

Derecho Privado Romano

Max Kaser
Rolf Knütel
Sebastian Lohsse



Derecho Privado



DERECHO PRIVADO ROMANO

COLECCIÓN DE DERECHO PRIVADO

Director

Antonio Manuel Morales Moreno

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid,
académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Consejo Asesor

Antonio Pau Pedrón, doctor de la Universidad Autónoma de Madrid, notario, registrador de la propiedad y abogado del Estado.

José Miguel Embid Irujo, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia.

María Paz García Rubio, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

Nieves Fenoy Picón, profesora titular de Derecho Civil (acreditada como Catedrática de Universidad) de la Universidad Autónoma de Madrid.

Justo García Sánchez, catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Oviedo.

DERECHO PRIVADO ROMANO

MAX KASER
ROLF KNÜTEL
SEBASTIAN LOHSSE



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2022

Primera edición en este formato: septiembre de 2022



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© De la traducción de esta edición al español, Patricio Lazo González y Francisco Andrés Santos
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 090-22-204-2 (edición en papel)
090-22-205-8 (edición en línea, PDF)
090-22-206-3 (edición en línea, ePUB)

ISBN: 978-84-340-2857-9

Depósito legal: M-22520-2022

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE GENERAL

NOTA DE LOS TRADUCTORES	23
PRÓLOGO A LA 21. ^a EDICIÓN	27
PRÓLOGO A LA 17. ^a EDICIÓN	29
PRÓLOGO A LA 16. ^a EDICIÓN	32
ÍNDICE DE ABREVIATURAS	35
INTRODUCCIÓN	47
§ 1. Desarrollo e importancia del derecho privado romano	47
I. Generalidades	47
II. Historia	48
III. El <i>Corpus Iuris Civilis</i>	56
IV. La persistencia del derecho romano	58
V. La codificación	62
VI. El derecho romano en la actualidad.....	63
VII. Fuentes.....	68
VIII. Bibliografía.....	73
§ 2. Caracteres generales del Derecho privado romano.....	78
I. Ausencia de uniformidad, estratos	78
II. Derecho de juristas. Derecho imperial	79
III. Sistema	89
CAPÍTULO I. FUNDAMENTOS Y CONCEPTOS FUNDAMENTALES	93
A. DERECHO	93
§ 3. Concepto y clases de Derecho. El ordenamiento jurídico	93
I. <i>Ius</i> (Derecho).....	93
II. <i>Ius publicum</i> – <i>ius privatum</i>	96

	Páginas
III. Ámbito de aplicación. <i>Ius civile – ius gentium</i>	98
IV. <i>Ius civile – ius honorarium (praetorium)</i>	106
V. Aplicación del Derecho	106
§ 4. Los derechos subjetivos. Acción (<i>actio</i>) y excepción (<i>exceptio</i>). Prescripción. Abuso de derecho.....	110
I. Derechos absolutos y relativos	110
II. <i>Actio</i> y <i>exceptio</i>	112
III. Prescripción	115
IV. Abuso de derecho	117
B. LOS NEGOCIOS JURÍDICOS	119
§ 5. Negocios jurídicos y contratos en general	119
I. Negocios jurídicos	119
II. Contratos.....	120
§ 6. El formalismo jurídico. Generalidades	121
I. Concepto y características	121
II. Negocios imitados	122
III. Correspondencia formal	122
IV. Negocios libres de forma.....	123
§ 7. Los distintos negocios formales.....	124
I. <i>Mancipatio</i> , actos librales.....	124
II. <i>In iure cessio</i>	128
III. <i>Stipulatio</i>	130
IV. Forma escrita y documentos	132
§ 8. Interpretación y vicios de la voluntad.....	136
I. Interpretación.....	136
II. Error.....	143
III. El negocio simulado	148
IV. Coacción	149
V. Dolo	152
§ 9. Ineficacia. Negocios ilícitos y contrarios a las buenas costumbres. Fraude de acreedores	155
I. Ineficacia	155
II. Negocios ilícitos y contrarios a las buenas costumbres.....	157
III. Fraude de acreedores	159

	Páginas
§ 10. Condición, término, modo, cómputo del tiempo	161
I. Condición	161
II. Término.....	166
III. Modo.....	167
IV. Cómputo del tiempo	168
§ 11. Representación, órganos de actuación, titularidad fiduciaria.....	169
I. Generalidades	169
II. Órganos de actuación.....	170
III. Titularidad fiduciara	173
IV. Actos de disposición.....	175
CAPÍTULO II. DERECHO DE PERSONAS	177
§ 12. Persona y familia.....	177
I. La familia romana arcaica	177
II. <i>Gens</i>	180
III. El debilitamiento de las agrupaciones familiares	181
§ 13. La capacidad jurídica. Personas físicas.....	183
I. Capacidad jurídica	183
II. Comienzo y fin de la capacidad jurídica	185
III. Honorabilidad	187
§ 14. La capacidad de obrar	189
I. Generalidades	189
II. Grados de edad	189
III. Sexo	193
IV. Enfermedad mental.....	195
V. Prodigalidad.....	195
§ 15. Los esclavos	196
I. Situación jurídica.....	196
II. Caída en la esclavitud.....	202
III. Fin de la esclavitud.....	203
IV. Sobre el desarrollo ulterior	205
§ 16. Manumisión y libertos. Otras dependencias	208
I. Manumisión.....	208
II. Libertos y patronato.....	211
III. Otras relaciones de dependencia	213

	Páginas
§ 17. Corporaciones y fundaciones.....	215
I. Generalidades	215
II. Corporaciones en particular.....	217
III. Fundaciones.....	220
 CAPÍTULO III. DERECHO DE LAS COSAS	 221
A. GENERALIDADES	221
§ 18. Las cosas	221
I. Concepto y clases de cosas.....	221
II. Pertenenencias.....	225
III. Frutos.....	225
§ 19. La posesión. Naturaleza y clases	227
I. Generalidades	227
II. Historia	228
III. <i>Possessio civilis</i>	229
IV. Posesión interdictal.....	230
V. Detentación.....	233
VI. La evolución de época posclásica.....	235
§ 20. Adquisición y pérdida de la posesión	236
I. Adquisición.....	236
II. Conservación y pérdida de la posesión.....	238
§ 21. Protección de la posesión.....	240
I. Generalidades	240
II. Los interdictos en particular	242
III. La situación en el derecho postclásico	245
B. DOMINIO	247
§ 22. Contenido esencial e historia	247
I. Concepto de dominio.....	247
II. Historia y clases de propiedad.....	247
§ 23. Limitaciones del dominio. Copropiedad.....	252
I. Limitaciones del dominio externas al derecho privado	252
II. Limitaciones jurídico-privadas del dominio. Generalidades...	254

	Páginas
III. Derecho de vecindad	255
IV. Copropiedad	259
§ 24. La transmisión de la propiedad	264
I. Generalidades	264
II. <i>Mancipatio</i>	266
III. Cesión ante el magistrado (<i>in iure cessio</i>).....	267
IV. Transmisión por <i>traditio</i> (entrega sin formalidades)	268
V. El derecho posclásico	271
§ 25. La prescripción adquisitiva o usucapión	275
I. Derecho arcaico	275
II. Usucapio	277
III. <i>Longi temporis praescriptio</i>	280
IV. El derecho posclásico	281
§ 26. Los modos «naturales» de adquirir el dominio.....	283
I. Ocupación.....	283
II. Adquisición de frutos	286
III. Unión, mezcla, especificación	287
§ 27. La protección del dominio	294
I. <i>Rei vindicatio</i>	294
II. Actio negatoria	300
III. Actio Publiciana	301
IV. <i>Exceptio rei venditae et traditae</i>	303
C. DERECHOS REALES LIMITADOS	305
§ 28. Servidumbres	305
I. Esencia, tipos y requisitos	305
II. Constitución y extinción.....	308
III. Protección	310
§ 29. Usufructo y otros derechos personales de disfrute	313
I. Usufructo (<i>ususfructus</i>).....	313
II. El <i>usus</i> y otros derechos personalísimos de disfrute	318
§ 30. Enfiteusis. Superficie	320
I. Enfiteusis	320
II. Derecho de superficie	321

	Páginas
§ 31. Relaciones pignoraticias	323
I. Esencia y tipos	323
II. <i>Fiducia</i>	324
III. Pignus	326
CAPÍTULO IV. DERECHO DE LAS OBLIGACIONES	339
A. ESENCIA, CLASES Y CONCEPTO DE LAS OBLIGACIONES	339
§ 32. Esencia e historia de las obligaciones	339
I. El concepto de obligación	339
II. Historia	340
§ 33. Obligación y <i>actio</i> . Clases de obligaciones	348
I. Obligación y <i>actio</i>	348
II. Obligaciones civiles, obligaciones honorarias	351
III. <i>Naturalis obligatio</i>	353
§ 34. La extensión de las obligaciones	355
I. Amplitud del arbitrio del juez: acciones de derecho estricto y <i>bonae fidei iudicia</i> . Acciones respecto de un <i>certum</i> o de un <i>incertum</i>	355
II. Indemnización de perjuicios	361
III. Acciones reipersecutorias y penales	365
IV. Anexo: Cesión de acciones	367
§ 35. Contenido de la prestación	368
I. Requisitos generales	368
II. Obligaciones alternativas y genéricas	372
III. Obligaciones dinerarias	374
IV. Intereses	376
§ 36. Causalidad y culpa	379
I. Generalidades. Causalidad	379
II. Culpa derivada de delitos. Antijuridicidad	382
III. Responsabilidad derivada de contratos y de relaciones similares a los contratos	385
IV. Sobre la doctrina de la responsabilidad posclásica y el desarrollo posterior	391
V. La responsabilidad por los auxiliares	392
VI. <i>Casus</i>	393

	Páginas
§ 37. El incumplimiento de las obligaciones	395
I. Incumplimiento por parte del deudor	395
II. Mora del deudor	397
III. Mora del acreedor	401
IV. Litispendencia.....	402
B. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES. OBLIGACIONES EN PARTI- CULAR	404
§ 38. Clasificación de las obligaciones	404
I. Obligaciones nacidas de contratos (<i>ex contractu</i>) y de delitos (<i>ex delicto</i>). Otros grupos	404
II. Obligaciones contraídas <i>re, verbis, litteris, consensu</i>	406
III. Pactos.....	407
IV. Obligaciones unilaterales y plurilaterales.....	410
§ 39. Mutuo, comodato, depósito y prenda.....	413
I. Mutuo (<i>nexum, mutuum</i>).....	413
II. Comodato	416
III. Depósito.....	417
IV. Prenda (<i>pignus</i>).....	420
§ 40. Estipulación. Contrato literal	422
I. Estipulación	422
II. Contrato literal.....	428
§ 41. Compraventa (<i>emptio venditio</i>)	430
I. Esencia y desarrollo.....	430
II. Celebración y objetos	432
III. Acciones de la compraventa. Obligaciones	437
IV. Transmisión del riesgo.....	441
V. Garantía por los defectos jurídicos	445
VI. Garantía por vicios de la cosa.....	450
VII. Reservas de desistimiento.....	457
§ 42. Arrendamiento, arrendamiento de servicios, arrendamiento de obra (<i>locatio conductio</i>)	459
I. Esencia y unidad.....	459
II. Alquiler y arrendamiento.....	460
III. Contrato de servicios	465
IV. Contrato de obra	468

	Páginas
§ 43. Sociedad (<i>societas</i>) y comunidad (<i>communio</i>)	472
I. Sociedad	472
II. Comunidad (<i>communio</i>)	477
§ 44. Mandato (<i>mandatum</i>) y gestión de negocios sin mandato	479
I. Mandato (<i>mandatum</i>)	479
II. Gestión de negocios sin mandato (<i>negotiorum gestio</i>)	482
§ 45. Contratos (reales) innominados	487
I. Acciones <i>in factum</i> como precedentes	487
II. <i>Actio praescriptis verbis</i>	488
§ 46. Contratos con acción pretoria	491
I. Generalidades	491
II. <i>Constitutum (debiti)</i>	491
III. <i>Recepta</i>	492
§ 47. Donación (<i>donatio</i>)	494
I. Esencia y efectos	494
II. Restricciones	496
§ 48. Retención sin causa y enriquecimiento	499
I. Generalidades. <i>Condictio</i>	499
II. Requisitos y contenido. Derecho clásico	501
III. Derecho justinianeo	507
§ 49. Responsabilidad por negocios realizados por personas sujetas a potestad y por auxiliares	511
I. Generalidades	511
II. Acciones en particular	512
§ 50. Obligaciones nacidas de delitos. Generalidades	516
I. « <i>Delictum</i> ». « <i>Obligaciones ex delicto</i> »	516
II. Características comunes de las acciones penales	518
§ 51. Delitos en particular	522
I. Hurto (<i>furtum</i>) y delitos semejantes	522
II. Lesiones al esclavo y daños causados en las cosas (<i>damnum iniuria datum</i>)	525
III. Lesiones (<i>iniuria</i>)	530

	Páginas
IV. Delitos violentos. Robo (<i>rapina</i>).....	533
V. Otros delitos.....	533
C. EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES.....	535
§ 52. La extinción de la deuda. Generalidades	535
I. Esencia y tipos.....	535
II. Historia	535
§ 53. Pago y otras causas de extinción.....	538
I. Pago (<i>solutio</i>), prestación sustitutiva del cumplimiento, depósito en consignación	538
II. Remisión de la deuda.....	542
III. Compensación (<i>compensatio</i>)	544
IV. Confusión	547
V. Causas especiales de extinción.....	547
§ 54. Novación y delegación.....	549
I. Novación.....	549
II. Novación procesal	551
III. Delegación (<i>delegatio</i>).....	552
D. CAMBIO DE SUJETOS Y PLURALIDAD DE SUJETOS DE LAS OBLIGACIONES	555
§ 55. Cesión de créditos y asunción de deudas.....	555
I. Generalidades	555
II. La cesión y sus formas de sustitución	555
III. Asunción de deudas.....	557
§ 56. Pluralidad de acreedores y deudores. Obligaciones solidarias	559
I. Generalidades. Obligaciones divisibles y cumulativas.....	559
II. Obligaciones solidarias.....	560
§ 57. <i>Adstipulatio</i> y fianza. Intercesión.....	563
I. <i>Adstipulatio</i>	563
II. Fianzas estipulatorias.....	563
III. Mandato de crédito	570
IV. <i>Constitutum debiti alieni</i>	570
V. Intercesión	571

	Páginas
CAPÍTULO V. DERECHO DE FAMILIA	573
A. MATRIMONIO	574
§ 58. Matrimonio y potestad marital.....	574
I. Esencia del matrimonio	574
II. Poder marital (<i>manus</i>)	576
III. Esponsales (<i>sponsalia</i>)	577
IV. Presupuestos e impedimentos matrimoniales.....	579
V. Celebración del matrimonio. <i>Conventio in manum</i>	585
VI. Efectos del matrimonio.....	588
VII. Disolución del matrimonio; en especial el divorcio	589
VIII. Concubinato.....	592
§ 59. Régimen económico-matrimonial. Dote (dos) y donación nupcial (<i>donatio ante, propter nuptias</i>)	594
I. Generalidades	594
II. Dote (<i>dos</i>).....	596
III. Donación nupcial (<i>donatio ante, propter nuptias</i>)	603
B. PATRIA POTESTAD Y PARENTESCO	605
§ 60. La patria potestad (<i>patria potestas</i>)	605
I. Naturaleza y contenido	605
II. Posición jurídica de los hijos de familia.....	608
III. Surgimiento de la <i>patria potestas</i>	611
IV. Finalización de la <i>patria potestas</i>	616
§ 61. Parentesco	619
I. Generalidades	619
II. Hijos ilegítimos (no matrimoniales).....	620
C. TUTELA Y CURATELA	622
§ 62. La tutela sobre los impúberes (<i>tutela impuberum</i>)	622
I. Naturaleza y desarrollo.....	622
II. Clases, llamamiento a la tutela	623
III. Funciones del tutor	626
IV. Protección jurídica del pupilo.....	628
§ 63. La tutela sobre las mujeres (<i>tutela mulierum</i>).....	632

	Páginas
§ 64. La curatela (<i>cura</i>).....	634
I. Naturaleza y desarrollo.....	634
II. La curatela de los menores (<i>cura minorum</i>).....	634
III. La curatela de los enfermos mentales (<i>cura furiosi</i>).....	636
IV. La curatela del pródigo (<i>cura prodigi</i>).....	637
V. Otras curatelas.....	637
VI. Desarrollos posteriores.....	637
CAPÍTULO VI. DERECHO DE SUCESIONES	639
A. GENERALIDADES. LLAMAMIENTO A LA HERENCIA	639
§ 65. La sucesión hereditaria. Herencia (<i>hereditas</i>) y posesión del patrimonio hereditario (<i>bonorum possessio</i>).....	639
I. Naturaleza de la sucesión hereditaria	639
II. Historia	641
III. Herencia (<i>hereditas</i>) y posesión de los bienes hereditarios (<i>bonorum possessio</i>).....	644
IV. Llamamiento a la sucesión hereditaria	646
§ 66. La sucesión intestada	648
I. Sucesión hereditaria de los herederos domésticos (<i>sui heredes</i>) según el <i>ius civile</i>	648
II. Sucesión hereditaria de los herederos extraños a la familia (<i>extranei heredes</i>) según el <i>ius civile</i>	649
III. Posesión de los bienes hereditarios del fallecido sin testamento (<i>bonorum possessio intestati</i>)	651
IV. Senadoconsultos Tertuliano y Orficiano (<i>SCta. Tertullianum</i> y <i>Orfitianum</i>).....	654
V. Herencia vacante.....	655
VI. Desarrollo postclásico	655
VII. El derecho de las Novelas.....	656
VIII. Desviaciones de los «órdenes de parentelas» (<i>Parentelenordnungen</i>).....	657
§ 67. Los testamentos. Formas de testar	659
I. El testamento según el <i>ius civile</i>	659
II. <i>Bonorum possessio</i> «conforme al testamento» (<i>b. p. secundum tabulas</i>).....	662
III. Testamentos postclásicos.....	663
IV. Apertura del testamento.....	665
V. Ejecución testamentaria.....	665

	Páginas
§ 68. Formalismo. Contenido y eficacia de los testamentos. Codicilos.....	666
I. Formalismo.....	666
II. Contenido; en especial la institución de heredero	667
III. Capacidad de hacer testamento y de ser instituido.....	670
IV. Ineficacia. Revocación.....	672
V. Codicilo	673
§ 69. Sucesión hereditaria contra el testamento. Desheredación y preterición...	675
I. Generalidades	675
II. Desheredación y preterición según el <i>ius civile</i>	676
III. <i>Bonorum possessio</i> «contra el testamento» (<i>bonorum possessio contra tabulas</i>).....	677
IV. Derecho postclásico.....	678
§ 70. Derecho de legítimas. La acción por testamento inoficioso (<i>querela inofficiosi testamenti</i>).....	679
I. La acción por testamento inoficioso (<i>querela inofficiosi testamenti</i>).....	679
II. <i>Querela inofficiosae donationis</i>	681
B. ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA Y SITUACIÓN DEL HEREDERO ...	683
§ 71. Adquisición de la herencia. Incapacidad para heredar y para adquirir. Indignidad para suceder.....	683
I. Adquisición de la herencia de los herederos domésticos	683
II. Adquisición de la herencia de los <i>extranei</i>	684
III. Solicitud de entrega de la <i>bonorum possessio (agnitio bonorum possessionis)</i>	686
IV. Incapacidad de suceder, incapacidad de adquirir (<i>incapacitas</i>) ...	687
V. Indignidad.....	689
§ 72. Las relaciones jurídicas sobre la herencia aún no adquirida.....	691
I. Herencia yacente	691
II. La usucapión «como heredero» (<i>usucapio pro herede</i>).....	691
III. Cesión de la herencia (<i>in iure cessio hereditatis</i>).....	693
IV. Transmisión hereditaria del derecho a la adquisición (<i>transmissio delationis</i>).....	694
§ 73. Pluralidad de herederos. Acrecimiento y colación.....	695
I. Comunidad hereditaria arcaica	695
II. Comunidad por cuotas	696

	Páginas
III. Acrecimiento	696
IV. Aportación del patrimonio obtenido con anterioridad (<i>collatio bonorum</i>).....	698
§ 74. La responsabilidad por deudas hereditarias	700
I. Generalidades	700
II. Limitaciones de responsabilidad	700
§ 75. La protección del derecho hereditario.....	703
I. <i>Hereditatis petitio</i> (acción de petición de herencia, acción hereditaria)	703
II. <i>Interdictum quorum bonorum</i>	708
C. ADQUISICIÓN SINGULAR <i>MORTIS CAUSA</i>	710
§ 76. Los legados	710
I. Generalidades	710
II. Clases y contenido de los legados	711
III. Adquisición del legado	714
IV. Ineficacia y revocación de los legados.....	716
V. Limitaciones legales a los legados.....	717
§ 77. Los fideicomisos	720
I. Generalidades	720
II. La regulación de los fideicomisos singulares	721
§ 78. El fideicomiso de herencia.....	724
I. Generalidades	724
II. Desarrollo	724
§ 79. La donación por causa de muerte (<i>donatio mortis causa</i>).....	727
I. <i>Donatio mortis causa</i>	727
II. <i>Mortis causa capio</i>	728
CAPÍTULO VII. INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL CIVIL	729
§ 80. Generalidades. Historia.....	729
I. Derecho privado y derecho procesal.....	729
II. Historia	731

	Páginas
§ 81. El procedimiento de las acciones de la ley (<i>legis actiones</i>).....	740
I. Generalidades	740
II. Procedimiento contencioso o declarativo	740
III. Procedimientos ejecutivos	743
§ 82. El proceso formulario. El procedimiento ante el tribunal (<i>in iure</i>).....	747
I. Iniciación del procedimiento	747
II. Tramitación ante el magistrado jurisdiccional.....	749
III. Constitución del proceso y nombramiento del tribunal juzgador.....	754
IV. Representación procesal	757
§ 83. La fórmula procesal	759
I. Generalidades	759
II. Ejemplos de fórmulas y cláusulas de la fórmula	763
§ 84. El procedimiento ante el juez (<i>apud iudicem</i>)	772
I. Procedimiento hasta la sentencia.....	772
II. La sentencia	774
§ 85. La ejecución en el procedimiento formulario	778
I. Generalidades	778
II. Ejecución personal y patrimonial	778
§ 86. Remedios pretorios especiales	782
I. <i>Interdictum</i>	782
II. Restitución en el estado anterior (<i>in integrum restitutio</i>)	783
§ 87. El procedimiento cognitorio clásico	786
I. Generalidades	786
II. El procedimiento contencioso	787
III. Ejecución	789
§ 88. El proceso postclásico.....	791
I. Generalidades	791
II. El procedimiento contencioso o declarativo.....	792
III. La ejecución postclásica	795
IV. Proceso por rescriptos.....	795
V. <i>Episcopalís audientia</i>	795

	Páginas
APÉNDICE 1. REGLAS JURÍDICAS LATINAS	798
APÉNDICE 2. EMPERADORES ROMANOS (HASTA JUSTINIANO)...	801
ÍNDICE DE FUENTES	805
ÍNDICE DE MATERIAS.....	811

NOTA DE LOS TRADUCTORES

La traducción del *Römisches Privatrecht* de Max Kaser (21.^a edición alemana) que el lector tiene en sus manos, y que nos fuera encomendada por esta casa editorial, se debió a la iniciativa y al inagotable empeño del Prof. Antonio-Manuel Morales Moreno. Sin su convicción y apoyo constante para llevar adelante esta empresa, difícilmente habría visto la luz. Es justo retribuir en estas primeras líneas al Prof. Morales Moreno, civilista culto, maestro de varias generaciones de civilistas y conocedor del derecho romano y de la disciplina científica a su alero.

La tarea de traducir el texto de Kaser imponía no uno sino varios desafíos que era necesario tener presente al momento de emprender la tarea. Por lo pronto, Max Kaser había sido uno de los más brillantes romanistas del siglo xx y su obra, no tanto este *Studienbuch*, sino su *Handbuch*, de imprescindible cita. La importancia de una nueva traducción de su manual era, por consiguiente, un encargo muy delicado. Desde luego, ya contábamos con una traducción española, de 1968, a cargo de José Santa Cruz Teijeiro, que lo era de la 5.^a edición alemana. Ella era ya un hito importante, puesto que había contribuido decisivamente al conocimiento de la obra de Kaser, no solo en España, sino también en el resto de Hispanoamérica; territorios cuyas bibliotecas jurídicas, a pesar de todas las dificultades, no dejaron de tener en sus anaqueles una copia de la traducción de Santa Cruz Teijeiro. Y es que la traducción del entonces catedrático de la Universidad de Valencia, era, además, un texto envidiablemente bien pulido en cuanto a su estilo, en el que, además de plasmar el texto kaseriano con gran fidelidad en cuanto a sus contenidos, lo había hecho en un estilo a la altura del de Kaser, lo que en modo alguno era sencillo.

Pero el texto de este *Römisches Privatrecht* fue evolucionando, y de ello da cuenta en alguna medida el prefacio que escribe el propio autor a la 16.^a edición, de 1991, la última que quedaría a su cuidado. En lo sucesivo, ya a contar desde la 17.^a edición, sería el Prof. Knütel, fallecido en septiembre de 2019, quien, además de mantener al día el contenido, iría incorporando bibliografía romanística reciente y una mayor conexión con el derecho privado vigente, como lo prueba la ingente cantidad de citas a códigos civiles y algunas leyes especiales, tanto de Alemania, Austria y Suiza, por el bloque «germánico», como de un número importante de códigos civiles europeos y latinoamericanos. El texto que llegó a manos de los traductores corresponde a la 21.^a edición, primera en la cual se incorporaba al Prof. Sebastian Lohsse al cuidado de

la misma. El texto, por consiguiente, no ha perdido vigencia alguna desde la primera edición del mismo; su contenido ha ido aumentando con los años, lo mismo que su bibliografía. Si Kaser concedía una finalidad puramente didáctica al texto, las últimas ediciones dan cuenta de la adición de otras finalidades: por lo pronto, la actualización de su bibliografía permite a cualquier interesado profundizar sobre cualquier tema romanístico; por otro lado, el interesado en conectar el derecho privado moderno con instituciones romanas tiene a su mano una exposición que permite cumplir el objetivo con mucha precisión. En definitiva, ya no se está frente a un manual en sentido estricto; no lo es, desde luego, por su extensión (las más de quinientas páginas de la edición alemana exceden con mucho a las recomendaciones actuales al respecto), ni tampoco lo es por ceñirse su contenido a los contenidos esenciales de los programas de estudio de derecho romano, que en la mayoría de las universidades europeas están limitados a un semestre.

Los traductores hemos tenido presente estas consideraciones al momento de emprender la tarea. Entre los objetivos que se han pretendido cumplir uno era guardar fidelidad al texto en sus aspectos informativos. Por lo mismo, en todo momento se han conservado no solo las expresiones en latín y sus respectivas traducciones, sino que también, en los casos en que el autor echaba mano del léxico más propio del derecho civil alemán, se ha intentado ofrecer una traducción apropiada de dichas instituciones. Eso sí, hemos cuidado de no sobrecargar al lector con expresiones alemanas entre paréntesis, de modo que, en su mayoría, éstas suelen corresponder a conceptos romanos en su grafía latina. Se han añadido también algunas referencias a códigos y legislación modernos que no figuran en el original, particularmente del código civil español, con el fin de contribuir a enriquecer el rendimiento que el uso del manual pueda tener entre los lectores de habla hispana.

En ciertas cuestiones estilísticas la decisión podía llegar a ser más complicada. El alemán en que está escrito el texto es uno de frases muy extensas, con mucho contenido y expresado de una forma que hoy podría parecer poco habitual. Pero la fidelidad al texto y a su estilo imponía adaptarse a esta forma discursiva, y solo excepcionalmente echar mano de un punto seguido, o de un punto y coma que no aparecía en el texto original. El texto debía ser comprensible en el español actual, pero sin hacer concesiones innecesarias; si, en definitiva, el texto original estaba destinado a un autor culto, o en vías de transformarse en uno, la traducción no podía traicionar tal decisión. Y es que la mayor virtud de un texto académico es su claridad. Pero (como lo expresara magistralmente Álvaro d'Ors) lo claro no siempre es sinónimo de fácil.

Además de al profesor Morales Moreno, como ya ha quedado dicho, los traductores quieren dejar aquí constancia también de su profundo agradecimiento hacia el tristemente desaparecido Profesor Rolf Knütel, que siempre se manifestó entusiasta de la empresa que habíamos decidido iniciar de ofrecer una traducción de la nueva versión del *kleines Kaser* al público hispanohablante, y facilitó enormemente las gestiones con la editorial Beck para obtener los derechos de traducción y edición por la editorial española, renunciando incluso a los derechos que le pudieran asistir a ese respecto. Su recuerdo nos ha acompañado siempre en la realización de esta compleja, pero muy enriquecedora labor, y lamentamos sinceramente que no le haya sido posible ver el resultado final de ese empeño. Asimismo, también hemos de manifestar nuestro agradecimiento al Profesor José Javier de los Mozos Touya, catedrático de la Universidad de Valladolid, por sus valiosos consejos y generosa colaboración en la traducción de diversos pasajes del texto y en la revisión lingüística y de contenido de muchos de sus puntos; no obstante, de todos los errores subsistentes solo a los traductores debe imputarse la responsabilidad. Asimismo, *last, but not least*, los traductores quieren agradecer al BOE por la confianza depositada en su trabajo, por su paciencia y su comprensión ante algunas dificultades, que las hubo, y por el apoyo recibido.

