miquel, de la séptima edición de Wolfgang KUNKEL, *Historia del Derecho romano* (Ariel, Barce-

lona, 1973). Siempre útiles son las introducciones históricas de Vincenzo ARANGIO RUIZ, *Storia del diritto romano* (7^a ed., Jovene, Nápoles, 1957) y Antonio GUARINO, *Storia del diritto romano* (12^a ed., Jovene, Nápoles, 1998). Una excelente historia de la jurisprudencia romana es la escrita por Fritz SCHULZ, *History of Roman Legal Science* (Clarendon Press, Oxford, 1953); versión alemana *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (Böhlau Nachfolger, Weimar, 1961). Sobre los juristas romanos, puede consultarse la obra clásica Wolfgang KUNKEL, *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung* (reimpr. 2^a ed., Böhlau, Colonia, 2001), y Rafael DOMINGO (coordinador), *Juristas universales I. Juristas romanos y medievales* (Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2004).

Sobre el Derecho romano medieval, fue pionera la obra de Friedrich Carl VON SAVIGNY, *Geschichte des römischen Recht in Mittelalter*, 7 vols. (Becker & Co., Wiesbaden-Biebrich, 1834; ed. facsímil, Hermann GENTNER, Bad Homburg, 1961). Actual y excelente es la obra de Hermann LANGE, *Römisches Recht in Mittelalter I. Die Glossatoren* (Beck Verlag, Múnich) y II. *Die Kommentatoren*, en colaboración con Maximiliane KRIECHBAUM (Beck Verlag, Múnich, 2007).

Sobre historia del Derecho privado europeo, es clásica la obra de Franz WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2^a ed., Vandenhoeck, Gotinga, 1967). Hay una excelente traducción inglesa *A History of Private Law in Europe*, cuidada por Tony WEIR (Oxford University Press, Oxford, Nueva York, 1995). Sobre la influencia del Derecho romano en Europa, continúa siendo interesante la lectura de Paul KOSCHACKER, *Europa una das römische Recht* (3^a ed.,

Beck Verlag, Múnich, 1958). Existe una traducción al castellano a cargo de José SANTA CRUZ TEIJEIRO, *Europa y el Derecho romano* (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955). Más reciente es la obra de Peter STEIN, *Roman Law in European History* (Cambridge University Press, Cambridge, Nueva York, 1999). Sobre el desarrollo del Derecho privado europeo, puede consultarse la obra de R. C. VAN CAENEGEN, *An Historical Introduction to Private Law* (trad. del francés a cargo de D. E. L. Johnston, Cambridge University Press, Cambridge, Nueva York, 1992).

Sobre el espíritu del Derecho romano, es un clásico Rudolph VON IHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 3 vols. (Schwabe, Basilea, 1954). Siguiendo esa huella, son de interés las obras de Juan IGLESIAS, *Espíritu del Derecho romano* (2ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991), y Alan WATSON, *The Spirit of Roman Law* (University of Georgia Press, Athens, 1995). Sobre los principios de Derecho romano, Fritz SCHULZ, *Principles of Roman Law* (2ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1967). Hay traducción castellana de Manuel Abellán Velasco, *Principios de Derecho romano* (2ª ed., Civitas, Madrid, 2000).

Entre las revistas de Derecho romano más importantes, pueden mencionarse: la alemana *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)* (Böhlau Verlag, Viena, Colonia, Weimar); las italianas: *Bullettino dell'Istituto di diritto romano* (Universidad de La Sapienza, Roma, Giuffrè, Milán); *IVRA. Rivista Internazionale di diritto romano et antico* (Jovene, Nápoles); *Studia et Documenta Historiae et Iuris* (Pontificia Universidad Lateranense, Roma, Mursia, Milán); *Index. Quaderni camerti di*

studi romanistici (Jovene, Nápoles); la belga *Revue internationale des droits de l'Antiquité* (Office International des Périodiques, Bruselas) y la holandesa *Tijdschrift voor rechtsge-schiedenis* (Kluwer Academic Publishers, Dodrecht). En lengua española: *Revista de Estudios histórico-jurídicos* (Universidad de Valparaíso, Chile); *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* (Fundación Ursicino Álvarez, Universidad Complutense, Madrid), *Revista General de Derecho Romano* (Iustel, Madrid, on line) y *Revista Internacional de Derecho Romano* (Universidad de Castilla la Mancha, on line).