FRANCISCO ANDRÉS SANTOS y PATRICIO LAZO

PRÓLOGO A LA 21.^a EDICIÓN

El manual que nació a partir del Tratado («Handbuch») de derecho privado romano de Max Kaser cumple, ya desde hace mucho tiempo, dos finalidades distintas. Por un lado, proporcionar al lector, sobre todo al estudiante que pretenda familiarizarse con el derecho privado romano, un primer acercamiento, tan amplio como sea posible, a fin de capacitarlo para un enfrentamiento autónomo con las fuentes antiguas y la literatura romanística moderna. Y, por el otro, el manual debe facilitar a todos aquellos que tengan un interés en una profundización en determinadas parcelas o en cuestiones particulares, el acceso al actual estado de la investigación, con referencias a la bibliografía útil que ha ido apareciendo desde la última edición del «Handbuch» (1.^a parte, 1971; 2.^a parte, 1975).

Por ello, en la nueva edición hemos trabajado en aportar nuevas indicaciones de la literatura moderna, tanto alemana como extranjera, y, a la vez, adaptar la exposición al actual estado de la investigación en numerosos puntos. Se comprende por sí mismo que, a la vista de la cada vez más apabullante cantidad de publicaciones en la doctrina internacional, solo puede tratarse de una selección de títulos sin ningún afán de exhaustividad. Además, hemos completado la exposición con muchos añadidos y nos hemos ocupado de intentar mejorar la comprensibilidad para el lector que se enfrenta por primera vez con el derecho privado romano. Diversos pasajes, sobre todo en los terrenos fundamentales de las obligaciones y del proceso civil, se han reelaborado en puntos determinantes y, en parte, se han redactado por completo de nuevo. Somos conscientes de que a la exposición aún le queda mucho por mejorar y aclarar.

Las explicaciones, ya amplias hasta el momento, se han visto nuevamente ampliadas a consecuencia de la reelaboración. Si bien para el estudiante podría bastar, en principio, mucho menos material, todo se comprende mucho mejor a partir de los contextos en que se inscribe. Entre estos encuentra especial significación, sobre todo en Roma, el modelo y el desarrollo del procedimiento judicial, de modo que resulta insoslayable establecer una conexión entre las explicaciones jurídico-materiales y los puntos de vista jurídico-procesales. Además, las referencias complementarias al derecho vigente que se encuentran al final de la mayoría de los apartados buscan facilitar al lector el aprovechamiento de la ocupación con el derecho privado y procesal romano también como un instrumento de ayuda para la comprensión del derecho vi-

■ DERECHO PRIVADO ROMANO

gente –pues sobre todo en el derecho mucho se explica a partir de su historia, que tan marcada ha estado por las fuentes romanas.

Por sus variadas sugerencias damos las gracias a los colaboradores de la cátedra de Münster Hannah Schmidt y Tobias van Berkum. Y por su probado buen trabajo de colaboración damos también las gracias a la editorial, en particular al Dr. Johannes Wasmuth.

Bonn - Münster, septiembre de 2016.

ROLF KNÜTEL Y SEBASTIAN LOHSSE

PRÓLOGO A LA 17.^a EDICIÓN

Como Max Kaser en las 16 ediciones previas, en la preparación de esta nueva edición me he dejado guiar por el propósito de proporcionar a través de esta un cuadro de conjunto comprensible del derecho privado romano, aun cuando, en el periodo transcurrido entretanto, algunas de sus secciones son solo ya de significación menor en el ámbito de la docencia. Y esto es así porque las materias particulares están conectadas entre sí de muchos modos: así, p. ej., los negocios jurídicos de mujeres y menores de edad no se comprenden sin conocimientos del poder de la *manus* y de la *patria potestas*. Además, para la comprensión del derecho privado romano es imprescindible una inmersión en el derecho procesal. Por ello, de antemano se excluyeron grandes abreviaciones de las explicaciones, de por sí ya bastante contenidas, de Max Kaser.

Se planteó más bien un enriquecimiento de la expresión en una variada perspectiva. Así, más bien he mencionado las razones por las cuales se explica una determinada regulación o la solución de alguna cuestión jurídica. Esto es a la vez un problema de importancia con vistas a los actuales ordenamientos jurídicos que, de hecho, han asumido muchas de estas reglas, pero sin que apenas se aporten las *rationes* propiamente dichas para ello en los grandes comentarios. En la misma línea se sitúa el hecho de haberse procurado en lo posible insertar los desarrollos de los institutos jurídicos particulares desde la Recepción y ampliar en lo esencial las referencias al vigente derecho alemán, austriaco y suizo, así como a otros ordenamientos jurídicos.

Además, he ampliado las tomas de postura en cuanto a las fuentes antiguas, en especial a las actualmente muy accesibles Instituciones de Justiniano. Asimismo, se han transcrito y comentado algunos pasajes representativos del Digesto, cuya función es aportar una ilustración del problema de fondo, así como del estilo expositivo y el método de descubrimiento del derecho por parte de los juristas romanos. Las correspondientes traducciones (en la medida en que exponen) se han tomado en todo lo esencial de la traducción del Digesto editada conjuntamente con los colegas y amigos Okko Behrends, Bertold Kupisch, Hans Hermann Seiler y muchos otros colegas de la especialidad. Les doy las gracias por su generoso permiso, así como a la editorial C. F. Müller de Heidelberg.

Además, en el curso de la reelaboración del texto he pasado a incorporar también referencias bibliográficas. La rica literatura sobre la materia romanística está recogida con gran exhaustividad en los tratados («Handbücher») de

Kaser sobre el derecho privado romano (2.^a ed. 1971, 1975) y el derecho procesal civil romano (2.^a ed., preparada por Karl Hackl, 1996). A ellos se hace una remisión al inicio de cada párrafo de este manual (*RPr.* §§; KASER – HACKL, §§). Por eso, aquí se cita principalmente la literatura aparecida desde los años 70, y aun esta solo en una selección que ha de ser mejorada en su extensión y ponderación.

Me he ocupado además de tomar cierta distancia de la terminología técnica romanística, que por experiencia soy consciente de que dificulta mucho el acceso a los lectores, y ofrecer traducciones de muchos de los conceptos empleados. Tampoco se colocan ya las traducciones de los giros y expresiones latinas utilizados en el texto en un largo apéndice final, sino que se reproducen al lado del texto en cuestión en su lugar correspondiente.

Una nueva incorporación es la recopilación como apéndice de las reglas jurídicas latinas citadas en el texto. La articulación de la obra se ha completado por medio de los números marginales y, en correspondencia con estos, se han modificado las remisiones internas del texto. El índice de fuentes se ha recortado y el índice de términos se ha reelaborado.

A no pocos textos adjudicó Max Kaser una nota de posible interpolación o inautenticidad. Estas indicaciones constituyen siempre el fundamento a partir del cual se justifica un desarrollo que solo ha de adscribirse a los juristas postclásicos o a Justiniano. Las formulaciones esenciales a las que llegó Kaser han de mantenerse, pero en los detalles hay mucho que revisar. Con todo, en el marco de la nueva exposición esto solo era posible en unos pocos campos. Por ello, esas indicaciones solo han sido parcialmente suprimidas. De todas formas, que tampoco Max Kaser conservó o habría conservado estas sospechas en muchos casos, es algo de lo que podemos estar seguros.

Estoy especialmente agradecido a mi amigo el Prof. Dr. Karl Hackl, que ha revisado la introducción al Derecho procesal civil de esta obra y me ha proporcionado valiosos consejos. Y gracias muy especiales debo dar a mi colaborador, licenciado D. Sebastian Lohsse, que incansablemente me ha ayudado con gran conocimiento de la materia en la explicación de incontables cuestiones particulares y también ha revisado los manuscritos y las pruebas de imprenta. Desde el comienzo de su actividad en la cátedra fue también de gran ayuda con muchas aportaciones mi asistente, asesor jurídico D. Guido Bömer; sobre todo se debe el mérito de los índices y el registro de materias a este y a los estudiantes colaboradores de cátedra Julia Kusen y Daniel Kurth. Las diversas versiones del manuscrito los ha preparado, con su pericia acostumbrada, mi secretaria, la Sra. Ute Maron. A todos ellos les estoy muy agradecido. *Last, but not least*, expreso aquí mi agradecimiento al Dr. Johannes Wasmuth,

de la editorial C. H. Beck, por su paciencia y tolerancia hacia mis demoras y cambios.

A mi admirado maestro y paternal amigo Max Kaser (1906-1997) lo recuerdo con grande y afectuoso reconocimiento. Su prólogo a la 16.^a edición ha sido incorporado a la presente. Sobre su personalidad y obra científica da mucha información el volumen 115 de la Savigny-Zeitschrift; una necrológica más breve puede encontrarse asimismo en la NJW de 1997, pp. 1492 ss.

Bonn, marzo de 2003.

ROLF KNÜTEL

PRÓLOGO A LA 16.^a EDICIÓN

El Derecho romano ha marcado de forma decisiva la cultura jurídica occidental. Proporcionar su conocimiento es, por tanto, una tarea irrenunciable de la formación jurídica. Muchos conceptos jurídicos de origen romano, y los métodos de argumentación jurídica derivados de ellos, han influido mediata o inmediatamente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos actuales de altura científica y, por ello, se han convertido en un patrimonio común de los pueblos de cultura a nivel mundial. Para entender esta contribución de los romanos a la historia mundial parece obligado formarse un cuadro de conjunto de sus creaciones jurídicas que vaya más allá de los datos aislados y representase también los factores que han conformado su destino histórico.

El estímulo para escribir tal cuadro de conjunto en una versión sintética para la enseñanza lo encontré en mis dos exposiciones exhaustivas aparecidas en el «Handbuch der Altertumswissenschaft»: *Das römische Privatrecht* (1.^a ed., 1955/59; 2.^a ed., 1971/75) y *Das römische Zivilprozessrecht* (1966). El «Handbuch» es una obra de carácter historiográfico que pretende describir una pieza esencial de la vida cultural romana y su desarrollo. Con este fin presenté ahí el derecho privado romano en tres épocas históricas: el «Derecho romano arcaico», el «Derecho preclásico y clásico» y los «desarrollos postclásicos».

El manual para el estudio (*Studienbuch*), que apareció por primera vez en 1960 y desde entonces ha cambiado y se ha completado mucho, persigue, por el contrario, una intención didáctica. Puesto que los actuales planes de estudio –al menos en su mayoría– colocan la historia del derecho al inicio de los estudios jurídicos, es preciso ofrecer, junto con el Derecho romano, una introducción general al mundo de conceptos del Derecho privado. Por ello, he dividido mi libro, como ha sido habitual hasta ahora, conforme a las materias fundamentales, y además se describen con detalle los conceptos básicos y se comparan con los modernos. El derecho patrimonial –es decir, el Derecho de cosas y el Derecho de obligaciones, completado por la teoría general del negocio jurídico (§§ 5-11)– se revela como la materia que ha influido más intensamente en las formas mentales actuales. Sin embargo, para hacer comprensible el conjunto de los fenómenos estudiados en sus contextos, he intentado ilustrar todas las secciones del libro con numerosas cuestiones de detalle que no deberían gravar en su totalidad la materia objeto de enseñanza.

A los principiantes se les recomienda hacer uso de las numerosas remisiones internas del libro y, en especial, del índice final de términos. Para una

profundización a partir de las fuentes y de la literatura especializada, pueden servirse de mis «Handbücher».

Por las traducciones que ha tenido este libro a las diversas lenguas estoy especialmente agradecido a los siguientes profesores: *R. Dannenbring* (Pretoria) por la inglesa (*Roman private law*, 1968, la cuarta y última ed. de 1984 en la editorial de la Universidad de Sudáfrica, Pretoria); *F. B. J. Wubbe* (Friburgo, Suiza) por la holandesa (*Romeins Privaatrecht*, 1967; 2.^a ed., 1971, en la editorial Tjennk Willing, Zwolle); *J. Santa Cruz Teijeiro* (Valencia) por la española (*Derecho romano privado*, 1968, en el Instituto Editorial Reus, Madrid); *H. T. Klami* (Turku) por la finesa (*Roomailainen yksityisoikeus*, 1968, en la Porvoo Helsinki-Söderström osakeyhtiö); - *M. Shibata* (Kyoto) por la japonesa (1979, en la Sobunsha & Co., Tokio).

A todos los que desde la 1.^a edición han hecho preguntas enriquecedoras y propuestas de mejora les debo expresar aquí mi profundo agradecimiento y, sobre todo, a mi amigo y colega de la Facultad de Salzburgo *Wolfgang Waldstein*. Por su ayuda en la corrección estoy especialmente en deuda permanente con mi fiel discípulo y amigo Prof. Dr. *Karl Hackl*. Por la preparación del índice de fuentes que acompaña a la edición desde el primer momento le agradezco mucho la colaboración al Ayudante de Universidad Dr. iur. *Martin Schermaier*.

Ainring, septiembre de 1991.

MAX KASER

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

(ha de completarse con el índice contenido en *RPr.* II, pp. XVII–XXX)

AARC	Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana (publicación periódica)
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil austriaco) de 1811
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (revista)
Afr.	Sexto Cecilio Africano
AG	Aktiengesellschaft (sociedad anónima); también: Archivio Giuridico (revista)
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz: Ley de condiciones generales del contrato) de 1976 (Alemania)
AJ	Max KASER, <i>Das altrömische ius</i> , Göttingen, 1949
AktG	Aktiengesetz (Ley de Sociedades Anónimas) de 1937/1965 (Alemania)
Alex.	Alejandro Severo
Alf.	Alfeno Varo
ALR	Preußisches Allgemeines Landrecht (Código territorial general prusiano) de 1794 (cit. por §, Parte, Título)
AnfG.	Anfechtungsgesetz (Ley de impugnaciones) de 1994 (Alemania)
Ankum, <i>Evag.</i>	H. ANKUM, <i>Extravagantes. Scritti sparsi sul diritto romano</i> , C. Masi Doria y J. E. Spruit, eds., Napoli, 2007
ANRW	H. Temporini, ed., <i>Aufstieg und Niedergang der römischen Welt</i> , Berlin <i>et al.</i> , 1972- (varios volúmenes)
Ant.	Antonino (Caracalla, [3.19])
APal.	Annali del Seminario giuridico dell' Università di Palermo (revista)
Arist.	Aristón

■ DERECHO PRIVADO ROMANO

Atti Burdese	L. GAROFALO (ed.), <i>Il ruolo della buona fede oggettiva etc.</i> , <i>Atti del convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese</i> , vol. I–III, Padova, 2003
AusAus	Aulo Agerio
AußStrG	Außerstreitgesetz (Ley de Jurisdicción Voluntaria austriaca)
Bas.	Basilicorum libri LX [1.50]
BEHREND S I, II	O. BEHREND S, <i>Institut und Prinzip. Ausgewählte Aufsätze</i> , M. Avenarius, Meyer-Pritzl y C. Möller, eds., vols. I y II, Göttingen, 2004
BERGER	A. BERGER, <i>Encyclopedic Dictionary of Roman Law</i> , Philadelphia, 1953
BeurkG	Beurkundungsgesetz (Ley de documentación notarial) de 1969 (Alemania)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil alemán) de 1896
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (sentencias del Tribunal supremo federal suizo), numeración oficial
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal supremo federal alemán)
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen (sentencias del Tribunal supremo federal alemán, sección civil), numeración oficial
BinnSchG	Binnenschiffahrtsgesetz (Ley de navegación interior) (Alemania)
Bruns	BRUNS-GRADENWITZ, <i>Fontes iuris Romani antiqui</i> [1.46]
Bull.	Bullettino dell' Istituto di diritto romano «Vittorio Scialoja» (revista)
BVerfGE	Entscheidungen des (deutschen) Bundesverfassungsgerichts (sentencias del Tribunal constitucional federal alemán), numeración oficial.
c.	<i>canon</i>
c.s.n.p.a.	<i>condemnato, si non paret absolvito</i>
c., cap.	<i>caput</i>
C., Cod.	Codex Iustinianus [1.42,45]
Call.	Calístrato
CAPOGROSSI COLOGNESI I, II	L. CAPOGROSSI COLOGNESI, <i>Scritti scelti</i> , vols. I y II, Napoli, 2010
Cass.	Gayo Casio Longino
Cc arg	Código civil (Argentina) de 1869
Cc bras.	Código civil (Brasil) de 1916/2002
Cc chil.	Código civil (Chile) de 1855
Cc cor.	Código civil (Corea) de 1958
Cc esp.	Código civil (España) de 1889
Cc fr.	Code civil (código civil francés) de 1804
Cc gr.	Código civil (Grecia) de 1940
Cc it.	Codice civile (Italia) de 1942

Cc jap.	Código civil (Japón) de 1898
Cc Louisiana	Civil Code (Louisiana) de 1870 (Revisiones desde 1971)
Cc mex.	Código Civil (México) de 1928
Cc pol.	Código civil (Polonia) de 1964
Cc port.	Código civil (Portugal) de 1966
Cconsom.	Code de la consommation (Francia)
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos de 1950
Cels.	Publio Juvencio Celso
Cic.	Cicerón
CIL	Corpus inscriptionum Latinarum
CISG	Convenio Internacional de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convention on Contracts for the International Sale of Goods), 1980/1989
CMBC	Codex Maximilianeus Bavaricus civilis (Baviera) de 1756 (cit. pot §, parte, capítulo)
Cod.	Codex
COING I, II	H. COING, <i>Europäisches Privatrecht</i> , München, vols. I (1985) y II (1989) [1.60]
coll.	Collatio legum Mosaicarum et Romanarum [1.46]
cond.	<i>condictio</i>
Const.	Constantino el Grande
const.	<i>constitutio</i>
Corp. iur. can.	Corpus iuris canonici (<i>vid.</i> Friedberg)
Corp. iur.; Corp. iur. civ.	Corpus iuris civilis [1.42–45]
CRAWFORD I, II.	M. H. CRAWFORD, ed., <i>Roman Statutes</i> , vols. I, y II, London, 1996 [1.48]
CTh.	Codex Theodosianus [1.49]
D.; Dig.	Digesta Iustiniani [1.42, 44]
<i>Daube Noster.</i>	A. WATSON, ed., <i>Daube Noster. Essays in Legal History for David Daube</i> , Edimburgh, 1974
DER I, II.	P. VOCI, <i>Diritto ereditario romano</i> ² , vols. I y II, Padova, 1967 y 1963
DG	<i>Dogmengeschichte</i> (Historia dogmática)
Diocl.	Diocleciano (y Maximiano)
E.K.E.I.E.D.	<i>Epeteris tou Kentrou Ereunes tes Istorias tou Ellenikou Dikaiou</i> (Anuario del Centro de Investigación de la Historia del Derecho griego)
ED	<i>Enciclopedia del diritto</i> , Milano, 1958
Ed.	Edicto

ed., eds.	editor, editores
EG	Einführungsgesetz (Ley de introducción)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Ley de introducción del Código civil alemán) de 1896/1994
EheG	Ley de matrimonio (Alemania) de 1938/1946
emanc.	<i>emancipatio</i>
eod.	<i>eodem titulo</i> (en el mismo título del Digesto, las Instituciones o el Código)
EP	Otto LENEL, <i>Das edictum perpetuum</i> ³ , Leipzig, 1927
<i>Ess. Pool.</i>	R. van den Bergh, ed., <i>Ex iusta causa traditum. Essays in honour of Eric Pool</i> , s. I. [Pretoria], 2005
<i>Ess. Sirks</i>	J. Hallebeek, M. Schermaier, R. Fiori, E. Metzger y J. P. Coriat, eds., <i>Inter cives necnon peregrinos. Essays in honour of Boudewijn Sirks</i> , Göttingen, 2014
<i>Ess. Thomas</i>	R. van den Bergh y G. van Niekerk, eds., <i>Libellus ad Thomasium. Essays in Roman Law, Roman-Dutch Law and Legal History in Honour of Ph. J. Thomas</i> , s. I. [Pretoria], 2010
<i>Est. Miquel.</i>	J. L. Linares et al., eds., <i>Liber amicorum Juan Miquel</i> , Barcelona, 2006
<i>Ét.</i>	<i>Études</i>
<i>Ét. Ankum</i>	<i>Collatio iuris romani. Études dédiées à Hans Ankum</i> , 2 vols., 1995
CEDF	Carta Europea de Derechos Fundamentales
TEurato	Tratado de constitución de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom) de 1957
<i>Evag.</i>	véase ANKUM
exc.	<i>exceptio</i>
<i>Fälle RG</i>	U. Falk, M. Luminati y M. Schmoeckel, eds., <i>Fälle aus der Rechtsgeschichte</i> , München, 2008
<i>Fg.</i>	<i>Festgabe</i>
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Ley de Jurisdicción voluntaria alemana) de 1898
fhi	forum historiae iuris (revista), http://www.forhistiur.de
<i>FHI.</i>	C. Cascione, C. Masi Doria, eds., <i>Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna</i> , 8 vols., Napoli, 2007
FINKENAUER,	TH. FINKENAUER, <i>Vererblichkeit und Drittwirkungen der Stipulation im klassischen römischen Recht</i> , Tübingen, 2010
FIRA	Fontes iuris Romani anteiustiniani [1.46]
Flor.	Florentino
Flume.	W. FLUME, <i>Rechtsakt und Rechtsverhältnis</i> , Padeborn et al., 1990
fr., Fr.	Fragmento

fragm. vindob.	Fragmentum Vindobonense ([1.46]; FIRA II, 429)
FRIEDBERG I, II.	E. [AE.] FRIEDBERG, <i>Corpus iuris canonici</i> , vol. I (Decretum magistri Gratiani), vol. II (Decretalium collectiones), Leipzig, 1879 (reimpr. Graz, 1959)
Fs.	<i>Festschrift (für)</i>
Fs. Behrends	<i>Ars iuris: Festschrift für Okko Behrends zum 70. Geburtstag</i> , M. Avenarius, R. Meyer-Pritzl y C. Möller, eds., Göttingen, 2009
Fs. Kaser	<i>Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag</i> , D. Medicus y H. H. Sieler, eds.,
Fs. Knütel	<i>Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag</i> , H. Altmeppen, I. Reichard y M. J. Schermaier, eds., Heidelberg, 2009
Fur. Anth.	Furio Antiano
Gai	Gayo [1.46,47]; también: Gai institutiones [1.47]
Gall.	Galieno
Gell.	Aulo Gelio, <i>Noctes Atticae</i>
Ges. Schr.	<i>Gesammelte Schriften</i>
GG	Grundgesetz (Ley Fundamental de Alemania) de 1949
Giur.	Giuridico, Giuridici
GLÜCK	CHR. F. GLÜCK, <i>Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Ein Commentar</i> , 68 vols., Erlangen, 1797–1896
GIUNF	Glaser-Unger Neue Folge
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung (sociedad de responsabilidad limitada)
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) de 1892
Gnomon	Gnomon. Kritische Zeitschrift für die gesamte klassische Altertumswissenschaft (revista)
Gord.	Gordiano III
Gs.	<i>Gedächtnisschrift</i>
h. t.	<i>hoc titulo</i>
Herm.	Hermogeniano
HGB	Handelsgesetzbuch (Código de comercio alemán de 1897; Código de comercio austriaco de 1939)
HIA	D. NÖRR, <i>Historiae Iuris Antiqui. Ges. Schr.</i> [hasta 2000], T. J. Chiusi, W. Kaiser y

■ DERECHO PRIVADO ROMANO

HKK.	M. Schmoeckel, J. Rückert y R. Zimmermann, eds., <i>Historisch-kritischer Kommentar zum BGB</i> , München, vol. I (Allg. Teil, §§ 1-240), 2003; vol. II/1 (Schuldrecht: Allg. Teil, §§ 241-304), 2007; vol. II/2 (Schuldrecht: Allg. Teil, §§ 305-432), 2007; vol. III/1 (Schuldrecht: Bes. Teil, §§ 433-656), 2013; vol. III/2 (Schuldrecht: Bes. Teil, §§ 656-853), 2013
<i>Homenaje Murga i. cessio</i>	J. Paricio, ed., <i>Derecho romano de obligaciones (Homenaje al Prof. J. L. Murga Gener)</i> , Madrid, 1994 <i>in iure cessio</i>
Iav.	Lucio Javoleno Prisco
<i>ibíd.</i>	<i>ibídem</i>
Index	Index – Quaderni camerti di studi romanistici; International Survey of Roman Law (revista)
InsolvenzO	(InsO) Insolvenzordnung (Ley concursal alemana) de 1994
Inst.	Institutiones Iustiniani [1.42,43]
int. Salv.	<i>interdictum Salvianum</i>
int.; interd.	<i>interdictum</i>
itp.	interpolado
Iul.	Salvio Juliano
Iura	Iura – Rivista internazionale di diritto romano e antico (revista)
Jher. Jahrb.	Jherings Jahrbücher (revista)
JJP.	The Journal of Juristic Papyrology (revista)
JLH.	The Journal of Legal History (revista)
JRS.	Journal of Roman Studies (revista)
Jur. Bl.	Juristische Blätter (revista)
JuS	Juristische Schulung (revista)
Just.	Justiniano I.; justinianiano
JZ	JuristenZeitung (revista)
KASER - HACKL	M. KASER, <i>Das römische Zivilprozeßrecht</i> ² , München, 1996, puesta al día por K. HACKL [1.59]
KASER, <i>Schr.</i>	M. KASER, <i>Ausgewählte Schriften</i> , 2 vols., Camerino, 1976.
KindRÄG	Kindschaftsrechtsänderungsgesetz (Ley de modificación del derecho de la infancia)
KindschaftsreformG.	Kindschaftsreformgesetz (Ley de reforma del derecho de la infancia de Alemania)
KonkursO	Konkursordnung (Reglamento concursal alemán) de 1877
l.	línea
l.c.	<i>loco citato</i>

I.a.	<i>legis actio</i>
Lab.	Marco Antistio Labeón
Labeo	Labeo – Rassegna di diritto romano (revista)
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (España) de 1881/2000
LENEL, EP	Otto LENEL, <i>Das edictum perpetuum</i> ³ , Leipzig, 1927 (reimpr. Aalen, 1956, 1974)
Lic.	Marco Gneo Licinio Rufino
Mac., Macer	Emilio Macer (o Macro)
<i>manc.</i>	<i>mancipatio</i> ; también: (<i>res</i>) <i>mancipi</i>
Marcell.	Ulpio Marcelo
Marci.	Elio Marciano
<i>Mél.</i>	<i>Mélanges</i>
<i>Mél. Humbert</i>	E. Chevreau, D. Kremer y A. Laguerrière-Lacroix, eds., <i>Carmina iuris. Mélanges en l'honneur de Michel Humbert</i> , 2012
<i>Mem. Rodger</i>	A. Burrows, D. Johnston y R. Zimmermann, eds., <i>Judge and Jurist. Essays in Memory of Lord Rodger of Earlsferry</i> , Oxford, 2013
Mod.	Herenio Modestino
Motive	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (1888) (trabajos preparatorios del BGB)
<i>MuV</i>	D. Nörr y S. Nishimura, eds., <i>Mandatum und Verwandtes (Beiträge zum römischen und modernen Recht)</i> , Berlin, 1993
nat. obl.	<i>naturalis obligatio</i>
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek (Nuevo Código civil holandés)
NELSON-MANTHE III/1, III/2, III/3	H. L. W. NELSON - U. MANTHE, <i>Gai. Inst.</i> III 1–87, Berlin, 1992; III 88–181, Berlin, 1999; III 182–225, Berlin, 2007 [1.47].
Ner.	Lucio Neracio Prisco
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (revista)
NNDI	<i>Novissimo digesto italiano</i> , Torino, 1957-
NÖRR, <i>Schr.</i>	D. NÖRR, <i>Schriften 2001–2010</i> , T. J. Chiusi, H.-D. Spengler y J. Paricio, eds., Madrid, 2012 (véase también <i>HIA</i>)
NotZwG	Gesetz betreffend das Erfordernis der notariellen Errichtung einiger Rechtsgeschäfte (Ley de fe publica notarial austriaca) de 1871
Nov.	Novellae Iustiniani [Rz 1.42]
NTh.	Novellae de Teodosio II. [1.49]
NusNus.	Numerio Negidio
NVal.	Novellae de Valentiniano III [1.49]
öEheG.	Österreichisches Ehegesetz (Ley matrimonial austriaca)

■ DERECHO PRIVADO ROMANO

öEO; öExekO	Österreichische Exekutionsordnung (Österreich) (Reglamento de ejecución austriaco) de 1896
öGBG	Österreichisches Allgemeines Grundbuchsgesetz (Ley general registral austriaca)
OIR	Orbis Iuris Romani (revista)
öKO	(Österreichische) Konkursordnung (Reglamento concursal austriaco) de 1914
öKonsumentenSchG	(Österreichisches) Konsumentenschutzgesetz (Ley general de protección de los consumidores austriaca) de 1979
öNotwegeG	(Österreichisches) Notwegegesetz (Ley de servidumbre de paso legal austriaca)
öOGH	(Österreichischer) Oberster Gerichtshof (Tribunal supremo austriaco)
OR	(Schweizerisches) Obligationenrecht von 1911/36 (Derecho de obligaciones suizo de 1881, revisado en 1911/36)
öZPO	Österreichische Zivilprozessordnung (Ley de procedimiento civil austriaca)
Pap.	Emilio Papiniano
Paul.	Julio Paulo
Ped.	Sexto Pedio
Phil.	Filipo
Pius	Antonino Pío
Pomp.	Sexto Pomponio
pr.	<i>principium</i>
praef.	<i>praefectus</i>
PRG	<i>Privatrechtsgeschichte</i> (Historia del derecho privado)
<i>Princ. gen.</i>	F. Reinoso Barbero, ed., <i>Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual</i> , Madrid, 2014
Proc.	Próculo
Prot.	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1897–1899 (trabajos preparatorios del BGB)
PS	Pauli sententiae [1.46]
Qu. Muc.	Quinto Mucio Escévola
QuLup.	Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto (revista)
RAC	<i>Reallexikon für Antike und Christentum</i>
RE	<i>Paulys Realencyklopädie der classischen Altertumswissenschaft</i> (nueva ed. a cargo de Wissowa, W. Kroll, K. Mittelhaus, y K. Ziegler; en la segunda serie, comenzando por la R, se designan los volúmenes como 1A, 2A etc.)

ReA	Roma e America. Diritto romano comune – Rivista di diritto dell’ integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America latina (revista)
Rec.	Recensión
REHJ	Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (revista)
ReIKG	Gesetz über die religiöse Kindererziehung (Ley sobre la educación religiosa) de 1921
RGBI	Reichsgesetzblatt (Diario oficial del Imperio alemán)
<i>RGuPD</i>	R. Zimmermann, R. Knütel y J. P. Meincke, eds., <i>Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik</i> , Heidelberg, 1999
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (sentencias del Tribunal imperial alemán en materia civil)
RH	Revue historique de droit français et étranger (4.ª serie desde 1922, sucesora de la NRH; revista)
RIDA	Revue internationale des droits de l’antiquité (3.ª Serie desde 1954; revista)
RiLi	Richtlinie (directriz)
RivDR	Rivista di Diritto Romano (revista), http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/
<i>RPr</i> : I, II	M. KASER, <i>Das römische Privatrecht</i> , vol. I ² , München, 1971; vol. II ² , München, 1975
RRG	<i>Römische Rechtsgeschichte</i> (Historia del derecho romano)
RRMA	E. J. H. Schrage, ed., <i>Das römische Recht im Mittelalter</i> , Darmstadt, 1987
<i>RRQ</i>	M. KASER, <i>Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode</i> , Köln <i>et al.</i> , 1986
s. v.	<i>sub verbo</i> (en entradas de diccionario)
Sab.	Masurio Sabino
SC, SCta.	senatusconsultum, senatusconsulta (senadoconsulta, -os)
<i>sc.</i>	<i>scilicet</i> (a saber)
Scaev.	Cervidio Escévola
SCDR	Seminarios Complutenses de derecho romano (revista)
SchlussTitZGB	Schlusstitel des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Título final del Código civil suizo)
<i>Schr.</i>	<i>Schriften</i>
schwBZP	(Schweizerisches) Bundesgesetz über den Bundeszivilprozeß (Ley federal suiza sobre procedimiento civil federal) de 1947
schwIRSG	(Schweizerisches) Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Ley federal suiza sobre cooperación internacional en materia penal) de 1981

■ DERECHO PRIVADO ROMANO

schwLPG	(Schweizerisches) Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht (Ley federal suiza sobre aparcería) de 1985
schwSchKG	(Schweizerisches) Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (Ley federal suiza sobre distribución de deudas y concurso de acreedores) de 1889
schwStGB	(Schweizerisches) Strafgesetzbuch (Código penal suizo) de 1937
<i>Scr. giur.</i>	<i>Scritti giuridici</i>
SD	Studia et Documenta Historiae et Iuris (revista)
SDÜ	Schengener Durchführungsübereinkommen (Tratado de Schengen)
Serv.	Servio Sulpicio Rufo
Sev.	Septimio Severo
Slg.	Sammlung (colección); también sección de las sentencias del TJUE
<i>Sodalitas.</i>	<i>Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino</i> , vols 1–9, Napoli, 1984
<i>St.</i>	<i>Studi (in onore di...)</i>
<i>St. Metro</i>	<i>Studi in onore di Antonino Metro</i> , 5 vols., Milano, 2009-10
<i>St. Santalucia</i>	<i>Iuris quidditas. Liber amicorum per Bernardo Santalucia</i> , Napoli, 2010
<i>St. Talamanca</i>	<i>Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca</i> , 8 vols., Napoli, 2001
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal alemán) de 1871
stip.	<i>stipulatio</i>
<i>Symp.</i>	<i>Symposion, Symposium</i>
<i>Symp. Wieling.</i>	Th. Finkenauer, ed., <i>Sklaverei im römischen Recht. Symposium für H. J. Wieling</i> , Dordrecht, 2006
SZ	Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung; SZ germ. Abt. = Germanistische Abteilung; SZ kan. Abt. = Kanonistische Abteilung
TCE	Tratado constitutivo de la Comunidad (Económica) Europea (de 1957)
Theod.	Teodosio
Theoph.	Teófilo [1.50]
Tit.	<i>Titulus</i>
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TodeserklGes.	Todeserklärungsgesetz (Ley de declaración de fallecimiento alemana) de 1950
TP	Tabulae Pompeianae (según C. Giordano, F. Sbordone, A. Landi – cfr. Wolf [1.46], p. 230)
TPN	Tabulae Pompeianae Novae [1.46]
TPSulp	Tabulae Pompeianae Sulpiciorum [1.46]
TR	Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis = Revue d'histoire du droit = The Legal History Review (revista)

<i>TreC</i>	L. Labruna, M. P. Baccari y C. Cascione, eds., <i>Tradizione romanistica e Costituzione</i> ,
Tryph.	Claudio Trifonin
TSDP	Teoria e Storia del Diritto Privato (revista), http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/
UAJR	<i>Usus Antiquus Juris Romani: antikes Recht ilebenspraktiker Anwendung</i> , W. Ernst y É. Jakab, eds., Berlin, 2005
UE	Ulpiani epitome (Tituli ex corpore Ulpiani)
UE	Unión Europea
Ulp.	Domicio Ulpiano
Val.	Valentiniano; también: Valeriano
Val. Gall.	Valeriano y Galieno
vat.	Fragmenta Vaticana [1.46]
Ven.	Venuleyo Saturnino
VerschGes.	Verschollenheitsgesetz (Ley de ausencia alemana) de 1951
<i>vid.</i>	<i>vide, videatur</i> ; véase
WESENBERG/ WESENER	G. WESENBERG y G. WESENER, <i>Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte</i> ⁴ 1985
WOLF, <i>Aufs.</i>	J. G. WOLF, <i>Recht im frühen Rom. Gesammelte Aufsätze</i> , Berlin, 2015
X.	Liber Extra (parte del Corpus iuris canonici), véase FRIEDBERG
XII Tab.	Lex duoidecim tabularum (Ley de las Doce Tablas) [1.46]
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (revista)
ZGB	Zivilgesetzbuch (código civil suizo) de 1907
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (revista)
ZIMMERMANN	R. ZIMMERMANN, <i>The Law of Obligations</i> , Kenwyn et al., 1990 [1.56]
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte (revista)
ZPE	Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik (revista)
ZPO	Zivilprozeßordnung (Ley de procedimiento civil alemana) de 1877
Zschr.	Zeitschrift (revista)
ZVG	Zwangsversteigerungsgesetz (Ley de ejecución forzosa alemana)
7. öEVHGB	7. Einführungsverordnung zum HGB (Séptimo Decreto de introducción del HGB austriaco)
<>	texto insertado
*	Señala a las expresiones latinas que se utilizan en el lenguaje jurídico medieval o moderno, pero que son ajenas a las fuentes romanas

INTRODUCCIÓN

§ 1. Desarrollo e importancia del derecho privado romano

(RPr. §§ 1, 2, 3 I, IV, 192-195)

I. GENERALIDADES

Literatura: R. v. JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*⁶, Leipzig, 1883-1894 (sobre las características principales del derecho romano y de los factores de su desarrollo); F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München, München, 1934, reediciones en 1954 y 2003.

- 1 El **derecho privado** constituye, de todas las materias del derecho romano, su núcleo central, que supera largamente a las demás por su valor intrínseco y por el efecto sobre su propio mundo y la posteridad. El derecho privado romano debe su grandeza e importancia históricas al singular talento de los juristas romanos, a su mirada atenta a la realidad de la vida, así como a un pensamiento jurídico orientado a la realización de valores fundamentales (como la libertad de la persona, la lealtad contractual y la protección de la propiedad) y, con el paso del tiempo, cada vez más evolucionado y controlado racionalmente. Este talento alcanza un punto culminante con las geniales creaciones de los juristas del último siglo de la República y de comienzos del Principado fundado por Augusto, es decir, de la época del imperio moderado (sobre el imperio romano, *vid.* Anexo 2). Los juristas de esta época condujeron al derecho privado a la máxima perfección y lo dotaron de autoridad espiritual sobre el pensamiento jurídico de la humanidad, que trasciende la existencia histórica del

pueblo romano y que perdura hasta hoy. Para los dos primeros siglos y medio después de Cristo, se habla, por ende, de **jurisprudencia clásica**. Hasta el día de hoy los ordenamientos de los estados de Europa continental, así como aquellos espacios ultramarinos sobre los que han ejercido influencia (ante todo, Latinoamérica, Sudáfrica, Japón, Corea y China, con Taiwán), se basan en parte significativa en los fundamentos del derecho romano. Sus formas de pensamiento se han incorporado en los códigos civiles modernos que, desde fines del siglo XVIII, han suprimido, en la mayoría de los estados europeos, la vigencia directa de las fuentes romanas. Asimismo, las ordenanzas del mundo jurídico, tanto *anglosajón* (ingleses y angloamericanos) como escandinavo, ostentan influencias del derecho romano, las cuales, como se muestra en épocas más tempranas, no eran tan pocas como se aceptaba antiguamente.

Muy oportunamente ha puesto de manifiesto R. v. Jhering (1818-1892) esta universalidad en las palabras iniciales de su conocida obra *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo* (1852): «Tres veces ha dictado Roma leyes al mundo, tres veces ha unido a los pueblos; la primera vez, por la unidad del *Imperio*, cuando el pueblo romano estaba en lo más alto de su poder; la segunda, por la unidad de la *Iglesia*, cuando aquél había desaparecido; en la tercera oportunidad, por la unidad del derecho, a consecuencia de la recepción del derecho romano durante la Edad Media. En la primera ocasión lo hizo mediante el poder de las armas, en las dos oportunidades siguientes, gracias al poder del espíritu. La importancia histórica y universal, así como la misión de Roma, pueden resumirse en la superación del principio de la nacionalidad por el de la universalidad».

- 2 Sobre el **concepto** de derecho privado, *vid.* [3.4-7]. La expresión *derecho civil*, empleada en sentido amplio, designa también al proceso que sirve a la alegación jurisdiccional del derecho privado, es decir, al proceso civil. El concepto de derecho civil en sentido estricto, como derecho privado general (por oposición a áreas especiales del derecho privado, como el derecho comercial o el derecho del trabajo) pertenece a la dogmática jurídica moderna.

II. HISTORIA

Lit.: F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, München, 1998; W. WALDSTEIN – J. M. RAINER, *Römische Rechtsgeschichte*¹⁰, München, 2005; M. KASER, *RRG*², Göttingen, 1967; M. BRETONE, *Geschichte des römischen Rechts*, München, 1998; F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, 1961, reimp. Weimar, 1975; E. LEVY, *West Roman Vulgar Law: The Law of Property*, Philadelphia, 1951; EL MISMO, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar, 1956; F. WIEACKER, «Vulgarrecht und Vulgarismus», en *Studi Biscardi*, vol. 1, Milano, 1982, p. 33; O. BE-

BEHRENDT, «Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht», SZ 95 (1978) = BEHRENDT I, p. 15.

El derecho romano **arcaico** siguió, junto al pueblo romano que creó este derecho, un desarrollo que se expone en la historia del derecho romano; en ella se diferencian distintos **períodos**. 3

1. El primero, que llamamos **antiguo**, se extiende desde los orígenes hasta aproximadamente el comienzo de las Guerras Púnicas, es decir, hasta aproximadamente la mitad del s. III a. C. En esta época Roma era una ciudad-estado agraria, en medio de algunas organizaciones estatales similares, sobre las cuales predominará hacia el final de este período, en toda la mitad y el sur de Italia. Las tradiciones y costumbres del campo, junto a la ganadería y, la agricultura (ésta, desde los albores) determinan las bases económicas de la vida del pueblo romano y su estructura social. Este modo de ser penetra, además, todas las áreas de la vida espiritual, como la religión y las costumbres, el lenguaje y el arte, la política y el derecho. Más aún, el inicio de la producción de artesanías y de la actividad comercial no altera, en principio, este carácter fundamentalmente agrario. Las tradiciones y costumbres agrarias explican la posición y significado de la familia romana como una unidad, que domina el conjunto del derecho privado de este período. Esta agrupación abarca a la pequeña familia, esto es, al *paterfamilias* junto a las demás personas sometidas a su potestad: su mujer, sus hijos, clientes y esclavos; un grupo de personas que habita un caserío, con su minifundio, ganado y otras pertenencias, y que encuentra los fundamentos y el contenido de su existencia en este patrimonio agrario. El derecho privado romano arcaico se puede comprender aquí como el derecho de la familia en su estructura interna y en sus relaciones jurídicas con las demás agrupaciones familiares. Los paralelos con los derechos griegos y germánicos son evidentes. 4

La principal fuente del derecho privado de este período es la *Ley de las XII Tablas* (c. 450 a. C.), cuya aplicación y desarrollo a través de la práctica fue posible gracias a su interpretación (*interpretatio*). Debe observarse, sin embargo, que el derecho de las XII Tablas ya muestra avanzados niveles de desarrollo, a los que han precedido amplios segmentos de una época originaria carente de fuentes. Sobre los probables estadios primitivos del derecho romano estamos peor informados, como también a propósito de los derechos germánicos. 5

2. En el s. III a. C., después de mucha preparación, aparece en la vida del pueblo romano un vigoroso *movimiento de expansión*, que permitió, en su faz 6

externa, la consolidación del dominio mundial y, en su faz interna, el florecimiento de la cultura romana. Se distingue *dos períodos*, que actúan como preparación y realización del otro.

a) El siglo de la República tardía, siglos III-I a. C. corresponde a la extensión del poderío romano, que domina, finalmente, casi todo el mundo antiguo: toda Europa del Sur y del Oeste, Asia Menor, Oriente Próximo, Egipto y el Norte de África. En esta época la forma de vida campesina cede ante la metropolitana, que da origen a una estructura económica y social de **comercio, industria y de moneda**. La cultura romana entra en relación con el **helenismo**, esto es, con la civilización tardía compuesta, principalmente, por elementos griegos, como también por otros de carácter oriental, que se había convertido en una poderosa entidad espiritual en el suelo del antiguo imperio de Alejandro Magno en el Mediterráneo oriental y su interior. Solo a partir de del enfrentamiento con el helenismo la cultura romana adquirió por completo su vigor y singularidad.

- 7 Estos factores determinan, también, el ascenso de la cultura jurídica romana. Si hasta ahora los romanos se habían conformado con un derecho al servicio de las necesidades de la práctica, el encuentro con la filosofía griega prepara el terreno para el comienzo de la **ciencia del Derecho**, que, con las herramientas del análisis y la de síntesis buscará captar los conceptos jurídicos y organizarlos en un sistema interno. Aunque descubierto por los griegos, fueron los romanos quienes por vez primera aplicaron a la materia jurídica este método lógico, no obstante lo cual la jurisprudencia romana adquirió un sello propio. Sin embargo, el sentido práctico de los romanos los mantuvo a salvo de exageraciones y, con ello, de teorizaciones estériles. Su genio jurídico permitió llevar a esta primera jurisprudencia occidental a producir principios e instituciones jurídicas de valor imperecedero. El mérito de haber desarrollado nuevas formas de pensamiento jurídico, y adaptarlas a condiciones culturales, económicas y sociales cambiantes, se debe a los juristas de los últimos dos siglos anteriores a la era cristiana. La importancia de éstos no se aprecia adecuadamente bajo la denominación convencional de **preclásicos**. O. BEHRENDTS ha puesto de relieve la influencia filosófica griega; *vid.* [1.11, 2008].
- 8 Junto al método del pensamiento abstracto, el derecho romano de este período tomó del modelo **griego**, principalmente, el uso de documentos [7.25]. Algunas instituciones se ven influidas por las instituciones bancarias helenísticas (contratos literales; *constitutum debiti; receptum argentarii*). Por otro lado, ciertas instituciones de los derechos griegos ejercieron, en esta época, una influencia más bien acotada (*lex Rhodia de iactu*) [42.31], *fenus nauticum* [39.8], *arra* [41.7]; el llamado *depositum irregulare* [39.20].

b) El segundo período coincide aproximadamente con la época del **Principado**, es decir, del imperio moderado. En esta época de consolidación del dominio mundial romano, en el imperio al que Augusto ha traído la paz, llega, ciencia jurídica romana llega a lo más alto. Promovida esta ciencia por los emperadores, quienes no entorpecieron su florecimiento por mecanismos autoritarios –más bien, entendieron cómo subordinar en ocasiones a la jurisprudencia a su política de Estado– los juristas produjeron aportaciones que sobresalieron por sobre las de los preclásicos, no tanto en cuanto a la riqueza creativa, sino en cuanto a la perfección de su aguda penetración y precisión de su pensamiento. Con el nombre de **clásicos** nos referimos a estos juristas de los primeros dos siglos y medio de nuestra era, los cuales llevaron a la jurisprudencia romana al más alto grado de perfección. Son, al mismo tiempo, clásicos en cuanto sus obras gozan de validez intemporal, sirviendo como modelo para las épocas posteriores y hasta la actualidad. 9

La jurisprudencia clásica no elaboró teorías abstractas, propias de una escuela, sino que, ante todo, siguió una orientación **práctica**, la cual, sobre la base de la actividad dictaminadora de los juristas, se dirigió a la solución de casos concretos provenientes de la vida. Pero, más allá de eso, expandió las materias jurídicas, en particular a través de los comentarios al derecho civil y al edicto, hasta aspectos muy detallados, para evaluar el alcance de las reglas jurídicas en casos infrecuentes y especiales, o para examinar su aplicación a instituciones jurídicas. En el período altoclásico (s. II d. C.), junto a esta *corriente principal* de la jurisprudencia, representada por Juliano y Celso, aparece un *movimiento paralelo* (*Nebenströmung*), de carácter **didáctico**, procedente de la enseñanza elemental del Derecho. De esta *jurisprudencia escolar* de época clásica emerge como principal obra las **Institutiones** de **Gayo** (c. 160 d. C.). Sin embargo, esta orientación a la enseñanza busca, asimismo, una conexión estrecha con los grandes maestros y se mantiene alejada de la especulación teórica. Entre los *tardoclásicos*, especialmente en los extensos comentarios de Ulpiano y de Paulo, esta corriente escolástica fluye conjuntamente con aquella otra principal. 10

Contra estas arraigadas concepciones, O. BEHRENDTS (*vid.* Behrends I-II, así como numerosas publicaciones [*vid.* *Ars iuris. Festschrift für Okko Behrends, Göttingen*, p. 645] «Die geistige Mitte des römischen Rechts. Die Kulturanthropologie der skeptischen Akademie», SZ 125 [2008] 25 ss. y «Wie haben uns die römischen Juristen vorzustellen?», SZ 128 [2011] 83 s.; véase también [17.3] ha sostenido desde hace tiempo que la jurisprudencia romana estuvo considerablemente influenciada por la filosofía griega. El derecho romano arcaico, que especialmente en virtud de la interpretación de la Ley de las XII Tablas alcanzaría hacia el fin del s. III a. C. el carácter de jurisprudencial –fundamentalmente con la aparición de la literatura jurídica– en 11

dos oportunidades seguidas echó mano de amplias concepciones de la teoría jurídica griega, gracias a lo cual alcanzó profundidad intelectual y fue definitivamente enriquecido.

La primera concepción teórico-jurídica estuvo dominada por la complementaria oposición entre el Derecho natural y el Derecho civil en sentido estricto, es decir, el reservado a los ciudadanos romanos, tal como se desarrolló en la filosofía estoica. Su principio general sería el siguiente: en todo lo que no sea aplicable el derecho civil individualista, rige supletoriamente un derecho natural solidario. La tarea de los magistrados es imponer este sistema dualista. – Sobre este fundamento, de acuerdo al primer comentario científico de la Ley de las XII Tablas (de Aelius Paetus), habrían surgido numerosas concepciones del Derecho civil en sentido amplio (Cato, P. Mucius, Q. Mucius pontifex), es decir, de un Derecho civil comprensivo del derecho natural. Un concepto central en este sistema sería el de *bona fides*, cuya actuación como principio de confianza propio del derecho natural es clara, en particular en el derecho de la posesión de entonces y en el de la gestión de negocios en beneficio de otro.

La segunda concepción teórico-jurídica surgió de la academia escéptica, para la cual la oposición entre naturaleza y civilización sería determinante. El ser humano sería sustancia natural, pero, en virtud de sus habilidades intelectuales, se encuentra en posición de orientarse a partir de reglas y formas jurídicas (instituciones) de la vida en común y de orientar su actuación efectiva según valores ético-jurídicos. El poder de un hombre sobre otro sería, en esta perspectiva, un fenómeno natural; sin embargo, como poder ejercido por la jurisdicción, ha de aplicar las normas jurídicas acordadas y, supletoriamente, dotar de vigencia a los valores ético-jurídicos. Este deber aparecería expuesto públicamente en el edicto, el programa jurisdiccional del pretor. Esta nueva teoría jurídica se impuso mediante una nueva formulación del edicto y de un comentario que lo acompañaba (primeramente por Servius Sulpicius). Un ejemplo característico del cambio metodológico lo constituyó la reformulación de la más importante impugnación del ejercicio de un derecho en la tardía *exceptio doli*: ésta ya no se funda en la buena fe del derecho natural, sino que en un hecho empírico, declarado relevante por el pretor, obligado por el edicto a imponer el valor de la prohibición del dolo.

En las escuelas de derecho de época imperial, la contraposición de ambas teorías jurídicas prosiguió con la confrontación de la escuela sabiniana, influenciada por el concepto de derecho civil de cuño iusnaturalista, y la de los proculeyanos, que defendieron en su conjunto la más formal tradición tardorpublicana. Las innumerables controversias entre ambas escuelas, por ejemplo, sobre la accionabilidad de la permuta, o el momento en que se alcanza la mayoría de edad, o la especificación, corresponden por regla general a la contraposición entre el derecho natural y civil fundado en principios (sabinianos) y el derecho de una civilización (proculeyanos). En el transcurso de los períodos alto y tardoclásico, hubo un profundo y mutuo cruce entre ambas escuelas tras el cual prevaleció el segundo sistema, más formal, a causa de su aceptación por parte de Juliano, líder de los sabinianos. La necesidad de modificar

reglas formales, ahí donde la justicia lo requiere, con recurso a argumentos valorativos (sean iusnaturales o ético-jurídicos), se convirtió en patrimonio común de los juristas.

En la ciencia jurídica, la reconstrucción de este desarrollo por parte de Behrends ha tenido, hasta ahora, poca aceptación. Sin embargo, las influencias de la filosofía griega (Stoa) se evidencian cada vez más en las investigaciones de las últimas décadas (véase, por ejemplo, acerca de *ius Gentium* [3.13], sobre *humanitas* [15.5 y 51.22], sobre prohibición del enriquecimiento sin causa [48.3]).

3. a) El período **posclásico**, desde el siglo III d. C. hasta el final de la Antigüedad, muestra los síntomas del declive. En las significativas derrotas, tanto internas como externas, que llevaron al Imperio Romano al borde del abismo luego de la muerte del emperador Alejandro Severo, llegó también a su agotamiento la potencia creadora de la jurisprudencia clásica. Ciertamente, **Diocleciano** (284-305) dotó al imperio de un poder central fuerte, después de medio siglo de anarquía, y en al menos un aspecto (en la práctica de otorgar rescriptos, es decir, las decisiones sobre asuntos jurídicos otorgadas a quienes las solicitaran), buscó mantener vivo el pensamiento clásico. Sin embargo, la monarquía absoluta, que sometió a todos los órganos estatales a la voluntad del soberano omnipotente, no ofreció espacio para un renacimiento de la Jurisprudencia, la que dejó de ser una ciencia libre, al cuidado del derecho y solo responsable ante la propia conciencia del jurista. 12

Bajo **Constantino el Grande** (307-337) la vida jurídica da la espalda de forma significativa a la tradición clásica. El destino cultural del derecho es, por de pronto, el **vulgarismo**. 13

Se pierde en gran medida el refinamiento del pensamiento y del vocabulario jurídico de los juristas clásicos. Su lugar lo ocupan las concepciones jurídicas de profanos en cuestiones jurídicas, o bien prácticos, o profesores de derecho deficientemente formados, quienes a menudo *comprenden equivocadamente* o distorsionan. Tales opiniones jurídicas defectuosas no eran tampoco completamente desconocidas en la praxis clásica, en particular en las provincias; sin embargo, en la medida en que el derecho clásico representaba el ordenamiento «oficial», ellas fueron, en su mayoría, desestimadas.

Después del fin de la época clásica prevalecen estas tendencias vulgaristas e irrumpen, desde Constantino, en la cancillería imperial. En cuanto las características del estilo «vulgar», tanto del pensamiento como del vocabulario, han conducido a instituciones jurídicas reconocidas y aplicadas en la práctica, alejadas del derecho clásico, pueden ser éstas englobadas en el **derecho vulgar**. Sin embargo, no es este un concepto de la sistemática jurídica, sino uno cultural, el cual pretende apuntar específicamente a la aplicación, a la formación y al desarrollo del derecho.

- 14 El derecho vulgar postclásico, cuya importancia para la historia del derecho romano solo a partir de los años 30 del siglo XX ha sido reconocida y valorada gracias al trabajo de Ernst LEVY, se construye sobre el derecho romano, pero uno más tosca y materialmente transformado, rebajado a un estrato inferior de la cultura jurídica y, en ocasiones, conectado a formas de pensamiento del derecho arcaico pre-científico. Sin embargo, hoy en día se considera que la magnitud de la vulgarización fue considerablemente menor de lo que se pensaba en la época de Levy. No obstante el lenguaje retóricamente ampuloso y varios cambios terminológicos, la mayor parte del derecho privado clásico continuó siendo vinculante también para la Antigüedad tardía. De forma ocasional, la vulgarización logró ciertos progresos (como la representación de los emancipados o la cesión de créditos). **Lit.:** K. MISERA – R. BACKHAUS, «Ernst Levy und das Vulgarrecht», en *Semper apertus. Sechshundert Jahre Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg: 1386-1986. Festschrift in sechs Bänden*, Berlin –New York, 1985, 194. – Sobre la fijación del derecho y el gobierno durante la Tetrarquía, establecida por Diocleciano y finalizada por Constantino en 324, después de la victoria sobre Licinio, *vid.* S. CORCORAN, *The Empire of the Tetrarchs, Imperial Pronouncements and Government AD 284-324*, 1996 [con A. JÖRDENS, SZ 116 (1999) p. 334].

Diferentes al Derecho romano vulgar son los **derechos locales** helenísticos, es decir, derechos *griegos* o de origen *oriental*, que conocemos sobre todo por los *papiros greco-egipcios*, que gozaron de una vigencia muy extendida en la mitad oriental del imperio, no obstante la superposición romana y el otorgamiento general de la ciudadanía romana por la *constitutio Antoniniana* (212 d. C.) [3.19]. – La influencia del **helenismo** sobre el desarrollo postclásico del derecho romano se ve reforzado, pero se mantiene dentro de estrechos límites. Se manifiesta especialmente en la propagación de la *forma escrita*, además de específicas instituciones griegas o de origen oriental (*manumissio in sacrosanctis ecclesiis, arra sponsalicia, donatio ante nuptias*).

- 15 b) Entre los **factores de creación jurídica** del derecho privado de la época posclásica influyen, al margen de las transformaciones internas apuntadas y de las influencias externas, otros profundos cambios que configuran su vida intelectual y material. Los **monarcas absolutos**, ahora únicos legisladores, en parte por razones políticas, y en parte por motivos de bienestar social, intervienen fuertemente con sus medidas en las vidas de los súbditos. La estructura estatal, ahora modificada, trae consigo una transformación en la **organización judicial**, y una modificación del **derecho procesal civil** que afecta también al derecho privado. Cambios significativos se producen tras la victoria del **Cristianismo** (edicto de Milán, sobre la tolerancia del Cristianismo, en 313 y, desde 380, religión oficial, bajo Teodosio [379-395]), si bien las doctrinas de éste reforman el derecho de familia, en especial, el derecho matrimonial. La instauración de un **socialismo estatal**, que interviene normativamente todas las áreas de la vida, por medio de un amplio aparato administrativo, se encuentra en estrecha con-

xión con la transición hacia una monarquía absoluta. Igualmente relacionados con estos fenómenos se encuentran el declive de la **economía** y de la **comunidad social**, el empobrecimiento general, la precaria situación de las masas, el retraimiento del comercio y la decadencia del sistema monetario.