Las fuentes literarias y jurídicas romanas están accesibles en la dirección de internet: www.thelatinlibrary.com. Información general sobre todas las cuestiones relacionadas de Derecho romano (bibliografía, revistas, congresos, fuentes, etc.) puede encontrarse en la web editada por Ernest Metzger: www.iuscivile.com.

Tabla cronológica básica

753 a.C.	Fundación de Roma.
509	Comienzo de la República.
451-450	Ley de las Doce Tablas.
367	Institución del pretor urbano y de los ediles curules.
286	Lex Hortensia de equiparación de los plebiscitos a las leyes. Ley Aquilia <i>de damno dato</i> .
ca. 242	Institución del pretor peregrino.
218	Segunda guerra púnica. Comienzo de la conquista romana de Hispania.
ca. 130	Ley Ebuca. Inicio del procedimiento formulario.
82-79	Dictadura de SILA. Leyes Cornelias.
44	Asesinato de CÉSAR.
43	Asesinato de CÍCERÓN.
40	Ley Falcidia <i>de legatis</i> .
27	Comienzo del Principado de AUGUSTO.
ca. 6 a.C.	Nacimiento de JESUCRISTO.
14 d.C.	Muerte de AUGUSTO.
73-74	Concesión por VESPASIANO del <i>ius Latii</i> a Hispania.
114-138	Imperio de ADRIANO.
130	Codificación del Edicto.
ca. 161	Instituciones de GAYO.
212	Constitución Antoniniana.
ca. 223	Asesinato de ULPIANO.

- 284-305 Imperio de DIOCLECIANO. Comienzo del Dominado.
- 306-337 Imperio de CONSTANTINO.
- 313 Edicto de Milán.
- 330 Traslado de la capital a Constantinopla.
- 395 Muerte de TEODOSIO I. División del Imperio Romano en dos partes: Occidente y Oriente.
- 426 Ley de Citas.
- 438 Código Teodosiano.
- 476 Caída de Roma en manos de ODOACRO.
- 506 *Lex Romana Visigothorum* o Breviario de Alarico.
- 527-565 Imperio de JUSTINIANO.
- 529 Primera edición del Código de Justiniano.
- 533 Promulgación de las Instituciones y del Digesto.
- 534 Segunda edición del Código de JUSTINIANO.

Índice de tópicos selectos

(Los números remiten a los parágrafos)

A

- abandono noxal 72.
accesión 59.
acción (definición) 25 (fórmula de la) 26.
acción civil 25.
acción con transposición de personas 27, 33.
acción de dolo 74.
acción ficticia 27, 33.
acción *in factum* 27.
acción negatoria 55.
acción personal 25.
acción pretoria 25.
acción Publiciana 64.
acción real 25.
acción reivindicatoria 55.
acción Rutiliana 33.
acción Serviana 33.
acciones adyecticias 27.
acciones contrarias 87.
acciones de buena fe 88.
acciones penales 25, 72.
acciones útiles 27.
acceptilación 82.
actio ad exhibendum 72.
actio auctoritatis 57.
actio certae creditae pecuniae 76.
actio commodati 79.
actio communi dividundo 53.
actio conducti 98.
actio de albo corrupto 72.
actio de dolo 74.
actio de modo agri 96.
actio de peculio vel in rem verso 36.