Las medidas imperiales buscan servir como parte de la *asistencialidad*, especialmente 16 en el derecho de familia y en el sucesorio. Por su parte, los súbditos quedan sujetos a una múltiples y opresivos gravámenes; permanecen agrupados en asociaciones profesionales (*corpora*), de filiación hereditaria e indisoluble; y, en la agricultura, el *colonato* da forma a una suerte de libertad personal disminuida, próxima a la esclavitud [16.18]. A esto se añaden múltiples impuestos y tributos, así como el desempeño obligatorio de cargos (*munera*) que resultan naturalmente onerosos. Además, son especialmente importantes para el derecho privado las restricciones a la *propiedad* y a la libertad para comprar y vender. Una impresionante descripción de estas relaciones ofrece el artículo de E. SECKEL, «Die spätrömische Entwicklung der erblichen Zwangsberufe sowie der erblichen Zwangsverbände», conferencia leída en la *Berliner Mittwochs Gesellschaft* el 24 de abril de 1901), sobre lo cual *vid.* W. SCHUBERT, «Die Vorträge Emil Seckels in der Berliner Mittwochs-Gesellschaft» (Teil 1) SZ 121, 506 ss. **Lit.** adicional: D. LIEBS, «Verfassungs-, rechts- und sozialgeschichtliche Eigenheiten der Spätantike», en *FHI.*, vol. V, p. 2857.

c) Finalmente, y después de haberse intentado tempranamente en el s. IV d. 17 C., el imperio queda dividido, tras la muerte de Teodosio el Grande (379-395), en una **parte oriental** y otra **occidental**. A partir de ahí el desarrollo del derecho de ambas partes del imperio transitará por caminos separados.

Las *leyes imperiales* tienen a partir de ahora vigencia solo en aquella mitad del imperio en que son promulgadas, según su fecha y lugar, a pesar de que las inscripciones, que siempre mencionan a los emperadores, dan una apariencia de unidad. En todo caso, algunas leyes de una parte del imperio serían acogidas también en la otra. En primer término, el *Codex Theodosianus* (438), que fue promulgado en ambas partes del imperio, contiene leyes tanto de una como de otra. Con posterioridad, solo ciertas leyes de la parte oriental serían adoptadas en la occidental y ninguna de la parte occidental en la oriental.

aa) En el Imperio Romano de **Occidente** continúa de forma imparable el 18 declive económico y social, así como la vulgarización del derecho privado. Después de su caída (476) el derecho romano regirá rigiendo, para los súbditos romanos de los estados germánicos que le sucedieron, conforme al principio de la personalidad (*vid.* [3.9-10]).

En los reinos visigodos y burgundios se conserva este derecho romano en recopilaciones especiales. En el caso del reino *visigodo*, se debe mencionar el Código de Eurico (*Codex Euricianus*, c. 475) y la *Lex Romana Visigothorum* (o *Breviarum Alaricianum*,

de 506); probablemente, para el reino *ostrogodo* de Teodorico el Grande, el *Edictum Theodorici* (posterior al 500); para el reino *burgundio* la *Lex romana Burgundionum* (principios del s. VI).

- 19 bb) En la **parte oriental** del imperio, las circunstancias *económicas* y *sociales* se mantuvieron, en general, en un nivel más alto que en Occidente, o se recuperaron en parte. En la cultura jurídica, la vulgarización se estanca por un lado, o bien es reemplazada por un giro **clasicista**, que busca conservar y aprovechar el legado de la literatura jurídica clásica. Este giro tiene su origen en las **escuelas de Derecho**, entre las que sobresalen, en el s. V la de Berito (hoy Beirut, Líbano) y, posteriormente, la de Constantinopla (actualmente, Estambul). Sin embargo, estas escuelas jurídicas, a diferencia de las clásicas, ya no se ocupan de desarrollar creativamente el Derecho, por medio de casos de impacto directo en la práctica. Antes bien, las escuelas ven su cometido en la asimilación teórica de las materias heredadas. En varias ocasiones la doctrina de la culpa exhibe la influencia de la *filosofía* y teología contemporáneas, especialmente a propósito de las doctrinas acerca de la voluntad y de la culpabilidad.

III. EL *CORPUS IURIS CIVILIS*

Lit.: Detalladamente, L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, 562-569; además, P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*², Leipzig, 1912, 365; B. KÜBLER, *Geschichte des römischen Rechts*, Leipzig, 1925, 399; KUNKEL-SCHERMAIER [1.58], p. 208; WALDSTEIN-RAINER [1.58], p. 242.

- 20 Las escuelas de Derecho orientales ven coronada su labor con el imponente trabajo legislativo del emperador **Justiniano I**, el **Corpus Iuris Civilis**, cuyas partes principales fueron promulgadas en los años 529 y 534. El clasicismo de Justiniano conserva en esta obra compilatoria, principalmente, fragmentos de la literatura jurídica de la época clásica en su redacción original, ante todo en el **Digesto** (de *digerere* = ordenar, reunir) o **Pandectas** (del griego *pandektai* [sc. *bibloi*] = libros que contienen todo) o en el manual de enseñanza inicial, las **Instituciones** (de *instituere* = enseñar). Asimismo, en su **Código** (libro) conserva muchas de las más de 4.600 constituciones imperiales, provenientes principalmente de la época del Principado, como así también las de *Diocleciano*, que con frecuencia siguen el derecho romano casi en su totalidad. Las ediciones modernas y sus traducciones son enumeradas más abajo [1.42-45].

El clasicismo apunta en todo caso solo a un aspecto de la actitud de Justiniano. El emperador se muestra también empeñado, al igual que sus predecesores, por hacer realidad el ideal de un **Estado de bienestar cristiano y absoluto**. El resultado de esta orientación es que Justiniano no puede dotar nuevamente de validez al derecho clásico en todos los ámbitos. Los decisivos cambios que separan a su época de aquélla de los clásicos se relacionan con los factores del desarrollo jurídico antes mencionados [1.15]: absolutismo y proceso de reforma, Cristianismo y helenismo (si bien éste fue efectivo solo dentro de estrechos límites), ante todo en las necesidades de una economía y una sociedad en declive. 21

Justiniano *concreta* la adaptación a las nuevas relaciones, a través de la recepción que hace en su Código de parte importante de las leyes imperiales de época *postclásica* (desde Constantino), pero en mayor medida, porque la legislación que él mismo produce es compilada, igualmente, en el Codex y en las **Novelas** (de *novellae constitutiones* = nuevas leyes imperiales; sobre sus ediciones, véase [1.42]). No se logra, sin embargo, la compilación oficial de las novelas mayoritariamente redactadas en griego planeada por Justiniano. La llamada «compilación griega» es privada, consta de 168 novelas y es la más completa; pero mayor significación en la historia del derecho privado alcanza el *Authenticum*, una edición de 134 novelas (de los años 535 hasta 565), en latín, en parte original, pero con una insatisfactoria traducción del original griego. 22

En los escritos clásicos transmitidos y en las constituciones imperiales de época clásica se lleva a cabo su adaptación por medio de **interpolaciones** (*interpolare* = cambiar, limpiar), es decir, de modificaciones textuales, realizadas solo superficialmente, y ocasionalmente, por los compiladores (*compilare*: expoliar, explotar). Son así designados los integrantes de las comisiones que compusieron tanto el Digesto, como las Instituciones y el Código de Justiniano bajo la dirección de Triboniano, el funcionario de mayor jerarquía de la cancillería imperial.

En las partes principales del *Corpus Iuris Civilis*, sobre todo en el Digesto, aunque también en las Instituciones y en el Código, se debe distinguir entre los escritos originales de los juristas clásicos y las constituciones imperiales, **estratos y revisiones**, las que no son reconocibles exteriormente y que solo mediante la crítica textual pueden ser descubiertas. Para el descubrimiento de estas capas se aplica una nueva orientación de la ciencia romanística, la investigación de los estratos textuales (*Textuforschung*) de F. Wieacker, que distingue varios estratos que no pueden delimitarse de forma clara en un caso individual: a) una transformación incipiente comienza a finales de la época clásica. Este estrato de *inicios de la época posclásica* se remonta a la primitiva enseñanza del Derecho, en la que se ha desvanecido la precisión del estilo 23

clásico de pensamiento, sin pretender modificar deliberadamente el material jurídico; b) desde el s. IV aparecen, principalmente en Occidente, los signos de la vulgarización, la cual, en ocasiones, ignora objetivamente la tradición clásica. Su influencia es apreciable, principalmente, en el Código y solo ocasionalmente en el Digesto; c) por el contrario, en los siglos V y VI se reafirma la influencia teorizante de las escuelas de Derecho orientales regidas por métodos escolásticos, lo que conduce con más fuerza al pensamiento clásico. Es probable que éste haya sido introducido en los textos mismos por los compiladores de Justiniano. Además de la incorporación de las doctrinas con las que las escuelas de la parte oriental del imperio desarrollaron el derecho clásico, las modificaciones textuales finales de Justiniano consisten, esencialmente en la adaptación (llevada a cabo de manera imperfecta) a las innovaciones legislativas antes mencionadas y a los cambios en materia de constitución, religión, economía y sociedad. Asimismo, cesan los vínculos a los que el derecho clásico se sometía, atendida la jerarquía de sus fuentes jurídicas y los estrictos principios de su procedimiento civil. **Lit.:** F. WIEACKER *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1975; EL MISMO, *Römische Rechtsgeschichte* [1.58] t. 1, p. 165 ss.

- 24 Sin embargo, a más de todo esto, las modificaciones textuales de los posclásicos, en especial de los compiladores, se limitan, principalmente, a la abreviación y a la estandarización. Por ejemplo, generalizando las decisiones individuales y, frecuentemente, resolviendo las controversias clásicas. En general, el alcance de las intervenciones posclásicas, es decir, de los cambios sustantivos, es considerablemente menor de lo que se suponía hasta finales de los años sesenta del siglo pasado, lo que hay que tener en cuenta al estudiar aquella literatura. La investigación actual, en medida importante, ha vuelto a depositar una gran confianza en los textos transmitidos y en su credibilidad.

Lit.: M. KASER, *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, Wien, 1972; EL MISMO, «Ein Jahrhundert Interpolationenforschung an den römischen Rechtsquellen», en *RRQ.*, p. 112; R. KNÜTEL, «Zum methodologischen Vermächtnis Max Kasers», *SZ* 115 (1998) 33.

IV. LA PERSISTENCIA DEL DERECHO ROMANO

Lit.: F. K. v. SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*², 7 vols., Heidelberg, 1834-1851, reimp. 1861; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*², Göttingen, 1967; W. TRUSEN, *Anfänge des gelehrten Rechts in Deutschland (zur Geschichte der Frührezeption)*, Wiesbaden, 1962; H. LANGE, *Römisches Recht im Mittelalter*, I (*Die Glossatoren*), München, 1997; H. LANGE-M. KRIECHBAUM, *Römisches Recht im Mittelalter*, II (*Die Kommentatoren*), München, 2007; G. WESENBERG-G.

WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*⁴, Wien – Köln – Graz, 1985; P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*⁴, München, 1966; P. STEIN, *Roman Law in European History*, Cambridge, 1999; H. HATTENHAUER, *Europäische Rechtsgeschichte*⁴, Heidelberg, 2004; G. WESENER, «Zum Weiterleben römischen Rechts im Frühmittelalter», en *Tradizione Romanistica e Costituzione*, vol. 2, p. 1751; J. M. RAINER, *Das römische Recht in Europa. Von Justinian zum BGB*, Wien, 2012. – Una exposición concisa del impacto histórico del *Corpus Iuris Civilis* puede verse en O. BEHRENDTS-R. KNÜTEL-H. H. SEILER, *Corpus Iuris Civilis II* [1.44], p. XIII-XXII. – Véase también la bibliografía en [1.30], además de [1.60-62]. – Las distintas «adquisiciones» de los textos por la ciencia a través los siglos, desde los glosadores [1-27], demuestra usando como ejemplo de Paul. D. 34, 1, 63 H. H. JAKOBS, «*Tignum iunctum* und Pandektenkritik», SZ 124 (2007) 198.

El destino del Derecho romano después del *fin de la Antigüedad* solo puede ser esbozado a grandes líneas. El Derecho romano se incorporó en el desarrollo del derecho posterior por medio de *tres vías*: 25

1. En Occidente, y aunque sólo sea en la forma distorsionada del derecho vulgar, sobrevivió al colapso del Imperio Romano y, mezclado con nociones jurídicas germánicas, ha constituido el fundamento del desarrollo del derecho medieval en Italia, el sur de Francia y en la Península Ibérica.

2. En Oriente, el Derecho del *Corpus Iuris Civilis* –externa y materialmente cada vez más diluido y, en parte, pergeñado de ideas helenísticas– mantuvo su vigencia en el Imperio Bizantino, que concluyó el 29 de mayo de 1453 con la conquista de Bizancio por los *mahometanos* (de Mehmet II). 26

Entre las elaboraciones unitarias en griego destacan los **Basílicos** (s. IX), que se remontan a modelos más antiguos. En parte de la Península balcánica este derecho romano-griego sobrevivió incluso a la dominación turca; en Grecia es todavía uno de los fundamentos del moderno Código civil de 1940. **Lit.:** J. H. A. LOKIN-B. STOLTE (Hrsg.), *Introduzione di diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, 2011; S. TROIANOS, *Le fonti del diritto bizantino*, 2015.

3. El derecho del *Corpus Iuris Civilis* adquirió un fuerte auge, gracias a la **renovación de la ciencia jurídica** en Italia, a fines del s. XI, en Bolonia. La escuela de los **glosadores** sometió el contenido de la compilación, especialmente el Digesto, a una reelaboración teórica fundamental a través de los métodos de pensamiento desarrollados por la teología de la época (escolástica temprana), sobre la cual se basa parte importante de la teoría jurídica posterior del continente europeo. Con este retorno al *Corpus Iuris Civilis*, las ideas de la jurisprudencia clásica, en tanto incorporadas en esta compilación, quedan de nuevo al descubierto. Sin embargo, esta escuela, para la cual el *Corpus Iuris* 27

era una revelación jurídica (*ratio scripta*) exenta de crítica y sacrosanta, no encontró la manera de utilizar este tesoro del conocimiento para la vida jurídica de su propio tiempo.

- 28 En los siglos XIV y XV la orientación teórica de los glosadores fue reemplazada por la escuela de los **comentaristas** (también llamados **postglosadores o conciliaristas**), de orientación práctica, quienes buscaban utilizar la aportación de la jurisprudencia romana también para el derecho de su época. Lograron así penetrar las instituciones de su tiempo, cualquiera fuese su origen, romano o germánico, con el método aprendido de los juristas romanos. Sin embargo, a menudo y de forma caprichosa, modificaban la forma de pensar romana.
- 29 Ambas escuelas cambiaron decisivamente la cultura jurídica europeo-continental. Tan solo Inglaterra, que ya entonces poseía una ciencia jurídica práctica muy desarrollada y, parcialmente, Escandinavia, estuvieron en menor medida expuestas a esta influencia. Después de haber introducido en los países *románicos* una elevada cultura jurídica, llegó también a Alemania en virtud de la llamada **Recepción** del derecho romano. Ésta comenzó paulatinamente en el s. XIII y concluyó con la Ordenanza del Tribunal de la Cámara Imperial, en 1495. Según su § 3, los jueces del más alto tribunal del Imperio «deben juzgar según el derecho común del reino (es decir, del derecho romano recibido), también según las justas y honradas ordenanzas, estatutos y costumbres del Principado, señoríos y tribunales, probados por su esplendor». De este modo, por la forma en que fue recibido el derecho romano alcanzó una vigencia subsidiaria, que adquirió cada vez mayor importancia puesto que los derechos locales eran interpretados restrictivamente. El período de la aplicación práctica del derecho romano durante la Recepción, especialmente el de los siglos XVII y XVIII se conoce como *Usus modernus (pandectarum)*.
- 30 Los fundamentos, el devenir y las consecuencias de este fenómeno, así como su desarrollo posterior, deben ser expuestos en la «historia del derecho privado de la era moderna». A este respecto, hay que señalar que el derecho romano de la Recepción, que –a diferencia de los «*derechos particulares*» alemanes, fragmentados territorial y corporativamente– se denomina ***ius commune* (derecho común)**, más tarde, sobre todo en el s. XIX), no desplaza completamente a tales derechos alemanes, sino que entra en una fructífera síntesis con ellos. De acuerdo con la necesidad de un tráfico jurídico uniforme y altamente desarrollado, el *ius commune* se convirtió en el fundamento principal del moderno Derecho de obligaciones y, en parte, también del derecho de propiedad y de herencia. A su turno, el Derecho alemán afirmó su validez en muchas áreas del Derecho de familia y del de propiedad. No menos importante es el hecho que

con el *Corpus Iuris Civilis*, el método científico se adoptó como propio en Alemania, siendo su sello el pensamiento orientado a las consecuencias jurídicas y a los presupuestos (*Voraussetzung*). Este método se aplicó asimismo a los derechos particulares y a menudo los salvó de la inundación total del derecho común romano.

Lit.: H. DONDORP-E. J. H. SCHRAGE, *The sources of Medieval Learned Law*, en J. W. CAINS-P. DU PLESSIS (edits.), *The Creation of the Ius Commune. From Casus to Regula*, 2010, 7 (rec. N. JANSEN, SZ 129 [2012] 903); antología rica en materiales.

Los testimonios de la época muestran cuán apreciados fueron los avances en términos civilizatorios y de la cultura jurídica asociados a la Recepción del derecho romano. Melancton, por ejemplo, que 1518 regentó un curso de Instituciones en Wittenberg, afirmó: «Quiera Dios dirigir la inteligencia de los príncipes y de los poderosos para preservar esta ciencia del Derecho, la que una persona buena y comprensiva no puede menos que desear. Porque si se elimina, se derivaría una grave tiranía en las cortes, la barbarie en los tribunales y, por lo tanto, una confusión de todo el derecho civil; lo que pedimos a Dios con toda nuestra alma que impida».

Ortholf Fuchsberger, el segundo traductor alemán de las *Institutiones*, en 1538, lo pone de relieve en el prefacio de su traducción de forma tan simple como drástica: «Si este derecho, esta ciencia y este tratamiento de los seres humanos fuesen abolidos, no estaríamos ni dentro ni fuera de nuestros hogares, y nuestros queridos amigos, padres, mujeres y niños no podrían vivir serena y alegremente en nuestra hacienda. Nadie reconocería lo propio o lo ajeno, ni lo que fuera su herencia paterna o lo que correspondería a sus hijos. Todo lo justo y equitativo sería abolido y gobernaría nuevamente la primitiva fiereza animal de los hombres, solos en los bosques, alimentados por bellotas, donde el más fuerte se impone al más débil. ¿Quién podría vivir civilizadamente en las ciudades, o en los campos? Puesto que mediante la violencia y la tiranía, ante las cuales nadie estaría a salvo, todo cultivo y todo arte serían devastados».

Tales afirmaciones se vuelven comprensibles si se considera que ya en el primer libro del Digesto se encuentran las ideas que más tarde serían los grandes objetivos de la Revolución burguesa: «libertad, igualdad, fraternidad» (Ulp. D. 1, 1, 4; Flor. D. 1, 5, 4 pr.; Flor. D. 1, 1, 3; véase [1.39]); que, de acuerdo con el Derecho del *Corpus Iuris*, la igualdad jurídica regía entre los ciudadanos (por lo tanto, no se distinguía por el nacimiento); que había una presunción de libertad y se favorecía la adquisición de ésta (lo que se conoce como *favor libertatis*); que las mujeres (a diferencia de muchos derechos medievales) eran, en todo caso, fundamentalmente iguales en el derecho de contratos y en el sucesorio; que, a diferencia de los derechos medievales con sus múltiples rela-

ciones, sobre todo feudales, existían la libertad de propiedad y la de testar, por lo que también se podía disponer de la propiedad inmueble con entera libertad; que se desarrollaron figuras específicamente diseñadas para las relaciones jurídicas; que existía una prohibición categórica de la violencia [8.31-33; 21.6; 36.12], etc. Véase COING I, p. 25 y en [1.39]; además, T. REPGEN, «Ius commune», *Fs. K. Luig* [26.2].

Además, con respecto a las circunstancias descritas por Fuchsberger, cabe mencionar el cuadro descrito por Cicerón en *Pro Sestio* 42, 91-92, sobre el desarrollo de la civilización, que Cicerón enfatiza como su salvaguardia decisiva: *Vim volumus extinguere, ius valeat necesse est, id est iudicia, quibus omne ius continetur* (Queremos que la violencia desaparezca; se requiere que la ley gobierne, es decir, los juicios, en los cuales se contiene todo el Derecho).

V. LA CODIFICACIÓN

- 32 Con las codificaciones correspondientes a los siglos XVIII al XIX, el Código civil de Prusia (*Allgemeines Landrecht*) (1704), el Código civil de Francia (1801-1804), el Código civil de Baden (una traducción del Código francés, de 1809), el Código civil del Imperio de Austria (1811) –por nombrar solo las más importantes– el derecho común romano (así como los derechos particulares) dejó de estar vigente en todos estos estados. Sin embargo, las legislaciones adoptaron en toda regla el derecho anterior, compuesto por elementos tanto romanos como locales. Desde el punto de vista del método, estas primeras codificaciones acusan la influencia ya no solo del derecho común, sino también de la de la doctrina del derecho natural iluminista. Ésta –con base en la filosofía griega y en la doctrina cristiana– postula la idea de un derecho válido para toda la humanidad y todos los tiempos, no obstante que a menudo intenta su construcción según el modelo del ordenamiento romano-germánico existente en esa época.
- 33 A partir de principios del s. XIX, la **Escuela Histórica** alemana, fundada por Friedrich Karl von Savigny (1779-1861), dio un nuevo y fuerte impulso a la influencia del derecho romano. Guiada por la idea del «espíritu del pueblo», formado a través de la historia, opuesta a la del «Derecho natural», esta nueva orientación exige un retorno al derecho romano, entendido como el desarrollo más elevado de la cultura jurídica occidental, haciendo equivalentes el derecho del *Corpus Iuris Civilis* y el derecho clásico, al tiempo que rechaza las reformulaciones con las que los postglosadores y el *Usus modernus pandectarum* querían adaptar el *Corpus Iuris* a las necesidades cambiantes de la época. Aunque este giro clasicista e idealista estaba, al mismo tiempo, alejado de la realidad, de

modo que su inviabilidad era manifiesta, la Escuela Histórica tiene el mérito de haber promovido decisivamente la profundización científica del derecho privado en todos los campos. En particular en la «Parte general», en la sistemática y, principalmente, en los conceptos fundamentales, esta escuela extrajo de las fuentes romanas un sinnúmero de conocimientos fundamentales, dando continuidad a los trabajos preliminares de la doctrina iusnaturalista.

Esta ciencia del s. XIX, también conocida como **Pandectística**, por su fuente principal, creó también salvaguardas decisivas para la **autonomía privada**, al dar forma en términos claros, a la vez que abstractos, a conceptos y reglas extraídos de las fuentes romanas. Codificaciones civiles posteriores recibieron su influencia, como por ejemplo, el *Derecho suizo* (*Derecho de Obligaciones*, de 1881 y actualizado en 1911-1936, *Código civil* desde 1907), los códigos civiles *alemán* (1896), *japonés* (1898), *brasileño* (1916, derogado por el de 2002), *griego* (1940) e *italiano* (1942). – **Lit.:** H. H. JAKOBS, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts*, Paderborn, 1983; R. KNÜTEL, «Schutz der Freiheit im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1896», en *FHI*. vol. IV, p. 2643. 34

VI. EL DERECHO ROMANO EN LA ACTUALIDAD

Lit.: F. WIEACKER, *Vom römischen Recht*², Stuttgart, 1961, 288; M. KASER, «Der römische Anteil am deutschen bürgerlichen Recht», *JuS* 1967, 337; R. ZIMMERMANN, «Das römische-kanonische *ius commune* als Grundlage europäischer Rechtseinheit», *JZ* 1992, 8; EL MISMO, «Heard melodies are sweet», *Archiv für die civilistische Praxis* 193 (1993) 121, 169; R. KNÜTEL, «Römisches Recht und deutsches Bürgerliches Recht», en W. Ludwig (Hrsg.), *Die Antike in der europäischen Gegenwart*, publicación del Simposio Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften, vol. 72, 1993, 43; R. ZIMMERMANN, «Römisches Recht und europäische Rechtseinheit», en W. Ludwig (Hrsg.), cit., 151; EL MISMO, «Römisches Recht und europäische Kultur», *JZ* 2007, 1; R. KNÜTEL, «Rechtseinheit in Europa und römisches Recht», *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* 2, 1994, 244; EL MISMO, «*Ius commune* und römisches Recht vor Gerichten der EU, *Juristische Schulung* 1996, 768, también E. BUCHER, «Rechtsüberlieferung und heutiges Recht», *ZEuP* 8 (2000) 394; F. J. ANDRÉS SANTOS, «Valor epistemológico de las reglas jurídicas romanas en el derecho comunitario europeo», en *Estudios Miquel*, 21; F. CUENA BOY, «El derecho romano entre el deseo y la realidad», *Estudios Miquel*, 265; X. PÉREZ LÓPEZ, «Más sobre el derecho romano y el derecho comunitario europeo», *Bull.* 103-104 (2000-2001) (pero: 2009) 831; T. GIMÉNEZ-CANDELA «Recht im Wandel: Europäische Rechtsvereinheitlichung», en *Fs. Knütel*, 373; F. MERCOGLIANO, «Trovare ovunque un minimo di legalità e di cultura...

Diritti umani e fondamenti romanistici nell'Unione europea» en *Festschrift Knütel*, 775; F. REINOSO-BARBERO, «Ein öffentliches Paradox: Die europäische Rechtsprechung und das römische Recht, SZ 127 (2010) 345; H. HONSELL, «Lebendiges römisches Recht», en *Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly*, Wien, 2011, 225. Véase también los trabajos publicados en J. Eckert (Hrsg.), *Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte. Festschrift Hans Hattenhauer*, Heidelberg, 2003.

- 35 Hasta la entrada en vigencia del BGB, el 1 de enero de 1900, alrededor de 16,4 millones de habitantes, la tercera parte de la población del imperio, vivían aún regidos por el derecho romano-germánico. A pesar de que este derecho ha perdido vigencia en todas las materias reguladas por el BGB, sigue siendo importante para el derecho actual en varios aspectos. En principio, mantiene su vigencia en los respectivos territorios estatales en las materias prescritas en la Ley de Introducción al Código Civil (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche) –la llamada «Lista de pérdidas de la Unificación jurídica»– en todo lo que no sea derogado por un nuevo derecho estatal. En medida importante esto ya ha ocurrido, pero siguen existiendo casos hasta el día de hoy en que las sentencias tienen que basarse en el derecho común, como ha ocurrido en el derecho de aguas (véase, por ejemplo, BGHZ [Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen – Amtliche Sammlung] 92, 326 [Moselinsel]; 108, 110, 121 [Hochwachte Bucht]; Bundesgerichtshof [Neue Juristische Wochenschrift] 1990, 3263, 3265 [Travemünde], cfr. BGHZ [Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen – Amtliche Sammlung] 114, 1183, 189).
- 36 Más importante aún es que las estructuras, las instituciones jurídicas, el lenguaje y ciertas reglas del BGB, así como de otras codificaciones se encuentran, en su mayor parte, conformados por derecho romano común. Algunos artículos o párrafos de códigos actuales se leen como si fuesen una traducción de fragmentos del Digesto (por ejemplo, las reglas sobre la condición fallida [10.5], o bien sobre la adquisición de los frutos por parte del poseedor de buena fe [26.6], o bien –prácticamente idénticos– Inst. 2, 14, 7 y §§ 2089, 2090 del BGB) y es por eso que está en lo cierto el estadounidense Charles Sherman, cuando en la Introducción del segundo volumen de su obra general *Roman Law in the Modern World* (1924) pone de relieve: «In all the codifications of the 19th and 20th centuries there is unity: The Modern Codes may be regarded as republications, to a large extent, of Justinian's monumental Codification of Roman Law – but adapted to modern times in modern linguistic dresses».
- 37 Por consiguiente, resultó natural que las disposiciones de los nuevos códigos, especialmente en las primeras décadas, se interpretaran a la luz del derecho anterior, es decir, del derecho común. En aquellos casos en que el código no contuvie-

se disposición alguna, o bien la contuviese, pero imperfectamente, el derecho anterior continuó siendo el punto de partida, con independencia del principio codificador, según el cual el derecho privado que regía en los territorios (con excepción de las reservas de la Ley introductoria al Código Civil) quedaba abolido en su totalidad, es decir, no mantenía vigor ni aún de forma subsidiaria (§ 55 de la Ley introductoria al Código Civil). De este modo, tanto la jurisprudencia del Tribunal Superior (*Reichsgericht*), como los comentarios al BGB, contribuyeron sustancialmente a mantener una continuidad jurídica bastante amplia. Miradas en su devenir, las normas del BGB representan un esquema regulatorio más o menos robusto, a través del cual la experiencia jurídica adquirida a lo largo de miles de años se ha dirigido hacia nosotros y ha tenido éxito. Además, los padres del BGB no entendieron su obra como definitiva; muchas cosas (provenientes de la tradición jurídica romana) las asumieron como evidentes y a menudo se abstuvieron de una reglamentación, para «dejar a la ciencia y la práctica la solución» del problema, como estereotipadamente se expresa en la documentación del proceso codificador alemán (*Gesetzesmaterialien*). Por regla general, se ha entendido que no se pretendía una modificación fundamental del derecho anterior, de lo que se sigue que no es posible examinar en profundidad los problemas del derecho civil contemporáneo sin volver al derecho común y, por lo tanto, al derecho romano.

El derecho romano no sólo desempeña una función de cara a la comprensión de las codificaciones nacionales. Sus figuras jurídicas, sus máximas y su terminología se han retomado en todo el mundo, de modo que su conocimiento facilita tanto la comprensión como la comunicación. Esto es manifiesto, también, en el proceso de unificación de la Unión Europea. En la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia europeos, se recurre a menudo a principios y reglas de probada eficacia, provenientes de la época del *ius commune* precodificado y del derecho romano. Estas máximas se aplican como «principios generales del Derecho comunes a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros» (340 inc. 2.º Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; art. 188 inc. 2.º del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica [Euratom V]); corresponden a la conciencia jurídica común a los jueces y abogados generales formados en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales y desempeñan un papel nada desdeñable en el proceso en el que de la práctica judicial se deriva gradualmente una especie de «Parte general» del Derecho comunitario (véase R. KNÜTEL [1.35], JuS 1996, 768). 38

El derecho romano ha dado la vuelta al mundo, e influye sobre nuestro sistema jurídico, tanto en su forma original, como también en la modificada por otros sistemas. 39

De este modo, la idea que proporciona fundamento a la famosa «*contemplation-rule*», que limita los daños y perjuicios derivados de la violación del contrato a la pérdida que el deudor podría haber previsto al momento de la celebración de éste como potencial consecuencia de su incumplimiento, fue desarrollada por los juristas franceses Dumoulin y Pothier en los siglos XVI y XVIII en conexión con la constitución C. 7, 47, 1, de Justiniano, que limitaba los daños y perjuicios al doble de la cantidad (*dupli quantitas*). En 1854 esta doctrina fue admitida en Inglaterra en virtud del caso *Harley v. Baxendale*. La doctrina que el derecho angloamericano deriva de aquí se ha convertido en el modelo del art. 82 de la Ley Uniforme sobre Venta Internacional de Mercaderías y 74 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (1980), y por medio de ellas, la limitación de daños contractuales, ahora modificada, ha retornado a nuestro sistema jurídico.

En cuanto al derecho público, habría que recordar, por ejemplo, que una parte sustancial de nuestros derechos fundamentales ya se había desarrollado en el *ius commune* a partir de fuentes antiguas, y que se abrió paso, políticamente, en la Revolución Francesa, pero que sólo se volvió decisiva para nuestro actual pensamiento jurídico tras su retorno a través de América del Norte. Cuán hondamente se hunden las raíces y hasta qué punto los valores e ideas ya garantizados por el derecho romano continúan dando forma a nuestras ideas sobre el derecho y la justicia, lo ha resumido muy bien el Abogado General Trabucchi, en sus consideraciones finales ante el Tribunal Superior de Justicia Europeo en el asunto 4/73 (Nold), en el que el TSJE reconoció que los derechos fundamentales pertenecen a los «Principios generales del Derecho»: «El respeto de la libertad y la propiedad, la afirmación de los principios de igualdad, no discriminación y proporcionalidad...forman parte de la concepción acerca del Derecho que dota de un marco al sistema comunitario en su conjunto y para el cual resulta decisivo...son, en esencia, siempre esos principios «*quarum causa omne ius constitutum est*». Los encontramos en los antiguos sistemas jurídicos como *ratio scripta* de la convivencia humana, los encontramos en las codificaciones del siglo XIX, que precisamente fueron concebidas para dar vigencia a tales afirmaciones en forma de artículos; hoy los encontramos de forma más solemne aún en las constituciones modernas.... Ante estos principios la actividad de los órganos comunitarios debe ser respetuosa» (Colección 1974, 509, 513). La cita está extraída de D. 1, 5, 2, fragmento en el que el jurista Hermogeniano subraya que «todo el Derecho ha sido establecido por causa del ser humano». Con esta referencia a los ordenamientos de la Antigüedad, Trabucchi aludía a los griegos, principalmente a los atenienses, para los cuales Solón fue el primero en desarrollar los fundamentos de nuestro canon de valores, el «creador de los valores políticos y jurídicos fundamentales de Europa: la libertad, la igualdad y la participación política» (Barta). – La reiterada jurisprudencia del TSJE, en el sentido de que los derechos

fundamentales, tal como se desprenden de la Convención Europea de Derechos Humanos y de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, figuran entre los principios generales del Derecho comunitario (por ejemplo, Sentencia C-7-98, Colección 2000, I-1935 números 25-27 – Krombach), ha encontrado entretanto su lugar en el Tratado de la UE (6 III; hasta el fin de 1998 F II). – Véase también [1.31].

Lit.: R. A. BAUMANN, *Human Rights in Ancient Rome*, London, 2000; T. HONORÉ, *Ulpian*², Oxford, 2007, 76; G. GILIBERTI, «Omnium una libertas», en *TreC* II, 188; DONATI [13.1]; J. GILTAIJ, *Menschenrechten in het Romeinse recht?*, Nijmegen, 2011 (rec. J. HALLEBECK, TR 80 [2012] 510; M. SCHERMAIER, SZ 132 [2015] 550); EL MISMO, «Human rights, Roman law and Stoicism» E. K. E. I. E. D 46 (2016) 105; H. BARTA, «Solon – Schöpfer der politischen und rechtlichen Grundwerte Europas», E. K. E. I. E. D 46 (2016) 9. – Véase también [3.14] (Derecho internacional público).

Aun cuando lo dicho afecta también a aspectos propios de la permanente utilidad práctica del derecho romano, se debe poner de relieve que el valor decisivo del derecho romano radica en el hecho de representar el mayor tesoro de experiencia específicamente iusprivatista de que dispone la humanidad. En el derecho romano es posible reconocer, a lo largo de un milenio, el desarrollo modélico del derecho y de la jurisprudencia, desde su surgimiento y continuo desarrollo hasta su apogeo y desde allí hasta su decadencia. En él se configuran jurídicamente las estructuras fundamentales de las situaciones conflictivas que surgen en la convivencia humana. A partir de él, de los problemas concretos y de la naturaleza de las cosas –ya que los juristas romanos desarrollaron este derecho, en gran medida, sin intervención legislativa– se descubren las mejores perspectivas de solución de casi todos los problemas perennes del derecho privado. Prueba elocuente de la abundancia de este tesoro es que desde el «redescubrimiento» de las fuentes jurídicas romanas en la Alta Edad Media –ya sean los glosadores, los comentaristas o los humanistas, ya sea el *usus modernus*, el Derecho natural, la Escuela Histórica o la Pandectística, ya sea de la actual ciencia histórica– siempre se extrae nuevo conocimiento de los textos antiguos.

Con base en trabajo realizado con la mayor intensidad sobre el derecho romano, la jurisprudencia germanoparlante del siglo XIX alcanzó el liderazgo en el mundo y fue capaz de desarrollar una legislación del más alto rango, cuyo mejor producto fue el BGB. Sin embargo, durante el siglo pasado el derecho romano perdió progresivamente prestigio en la gran mayoría de los juristas alemanes, en tanto que en las universidades pasó a ser una simple asignatura optativa junto a otras varias (en un nivel muy inferior al que se mantenía incluso en la época el nacionalsocialismo, que hizo de la «aboli- ción» del derecho romano su programa). No es objetivo de este libro explicar las razo-

40

41

nes de este devenir. Sin embargo, puesto que el enfoque está en los estudiantes de Derecho, se puede afirmar que, a diferencia de lo que ocurre en Alemania (y, de modo similar, en Francia), en otros lugares, la conciencia acerca de la importancia del derecho romano va en aumento. Hay un gran número de indicios, pero elegiremos solo tres. En la República Popular China las facultades de Derecho incorporaron recientemente Derecho romano como asignatura optativa del plan de estudios. En la lejana Australia, un canciller universitario y presidente del Tribunal Supremo de Australia del Sur dictó una conferencia de despedida titulada «Un alegato a favor del derecho romano» (J. J. BRAY, *Adelaide Law Review* 9, 1983-1985, 50). En 1992, un joven abogado estadounidense, después de completar su currículum en *Common law* y antes de comenzar su trabajo profesional en éste, escribió una comunicación a un congreso sobre las conexiones entre el Derecho romano, *Common law* y *Civil law*, que termina con una declaración: «Ofrecer un curso de derecho romano es lo correcto y lo lógico. La negativa a ofrecer un curso de Derecho romano, o a aceptarla como legítima es comparable a la muerte de Sócrates a manos de los atenienses: un acto precipitado e irracional que al final perjudica, sobre todo, a los estudiantes. Es cierto que el conocimiento del Derecho Romano no es indispensable para el ejercicio de la abogacía hoy en día, pero él es capaz de producir mejores abogados. La significación del Derecho romano descansa, como Sir Henry Maine lo recordaba, «en la inmensa ignorancia a la que estaremos condenados sin derecho romano» (J. J. HOGERTY II, *Tulane Law Review* 66 [1992] 1898). Un contraste con esto, evidentemente guiado por otros intereses, es el ofrecido por jóvenes autores de las ciencias financieras, deficientemente informados (U. MALMENDIER, «Roman Law and the Law-and Finance Debate», en *Fs. Knüttel*, 719).

VII. FUENTES

Lit.: L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953; véase también la literatura señalada en [1.3].

- 42 De las fuentes ya mencionadas y aquellas que se tendrán en cuenta adicionalmente, a lo largo de esta exposición, hay numerosas ediciones y traducciones, las más importantes de las cuales son mencionadas aquí. También es necesario hacer referencia a las diversas bases de datos que se encuentran disponibles en línea.

1. Del *Corpus Iuris Civilis* existe una edición completa y diferentes ediciones para las distintas partes de él.

a) La edición completa más usada es:

Th. MOMMSEN – P. KRÜGER – G. KROLL, *Corpus iuris civilis*, conocida como *editio stereotypa*,

I. *Institutiones. Digesta*¹⁵ (las *Institutiones*, fueron editadas por P. KRÜGER; el Digesto, por Th. MOMMSEN – P. KRÜGER), 1928 (distintas reimpressiones de las 12.^a ed., 1912; finalmente como 21.^a ed. en 1970).

II. *Codex Iustinianus*¹⁰ (editado por P. Krüger), 1929; última reimpresión como 15.^a ed., 1970.

III. *Novellae*⁵ (editada por R. SCHOELL – G. KROLL), 1928; última reimpresión como 10.^a ed., 1972.

Una traducción al alemán de todo el *Corpus iuris* (sobre la base del texto de entonces, es decir, del Digesto, hasta el libro 38, según la edición de Hnos. Kriegel; respecto del resto, en principio también para las *Novellae*, según la de Beck) si bien desfasada, hasta hoy puede estar en uso.

C. E. OTTO – B. SCHILLING – C. F. F. SINTENIS, *Das Corpus Iuris Civilis in's Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter* (traducido al alemán por una asociación de juristas) I-VII, 1830-1833 (I, 2.^a ed., 1839); reimp., 1984 (sobre otras traducciones, véase [1.43-45]).

b) De las *Institutiones* se puede mencionar (sobre Teófilo, véase [1.50]):

43

P. KRÜGER, *Iustiniani Institutiones*⁴, 1921.

O. BEHRENDIS – R. KNÜTEL – B. KUPISCH – H. SEILER, *Corpus Iuris Civilis*, Texto y traducción (al alemán), I: *Institutionen*², 1997. Al mismo tiempo, en una muy trabajada edición de bolsillo, 4.^a ed., 2013, editada por R. KNÜTEL – B. KUPISCH – S. LOHSE – Th. RÜFNER, así como otras ediciones y traducciones, en particular:

F. HERNÁNDEZ-TEJERO JORGE, *Las Institutiones de Justiniano*, 1961, traducción castellana, reimp., 1998.

E. NARDI, *Istituzioni di diritto romano*, B: *Testi* 2, 1975 (pp. 7-202; texto y traducción al italiano).

J. A. C. THOMAS, *The Institutes of Justinian*, 1975.

P. BIRKS – G. MCLEOD, *Justinian's Institutes*, 1987.

J. E. SPRUIT – K. E. M. BONGENAAR, *Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling*, I. *Instituten*, 1993.

c) Digesto:

44

Th. MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti*, I (libros 1-29), 1868; II (libros 30-50), 1870; reimp. 1962-1963 y 2001 (es la gran edición crítica, conocida como la *editio maior*, base de la edición *stereotypa*); últimamente, publicada en Frankfurt am Main, 2009 (con los pequeños y extensos prefacios de 1866, 1868 y 1870, también traducida al alemán por G. HILLNER).

P. BONFANTE – C. FADDA – C. FERRINI – S. RICOBONO – V. SCIALOJA, *Digesta Iustiniani Augusti* I (1-28), 1908; II (29-50), 1931; reimp. en un solo volumen, 1970 (edición de bolsillo).

Th. MOMMSEN – P. KRÜGER – A. WATSON, *The Digest of Justinian*, I-IV, 1985 (texto y aparato crítico de la *editio maior* con traducción al inglés).

J. E. SPRUIT – R. FEENSTRA – K. E. M. BONGENAAR (y desde el volumen V, F. B. J. WUBBE), *Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling*, II (D. 1-10), 1994; III (11-24), 1996; IV (25-34), 1997; V (35-42), 2000; VI (43-50), 2001 (texto según la *editio maior* con traducción al neerlandés).

O. BEHREND – R. KNÜTEL – B. KUPISCH – H. SEILER, *Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung* II (1-10) 1995; III (11-20), 1999; KNÜTEL – KUPISCH – SEILER – BEHREND, IV (21-27), 2005; KNÜTEL – KUPISCH – SEILER – T. RÜFNER, V (28-34), 2012 (texto según la *editio maior* y la *editio stereotypa*, con enmiendas, con traducción al alemán).

45 d) Sobre el **Codex**, aparte de la edición *stereotypa*, debe mencionarse:

P. KRÜGER, *Codex Iustinianus*, 1877 (gran edición crítica), reimp., 1998.

J. E. SPRUIT – J. M. J. CHORUS – L. DE LIGT, *Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling*, VII (C. 1-3), 2005; VIII (4-8), 2007; IX (9-12), 2010 (sigue el texto de la edición de P. Krüger, 1877; reimp. 1998 y de la *editio stereotypa*).

e) Sobre las **Novelas** encontramos (aparte de la edición *stereotypa* [42]) la de J. E. SPRUIT con J. H. A. LOKIN – B. H. D. STOLTE-N. VAN DER WAL, *Corpus Iuris Civilis, Text en Vertaling*, X (Nov. 1-50), 2011; con J. M. J. CHORUS – L. DE LIGT, XI (Nov. 51-114), 2011; y con LOKIN – VAN DER WAL, XII (Nov. 115-168), 2011.

46 2. Las **fuentes jurídicas prejustinianas** se hallan recogidas en varias compilaciones.

a) **Colecciones generales** (las que contienen documentos negociales se marcan con asterisco) son las siguientes:

C. G. BRUNS – O. GRADENWITZ, *Fontes iuris Romani antiqui*⁷, I: *Leges et negotia**; II: *Scriptores*; 1909 (reimp., 1958), con ilustraciones (*Simulacra*) e índice de palabras (*Index*).

F. BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, I, II, 1-2, 1896-1901, reimp. 1985;

E. SECKEL – B. KÜBLER, *Iurisprudentiae antejustiniana reliquae*, I, II 1-2, 1908-1927 (7.^a ed., 1935);

P. KRÜGER – Th. MOMMSEN – W. STUEMUND, *Collectio librorum iuris antejustiniani*, I-III, 1878-1923;

P. F. GIRARD – F. SENN, *Textes de droit romain*⁷, I, 1967; II, 1977;

S. RICCOBONO – J. BAVIERA – C. FERRINI – J. FURLANI – V. ARANGIO-RUIZ, *Fontes iuris Romani antejustiniani*² (abreviado como *FIRA*), I: *Leges*; II: *Auctores* (en especial, *Gai. Inst.*; *Ulpiani Epitome*; *Pauli Sententiae*; *vaticana collatio*); III: *Negotia* (documentos negociales en inscripciones, papiros y tablillas), 1940-1943; reimp. I, II, 1968; III, 1969, es actualmente la compilación más usada. En preparación de la nueva edición de ésta han aparecido dos volúmenes (como ediciones especiales de los *Annali Palermo*): G. PURPURA, *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Antejustiniani* (FIRA).

Studi preparatori I (*Leges*), 2012, 769 páginas (por ejemplo, pp. 59-213 sobre reglas de derecho de aguas); II (*Auctores-Negotia*), 2012, 293 páginas;

J. E. SPRUIT – K. E. M. BONGENAAR, *Het erfdeel van de klassieke romeinse Juristen*, I: *Instituten van Gaius* [1.47]; II: *Gaius en Paulus*, 1984; III: *Ulpianus, Papinianus en kleinere fragmenten*, 1986; IV: *Fragmenta Vaticana, Collatio, Consultatio, Scholia Sinaitica, Probus*, 1987 (textos según la edición de P. F. Girard – F. Senn, con traducción al neerlandés).

Además:

D. LIEBS, *Die pseudopaulinischen Sentenzen*, SZ 112 (1995) 151; SZ 113 (1996) 132 (antes, en EL MISMO, *Römische Jurisprudenz in Africa*, 1993, 125).

Sobre las tablillas de Puteoli:

G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*, I, II, 1999*.

J. G. WOLFF, *Neue Rechtsurkunden aus Pompeji. Tabulae Pompeianae novae* (=TPN), en latín y alemán, 2010*.

Sobre el Oriente cristiano, se debe mencionar:

W. SELB – H. KAUFHOLD, *Das Syrisch-römische Rechtsbuch* I (Introducción); II (Textos y traducción), III (Comentario), 2002.

W. SELB, *Sententiae Syriacae*, 1990 (Introducción, edición, traducción, comentario).

b) La más importante fuente jurídica antejustiniana la constituye el palimpsesto que contenía las **Instituciones de Gayo** [1.10], descubierto por B. G. Niehbur en la Biblioteca Capitular de Verona. 47

E. SECKEL – B. KÜBLER, *Gaius Institutiones*⁸, 1939 (7.ª ed., 1935; reimp., 1969).

P. KRÜGER – W. STUEMUND, *Gai institutiones*⁷, 1923 (llamada *collectio* en [1.46]).

U. MANTHE, *Gaius Institutionen*², 2004, 2010 (texto según la edición de David – Nelson – Manthe, y en el 4.º libro según Krüger – Studemund) traducido al alemán y explicado.

F. DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius*, I: *Text with Critical Notes and Translation*, 1946; 5.ª reimp., 1974; II: *Comentary*, 1953.

J. REINACH, *Gaius Institutes*, 1950 (texto con traducción al francés).

M. DAVID – H. L. W. NELSON, *Gai institutionum commentarii IV*; hasta el momento hay 4 entregas: libros 1 y 2, texto y comentario filológico, 1954, 1960, 1968; hasta la fecha H. L. W. NELSON – U. MANTHE, *Gai Inst.* III. 1-87, 1992; III.88-181, 1999; III.182-225, 2007 (texto y comentario histórico-jurídico).

F. HERNÁNDEZ-TEJERO JORGE – J. A. ARIAS BONET – J. IGLESIAS-REDONDO – M. ABELLAN VELASCO – J. ROSET ESTEVE, *Gayo. Instituciones*, 1985 (texto según P. F. Girard – F. Senn [1.46], con traducción al español).

W. M. GORDON – O. F. ROBINSON, *The Institutes of Gaius*⁷, 1998 (texto según Seckel – Kübler, 1935, con traducción al inglés).

■ § 1. DESARROLLO E IMPORTANCIA DEL DERECHO PRIVADO ROMANO

E. NARDI, *Istituzioni di diritto romano A: Testi*, 1973 (pp. 1-144, con traducción al italiano);

J. E. SPRUIT – K. E. M. BONGENAAR, *De Institutionen va Gaius*², 1994 (según el texto de P. F. Girard-F. Senn, con traducción al neerlandés).

Traducciones al alemán sin el texto latino:

J. LAMMEYER, *Die Institutionen des Gaius*, 1929.

L. HUTCHHAUSEN, en L. Huchthausen – G. Härtel, *Römisches Recht*⁴, 1975, 1991 (pp. 9-224).

48 c) Colecciones de leyes, constituciones imperiales y senadoconsultos:

M. H. CRAWFORD (edited by), *Roman Statutes*, I, II, 1996 (Bibliografía, Introducción, leyes con traducción al inglés y comentario en cada volumen).

M. ELSTER, *Die Gesetze der mittleren römischen Republik (366-134 v. Chr.)*. Texto y comentario, 2003.

D. FLACH, *Die Gesetze der frühen römischen Republik. Text und Kommentar*, 1994 (Ley de las XII Tablas, en pp. 109-207); EL MISMO, *Das Zwölftafelgesetz* (texto, traducción y comentario), 2004.

G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani* (Enciclopedia Giuridica Italiana), 1912; reimp. con adiciones, 1966 (exposición cronológica razonada).

R. DÜLL, *Das Zwölftafelgesetz*⁷ (texto, traducciones y explicaciones), 1995 (otras ediciones en las colecciones mencionadas en [1.46]).

E. VOLTERRA, *Senatus Consulta*, en *NNDI XVI*, 1969, 1047 = E. VOLTERRA, *Scritti giuridici* 5, 1993, pp. 193-297 (con exposición cronológica razonada).

En proceso de elaboración: P. BUONGIORNO – S. LOHSSE (Hrsg.), *Acta Senatus. Paligenesie und Kommentar der römischen Senatsbeschlüsse*, 2018 ss.

49 **Códices:** sobre el Gregoriano y el Hermogeniano, véase el *Epitome* en la *Collectio*, editada por P. KRÜGER *et al.*, III, p. 221 ss., y en FIRA II, p. 653 ss. (ambos en [1.46]).

Th. MOMMSEN-P. M. MEYER, *Theodosiani libri XVI cum constitutionibus Sirmondianis et leges novellas ad Theodosianum pertinentes*, I, 1-2; II, 1905; reimp. En 1954 y 1970 (sobre su traducción, véase *infra* Pharr).

P. KRÜGER, *Codex Theodosianus*, fascículos 1-2 (incompleto), 1923-1926.

C. PHARR, *The Theodosian Code and Novels and de Sirmonian Constitutions*, 1952; reimp. En 1969 (traducción al inglés sobre la base de las ediciones de Mommsen-Meyer y de Krüger).

S. CROGIEZ – PÉTREQUIN – P. JALETTE, *Codex Theodosianus. Le Code Theodosien* (hasta ahora), vol. 5, 2009 (texto latino según la edición de Mommsen, con traducción al francés).

50 **3.** Sobre las fuentes jurídicas bizantinas, véase Troianos [1.26]. Se debe mencionar aquí:

C. FERRINI, *Institutionum Graeca paraphrasis Theophilo Antecessori vulgo tributa*, I-II, 1884; reimp., 1967.

J. H. A. LOKIN – ROOS MEIJERING – B. H. STOLTE – N. VAN DER WAL, *Theophil antecessoris paraphrasis institutionum*, 2010 (con valiosas notas preliminares y con traducción al inglés de A. F. Murison).

L. BURGMANN (Hrsg.) *Ecloga*, 1983 (introducción, edición y traducción).

G. HÄNEL, *Iuliani Epitome Latina Novellarum Iustiniani*, 1873, reimp. con glosario de A. Agustín, índices y concordancias, editado por P. Fiorelli – A. M. Bartoletti Colombo, 1996 (véase, W. KAISER, *Die Epitome Iuliani*, 2004).

C. G. E. HEIMBACH, *Basilicorum libri LX, I-VI, 1883-1870*, con dos *Supplementa* (de C. E. Zachariae v. Ligendthal, 1846, y de C. Ferrini y J. Mercati, 1897).

H. J. SCHELTEMA – N. VAN DER WAL-D. HOLWERDA, *Basilicorum libri LX*, Series A: *Textus (I-LX)*; Series B: *Scholia* (a los libros I- LX), 1953-88.

P. NOAILLES – A. DAIN, *Les nouvelles de León VI le Sage*, 1944 (Introducción, texto de las 113 novelas con traducción).

C. E. ZACHARIAE, *Anecdota*, 1843.

J. ZEPOS – P. ZEPOS, *Ius Graeco-Romanum*, I-VIII, 1931.

Otras referencias a fuentes histórico-jurídicas de importancia, por ejemplo, literarias, inscripciones y papiros, en W. WALDSTEIN – J. M. RAINER, *Römische Rechtsgeschichte*¹¹, 2014, pp. 5-8. Un índice de las ediciones de los papiros y Ostraka en H. J. WOLFF, *Das Recht der greischischen Papyri Ägyptens*, editado por H.-A. Rupprecht, vol. I, 2002, pp. 212, 248.

Una parte significativa de las fuentes se encuentra disponible on-line. A modo de selección: 50a

Amanuensis. Textos latinos del derecho romano (basado en «Romtext»): www.riedlberger.de-08amanuensis.html (véase P. Riedlberger-G. Rosenbaum, *Amanuensis: eine kostenlose und effiziente Alternative für den Zugriff auf die lateinischen juristischen Quellen*, SZ 132 [2015] 791).

LEPOR (LEges Populi Romani): leyes romanas con análisis de fuentes, bibliografía y comentario en: www.cn-telma.fr/lepor/introduction.

Projet Volterra: constituciones imperiales desde el año 193 d. C.: www.ucl.ac.uk/volterra.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

En la bibliografía sobre Derecho privado romano se ha de distinguir las exposiciones acerca del derecho de la Roma **antigua**, de aquellas sobre el derecho romano **común** del s. XIX. 51

a) Las obras sobre derecho romano común tratan a éste como un ordenamiento vigente en la Época Moderna, es decir, lo consideran desde la pregunta de

cuán provechoso resulta para su aplicación en la moderna administración de justicia, dejando fuera ciertos aspectos (como el matrimonio, o el derecho de los esclavos o de los libertos) porque ya no tienen sentido en esta época.

- 52 b) En virtud de la derogación operada por los códigos modernos, el derecho romano fue despojado de la utilidad que hasta ayer tenía para la administración de justicia contemporánea, al tiempo que se constituyó en objeto de investigación **histórica**. Si se prescinde de los precursores del humanismo francés del siglo XVI y de sus continuadores neerlandeses y alemanes del siglo XVII, la investigación histórica del derecho romano puede datarse a partir de los años ochenta del siglo XIX. A partir de ahora, dotados con los conocimientos de la filología, la papirología, la epigráfica y la numismática, así como de las demás disciplinas de las ciencias de la Antigüedad, los trabajos romanísticos de todo el mundo se esfuerzan por conocer el derecho romano con profundidad histórica. Se le analiza, ahora, en los períodos de su desarrollo antes descritos y se explora las fuerzas tanto endógenas como exógenas que determinaron tal desarrollo, así como sus relaciones con otros derechos históricos. Mantiene, asimismo, su mirada sobre su continuidad en la Edad Media y en la época Moderna.
- 53 Consecuentemente, las exposiciones modernas tratan al **antiguo** derecho romano como objeto histórico. Sobre todo, se enfocan en el derecho clásico, considerado éste como el momento de mayor desarrollo, sin dejar de lado el derecho arcaico y la evolución posclásica, especialmente en la síntesis que significa el *Corpus Iuris Civilis*. En virtud de la crítica de interpolaciones, del análisis refinado de los fenómenos transmitidos y de una provechosa comparación jurídica con otros derechos históricos (griegos, grecoegipcio, orientales y hebreo de la Antigüedad, germánico, y otros más), la ciencia romanística del s. XX adquirió un auge significativo, en el cual se modificó radicalmente el panorama de los conocimientos históricos. Ello explica el desuso en que cayeron los trabajos anteriores, que no pudieron tener en cuenta estos conocimientos.

54 **1. Exposiciones modernas de derecho romano, en alemán:**

a) **Manuales** (selección):

P. APATHY – G. KLINGENBERG – M. PENNITZ, *Einführung in das römische Recht*⁶, 2016.

A. BÜRGE, *Römisches Privatrecht. Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung*, 1999.

P. F. GIRARD – R. v. MAYR, *Geschichte und System des römischen Rechts*, 1908 (traducción del *Manuel élémentaire* de Girard).

J. D. HARKE, *Römisches Recht*, 2008.

H. HAUSMANINGER – W. SELB, *Römisches Privatrecht*⁹, 2001.

H. HONSELL, *Römisches Recht*⁸, 2015.

P. JÖRS – W. KUNKEL, *Römisches Privatrecht*³, 1949; ahora solo *Römisches Recht*, en razón de la obra del mismo nombre (*Römisches Privatrecht*⁴), de de P. JÖRS – W. KUNKEL – L. WENGER, revisada por H. HONSELL, Th. MAYER-MALY y W. SELB, 1987.

M. KASER, *Das römische Privatrecht*², 2 vols., 1971-1975 (base de este manual).

J. P. MEINCKE, *Römisches Privatrecht*, 2016 (Esbozo).

Th. MAYER-MALY, *Römisches Recht*², 1999.