- actio de pecunia constituta* 78.
actio depositi 91.
actio empti 95, 96.
actio ex testamento 48.
actio exercitoria 27.
actio familiae erciscundae 53.
actio fideiuciae 90.
actio iniuriarum 73.
actio institoria 27.
actio iudicati 32.
actio legis Aquiliae 73.
actio locati 98.
actio mandati 92.
actio pigneraticia in personam
 80.
actio pigneraticia in rem 81.
actio praescriptis verbis 77.
actio pro socio 94.
actio quanti minoris 96.
actio quod metus causa 74.
actio redhibitoria 96.
actio venditi 95.
actiones in personam 25.
actiones in rem 25.
 acto legítimo 57.
 ACURSIO 15.
addictio 58.
addictio in diem 97.
adiudicatio 26.
 adpromisión 85.
aestimatum 97.
affectio maritalis 38.
 agnados 37.
 AGUSTÍN, Antonio 19.
 ALCIATO, Andrea 19.
alieni iuris 36.
 ALTHUSIUS, Johannes 19.
anakrisis 24.
Anglo-American Law 18.
Anglo-Muhammadan Law 18.
 animales 52.
animus (y corpus) 54.
Anspruch 25.
 ANTONINO Pío 10.
 AQUILIO GALO 74, 82.
 ARANGIO RUIZ, Vincenzo 22.
 ARISTÓTELES 68, 76.
arkon 24.
 arrendamiento (*locatio conduc-
 tio*) 98.
 arrendamiento de cosa 99.
 arrendamiento de obra 99.
 arrendamiento de servicios
 99.

arrendamientos de cosa especiales 100.

ars boni et aequi 3.

auctoritas 5.

auctoritas Principis 5.

auctoritas tutoris 39.

AUGUSTO 5.

AZÓN 15.

B

BALDO DEGLI UBALDI 16.

BARTOLO DE SASSOFERRATO 16.

Basílicos 13.

Begriffsjurisprudenz 21.

beneficio de competencia 33.

beneficios de la fideyusión 86.

bilateralidad contractual 87.

bonorum emptor 33.

bonorum possessio 44.

bonorum possessio contra tabulas
44, 47.

bonorum possessio secundum tabulas 44, 45.

bonorum possessio sine tabulis 44,
46.

bonorum venditio 33.

BRACON, Henry 23.

Breviario de ALARICO 14.

BUDÉ, Guillaume 19.

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) 21.

C

caída de Constantinopla 13.

capitis deminutio 36.

CASIO LONGINO 9.

causa adquirendi 77.

causa retinendi 77.

cautio de non amplius turbando
55.

cautio de rato 29.

cautio iudicatum solvi 29, 30.

cautio legatorum servandorum gratia 48.

CELSO (hijo) 9.

CELSO (padre) 9.

CERVIDIO ESCÉVOLA 9, 12.

cessio bonorum 33.

CICERÓN (Marco Tulio) 7, 67.

Cino da Pistoia 16.

citación ante el pretor 29.

civil law 18, 23.

clasificación de las obligaciones 69.

cláusula arbitraria 26.

Codex Iustinianus 11.

Código civil francés 1.

- cognados 37.
cognitio causae 29.
cognitor 30.
comentaristas (Escuela de los) 16.
comicios 6.
comitium 24.
common law 18, 23.
comodato 79.
comparecencia ante el pretor 29.
Compilación de JUSTINIANO 11.
compraventa 95.
compraventas especiales 97.
compromiso arbitral 35.
concilios 6.
condemnatio 26.
condición 71.
condictio 75.
condictio ex poenitentia 77.
conductio agri vectigalis 100.
confarreatio 38.
confessio in iure 29.
Constitución 78.
Constitución de los Estados Unidos (1787) 1, 14.
Constitución mixta republicana 5.
Constitutio Antoniniana 7.
constitutum debiti 78.
constitutum debiti alieni 78.
constitutum possessorium 60.
contratos consensuales 68.
contratos de buena fe 87.
contratos innominados 77, 87.
contratos literales 68.
contratos reales 68.
contratos sinalagmáticos 87.
contratos verbales 68.
contumelia 73.
conubium 38.
Corpus Iuris Canonici 11.
Corpus Iuris Civilis 1, 11, 12.
corpus y animus 54.
cosas: (definición) 51; (clasificación) 52.
cosas específicas 52.
cosas fungibles 52.
cosas genéricas 52.
creditum 75.
cuasicontratos 68.
cuasidelitos 68.
cuasiusufructo 66.
CUJAS, Jacques 19.
culpa 89.

curatela 39.

curator ventris 39.

custodia (responsabilidad por)
79, 80, 89, 95.

D

D'ORS, Álvaro 22, 69.

daño 73.

dare facere preastare 67.

dationes ob causam 77.

dationes ob rem 77.

delitos 72 (civiles) 73; (preto-
rios) 74.

demonstratio 26.

depósito 91.

depósito irregular 91.

depósito secuestro 91.

Derecho civil 7.

Derecho común 17.

Derecho de gentes 7.

derecho de superficies 100.

Derecho natural 7, 20.

Derecho pretorio 8.

Derecho romano (definición)
1; (fuentes) 6; (globaliza-
ción) 23; (en Oriente) 13;
(recepción) 14; (siglo XX)
22; (valor) 1.

Derecho vulgar 14.

derectum 3.

DERNBURG, Heinrich 21.

dies 71.

dies cedens 48.

dies comitiales 24.

dies fasti 24.

dies incertus appellatur condicio
71.

dies iudicarii 24.

dies nefasti 24.

dies veniens 48.

Digesto 12.

distractio bonorum 33.

dolo 74.

Dominado 1.

dominio quiritarario 53.

dominium 53.

donación 62.

DONEAU, Hugues, 19.

DOROTEO 11.

DUMOULIN, Charles 76.

E

Edicto perpetuo 69.

edictos 6.

edictum perpetuum 6.

- editio actionis* 29.
elementos esenciales, naturales y accidentales del contrato 71.
ejecución de la sentencia 33.
embargo 28, 33.
enfiteusis 100.
epigrafía 22.
esclavitud 40.
escuela de Berito 11.
escuela de comentaristas o posglosadores 16.
escuela de Constantinopla 11.
escuela de los humanistas 19.
escuela del Derecho natural 20.
escuela histórica del Derecho 21.
escuela proculeyana 9.
escuela sabiniana 9.
especificación 59.
espíritu del pueblo (*Volksgeist*) 21.
estipulación (*stipulatio*) 82; (superposición) 83.
estipulación Aquiliana 82.
estipulación penal 83.
estipulaciones pretorias 28.
evicción 96.
ex fide bona 88.
ex Roma ius 23.
exactissima diligentia 89.
excepción 26.
excepción usufructuaria 66.
exceptio doli 26.
exceptio pacti 26.
exceptio rei iudicatae 31.
exceptio rei venditae et traditae 64.
expromisión 84.
-
- F**
- facere* 67.
facultades de Derecho de USA 14.
familia romana (valoración) 41.
FEDRO 94.
fenus nauticum 76.
ficción 27.
fideicomisos 49.
fides 2, 49.
fideyusión (*fideiussio*) 86.
fiducia 90.
FILEMÓN 40.
fórmula de la acción 26.
frutos 59.

fuentes de las obligaciones 68.

fuentes del Derecho romano
6.

furtum possessionis 73, 80.

furtum usus 73.

G

GAYO 7, 10, 12.

GENTILI, Alberico 20.

genus nunquam perit 52.

gestión de negocios ajenos 93.

globalización 23.

Glosa Ordinaria 15.

glosadores 15.

GODEFROY, Jacques 19.

GRACIANO 14.

grados de parentesco 37.

GROCIO, Hugo 20.

H

HARMENÓPULOS, Constantino 13.

herederos 43.

herederos necesarios 43.

herederos voluntarios 43.

heredes sui 46.

Hexabiblos 13.

hipoteca (*pignus conventum*)
81.

HOTMAN, François 19.

humanistas 19.

hurto 73.

I

idem debitum 83.

Iglesia Católica 41

IHERING, Rudolph von 21.

impensas 55.

Imperio Bizantino 13.

in iure cessio 58.

in ius vocatio 29.

in rem verso 36.

Instituciones de GAYO 10.

Instituciones de JUSTINIANO 11.

intentio 26.

interdicto *de superficiebus* 100.

interdicto *quod legatorum* 48.

interdictos 28.

intereses 76.

interrogatio in iure 29.

intimidación 74.