H. KRELLER, *Römisches Recht II: Grundlehrend des gemeinen Rechts*, 1950.

E. RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts*², 1955 (reimp. inalterada de la 1.^a ed., de 1915, aparecida en HOLZTENDORF – KOHLER, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*⁷ I, 399-540).

H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung II: Römisches Privatrecht*, 1928 (reimp. 1968).

Siempre muy valiosa es la obra de O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, 2 vols., 1885-1901 (reimp. 1997).

Un cuadro completo del derecho romano (sin una exhaustiva pretensión sistemática) ofrece: D. LIEBS, *Römisches Recht, Ein Studienbuch*⁶, 2004.

b) Obras didácticas y recopilación de textos:

55

N. BENKEL – F. St. MEISSEL, *Übungsbuch zum römischen Schuldrecht*⁸, 2014.

N. BENKEL – F. St. MEISSEL, *Übungsbuch zum römischen Sachenrecht*¹⁰, 2012.

H. HAUSMANINGER – R. GAMAUF, *Casebook zum römischen Sachenrecht*¹¹, 2012.

H. HAUSMANINGER – R. GAMAUF, *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia*⁵, 1996.

H. HAUSMANINGER – R. GAMAUF, *Casebook zum römischen Vertragsrecht*⁷, 2012.

B. HUWILER, *Textbuch zum römischen Privatrecht*², 2000 (con textos y materiales sobre el Código y el Derecho de Obligaciones suizos).

H. PETER, *Texte zum römischen Obligationenrecht mit Verweisen auf das schweizerische Recht*³, 2011.

J. M. RAINER – J. FILIP-FRÖSCHL, *Texte zum Römischen Recht*², 2007.

E. SCHARR, *Römisches Privatrecht* (en latín y en alemán), 1960.

2. Exposiciones extensas sobre áreas específicas:

56

E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano I* (Parte generale e parte speciale I: *Rapporti di diritti reali*)², 1942, reimp. 1947; II, 1 (II: *Rapporti di obbligazione*), 1960-1962.

P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, 1925-1933; I: *Diritto di famiglia*; II 1-2: *La proprietà*; III: *Diritti reali*; IV: *Le obbligazioni* (1979); VI: *Le successioni, parte generale* (reimp. del vol. I, 1963; del vol. II 1-2, 1966-1968; del vol. III, 1973; del vol. VI, 1974).

L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians I* (conceptos fundamentales y doctrina de las personas jurídicas), 1908 (reimp. 1994).

■ § 1. DESARROLLO E IMPORTANCIA DEL DERECHO PRIVADO ROMANO

R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990 (edición de bolsillo, 1996). Excelente relación del derecho romano con el *ius commune* y con los desarrollos del derecho anglo-sudafricano.

Sobre el derecho de la esclavitud existe un *Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei* (editado por T. CHIUSI – J. FILIP-FRÖSCHL – M. RAINER). Sobre lo hasta ahora publicado, véase [15.1].

57 **3.** Exposiciones del derecho común de Alemania (obras de la Pandectística):

L. ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*¹³, 1886; (14.^a ed., a cargo de PFAFFL-HOFFMANN), 1889.

A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, 4 vols., 2.^a y 3.^a ed., 1873-1892 (reimp. 1997).

H. DERNBURG, *Pandekten*⁷, 3 vols., 1902-1903 (8.^a ed., DERNBURG – SOKOLOWSKI, *System des römischen Rechts*, 1912).

F. REGELSBERGER, *Pandekten I* (único), 1893.

F. C. v. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 8 vols., 1840-1849. *Das Obligationenrecht*, 2 vols., 1851-1853 (reimp. 1973).

C. F. SINTENIS, *Das praktische gemeine Civilrecht*³, 3 vols., 1868-1869 (reimp. 1997).

K. A. von VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*⁷, 3 vols., 1865-1876 (reimp. 1997).

B. WINSCHIED – Th. KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁹, 1906 (reimp. 1963 y 1984); 8.^a ed., 1900 (reimp. 2000).

58 **4.** De las exposiciones sobre la **historia del derecho romano**, cuyo estudio ofrece los fundamentos del derecho privado romano, puede mencionarse:

F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, vol. 1 (introducción, exposición de fuentes, comienzos y República), 1988; vol. 2 (la jurisprudencia del Principado inicial hasta el fin de la Antigüedad en el Imperio de Occidente y la ciencia jurídica de la parte oriental hasta Justiniano), editado por J. G. Wolff, 2006.

W. WALDSTEIN – J. M. RAINER, *Römische Rechtsgeschichte*¹¹, 2014.

M. KASER, *Römische Rechtsgeschichte*², 1967.

W. KUNKEL – M. SCHERMAIER, *Römische Rechtsgeschichte*¹⁴, 2005 (reimp. 2015).

A. SÖLLNER, *Einführung in die römische Rechtsgeschichte*⁵, 1996.

59 **5.** Exposiciones completas del **derecho procesal civil romano**:

M. KASER, *Das römische Zivilprozeßrecht*², 1966 (véase la información bibliográfica que precede al § 80), versión actualizada de K. Hackl, 1996.

M. A. v. BETHMANN – HOLLWEG, *Der römische Zivilprozeßrecht*, 3 vols., 1864-1866 (reimp. 1959).

F. L. v. KELLER – A. WACH, *Der römische Civilprozeßrecht*⁶, 1883 (reimp. 1966 y 1995).

L. WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts* (1925); hay traducciones al italiano (1938) y al inglés; reimp. 1955.

W. SELB, *Grundzüge des römischen Zivilprozeßrechts*, en *Römisches Recht*⁴, 1987 (véase [1.54]), pp. 506-561.

6. La segunda vida **del derecho romano** en la Edad Media y en la Edad Moderna es objeto de la «Historia del Derecho romano de la época moderna». Hay dos grupos de exposiciones: **60**

a) La historia de las **instituciones** (instituciones y figuras jurídicas, llamada «historia interna del derecho») es puesta de relieve en:

H. COING, *Europäisches Privatrecht. 1500-1800*, I (antiguo derecho común), 1985; *Europäisches Privatrecht. 1880-1914*, II (s. XIX), 1989.

H. KRELLER, *Römisches Recht*, II (Grundlehren des Gemeinen Rechts), 1950.

G. WESENBERG-G. G. Wesener, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*⁴, 1985; hay traducción española de 1998.

R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990. Véase [1.56].

61. b) Los desarrollos generales del Derecho y los juristas (la llamada «historia externa del derecho») constituyen la materia principal de las siguientes obras: **61**

H. LANGE, *Römisches Recht im Mittelalter*, I (*Die Glossatoren*), 1997; H. LANGE – M. KRIECHBAUM, II (*Die Kommentatoren*), 2007 (véase [1.25]).

F. C. v. SAVIGNY, *Geschichte des Römischen Recht im Mittelalter*, I–VII², 1834-1851; reimp. 1961 y 1986 (hasta el día de hoy puede considerarse un tratado clásico fundamental).

H. SCHLOSSER, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*¹⁰, 2005; actualmente como *Neuere Europäische Rechtsgeschichte*², 2014.

F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*¹, 1952 (valioso todavía por su presentación concentrada), 2.^a ed., 1967 (versión ampliada), reimp. 1996.

c) Finalmente, ha de mencionarse: **62**

H. COING (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, I (Edad Media), 1973; II (Época Moderna), tomo 1 (Ciencia), 1977; tomo 2 (legislación y jurisprudencia), 1976; tomo 3 (instituciones estatales e iglesias); III (legislación del s. XIX), tomos 1-5, 1982-1988.

§ 2. Caracteres generales del Derecho privado romano

(RPr. §§ 49, 51, 52 I, 196 II-VI, de M. KASER, *Das Römische Privatrecht* I).

Exponemos abreviadamente lo fundamental de la doctrina acerca de las fuentes del derecho; cuestiones más específicas son materia de la «historia del derecho romano» (véase la literatura señalada en [1.58]).

I. AUSENCIA DE UNIFORMIDAD, ESTRATOS

- 1 A diferencia de los códigos civiles modernos, que buscan regular exhaustivamente las materias, a partir de principios rectores y uniformes en un sistema cerrado, el derecho privado romano no se encuentra sistemáticamente ordenado en *ninguna* ley de carácter general, de modo que **no constituye una unidad** ni interna ni externa. Se compone, más bien, de *varias masas* o *estratos* de instituciones y principios que se diferencian según sus ámbitos y fundamentos de validez. La oposición entre *ius civile* (derecho civil) y *ius gentium* se basa en una diferencia de ámbito de validez: el primero solo rige para los ciudadanos romanos, en tanto que el segundo es común y vincula a todos los pueblos, sin consideración a su nacionalidad. Por el contrario, el *ius civile* (ahora entendido en otro sentido) y el *ius honorarium* (derecho del magistrado, derecho honorario) tienen un fundamento de validez, de lo cual se habla a continuación (y también en [2.8-17]).

La coexistencia y yuxtaposición de estas capas, basadas en una *variedad de fuentes formales* se explica por una característica particular de los romanos. Ellos, como ocurre con los ingleses aún hoy en día, no producen su derecho a partir de una legislación emanada el Estado, sino que dejan su *desarrollo natural* –sin perjuicio de la regulación autoritativa de algunos aspectos concretos– librado fundamentalmente a la práctica.

- 2 No es contradictorio con lo dicho que en la Antigüedad romana existiese, en efecto, un *acto legiferante de carácter general*: las **XII Tablas**, del año 450 a. C. Sin embargo, ni siquiera ellas se orientan hacia un sistema completo y cerrado, para cual el territorio hubiera sido demasiado limitado y la época demasiado prematura. Su motivo principal radicaba en el Conflicto de los Órdenes: se buscaba asegurar la igualdad jurídica entre plebeyos y patricios y, en lo fundamental, establecer algunas materias jurídicas en las que los plebeyos, económicamente más débiles, se sentían inseguros ante la justicia impartida por magistrados patricios. Normas griegas similares (como las leyes de Solón, en Atenas c. 594 a. C.) sirvieron de modelo en cuanto al propósito y al contenido.

II. DERECHO DE JURISTAS. DERECHO IMPERIAL

Lit.: W. WALDSTEIN, «Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen», ANRW. II 15, 1976, 3; EL MISMO, «Gewohnheitsrecht und Juristenrecht in Rom», en *De iustitia et de iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow*, Berlin, 1980, 105; T. GIARO, «Geltung und Fortgeltung des römischen Juristenrechts», SZ 111 (1994) 66; F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, München, 1988, 429, 470 (derecho pretorio); 519, 563, 572 (jurisprudencia republicana); EL MISMO, «Respondere ex auctoritate principis», en *Satura Feenstra*, 1985, 7; EL MISMO, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1975; M. KASER, «*Ius honorarium* und *ius civile*», SZ 101 (1984) 1; EL MISMO «Zur Problematik der römischen Rechtsquellenlehre», *Festschrift für Werner Flume*, vol. 1, Köln, 1978, 101, 110 (derecho consuetudinario), 118 (derecho jurisprudencial) = *Römische Rechtsquellen*, 9.

El derecho romano del periodo *pre-clásico* y del *clásico*, es decir, de la época 3 en que adquirió su forma definitiva, es conocido como **derecho de juristas** (en sentido amplio). Sus autores intelectuales, los *iuris prudentes* o *iuris consulti*, no son eruditos ajenos a la realidad, sino que están inmersos en la *vida jurídica práctica*, aunque no se desempeñen, necesariamente, como órganos de la justicia estatal. Su ciencia la extraen directamente de la vida jurídica y, ponen a su servicio su conocimiento de la praxis. Esta singular proximidad a la vida del derecho romano fue posible gracias a la combinación, única en cuanto a su perfección, de la *ciencia del derecho* con la *aplicación* y el desarrollo de éste.

1. La aplicación del derecho a través de los órganos jurisdiccionales tenía 4 relación con la **ciencia del derecho** por el hecho de que a los *juristas* les correspondía *asesorar*, en cuanto especialistas, a los *órganos de la administración de justicia*. El *pretor*, titular de la jurisdicción contenciosa civil ordinaria, no era (salvo excepcionalmente) jurista, sino un político elegido para administrar la justicia civil (y penal) durante un año de su carrera política. Lo mismo puede decirse –si bien en un área mucho más reducida en cuanto a sus materias– de los *ediles curules* y de los gobernadores de provincias. Los *jueces* (o jurados) nombrados por estos magistrados eran, por regla general, legos en derecho.

Los *juristas*, en cambio, que servían de apoyo a todos estos órganos de la administración de justicia no eran, por regla general funcionarios estatales, sino particulares. En un comienzo, pertenecían al colegio de los pontífices; posteriormente, al orden superior (la «nobleza») y, desde el último siglo a. C., al orden ecuestre. No cultivaban el derecho como un medio para ganarse la vida, sino por afición y porque tenían el talento necesario y ese conocimiento lo transmitían a sus discípulos. Estos expertos en derecho eran llamados por los

órganos jurisdiccionales a formar parte de su *consilium*, es decir, del círculo de asesores especializados elegidos discrecionalmente, a los que recurrían en el desempeño de sus labores propias. Aunque el asesoramiento de estos juristas no era preceptivo para estos órganos jurisdiccionales, todo indica que era ampliamente seguido. Siendo la magistratura de breve duración, los magistrados que reemplazaban al anterior conservaban la composición del *consilium*. De este modo, varias décadas de influencia de los mismos juristas de prestigio, proporcionó a la administración de justicia continuidad, lo que a su vez redundó en seguridad jurídica y, por ende, confianza del pueblo.

Estos juristas no solo asesoraron a los magistrados y a los jueces, sino también a las *partes* mismas, por medio de sus **respuestas** (*responsa*). Expresaban sus opiniones sobre los casos que les eran expuestos, sobre la redacción e interpretación de contratos y testamentos, y sugerían a las partes, incluso antes del juicio, la fórmula de la acción o excepción que debían solicitar al pretor. Véase, además, [2.20].

De todo ello se sigue que estos expertos en derecho debieron llegar a controlar el desarrollo de toda la jurisdicción civil, pero no en virtud de su posición, sino de la autoridad que les daba su conocimiento especializado. Esta influyente posición de los juristas ante la administración de justicia aseguró, por un lado, un alto nivel de especialización jurisdiccional y, por otro, acercó la ciencia del derecho a la vida.

- 5 El derecho acerca del cual los juristas aconsejaban tanto a los particulares que así lo solicitaban, como a los órganos de la justicia, estaba compuesto solo en parte por normas emanadas de los órganos estatales (véase *infra* [2.10]). Del otro lado estaba el derecho consuetudinario, la convicción acerca de lo que el derecho era (véase *infra* [3.2]). Puesto que ni la ley ni el derecho consuetudinario regulaban exhaustivamente todos los detalles, llegaron a menudo los juristas a crear un derecho que no cabe clasificar dentro de ninguna de estas categorías. Este «**derecho de juristas**» (en el sentido estricto del término) –que era en este sentido creado por ellos– se veía influido por la casuística, es decir, por las soluciones a casos concretos que los juristas extraían de la práctica cotidiana, desarrollada en ocasiones por ellos.

En efecto, este carácter *casuístico* del derecho romano, todavía en el período clásico, haría pensar en el «*case-law*» inglés. Sin embargo, existen diferencias de fondo, no solo en cuanto al contenido concreto, las más de las veces diferente, sino también en cuanto al tipo de desarrollo del derecho, que en el caso de los juristas romanos fue, en su totalidad, más fuertemente orientado hacia principios, conceptos y estructuras, que como debió haberlo sido entre los juristas ingleses. Además, el derecho inglés no consiste en leyes, sino que es un «derecho de los jueces», descubierto por ellos mismos a través de sus sentencias. Éstas tienen a menudo una influencia superior, ya que

(de acuerdo con la regla *stare decisis*) los principios que contienen son vinculantes como fuente del derecho para los casos similares futuros. Este efecto es ajeno al derecho romano, lo mismo que a nuestros ordenamientos.

Las obras de los juristas romanos son, asimismo, fuente del derecho. Éste puede ser considerado en su totalidad como comprensivo de estas obras y de las demás fuentes jurídicas. Como los juristas no estaban obligados a seguir las opiniones de otros juristas, surgían diferentes pareceres acerca de diversas cuestiones, incluidas aquellas que tenían que ver con la interpretación de la ley. Las controversias no se referían a cuestiones menores, sino que algunas eran fundamentales y no siempre –ni siquiera en época tardoclásica– fueron resueltas. Las distintas direcciones en la jurisprudencia preclásica y clásica no impidieron, por lo demás, que el modo de exposición y la terminología se consolidasen de forma menos unánime de lo que estamos acostumbrados en nuestros actuales sistemas jurídicos, basados en su mayoría en una legislación exhaustiva. **Lit.:** KASER, *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung* [1.24] 19; A. PALMA, «Lo *ius controversum* quale espressione dell'artificialità del diritto» *Studia et Documenta Historiae Iuris* 80 (2015) 45. 6

En un sentido material, la influencia exclusiva de los juristas estaba limitada al **derecho privado** y al **derecho procesal civil**. En cambio, el **derecho penal** y la administración de la justicia penal, lo mismo que toda la **administración** estatal, eran considerados por los romanos un asunto del Estado, en el que influían las fuerzas políticas y, por lo mismo, resultaba imprevisible desde una perspectiva exclusivamente jurídica. Sobre estas materias los juristas no dieron respuestas y tampoco prestaron atención desde una perspectiva científica. Solo a partir de la época tardoclásica se referirá la literatura jurídica romana, aunque no muy extensamente, al derecho penal y a algunas ramas del derecho administrativo. 7

2. a) El poder creador de los juristas romanos no se limita a la aplicación del derecho, sino que abarca también su **desarrollo**. Aparte del singular acto legislativo de la ley de las XII Tablas, el perfeccionamiento del Derecho se debió en muy limitada medida a las **leyes** (véase [2.10]). Para las XII Tablas eran suficientes unas pocas y breves frases, apropiadas para las relaciones dentro de un pequeño y joven Estado, predominantemente campesino. 8

La posición de poder en los primeros tiempos de la República, vinculada al formidable auge político, cultural, económico y social, exigió sin embargo una profunda renovación de todo el derecho civil y procesal, que debió ajustarse a las crecientes demandas de un comercio y unas finanzas robustos, así como a las necesidades de una cultura jurídica refinada. Estas transformaciones no las confiaron los romanos a su legislación, sino a quienes eran los puntales de la **administración de justicia** del Estado. Ello condujo a que, junto al complejo de instituciones y normas tradicionales (*ius civile*) apareciese un nuevo *ius*: el

ius honorarium (en su mayor parte, *ius praetorium*), el *derecho del magistrado* (o también, derecho honorario o pretorio).

- 9 Los romanos entendieron por *ius civile* (en sentido opuesto a *ius honorarium*) al núcleo tradicional de su ordenamiento jurídico, el antiguo ordenamiento de los ciudadanos, en principio emanado de las costumbres (*mos maiorum*), a continuación recogido, parcialmente, en la Ley de las XII Tablas, perfeccionado a través de su *interpretatio*, y complementado en algunos puntos por leyes particulares y por acuerdos del Senado. Sin embargo, estas fuentes no ofrecían un manejo adecuado para la transformación global que los nuevos tiempos exigían.
- 10 La **legislación** –cuyos fundamentos e instituciones han de ser explicados en la «Historia del derecho romano»– se abocó predominantemente a la solución de problemas *políticos* contingentes. Pudo ser exitosa, en primer término, en virtud de **leges** acordadas en las asambleas plebeyas (los **plebiscita**, a los que la *ley Hortensia* de 286 a. C. concedió el mismo valor que las leyes; Gai. 1, 3). En segundo lugar, hay que mencionar a los acuerdos del Senado, **senatus consulta**, los que en los siglos I y II d. C., asumieron en la práctica el papel de las leyes comiciales. Desde fines del siglo II d. C. los senadoconsultos toman la forma de discursos del emperador (ante el Senado), **orationes principis**, porque son solicitados por el emperador al Senado y su énfasis está precisamente ahí.

A lo largo de la República, la ley intervino en el derecho privado solo en casos aislados, restringiéndose a cuestiones muy concretas. Pero este cuadro cambió en el Principado. Ya en los inicios de éste se aprecian considerables restricciones a la autonomía privada en el derecho de personas, en el matrimonial y en el sucesorio (véase, por ejemplo [16.10–11; 58.25–28; 71.11–14]). Recientemente ha sido puesto de manifiesto que la legislación tuvo una influencia más duradera de lo que se ha supuesto hasta ahora en el desarrollo progresivo del derecho privado romano y en la labor de los juristas. *Cfr.* especialmente, D. MANTOVANI, «*Legum multitudo* e diritto privato. Revisione critica della tesi di Giovanni Rotondi», en J.-L. FERRARY (a cura di), *Leges publicae. La legge nell'esperienza romana*, Pavía, 2012, 710 (en las obras de los juristas se encontrarían muchas más referencias a las leyes; aquéllas, por el modo en que son recogidas en el Digesto no permitiría advertirlo); G. SANTUCCI, «*Legum inopia* e diritto privato», *Studia et Documenta Historiae Iuris* 80 (2014) 373 y J. F. STAGL, «Die Bedeutung der *leges publicae* im Römischen Recht», *SZ* 133 (2016) 445, 453, 456.

- 11 b) aa) Los romanos de los primeros tiempos de la aún joven República tomaron sobre sus hombros el desafío único de dejar la renovación radical de su Derecho a los magistrados (es decir, a los «funcionarios públicos» elegidos por un año), a cargo de la jurisdicción; principalmente a los **pretores**, además de a los *ediles curules* y a los gobernadores de las provincias. Se les permitió aplicar a todas las áreas del derecho privado y procesal civil los principios y

las instituciones existentes, ahí donde no se hallase base alguna en las leyes o en las fuentes similares a ellas. De este modo, los pretores conocieron un gran número de reclamaciones o acciones de derecho privado que podían ser operadas en procedimientos civiles, cuya validez se fundaba, no en una ley (o en lo que fuese equivalente), sino sólo en la *iurisdictio* del magistrado. Además, introdujeron otros mecanismos, tales como excepciones, restituciones al estado anterior (*in integrum restitutiones*), reclamaciones atendidas a través de procedimientos especiales (*interdicta*), etc., todos los cuales eran desconocidos para las leyes. Y en sentido inverso, los pretores no dudaron en denegar ciertas pretensiones que parecían haber perdido vigencia, aunque se fundasen en la Ley de las XII Tablas. Los pretores no recibieron el poder para llevar a cabo todas estas reformas en virtud de una ley, sino que se amparaban en su jurisdicción, la que, aunque devenida una esfera de decisión independiente, tenía por fundamento el *imperium* del magistrado.

bb) El *ius honorarium* [2.8] constituye la síntesis de estas nuevas instituciones y principios jurídicos, en oposición al *ius civile*, en cuanto suma de un complejo conformado, principalmente, por leyes y, sobre todo, por su interpretación. El derecho honorario, extendido a todas las áreas del derecho privado y procesal civil no suprime el *ius civile*, pero en parte lo restringe y en parte lo desarrolla, en cuanto algunas innovaciones del derecho honorario tomaban por base el derecho civil. Del mutuo solapamiento de estos ordenamientos se obtiene una integración original, a primera vista complicada, pero que no parece haber causado dificultad alguna en la práctica romana y habría sido, al menos parcialmente, superada por los juristas clásicos. **Lit.:** M. KASER, «*Ius honorarium und ius civile*», SZ 101 (1984) 1.

12

D. 1, 1, 7, 1 (Papiniano, 2 *definitiones*)

Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam

El derecho pretorio es lo que los pretores han establecido para corroborar, suplir o corregir el derecho civil, por causa de utilidad pública.

«Corroborar», tiene por objeto aquellos casos en los cuales el pretor aplica y desarrolla el derecho civil en sus instituciones; «suplir» se refiere a aquellos casos en que colma sus lagunas; «corregir» son aquellos en que reemplaza las instituciones jurídico-privadas ya obsoletas por aquellas otras propias o –como ocurre en el caso de la concesión de la *exceptio doli*– vuelve inoponibles los recursos dispensados por el derecho civil. Este modelo trimembre ha resultado fructífero para una aclaración teórico-jurídica del § 242 del BGB (WIEACKER, 1956).

- 13 cc) El origen histórico del derecho honorario se encuentra, probablemente, en la República, y es conjeturable que lo sea a propósito de las relaciones jurídicas con *no-ciudadanos* (*peregrini*), a los cuales el *ius civile* no se aplicaba, por tratarse de una prerrogativa exclusiva de los ciudadanos. Esto es aplicable a la mayoría de las leyes romanas, así como a los procedimientos jurisdiccionales basados en ellas (*legis actiones*, véase *infra* § 81). Dos creaciones del *ius honorarium*, cuyas raíces pueden conjeturarse en estas relaciones con los peregrinos, han llegado a tener una significación de largo alcance: primeramente, el desarrollo progresivo del **procedimiento formulario** (véase *infra* [82]), cuyas bondades lo llevaron prontamente a ser utilizado por ciudadanos romanos, y la creación de los instrumentos procesales mencionados anteriormente [2.11]. En segundo lugar, ha de mencionarse las «acciones de buena fe» (*bonae fidei iudicia*) –utilizables únicamente en el procedimiento formulario– un conjunto de las más importantes relaciones obligacionales, cuya exigibilidad se basaba no en la ley, sino en lo que juristas y pretores consideraban «la buena fe» (*oportere ex fide bona*). Entre ellas se encuentran, en particular, la compraventa, así como también el arrendamiento de obra y de servicios, la sociedad, la gestión de negocios, y otras más (véase *infra* [3.16; 33.6-7]). Dado que la buena fe vincula a todas las personas por igual, sean ciudadanos o peregrinos, los *bonae fidei iudicia* fueron accesibles a los ciudadanos desde tiempos inmemoriales. Además, fueron creados otros, solo para los ciudadanos.
- 14 dd) El contenido material del derecho honorario es, nuevamente, creación intelectual de los juristas. Los pretores dependían del asesoramiento de éstos para la introducción de nuevas instituciones e instrumentos jurídicos. Pero la rotación anual de los magistrados supuso que los juristas se implicaran –incluso más que en el supuesto de la aplicación de la ley– en la continuidad del desarrollo del derecho, evitando medidas precipitadas; todo ello en aras de la seguridad jurídica. Pero, además de su participación en el *consilium* del magistrado, la continuidad de la creación jurídica benefició a otra institución: al edicto de los magistrados, en cuyo contenido los juristas tuvieron también una influencia decisiva.
- 15 El *edicto del pretor* es un extenso bando que éste publica a través de un anuncio, al principio de la magistratura. El contenido principal es una lista de todas las acciones (*actiones*), excepciones y otros medios procesales que son admitidos. Por cada pretensión (por ejemplo, del dominio, la acción reivindicatoria: *rei vindicatio*; de la compraventa, la acción del comprador: *actio empti*, y la del vendedor: *actio venditi*; del hurto, la *actio furti*) el edicto contiene un modelo de fórmula (véase *infra* § 83) que debía ser utilizado por las partes en la controversia concreta. En la redacción de esta *fórmula* se leían los *requisitos* tanto *jurídico-privados*, como procesales; del mismo modo, se mencionaba en el edicto los presupuestos de las excepciones y de los demás instrumentos procesales. Sin embargo, el edicto no se limitaba a las fórmulas de las acciones pretorias, sino que contenía también aquellas del derecho civil reconocidas por el pretor. Con todo, en el

caso de las acciones pretorias, las fórmulas de éstas iban, por regla general, encabezadas por una *promesa de protección* (un *edictum* en sentido estricto), en la cual se describía en detalle los presupuestos de cada acción. Esto era indispensable tratándose de las acciones pretorias, porque el edicto era su única fuente (formal) escrita, mientras que en el caso de las acciones civiles, sus requisitos podían ser extraídos de las leyes y demás fuentes (y de los principios y reglas desarrollados por los juristas a propósito de lo mismo). Los juristas dedicaron al desarrollo del edicto y de las fórmulas —una de las más importantes y completas fuentes del derecho escrito— sus mejores esfuerzos. Por cierto, diversamente a lo que sugiere la máxima (según Call. D. 4, 1, 1, y Cic. *de nat. deor.* 3, 86) *minima non curat praetor* (el pretor no se ocupa de cosas sin importancia), las cosas de menor importancia carecieron solo excepcionalmente de protección jurídica (G. KLINGENBERG, «*Minima...*», *Fs. Knütel*, 559).

Los edictos de los pretores contuvieron casi toda la materia jurídica para la administración de justicia ordinaria de las controversias jurídico-privadas. Los de los *ediles curules* se circunscribían, fundamentalmente, a ciertas garantías por los defectos materiales en las ventas de esclavos y animales (véase *infra* 41.38-41). Los edictos de los gobernadores de provincia (de la época clásica) coinciden en gran medida con los de Roma (véase *infra* 80.22).

16

Si bien el edicto de cada magistrado debía ser dictado nuevamente en cada inicio de la magistratura, hacia fines de la República se había formado, a partir de edictos que se habían ido conservando, una robusta base de contenidos, que era adoptada sin modificaciones por el nuevo magistrado (*edictum tralaticium*: edicto transmitido por el uso). Asimismo, durante su magistratura el pretor podía conceder, en un caso sometido a su conocimiento, una acción no prevista en el edicto y adaptada a las circunstancias del caso, si lo consideraba necesario. Tales acciones *in factum* —cuya creación también se debió al asesoramiento de los juristas— serán el fundamento de la creación de nuevos modelos de fórmulas en el edicto, en la medida en que ellas, merced a una reiterada aplicación, hubiesen probado su eficacia. En la primera etapa del Principado se estabilizará el contenido del edicto, al menos en sus aspectos esenciales y, hacia el año 130, el emperador Adriano detendrá el desarrollo ulterior de éste al fijar su redacción definitiva, después de haberlo hecho revisar por el jurista clásico Salvo Juliano, y será designado como **Edicto Perpetuo**, en el sentido de edicto permanente. Su reconstrucción por O. LENEL (*Das edictum perpetuum*, Leipzig, 1927³ [= EP], varias reimpressiones) resulta fundamental para la investigación contemporánea. Con ello, en la última parte del Principado se privará a los pretores del perfeccionamiento del derecho privado, quedando éste a cargo de las constituciones imperiales, principalmente, con la excepción de la actividad interpretativa, que queda en manos de los juristas.

En términos generales, el edicto no contiene, como sería el caso de un código moderno, una codificación exhaustiva de todo el derecho privado, pero sí una exposición amplia, sobre todo, de las acciones, excepciones y otros medios reclamables ante la jurisdicción ordinaria. A su vez, aquellos principios de derecho que no atañen directa-

17

mente a la realización de derechos en el *proceso civil*, no aparecen, por regla general, recogidos en él. Así ocurre, por ejemplo, con la celebración e interpretación de los contratos y de otros negocios jurídicos, con la adquisición y pérdida de la propiedad, con la celebración del matrimonio y con el divorcio, etc. Estos negocios jurídicos propios del derecho privado (*ius civile* en sentido amplio; véase [3.8]) son tratados en la literatura jurídica, entre las obras de exposición del *ius civile* (principalmente, en los comentarios de Sabino y los posteriores a él). En contraste, el edicto contiene grandes partes del derecho privado, por decirlo de algún modo, solo desde la perspectiva del proceso. El tópico del *pensamiento centrado en la acción* (*aktionenrechtliches Denken*) de los romanos caracteriza, en efecto, a una parte significativa, pero no a la totalidad de su derecho.

- 18 3. a) El derecho emanado de los emperadores constituye, junto al *ius civile* y al *ius honorarium*, otra capa del derecho. De hecho, los emperadores no tenían potestad legislativa en un sentido técnico. Sin embargo, sus *constituciones* eran reconocidas, en virtud de la autoridad imperial, como fuente del derecho vinculantes, tanto si tenían contenido general –en el caso de los *edicta* (declaraciones generales) y de los *mandata* (instrucciones a los funcionarios)– como en el caso en que fuesen emitidas con ocasión de un supuesto concreto –como era el caso de los *decreta* (sentencias y otras resoluciones)– y de los *rescripta* (respuestas sobre cuestiones de derecho).

Sin perjuicio de que estas constituciones imperiales –al igual que en el caso del derecho pretorio– se fundaban, inicialmente, solo en la potestad del magistrado, se les atribuyó poco tiempo después de la fundación del Principado, el mismo valor que a la ley (Gai. 1, 5: *legis vicem optinent*: ellas están en el lugar de la ley; Ulp. D. 1, 4, 1 pr.-1 = Inst. 1, 2, 6: *quod principi placuit, legis habet vigorem*: lo que el emperador determina tiene la fuerza de una ley; *legem esse constat*: consta que ella (la constitución imperial) es una ley. Papiniano (D. 1, 1, 7 pr.) las estima parte del *ius civile*.

- 19 b) En cuanto al *contenido* de las constituciones imperiales, se ha de diferenciar: aa) por una parte, ellas se conectan con el *ius civile* y el *ius honorarium* y propenden a su desarrollo; incluso más, en algunos casos, desde la fijación definitiva del edicto pretorio por Adriano; bb) por otra parte, el derecho de época imperial es el origen de principios e instituciones completamente nuevos, que resultan prácticamente *revolucionarios* si se los compara con el pensamiento jurídico tradicional, como por ejemplo, el otorgamiento de acciones por alimentos de los hijos contra los padres (véase [61.2]), o por fideicomisos (véase [77.1-2]). Estas nuevas y avanzadas creaciones se desarrollan al alero de la *jurisdicción extraordinaria* del emperador y de los funcionarios imperiales (*extraordinaria cognitio*). Dado que los juristas también participaban en el

consilium del emperador, terminaron por influir, también, en esta rama creadora de derecho.

4. También a ciertas respuestas de los juristas (*responsa prudentium*) se les concedió fuerza obligatoria. Las nociones jurídicas contenidas en estos *responsa* siguen, en lo fundamental, el material jurídico obtenido del derecho civil, honorario e imperial, clarifican las controversias conectadas a este material y lo desarrollan en detalle. 20

Pomp. D. 1, 2, 2, 49-50 informa que el emperador Augusto habría concedido a algunos juristas –probablemente para casos concretos– el privilegio de dar respuestas «en nombre de la autoridad del emperador» (*ex auctoritate principis*). De este modo, tales respuestas gozarían de un gran prestigio, en virtud de cuya fuerza resultarían, con toda probabilidad, vinculantes para el juez. El número de estos juristas fue reducido; pero, al parecer, se encontraban los más importantes de su época. Sus respuestas debían ser selladas y entregadas a las partes, las cuales a su turno, las presentaban al juez. Según un rescripto de Adriano, el juez estaba obligado a seguir las opiniones de los juristas autorizados para fundar el derecho, en cuanto fuesen unánimes; en caso contrario, debía decidir cuál opinión seguir (Gai. 1, 7). Sobre la forma de las respuestas, véase M. TALAMANCA, en *FHI*, vol. VIII, 5499; P. GIUNTI, «*Iudex et iurisperitus*», *IVRA* 61 (2013) 47.

5. a) En **época posclásica** se difumina la oposición entre las capas constitutivas del derecho de la época anterior, especialmente entre el *ius civile* y el *ius honorarium*, en razón de la transformación del Estado y de la estructura judicial, así como con la sustitución del anterior procedimiento (el formulario, además de la *extraordinaria cognitio*, de competencia de los emperadores) por un nuevo procedimiento cognitorio, a cargo exclusivamente de funcionarios [80.21-24]. Igualmente, se modifica la estructura del ordenamiento jurídico. Las anteriores fuentes del derecho escritas, *leges*, *plebiscita*, *senatus consulta*, *edicta magistratuum*, *constitutiones principum* (hasta Diocleciano) y *responsa prudentium*, mantienen su vigencia en la misma medida en que las obras de los juristas se la reconocen. Esta literatura jurídica proveniente de la época clásica, que al contener la mayor parte del material jurídico elaborado en el pasado permite su subsistencia, pasa a ser ahora la primera fuente del derecho. Sin embargo, tras el fin de la época clásica, tanto la riqueza como el refinamiento del pensamiento clásico no volverán a ser comprendidos como antes. 21

Los textos originales de los juristas clásicos serán reducidos y simplificados, entre los años 250 y 320, por reelaboradores desconocidos (los llamados *posclásicos iniciales*) quienes en ocasiones, y probablemente sin pretenderlo, deformarán su contenido. Además, al alero de los nombres de los autores clásicos, serán publicados compendios de sus contenidos, que derivarán de las obras jurídicas clásicas reglas toscamente re- 22

dactadas, como ocurre, por ejemplo, con las *sententiae* atribuidas al jurista tardoclásico **Paulus**, que gozarán de gran popularidad. Finalmente, se elaborarán en esta época recopilaciones de fragmentos del material clásico, como los llamados *fragmenta Vaticana*. Cuando menos, se puede reconocer en esta literatura **epiclásica** (o **cuasi-clásica**) una continuación, si bien desmejorada, de la tradición clásica.

- 23 En el s. IV el material jurídico sucumbe a la **vulgarización**, tanto en Occidente como en Oriente, la que aumenta sobre todo en el primero en el siglo V (véase *supra* [1.13-14]). Así ocurre con las reelaboraciones de la epiclásica *Pauli sententiae*, ya mencionada, a la que Constantino puso al mismo nivel que las leyes. Pero con mayor claridad ocurre, por un lado, con las **leyes imperiales** a partir de este mismo emperador (véase *supra* [1.13]), impregnadas de vulgarismo y, por otro lado con la literatura jurídica transmitida con el «derecho visigodo de los romanos». A esto pertenecen las **interpretaciones** de las sentencias de Paulo, del s. V y de la legislación imperial (de los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, así como a las novelas posteodosianas), además del *Epitome Gai*, una reelaboración de las Instituciones de Gayo, más o menos de la misma época. En los estados germánicos que sucedieron al imperio romano de Occidente se entrecruzan la vulgarización y la fusión con el derecho germánico. El uso de la literatura clásica (en su forma «epiclásica») retrocedió, por el contrario, en la práctica del s. V, siendo limitada por las llamadas **leyes de cita**, en especial por la del año 426 (C. Th. 1, 4, 3), que, en lo fundamental, reconoció obligatoriedad solo a las obras de Papiniano, Paulo, Gayo, Ulpiano y Modestino (en las ediciones de aquella época).
- 24 Por el contrario, la orientación **clasicista** de la **parte oriental**, alentada por las *escuelas jurídicas*, había recopilado, en los siglos V y VI, el material jurídico clásico disponible y lo había hecho objeto de discusión teórica. De este tratamiento surgirá, como la más importante fuente del todo el derecho romano transmitido, el **Digesto** (*Pandectas*) de Justiniano. Asimismo, de las Instituciones de Gayo y de toda la literatura institucional surgirán las **Instituciones** de Justiniano.
- 25 b) Las *obras jurídicas* y sus recopilaciones, en cuanto masa del derecho del pasado aún persistente y que, ahora, solo de forma atécnica es compendiado como *ius (vetus)*, es decir, derecho antiguo, se enfrenta, en la monarquía absoluta, a la única fuente del **renovado** ordenamiento jurídico, esto es, a la **legislación imperial**. Las expresiones de la voluntad legislativa de los emperadores son ahora auténticas leyes (*leges*), que surgen de distintas formas y son al mismo tiempo reunidas en recopilaciones: bajo Diocleciano, en los *códigos*

particulares (o semioficiales) *Gregoriano* (que contenía constituciones imperiales anteriores) y *Hermogeniano*, y las constituciones desde Constantino en adelante, en la colección oficial llamada *Código Teodosiano* (438). Finalmente, Justiniano recopilará toda la legislación imperial anterior a él (desde Adriano) en el *Codex Iustinianus*, de 529, que derogará los demás códigos. Las leyes complementarias del s. VI, son conocidas como **Novelas**. Sobre las ediciones, véase [1.42 y 45].

III. SISTEMA

1. La **estructuración** de la materia jurídico-privada en un *sistema* en cuyo centro se encuentran los principios jurídicos, es todavía desconocida para el derecho romano arcaico. 26

Hasta donde sabemos, las *XII Tablas* siguen todavía el método «asociativo», que transita desde un punto a otro mediante asociaciones materiales. Algo similar puede decirse de las antiguas exposiciones del *ius civile* (Q. Mucius Scaevola, de principios del s. I a. C.; Masurius Sabinus, primera mitad del s. I d. C.), que comienzan con el testamento y la sucesión intestada, a continuación de lo cual siguen con el derecho de personas y, en secuencia alternada, con las demás materias. El edicto del pretor se estructura, fundamentalmente, según perspectivas procesales (ordenación y aseguramiento de la fase inicial del proceso, medios procesales ordinarios (en especial, acciones), instrumentos procesales sumarios; ejecución, interdictos, excepciones, estipulaciones pretorias. Véase más detalles en LENEL [2.16]. La disposición de las acciones de derecho privado en el edicto se basa, frecuentemente, en el método asociativo. Sobre esto hay que señalar que en la elaboración de su contenido participaron, a lo largo de los siglos, numerosas mentes. La gran masa de la literatura jurídica se organiza, o bien según la estructura del edicto (en ocasiones, complementada marginalmente la materia de *leyes, senadoconsultos*, etc.), o bien según las exposiciones del *ius civile* antes mencionadas. **Lit.:** A. B. SCHWARZ, «Zur Entstehung des modernen Pandektensystems», SZ 42 (1921) 578; F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* (véase *supra* [1.58]), 462, 618; EL MISMO, *Privatrechtsgeschichte* (*supra* [1.61]), 373; T. GIARO, «Über methodologische Werkmittel der Romanistik», SZ 105 (1988) 191.

2. Un sistema claramente estructurado en torno a principios lógicos y ajustado a las necesidades de la enseñanza se exhibe por primera vez en las **Instituciones de Gayo**, con su división en *personae* (libro 1), *res* (libros 2 y 3) y *actiones* (parte del derecho procesal, libro 4). Esta obra se inspira en la clasificación, propia de la gramática y la filosofía elemental, entre sujetos y objetos de derecho. 27

El derecho de las *personae* abarca a éstas y al derecho de familia. El derecho de las *cosas* arranca de la clasificación de éstas en «corporales e incorporeales», entre las cuales se encuentran la herencia y los créditos. En el derecho de las cosas en sentido estricto se incluye, por consiguiente (aunque de forma algo forzada) el derecho sucesorio (en cuanto sucesión universal de la propiedad) y el derecho de Obligaciones. El extenso concepto del § 285 ABGB encuentra aquí sus raíces.

Este esquema gayano, que probablemente también subyace en las *regulae de Neracio* (un manual para estudiantes de los primeros años) y que por este motivo remite a modelos más antiguos, es, no obstante ciertas críticas autorizadas—especialmente por lo que se refiere a las aplicaciones posteriores— un producto notable, un intento de clasificación de la materia jurídica cuya resonancia en la historia del derecho fue de alcance mundial. Justiniano, en principio, las recogió en sus propias *Instituciones* y su «sistema institucional» tuvo influencia en varios sistemas posteriores, tanto de la Edad Media como de la Época Moderna, así como en las exposiciones literarias del derecho romano y en las codificaciones del derecho civil. El código francés y el ABGB austríaco muestran esta influencia de forma particularmente clara, como también el sistema en 5 libros del BGB alemán, que apareció por primera vez a fines del s. XVIII en las *Instituciones* de Gustav Hugo, en 1789, y que fue introducido en la Pandectística por Georg Arnold Heise, *Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts*, en 1807). Igualmente la estructuración de los modernos códigos civiles (Suiza, Italia, Grecia y otros) remiten finalmente, al sistema gayano (detalladamente en KUPISCH en *Corpus iuris*², t. I, 1997 [1.43 294 = TB⁴, 2013, 293; véase también A. GUZMÁN BRITO, «La tripartición del *omne ius in personae res actiones* y la doctrina retórica de las *circumstantiae*», en *FHI*. vol. IV, 2429).

- 28 3. El poco interés de los romanos en un sistema estructurado según principios lógicos, algo muy resistido, se basa en que a su ordenamiento jurídico, que proviene de un derecho casuístico, no lo ven como una estructura de conceptos abstractos ordenados de antemano, sino como un complejo de «figuras jurídicas»: instituciones concretas de su vida jurídica de tipo completamente distinto, las cuales se desarrollan a partir reglas más o menos especiales (normas). Ellas se complementarán con otras reglas de derecho escrito o no escrito (frecuentemente, derecho de juristas), guiadas por ciertos principios generales, p. ej., *bona fides*, *boni mores*, *aequitas* (buena fe, buenas costumbres, equidad) y también por otros de todos los ámbitos del derecho.

A partir de este amplio material, los juristas romanos, que en la última etapa de la República fueron educados en el arte de pensar al modo griego, consiguieron con el paso del tiempo dar forma a una armazón coherente de concep-

tos y reglas jurídicas que, gracias a su flexibilidad, ofrecían soluciones útiles para todos los problemas prácticos del derecho privado, y que podemos reconocer como un sistema interno. Por el contrario, los romanos no se propusieron una representación cerrada de toda la materia jurídica en un sistema «externo», fuera de las instituciones destinadas a la enseñanza del derecho.

Lit.: P. STEIN, *Regulae iuris*, Edinburgh, 1966; B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*, Köln, 1970; D. NÖRR, *Spruchregel und Generalisierung*, SZ 89 (1972) 18; L. VACCA, *Metodo casistico e sistema prudenziale*, Padova, 2006; F. REINOSO BARBERO (Coord.), *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Madrid, 2014.

CAPÍTULO I
FUNDAMENTOS Y CONCEPTOS FUNDAMENTALES

A. DERECHO

§ 3. Concepto y clases de Derecho. El ordenamiento jurídico

(RPr. §§ 5, 6, 14 II, 48-50, 52-54, 66 II, III, 196, 197)

I. *IUS* (DERECHO)

Lit.: WIEACKER, *RRG* [1.58], 487 (Aufbau der Rechtsordnung), 502; M. KASER, *Das altrömische ius*, Göttingen, 1949; EL MISMO, «Zum *Ius*-Begriff der Römer», en *Essays in honor of Ben Beinart*, vol. II, Cape Town, 1979, 63; EL MISMO, «Zur Problematik der römischen Rechtsquellenlehre», en *Festschrift für W. Flume*, vol. I, Köln, 1978, 110 = *RRQ.*, 21; O. BEHREND, «*Ius* und *Ius Civile*», en *Symptica für F. Wieacker*, Göttingen, 1970, 1; W. FLUME, *Römisches Recht und Gewohnheitsrecht*, Opladen, 1975 = W. FLUME, *Gesammelte Schriften*, vol. I, Köln, 1988, 30; W. WALDSTEIN, «Gewohnheitsrecht und Juristenrecht in Rom», en *Festgabe für U. v. Lübtow*, Berlin 1980, 105.

- 1 1. Como nuestra expresión «derecho», también la palabra *ius* designa el ordenamiento que regula las relaciones de los seres humanos entre sí en el seno de una comunidad. A este fin confiere tanto al sujeto individual como al conjunto determinados permisos de actuación, pero al mismo tiempo pone límites a esas esferas de poder por el bien de los otros sujetos de derecho y de la co-

lectividad. Se comprende, pues, con la palabra *ius*, ya en un aspecto **objetivo**, las normas y las instituciones jurídicas, esto es, el *ordenamiento* jurídico y sus elementos integrantes, ya en un aspecto **subjetivo** los *permisos de actuación* que se confieren al sujeto individual por el ordenamiento jurídico, las «legitimaciones». Así, por ejemplo, se encuentra frente al *ius quo populus Romanus utitur* (el Derecho del que hace uso el pueblo romano, según el cual vive) el *alicui ius esse utendi fruendi* (que uno tiene el derecho a usar y disponer de los frutos). Sin embargo, los romanos usan *ius* también en el sentido cambiante de «situación jurídica, posición jurídica». La *forma mentis* del «derecho subjetivo» solo fue completamente elaborada por la teoría del Derecho de la modernidad a partir de los precedentes romanos.

Iustum, aequum y *legitimum* son simples matices de la medida del derecho sentida unitariamente: *iustum* subraya más la consonancia con el derecho concreto que vive en sus instituciones; *aequum*, la coherencia con la justicia ponderativa y distributiva; *legitimum*, la que tiene que ver con la ley pública. También la *aequitas* significa en la época clásica la *justicia*, especialmente la que es aplicada por el pretor, cuando supera las rigideces del *ius civile* con su Derecho honorario.—Solo en la época postclásica, en la que el Derecho se examina cada vez más conforme a parámetros de tipo ético [1.15 y 21], expresa la *aequitas* una equidad que, ciertamente, se mantiene en general dentro de unos límites por medio de orientaciones hacia el ideal estoico de humanidad y, sobre todo, la doctrina moral cristiana, pero que en el caso concreto se mueve muy libremente por encima del Derecho positivo.

- 2 2. a) **Ius y mores**, Derecho y costumbre, se mantuvieron conceptualmente separados por los romanos, pero se encuentran desde tiempos muy antiguos en estrecho contacto. A los *mores maiorum*, la buena tradición de los antepasados, se mantuvo firmemente ligado el conservador espíritu romano. En el concepto de *mos* confluyen tanto el *mandato ético* (ética, moral), cuyo respeto se prescribe a los hombres por su conciencia, como la costumbre no vinculante (el uso). Al *mos* o la *consuetudo* se remonta, sin embargo, el fundamento de instituciones jurídicas firmemente enraizadas de tal antigüedad, que su origen ya es imposible de determinar. A ella pertenecen, por ejemplo, la *patria potestas*, la *manus*, la *tutela*, la *cura*, la propiedad, la *mancipatio*, la *in iure cessio*, la *traditio*, la *vindicatio*, la *sponsio-stipulatio*, el *nexum* y muchas otras; fenómenos que no se regularon por las Doce Tablas, sino que presuponen como ya existentes. En Cicerón y los juristas clásicos (Juliano D. 1, 3, 32, 1, también Gayo 3, 82 y además Inst. 1, 2, 9) se reconoce, siguiendo modelos griegos, fuerza *legal* a la **costumbre** asentada (*mos* o *consuetudo*) y esta se remite a voluntad común del pueblo, que también está en la base de la ley pública.

D. 1, 3, 32, 1 (Juliano, 84 dig.)

Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.

No sin razón se observa como ley la costumbre inveterada, y este es el derecho que se dice constituido por los usos. Pues, como las mismas leyes por ninguna otra causa nos obligan sino por haber sido aceptadas por la voluntad del pueblo, con razón obligará a todos también lo que aprobó el pueblo sin escrito alguno; pues, ¿qué importa que el pueblo declare su voluntad mediante el sufragio o con la misma realidad y los hechos? Por lo que también se ha admitido con muchísimo acierto que las leyes se abroguen, no solo mediante el sufragio del legislador, sino también con el consentimiento tácito de todos por desuso.

Además ya la jurisprudencia escolar clásica, en adhesión a ideas de la filosofía griega (νόμοι ἔγγραφοι y ἄγραφοι), distinguía entre Derecho «escrito» y Derecho «no escrito» (*ius ex scripto* y *ius ex non scripto*, Ulp. 1, 1, 6, 1 = Inst. 1, 2, 3).

Junto a esto se entendió también bajo la expresión *mos* o *consuetudo* el simple uso del lugar, que a veces fue desplazado al lugar de un Derecho flexible [3.7]. Como uso del lugar se cuenta también la praxis jurídica provincial consolidada, sobre todo en Oriente, en la forma de los «Derechos populares» helenísticos, cuya observancia prescribe el emperador León C. 8, 52, 3. **Lit.:** W. FLUME, *Gewohnheitsrecht und römisches Recht*, Opladen, 1975; M. KASER (*ante* [2.3]); F. GALLO, *Consuetudine e nuovi contratti. Contributo al recupero dell'artificialità del diritto*, Torino, 2012.

b) Se apela a los *mores maiorum*, en el sentido de norma *moral*, para limitar la esfera jurídica subjetiva. Ciertos *abusos* de los derechos subjetivos se entendieron como una infracción de los deberes *morales* para con la comunidad. Así, especialmente el abuso de la potestad absoluta que el ordenamiento jurídico otorga al jefe familiar (*paterfamilias*) y que le garantiza un amplio poder de disposición sobre sus propios hijos. Tales abusos son castigados en tiempos antiguos primeramente como atentados *sacrales* contra la divinidad. Ya en la República arcaica interviene aquí también el **ensor** con su **jurisdicción sobre las costumbres** (*regimen morum*). Este puede pronunciar contra el causante una advertencia (*admonitio*) o la censura oficial, que adopta su expresión a través de una nota (la *nota censoria*) que el censor incorporaba junto al nombre del censurado en el censo de los ciudadanos. También puede imponerle ciertas desventajas sociales y políticas (expulsión del orden ecuestre, ubicación en

una tribu menos considerada) o penas de carácter impositivo. Esta vigilancia de las costumbres se distinguía estrictamente del poder jurisdiccional (*iurisdictio*).

Con el retroceso del control censorio en la República avanzada se relajan también los vínculos de carácter social. Bajo el Principado, en cambio, los emperadores se encargaron de nuevo más fuertemente de los deberes comunitarios de orden moral. Estos comprenden ahora como comportamientos *antijurídicos* ciertos abusos de la patria potestad y de otras facultades jurídicas que los emperadores reprimen con penas conforme al Derecho imperial; de ese modo, tales normas prohibitorias de tipo moral fueron incorporadas al ordenamiento jurídico.

II. *IUS PUBLICUM – IUS PRIVATUM*

Lit.: M. KASER, «*Ius publicum und ius privatum*», SZ 103 (1986), 1; WIEACKER, RRG. [1.58], 491.

- 4 La doctrina jurídica europeo-continental acostumbra a dividir todo el Derecho en **Derecho público** y **Derecho privado**. Bajo la denominación de *Derecho público* se entiende todo el Derecho que regula las relaciones de las comunidades jurídicas (Estado, municipios, otras corporaciones públicas, etc.) como portadoras de un poder soberano al que el individuo está supeditado. El Derecho privado, por el contrario, regula las relaciones jurídicas en las que las personas individuales se colocan unas frente a otras al mismo nivel, y por tanto sin un poder soberano de uno sobre otro. Esta división (que, por cierto, es ajena con esta intensidad a los Derechos del ámbito anglosajón) se remonta al Derecho romano, pero solo en la Edad Moderna se convirtió en una de las clasificaciones más importantes de la materia jurídica.
- 5 **1.** Las expresiones *ius publicum* y *ius privatum* no significan en Roma ninguna clasificación estrictamente sistemática del conjunto de la materia jurídica en dos ámbitos capitales, sino que designan dos masas que se contraponen por los puntos que destacan: por un lado el «Derecho del Estado» (*publicus* deriva de *populus*); por otro, el «Derecho del individuo» y su familia (*privatus* deriva de *privus*, «individual», *privatus*, «individuo»). Las raíces de esta división remiten a la ya antigua contraposición entre la «agrupación estatal» (*res publica, civitas*) y la «agrupación doméstica» (la *familia* bajo el *paterfamilias*) [12. 1-2]. Sin embargo, su aplicación a las clases del *ius* solo se nos ha transmitido a partir de finales de la República, especialmente en Cicerón. Entre los juristas, en cambio, se encuentra principalmente tan solo en las

obras didácticas de los clásicos tardíos, como en un famoso testimonio de las Instituciones de Ulpiano:

D. 1, 1, 1, 2 (= Inst. 1, 1, 4) (Ulpiano, 1 *inst.*)

Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privata. publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit. privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.

Dos son las posiciones en este estudio: el público y el privado. El derecho público es el que respecta al estado de la república; privado, el que respecta a la utilidad de los particulares, pues hay cosas de utilidad pública y otras de utilidad privada. El derecho público consiste en las cuestiones sagradas, en los sacerdotes y en los magistrados. El derecho privado es tripartito, pues está compuesto por los preceptos naturales, de gentes y civiles.

En este sentido el *ius publicum* incluye la constitución y la administración, también las de las provincias y las relaciones exteriores, además del orden completo de la jurisdicción y, por tanto, también el Derecho penal (público), en la medida en que defiende primeramente los intereses de la generalidad; y no en último lugar muchas instituciones de la vida religiosa. *Ius privatum* son, por el contrario, las materias de este libro (persona, familia, propiedad, patrimonio, etc.), por tanto los objetos de la esfera jurídica individual, que el individuo puede configurar de manera independiente según sus preferencias a través de sus negocios jurídicos («autonomía privada»).

2. Junto a esta se encuentra otra distinción que entiende como *ius publicum* 6 (en un sentido *amplio*) todo el Derecho *producido* por el Estado o, al menos, en todo caso, el Derecho *reconocido* como vinculante para todos; por lo tanto, también aquel Derecho estatal que regula las relaciones «jurídico-privadas». Este significado comprensivo se basa en la doctrina, desarrollada por Cicerón a partir de concepciones griegas, según la cual la totalidad del orden jurídico sirve a las necesidades generales (*utilitas publica*). El *ius privatum*, en la medida en que regula las relaciones jurídicas privadas, está contenido en este *ius publicum*. **Lit.:** N. JANSEN, «Staatliche Gesellschaftspolitik und juristische Argumentation im römischen Privatrecht», en *Fs. Knütel*, 493.

Entre los juristas clásicos se encuentra este sentido del *ius publicum* principalmente en 7 la frase *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* (Pap. D. 2, 14, 38: el Derecho público no puede ser modificado por los pactos entre los sujetos privados). La frase alude claramente a reglas jurídicas de especial interés público; es verdad cuando la norma jurídica estatal es *Derecho forzoso* (**ius cogens*), en contraposición al Dere-

cho *dispositivo* (**ius dispositivum*). Las normas jurídicas forzosas han de aplicarse siempre, mientras que las dispositivas solo valen mientras no se haya establecido nada divergente de ellas por medio de un negocio jurídico. **Lit.:** W. ERNST, «*Nisi aliud actum est. Zur Frage nach einem ius dispositivum im römischen Recht*», en T. Giaro, ed., *Studies Kupiszewski* [3.19], 61.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN. *IUS CIVILE* – *IUS GENTIUM*

Lit.: M. KASER, *Ius gentium*, Köln, 1993; WIEACKER, *RRG*. [1.58] 444; K.-H. ZIEGLER, *Völkerrechtsgeschichte*, München, 1994, 44, 54, 58, 62 entre otras; W. WALDSTEIN, «*Ius naturale* in der Nachklassik», *SZ* 111 (1994) 1; L. C. WINKEL, «Einige Bemerkungen über *ius naturale* und *ius gentium*», en *Festschrift für W. Waldstein*, Stuttgart, 1993, 443; TH. MAYER-MALY, «*Commercium*», *TR* 71 (2003), 1; O. BEHREND, «Che cos'era il *ius gentium* antico?», en *TreC* I, 481; T. MASIELLO, «Nota sull'origine del *ius gentium*», en *FHI* V, 3347.