IRNERIO 15.

ius 3.

ius civile 7, 17.

ius commune 17.

ius ex persona oritur 7.

ius gentium 7.

ius honorarium 8.

ius liberorum 39.

ius naturale 7.

ius offerendi 81.

ius potestasque 2.

ius ratumque 2.

ius stitium 4.

ius vendendi 81.

iussum iudicandi 32.

iustitia 4.

J

JAVOLENO PRISCO 9.

JULIANO (Salvio) 9, 12, 70.

jurisprudencia de conceptos
21.

jurisprudencia de intereses
21.

juristas romanos 9.

Juristenrecht 2.

justas causas de la *traditio* 60.

justicia 4.

JUSTINIANO 1, 10, 11, 12.

K

KASER, Max 22.

KRÜGER, Paul 12.

KUNKEL, Wolfgang 22.

L

LABEÓN 9.

legados 48.

LEÓN EL SABIO 13.

lesiones 73.

lex Irmitana 22.

Lex Romana Visigothorum 14.

ley *Aquila de damno* 73.

ley de Citas 10.

Ley de las XII Tablas 46.

ley Voconia 46.

leyes 6.

liberi 46.

libertas 2.

líneas de parentesco 37.

litem suam facit 68.

litis contestatio 31.

littera Bononiensis 15.

littera Pisana o Florentina 14.

llamamientos pretorios 46.

locatio conductio 98.

M

Maiestas Populi Romani 5, 6.

mancipación 57.

mandato 92.
mandatum morte solvitur 92.
MANIO MANILIO 9.
manumisión 40.
manus 38.
MARCO JUNIO BRUTO 9.
MASURIO SABINO 9.
matrimonio romano 38.
merx 95.
metus 74.
Miete 99.
minor 39.
missio in bona 33.
missiones 28.
modo (*modus*) 62.
modos de adquisición de la
propiedad 56.
MOMMSEN, Theodor 12.
Monarquía 1.
mora 67.
mutuo (*mutui datio* o *mutuum*)
76.
N

negotiorum gestio 93.
nemo bonus iurista nisi Bartolista
16.
NERACIO PRISCO 9.

NERVA (hijo) 9.
NERVA (padre) 9.
NIEBUHR, Barthold Georg, 10.
nominatio iudicis 26.
non bis in idem 31.
nova species 59.
novación 84.
noxae caput sequitur 72.
noxae deditio 40, 72.
nuncupatio 45.

O

obligaciones (definición) 67;
(fuentes) 68; (clasificación)
69.
obligaciones naturales 70.
obligatio 67.
obligatio re et verbis 83.
obligatio tollitur 31.
ocupación 59.
officium pietatis 47.
ONÉSIMO (esclavo) 40.
ORS, Álvaro d' 22, 69.

P

PABLO DE TARSO 40.
Pacht 99.
pacto de retroemendo 97.

- pacto de retrovendendo 97.
pago de lo indebido 77.
Pandectas 11.
PAPIANIANO 9, 12.
papirología 22.
Paráfrasis griega 13.
parentesco 37.
pater familias 36.
patria potestad 36.
PAULO 9, 12.
peculio 36
peculio castrense 36.
pecunia numerata 95.
PEGASO 9.
«percosa» 40.
persona 7, 11, 23, 25, 39, 40,
41, 42.
periculum 89.
permutatio 95.
personal property 52.
PILIO 15.
PLAUTO 67.
pluris petitio 32.
POMPONIO 12.
posesión (*possessio*) 54.
posglosadores 16.
postulatio actionis 29.
potestas 5.
praescriptio (de la fórmula) 26.
praestare 67.
precio 95.
prenda (*pignus*) 80.
prescripción (adquisitiva) 63.
presuncion *iuris tantum* 32.
presunción *iuris et de iure* 32.
presunciones 32.
pretor fideicomisario 49.
pretor peregrino 8.
pretor urbano 8.
Principado 1.
principio de abstracción 61.
procedimiento *apud iudicem*
32.
procedimiento arbitral 35.
procedimiento cognitorio o
extra ordinem 34.
procedimiento formulario 24.
PRÓCULO 9.
procuratio in rem suam 92.
procurator 30.
propiedad 53.
PUBLIO MUCIO ESCÉVOLA 9.
PUCHTA, Georg Friedrich 21.
PUFENDORF, Samuel 20.

Q

QUINTO MUCIO ESCÉVOLA el Pontífice 9.

quarta debitaie portionis 47.

R

RABEL, Ernst 22.

ratihabitio 93.

real property 52.

receptum arbitri 35.

receptum argentarii 78.

reciprocidad contractual 87.

recuperatores 29.

recursos de la jurisdicción pretoria 28.

renacimiento del Derecho Romano en Occidente 14.

renta 98.

replicatio 26.

representación procesal 30.

República 1.

res 51.

res communes 52.

res in iudicium deducta 31.

res in patrimonio 52.

res Mancipi (nec Mancipi) 52.

res nullius 52.

res sibi non liquere 32.

responsa 6.

responsabilidad contractual 89.

responsabilidad por custodia 79, 80, 89, 95.

responsabilidad por evicción 96.

responsabilidad por vicios ocultos 96.

restitutiones in integrum 28.

retención sin causa 75.

S

SABINO (Masurio) 9.

SAUMAISE, Claude 76.

SAVIGNY, Friedrich Carl von 10, 21.

scientia iuris 1.

sella curulis 24.

semel heres semper heres 43, 49.

senadoconsultos 6.

Senatus Populusque Romanus 5.

servidumbres prediales 65.

servidumbres positivas y negativas 65.

servidumbres rústicas y urbanas 65.

SERVIO Sulpicio Rufo 9.

sociedad (contrato) 94.

sociedad leonina 94.
solidaridad 85.
soluti retentio 70.
solutio 75.
stipulatio habere licere 96.
subasta 97.
successio in possessionem 63.
sucesión forzosa 47, 50.
sucesión hereditaria 42, (valoración) 50.
sucesión intestada (o abintestato) 46.
sucesión testamentaria 45.
superficiario 100.
superficies solo cedit 59.
superfluum 80.
superposición de estipulaciones 83.
synalagma 87.

T

TEÓFILO 11.
término 71.
testamenti factio 45.
testamento 45.
THOMASIVS, Christian 20.
TOMÁS DE AQUINO 76.
tot gradus quot generationes 37.

traditio. 60 (en otros ordenamientos) 61.
traditio brevi manu 60.
transactio 29.
translatio iudicis 32.
transposición de personas 27.
Tratado de Lisboa 22.
TRIBONIANO 11.
triplicatio 26.
trust 49.
tutela 39.

U

ULPIANO 7, 9, 12.
uniones civiles 41.
unum imperium unum ius 17.
usucapión 63.
usufructo 66.
usureceptio fiduciae 90.
uti frui habere possidere 53.
utrumque ius 17.

V

vadimonio 29.
vicios ocultos 96.
vindex 29.
vindicatio servitutis 65.
vindicatio ususfructus 66.

vis maior 79.

VITORIA, Francisco de 20.

viviente humano 39.

Volkgeist 21.

vulgarismo jurídico 2.

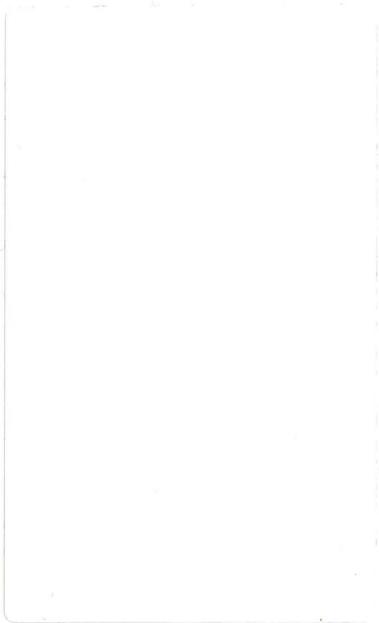
W

WIEACKER, Franz 22.

WINDSCHEID, Bernhard 21.

WOLFF, Christian 20.

writs 24.



ISBN: 978-84-9903-495-9
C.M.: 15675



9 788499 034959

THE GLOBAL LAW COLLECTION

THE BASICS OF LAW SERIES

www.globallawcollection.com

UNIVERSIDAD DE NAVARRA



102633119