8 En relación con el ámbito de aplicación del Derecho privado romano ha de distinguirse:

1. El *ius civile*, es decir, el Derecho consuetudinario primitivo y, además, el Derecho contenido en las leyes y las fuentes equivalentes a las leyes (*plebiscita*, *senatusconsulta*, etc.), se aplica (en general) solo a los ciudadanos romanos. Solo ellos están ligados a ese «privilegio ciudadano» (Gai. 1, 1 = Inst. 1, 2, 1).

La expresión *ius civile* –Derecho civil– es, como ya hemos visto, polisémica. Designa la contraparte tanto del *ius gentium* (*vid.* inmediatamente a continuación) como al *ius honorarium* –el Derecho de los magistrados (*supra* [2, 8-17]); y comprende ya la totalidad del Derecho privado elaborado por los juristas (en contraposición al *ius sacrum* y al *ius publicum*), ya la contraparte del *ius militare* (el Derecho especial de los soldados).

Excepcionalmente se amplió el ámbito de aplicación del *ius civile* a los *no ciudadanos*. Las ciudades-Estado de la federación latina (*foedus Latinum/Cassianum*, a. 493 a. C.) tenían en común con los ciudadanos romanos el *commercium*, es decir, la capacidad de llevar a cabo ciertos negocios del tráfico jurídico romano (la *mancipatio*, quizá también otros actos librales, UE 19, 4-5) según el Derecho de Roma, así como el *conubium*, esto es, la capacidad de contraer un *matrimonio* válido conforme al *ius civile*. En lo demás vivían los ciudadanos de esas ciudades-Estado –los latinos antiguos (*latini pris-ci*)– según el Derecho de su propia ciudad. Además de esto, se les concedió un «derecho a emigrar» (*ius migrandi*), es decir, el derecho a adquirir la plena ciudadanía romana a través del traslado de su domicilio a Roma y su inserción en las listas del censo. Tras la guerra con los latinos y la disolución de la Liga Latina en el año 338 a. C., la mayor parte de las ciudades-Estado latinas fueron convertidas en municipios plena-

mente romanos. El Derecho de las ciudades-Estado latinas supervivientes sirvió en la época posterior como modelo, particularmente para las colonias fundadas ulteriormente por Roma y dotadas de Derecho latino (*latini coloniarii*); el *commercium* y el *conubium* no fueron, sin embargo, incluidos ahí sin más, y mucho menos el *ius migrandi*. En lo demás, sobre todo para la época anterior a la introducción del pretor peregrino (242 a. C., vid. [80.10]), debía contarse con tratados de asistencia y garantías jurídicas, que se concluyeron, siguiendo modelos anteriores griegos, entre Roma y otras comunidades para regular el procedimiento a seguir en caso de litigios de Derecho privado entre sujetos pertenecientes a sus comunidades. Con la progresiva expansión de la ciudadanía romana a finales de la República, especialmente tras la Guerra Social del 91 al 89 a. C., y en la época del Principado, la concesión del *ius commercii* y del *ius conubii* perdió su significación. **Lit.:** D. KREMER, *Ius latinum. Le concept de droit latin sous la république et l'empire*, Paris, 2006 (con S. GÜNTHER, Gnomon 81 [2009] 427); L. WINKEL, «Symbola/Rechtshilfeverträge – Parallele Entwicklungen in Griechenland und Rom?», en *Fs. Knüttel*, 1449; EL MISMO, «Some Thoughts on the *formulae ficticiae* of Citizenship in Gaius 4,37: A Form of Reception», *Mem. Rodger*, 297.—Sobre el primer tratado romano-cartaginés de mediados del siglo IV a. C. (Polibio, Hist. 3, 22, 4 ss.) y sobre la situación jurídica de los extranjeros en la Antigüedad, vid. D. NÖRR, «*Fides punica – fides romana*», 2003, en NÖRR, *Schr.*, 263; además, F. MERCOGLIANO, «Gli stranieri nell'antica Roma», *Index* 42 (2014) 194.

2. a) A partir de la estructura originaria de la federación estatal romana, a la que pertenecían numerosos Estados particulares más o menos autónomos y dependientes de Roma solo en virtud de un tratado internacional, se explica que bajo la soberanía romana vivieran muchos **no ciudadanos** (*hostes*, más tarde *peregrini*). Estos «extranjeros», incluso después de que su estatalidad originaria quedara subsumida bajo la supremacía de Roma, se regían en las relaciones entre sí (siempre que pertenecieran a la misma nación) por su propio Derecho: p. ej. los atenienses según el Derecho ateniense; los alejandrinos, según el alejandrino (Inst. 1, 2, 2); si esto ocurría incluso ante los tribunales romanos es algo que, con todo, es discutible. 9

La regla según la cual todo sujeto, dondequiera que se encuentre, es tratado jurídicamente según su nacionalidad se denomina **principio de la personalidad de las leyes** y existía también en otros pueblos. En Roma, sin embargo, como en todas partes, solo tuvo un alcance limitado.—Tras la caída del Imperio romano *occidental*, este principio tuvo validez (con muchas excepciones) en sus Estados sucesores en las relaciones entre romanos y germanos. 10

b) Si los romanos conquistaban un Estado extranjero, o este era obligado de algún modo a la sumisión (*deditio*), y ese Estado no era restaurado (por la vía de un tratado de paz o de confederación), sus habitantes, en la medida en que no fueran reducidos a la esclavitud, eran súbditos sin derechos (*dediticii*). Eran jurídicamente li- 11

bres en lo personal, pero no tenían en ningún caso un derecho de ciudadanía y se hallaban (como *apóllides*) en una situación peor que los otros peregrinos. Su Derecho patrio original, que con la eliminación de su estatalidad había dejado de existir, solo fue tolerado en el mejor de los casos en condiciones de «precariedad» (de facto, libremente revocable). Por lo demás, se les aplicaba el *ius gentium* romano (*vid.* inmediatamente a continuación). Una posición similar (como *deditiorum numero*) asumieron ciertos libertos no deseados según la *lex Aelia Sentia* (*infra* [16.11], *cfr.* Gai. 1, 13-15).

- 12 3. a) En las relaciones jurídicas **entre romanos y peregrinos** o entre peregrinos de *distinta* nacionalidad, por el contrario, según lo que hemos dicho, no era aplicable ni el *ius civile* romano ni ninguno de los ordenamientos jurídicos no romanos. Para el tráfico jurídico con los peregrinos, o de estos entre sí, los romanos pusieron en marcha –especialmente a partir del 242 a. C., en que fue instituida la magistratura del pretor peregrino [80.10]– una serie de instituciones jurídicas que fueran válidas para *todos* los hombres. Estas eran independientes del Derecho propio de la ciudadanía de los que interviniesen.

A estas pertenecen sobre todo los negocios fundamentales del tráfico comercial: la compraventa informal y transmisión de la propiedad no solemne, además de la promesa obligacional de la *stipulatio* en la forma modificada de la *fideprommissio* y el préstamo, el contrato de sociedad y algunas otras relaciones obligatorias. Para su aplicación a los peregrinos, los romanos modificaron en su caso negocios de su propio *ius civile*, de modo que renunciaran a ciertas características nacionales romanas, es decir, ya prescindiendo completamente de la vinculación a ciertas formalidades (p. ej. en el caso de la transmisión de la propiedad de las *res Mancipi*) o bien alterando su forma (p. ej. en el caso de la *fideprommissio*).

- 13 b) Desde finales de la República se comprendió el Derecho aplicable en igual medida a ciudadanos y no ciudadanos como *ius gentium* (**Derecho común de los pueblos, Derecho de gentes**). Se basa en la doctrina del Derecho natural surgida de la filosofía griega y –sobre todo por la mediación de Cicerón– asumida por la jurisprudencia romana. Según esta doctrina, a modo de principio, los rasgos esenciales y determinantes de la humanidad son comunes a todos los hombres sin distinción de raza o de nacionalidad. De ahí se deduce que también ciertas ideas jurídicas y muchas instituciones y normas derivadas de ellas son compartidas de manera coincidente por todos los hombres. De estas instituciones la cultura jurídica romana creó un Derecho –principalmente iusprivatístico– «de todos los pueblos» (*ius gentium*) que vincula a todos los hombres libres. Por tanto este ordenamiento era aplicable también a los no romanos e influyó a su vez en el Derecho civil romano completándolo y desa-

rollándolo.—Sobre los conceptos de *ius civile* – *ius gentium*, *cfr.* Gai. 1, 1; Inst. 1, 2, 1 y sig.; Ulp. D. 1, 1, 1, 4; D. 1, 1, 4.

Ius gentium tiene, además de este aspecto de carácter de «Derecho común a todos los pueblos» que afecta a todos los hombres, también otro, y presumiblemente más antiguo, de carácter «jurídico-internacional». En este sentido, *ius gentium* se refiere al Derecho público interestatal (a saber, el Derecho de los embajadores, de los tratados internacionales y el Derecho de la guerra). Esto apenas fue tratado por los juristas: el único texto de un jurista que se invoca inequívocamente en un contexto jurídico-internacional es Pomp. D. 50, 7, 18, donde se pone de manifiesto que el daño a un legado de la parte enemiga atenta contra el Derecho de gentes. Por el contrario, se encuentra este significado de *ius gentium* muy a menudo en las fuentes literarias (Livio, Cicerón, etc.). Es sobre la base de la impresión causada por estas fuentes que desde la época del humanismo bajo la expresión *ius gentium* se entiende sobre todo el Derecho entre Estados y supraestatal – **Lit.:** K.-H. ZIEGLER, *Völkerrechtsgeschichte*², München, 2007, 35, 44, 47; N. GROTKAMP, *Völkerrecht im Prinzipat*, Baden-Baden, 2009 (con K.-H. ZIEGLER, SZ 128 [2011] 578; L. WINKEL, TR 80 [2012] 505); R. BROUWER, «Ulpian's appeal to nature: Roman laws as universal law», TR 82 (2014) 60. Sobre las «figuras jurídico-privadas en el Derecho de gentes de la República romana», *vid.* É. JAKAB, «Privatrechtliche Rechtsfiguren im Völkerrecht der römischen Republik», en *Fs. Knüttel*, 439 (*sponsio*, *arrabo* und *arra*).—Ha de remitirse en este contexto a H. LAUTERPACHT, *Private Law Sources and Analogies of International Law (with Special Reference to International Arbitration)*, London, 1927, repr. 1970 (Preface, p. VIII: «A critical examination shows that the use of private [and Roman, p. VII] law exercised, in the great majority of cases, a beneficial influence upon the development of international law», 250 ss. sobre el «Venezuelan Preferential Claim case of 1903..., perhaps, the most instructive instance of the invocation of Roman and private law by the contesting States»); CHR. BALDUS, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteilollen im röm. Recht und im modernen Völkerrecht. Zur Rezeptionsfähigkeit des römischen Rechtsdenkens*, Stuttgart, 1999.

Mientras en la actualidad todo Estado establece en su legislación interna normas de Derecho internacional privado, con las cuales se precisan las fronteras entre los ordenamientos jurídicos interno y externo, los romanos, en cambio, solo conocieron normas aisladas de ese tipo. El *ius gentium* no se incluye entre estas, ya que no fija las fronteras del ordenamiento jurídico romano, sino que contiene Derecho privado que (excepto entre ciudadanos romanos) es inmediatamente aplicable a la relaciones jurídicas con (o entre) extranjeros. **Lit.:** G. HAMZA, «Did Private International Law Exist in the *Imperium Romanum*?», en *Atti Burdese*, vol. II, 323; C. CASCIONE, «Zur Anwendung von fremdem Privatrecht durch den römischen Prätor», en *Festschrift für O. Behrends*, Göttingen, 2009, 61.

Según sus bases de validez, el Derecho que obliga a todos los hombres sin diferencias de ciudadanía pertenece, en primer término, al Derecho magistratual

(*vid. supra* [2.11-17]): se apoya en el poder jurisdiccional del pretor, al que también están sometidos los no ciudadanos.

Para las relaciones *obligatorias* del *ius gentium* se encontró muy pronto un fundamento de obligatoriedad en la *fides*, el deber de mantener la palabra, que es válido para todos los hombres sin distinción de nacionalidad y en un principio se encontraba bajo la protección de los dioses. En la *fides* se basa la *fideprommissio* (*infra* [7.20; 57.8]) y, sobre todo, los *bonae fidei iudicia* (*supra* [2.13] y [33.6]), es decir, las «acciones según la buena fe» (*vid. inmediatamente a continuación*) de las obligaciones más importantes carentes de forma (compraventa, arrendamiento de cosas, contratos de servicios y de obra, sociedad, mandato, gestión de negocios, etc.). Los *bonae fidei iudicia* estaban previstos en primera instancia para las relaciones entre ciudadanos romanos. Pero, como no se fundan en la ley, sino en las «obligaciones derivadas de la buena fe» (*oportere ex fide bona*), eran aplicables de antemano también a los peregrinos. No obstante, algunas de esas relaciones, como la fiducia y la tutela, por sus premisas fácticas permanecieron restringidas a los ciudadanos romanos. Los demás *bonae fidei iudicia*, en cambio, se integraron en el *ius gentium* y, por su capacidad de desarrollo, contribuyeron fuertemente a la modernización del Derecho privado y a su desnacionalización, lo que facilitó su aplicación en todas las partes del mundo. De importancia central es también la *bona fides*, finalmente, para diversos supuestos de adquisición originaria de la propiedad (usucapión, adquisición de frutos). En lo sucesivo se hablará de la *bona fides* como «buena fe» (o «buena fe contractual» en el marco del Derecho de obligaciones), sin que ello deba conducir a la idea de que los antiguos conceptos sean idénticos en su ámbito de cobertura con los modernos. **Lit.:** *vid. infra* [33.7].

En otros casos, en el caso de las acciones penales basadas en la ley (p. ej. las *actiones furti* y *legis Aquiliae*), se hizo posible su aplicación a los peregrinos por medio de la ficción de que el derecho de ciudadanía exigido por el *ius civile* venía ya cumplido. La fórmula de la acción (como *formula ficticia*, *vid. infra* [83.19]) contenía, pues, la cláusula *si civis esset* («como si fuese ciudadano», *cfr.* Gai. 4, 37; WINKEL [3.8]).—En otros casos (como en el de la *condictio*) los clásicos extendieron abiertamente, sin más, la obligación civil (*oportere*) a los no ciudadanos a través de una interpretación extensiva.

- 17 Cercano al *ius gentium* se encuentra el concepto del (antiguo) Derecho natural, el *ius naturale*, que hunde sus raíces en la filosofía griega. Aristoteles lo llama δίκαιον φυσικόν al Derecho ideal que no viene establecido por el Estado y que es extensible a todos los hombres, que se opone al Derecho positivo de los Estados conocido como δίκαιον νομικόν. Cicerón y los juristas de escuela romanos llaman, por el

contrario, *ius naturale*, tanto a las manifestaciones del *ius gentium*, que se basan en la *naturalis ratio* (a menudo en el sentido de la «naturaleza de las cosas»), como a los conceptos e instituciones jurídicas que, más allá de eso, son válidas para todos los hombres, como por ejemplo el hecho de que, según el Derecho natural, todos los hombres han nacido libres (Tryph. D. 12, 6, 64; Ulp. D. 1, 1, 4 = Inst. 1, 5 pr.; Ulp. D. 50, 17, 21; Inst. 3, 2, 2, en contraposición al *ius gentium*, que asume la esclavitud), que todos los seres humanos son iguales (Ulp. D. 50, 17, 32: *omnes homines aequales sunt*), que hay un parentesco (de sangre) que se basa en el nacimiento, que la propiedad sobre cosas y personas (carentes de derechos) puede adquirirse por la apropiación física (*occupatio*), etc. Ciertas instituciones jurídicas que están ligadas a datos naturales se ponen en oposición a las del *ius civile*, p. ej. el parentesco natural (*naturalis cognatio*) frente a la *adgnatio* (el parentesco por vía de la potestad paterna), la posesión natural (*naturalis possessio*) frente a la posesión civil, la obligación natural (*naturalis obligatio*) frente a la civil. Por otra parte, los efectos del Derecho natural pueden encontrarse con los del Derecho civil (cfr. Gai. 2, 73; Gai. D. 43, 18, 2, sobreedificación); pero en su mayor parte confluyen, como hemos dicho, con los del Derecho de gentes (p. ej. Tryph. D. 16, 3, 31 pr.: restitución de un bien depositado; Gai. 2, 65; Inst. 2, 1, 40; Gai. D. 41, 1, 93: transmisión de la propiedad por la *traditio*), de modo que a menudo tiene el mismo significado si se apoyan en el *ius gentium* o en el *ius naturale* o si se fundan en la razón natural (*naturalis ratio*), en la justicia natural (*naturalis aequitas*) o simplemente en la *natura*. En todo caso, este Derecho natural no se encuentra sistemáticamente estructurado. **Lit.:** P. STEIN, «The Development of the Notion of *Naturalis Ratio*», en *Daube noster*, Edinburgh, 1974, 305; W. KULLMANN, *Naturgesetz in der Vorstellung der Antike, bes. der Stoa. Eine Begriffsuntersuchung*, Stuttgart, 2010 (sobre los orígenes y desarrollos de la idea del Derecho natural); T. HONORÉ, «Natural Law and Stoic influence», TR 78 (2010) 199; F. ELIA, «Il principio, omnes homines aequales sunt‘ nella realtà sociale tardoantica», AARC 17 I, 237; W. WALDSTEIN, «Zur naturgegebenen Gemeinschaft unter den Völkern in Liv. 5, 27, 6», en *Festschrift für D. Liebs*, Berlin, 2011, 731, 740; M. D’ORTA, «La traccia del diritto naturale dai fondamenti classici alla tarda antichità», SD 78 (2012) 103; J. M. RAINER, «Das *ius naturale* der Römer zwischen Recht und Philosophie», SCDR 28 (2015) 859.

Según una concepción amplia, que solo encontramos expresada por el jurista clásico tardío Ulpiano, el Derecho natural es el que la naturaleza enseñó a todos los seres vivos. Isidoro de Sevilla (ca. 570-636 d. C.) lo describe como el que existe en todo el mundo en virtud del instinto natural (*instinctu naturae*) (Etymologiae 5, 4, 1). También esto fue adoptado de la filosofía griega, como nos dice el testimonio de Cicerón (rep. 3, 19) respecto a que tanto Pitágoras como Empédocles explicaron que hay una condición jurídica común para todos los seres vivos (*unam omnium animalium condicionem iuris esse*).

D. 1, 1, 1, 3 (= Inst. 1, 2 pr.) (Ulpiano, 1 inst.)

Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censeri.

Es derecho natural aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es propio del género humano, sino común a todos los animales que nacen en la tierra y en el mar, y también a las aves. De ahí deriva la unión del macho y de la hembra que nosotros denominamos matrimonio; de ahí la procreación de los hijos y de ahí su educación. Pues vemos que también los otros animales, incluso los salvajes, parecen tener conocimiento de este derecho.

La palabra *censeri*, cuyo significado ha venido discutiéndose desde hace siglos, podría referirse a que los seres vivos, según el conocimiento de este Derecho natural en el sentido de un orden jerárquico «están clasificados» en clases superiores e inferiores. Esto recuerda a la palabra de Dios: «haced que la tierra se os someta» (Gén. 1, 28), que en esta forma es, sin embargo, una mala traducción del texto original hebreo. Pues según este, el mandato dirigido a los hombres es el de administrar el mundo y conservarlo como fiduciarios. Pero *censeri* puede aludir también a una integración en un grupo unitario, a favor de lo cual que puede mencionarse el correspondiente pasaje de Teófilo. Ahí, de modo llamativo, se continúa la línea de pensamiento según la cual estos evidentes modos de comportamiento «jurídico-naturales» se basan en el deseo de participar de la inmortalidad por medio de la continuación a través de la descendencia; una idea, que ya se encuentra en Platón, que deriva de ahí un deber de contraer matrimonio (Nomoi 721 b, c). En la afirmación de que los animales no son cosas, que en los últimos tiempos ha sido incorporada a los códigos (§§ 90 a BGB; 285 a ABGB; 641 a I ZGB, *cfr.* art. 20 a GG), han vuelto a salir a la luz estas consideraciones «jurídico-naturales». No puede decirse, sin embargo, que los juristas romanos hubieran extraído cualquier clase de conclusiones a partir de este amplio concepto del Derecho natural que comprende el «Derecho de los animales». **Lit.:** P. P. ONIDA, *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*, Torino, 2002 (con M. A. PINTO, Index 35 [2007] 187); J. PHILIP-FRÖSCHL, «*Libertas naturalis*. Überlegungen zur natürlichen Freiheit von Mensch und Tier», en *FHI.*, vol. III, 1851.

- 19 4. a) Con la progresiva *expansión* del *derecho de ciudadanía* romano, el ámbito de aplicación del conjunto del Derecho romano (incluido el *ius civile*) se fue ampliando cada vez más. La ciudadanía romana se extendió a toda Italia tras la Guerra Social del 90-88 a. C. En la época siguiente avanzó su concesión, sobre todo bajo los gobiernos de César y Augusto, en parte en favor de numerosas ciudades hasta entonces autónomas (municipios y colonias, con su territorio circundante), en parte a favor de personas individua-

les meritorias o como recompensa a los soldados tras su retiro (*veterani*) en caso de licenciamiento honroso (*missio honesta*). Este desarrollo culminó con la famosa **constitutio Antoniniana**, un edicto del año 212, con el que el emperador *Severus Antoninus* (con el apelativo de Caracalla, por un abrigo con capucha de origen céltico con el que él había obsequiado al pueblo) concedió la ciudadanía romana a todos los súbditos libres del Imperio (presumiblemente para poder de ese modo recaudar de todos los habitantes del Imperio impuestos que solo recaían sobre los ciudadanos romanos, sobre todo el impuesto del 5 por ciento sobre las herencias –pero al mismo tiempo fue también un testimonio grandioso de la capacidad integradora de Roma).

Sobre la transmisión (traducción griega en el fuertemente mutilado papiro Gießen 40 I, *cfr.* también Ulp. D. 1, 5, 17) nos remitimos a las exposiciones sobre la historia del Derecho romano. **Lit.:** J. MÉLÈZE MODRZEJEWSKI, «L'Edit de Caracalla de 212: la mesure de l'universalisme romain», en T. Giaro, ed., *Roman Law and Legal Knowledge. Studies in Memory of H. Kupiszewski*, Warszawa, 2011, 21; A. TORRENT, *La Constitutio Antoniniana. Reflexiones sobre el papiro Giessen 40 I*, Madrid, 2012; CHR. CORBO, *Constitutio Antoniniana*, Napoli, 2013; véase además las contribuciones sobre el 1800° aniversario de la *const. Antoniniana* de P. CATALANO, R. TURCAN, A. MASTINO y B. KARAMAN en Bull. 107 (2013) 3–66.

b) La aplicación *efectiva* de las instituciones jurídicas romanas quedó, sin embargo, por detrás de estos principios. Ciertamente, en **Italia** se aplicó el Derecho romano en su totalidad; asimismo, en las **provincias occidentales** en las que no se impuso a la romana ninguna cultura autóctona. Con todo, ha de admitirse que, cuanto más se alejaban de la capital romana, tanto más burdo y falseado, es decir, **vulgarizado**, era el Derecho de que se disponía, puesto que los operadores jurídicos locales no podían comprender las sutilezas de la jurisprudencia romana. 20

c) En los países conquistados de la mitad **oriental** del Imperio, en cambio, el Derecho romano tuvo una situación mucho más ardua. Allí la cultura romana se encontró con la cultura **helenística**, que había dado lugar a un ordenamiento jurídico de altos vuelos, pero en muchos aspectos muy divergente del romano. Estas ideas jurídicas helenísticas se afirmaron firmemente frente al Derecho romano, que sobre todo con sus estructuras familiares cerradas, además de su estilo de formas propio, su vinculación con la lengua latina y su estrecha conexión con los modelos procesales romanos, fue asumido como algo ajeno e incómodo. La soberanía romana fue lo suficientemente inteligente para renunciar a ejercer violencia para una aplicación completa de las instituciones romanas; una transformación tan profunda hubiera causado gran intranquilidad en los pueblos de las provincias orientales y hubiera dañado 21

visiblemente a la economía, sin que los romanos obtuvieran de ello ventajas que merecieran la pena. Con todo, como sabemos a partir de numerosos documentos papirológicos procedentes de Egipto, ciertas normas vinculantes del Derecho romano fueron introducidas también en las provincias orientales. En lo demás, los Derechos helenísticos fueron vistos como costumbres locales que eran compatibles con las reglas muy elásticas del Derecho del tráfico romano.

IV. *IUS CIVILE – IUS HONORARIUM (PRAETORIUM)*

22 *Vid.* al respecto *supra* [2.8-17]

V. APLICACIÓN DEL DERECHO

Lit.: M. KASER, *Zur Methode der röm. Rechtsfindung* (reimpr. Akad. D. Wiss. Göttingen), Wien, 1972, 54; U. WESEL, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen*, Köln, 1967; B. VONGLIS, *Lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique*, Paris, 1968; F. HORAK, *Rationes decidendi: Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, I, Aalen, 1969; EL MISMO, «Die römischen Juristen und der "Glanz der Logik"», en *Festschrift für M. Kaser*, München, 1976, 29; F. WIEACKER, *RRG*. [1.58] 572; EL MISMO, «Zur Rolle des Arguments in der römischen Jurisprudenz», en *Festschrift für M. Kaser*, München, 1976, 1; EL MISMO, «Offene Wertungen bei den römischen Juristen», *SZ* 94 (1977) 1; B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*, Köln, 1970; D. NÖRR, «Spruchregel und Generalisierung», *SZ* 89 (1972) 18; EL MISMO, «*Exempla nihil per se valent*», *SZ* 126 (2009) 1 = *Schr.*, 723 (sobre la argumentación por medio de *exempla*); O. BEHREND (ante [1.3]), *SZ* 95 (1978), 187; W. WALDSTEIN, «Konsequenz als Argument», *SZ* 92 (1975) 26; EL MISMO, «Evidenz und Intuition bei den Römischen Juristen», en *Gedächtnisschrift für Th. Mayer-Maly*, Wien, 2011, 545; TH. MAYER-MALY, «*Aequitas evidens*», en *Festgabe für U. von Lübtow*, Berlin, 1980, 339; EL MISMO, «Evidenz im Denken römischen Juristen», en A. Watson (ed.), *Daube Noster*, Edinburgh, 1974, 225; EL MISMO, «*Argumentum*», *SZ* 125 (2008) 251; R. KNÜTEL, «Betrachtungen zur Rechtsfindung der römischen Juristen», en *Est. Miquel*, 523 = (en grandes partes) A. Söllner – W. Gitter – R. Waltermann *et al.*, eds., *Gedächtnisschrift für M. Heinze*, München, 2005, 457; R. QUADRATO, «Gaio e la *legum interpretatio*», en *FHI.*, vol. VII, 4557; G. OTTE, «Cicero oder Boethius? Zum Verständnis der Argumente a minore und a maiore», en *Festschrift für O. Behrends*, Göttingen, 2009, 445; TH. KLEITER, *Entscheidungskorrekturen mit unbestimmter Wertung durch die römischen Jurispru-*

denz, München, 2010 (con U. BABUSIAUX, SZ 129 [2012] 745); H. ANKUM, «The functions of expressions with *utilitatis causa* in the work of the classical Roman lawyers», en *Ess. Thomas*, 5; U. BABUSIAUX, *Papinians Quaestiones. Zur rhetorischen Methode eines spätclassischen Juristen*, München, 2011; J. D. HARKE, *Argumenta Iuventiana –Argumenta Salviana*, Berlin, 2012. Cfr. también [4.4].

Para el *método* de aplicación del Derecho los juristas clásicos no formularon ninguna teoría, sino que se contentaron con una *técnica* adecuada a los fines perseguidos. También la escuela jurídica oriental aportó para la teoría de la aplicación del Derecho solo unos principios, que luego serían desarrollados de forma muy completa sobre todo por la pandectística del siglo XIX. 23

1. La determinación del Derecho por los juristas y los operadores jurídicos para los casos que ellos debían dictaminar o decidir se podía apoyar solamente en parte en normas escritas. En la medida en que existían tales normas, entre las que destacan, en época antigua, las *Doce Tablas*, y en la época más reciente –junto con las leyes y las fuentes equiparadas a las leyes– los *edictos* de los magistrados (y las fórmulas procesales incluidas en ellos), la tarea de los juristas reside en su **interpretación** (*interpretatio*), por tanto en la transmisión de su contenido de sentido que llena las normas. Ahí se ajustaban, sobre todo frente a fuentes tan antiguas como las Doce Tablas, no estrictamente a su tenor literal, sino que se persigue el *fin* del Derecho (la *utilitas*) y, por tanto, la justicia (*aequitas*). 24

Las normas jurídicas consisten generalmente en el **supuesto de hecho** (p. ej. en la *lex Aquilia*, vid. *infra* [51.10]: «Si alguien mata infringiendo el derecho a un esclavo ajeno o un animal de un rebaño [ajeno]») y la **consecuencia jurídica** (en esa misma ley: «... estará obligado a dar al propietario tantas monedas de bronce como hubiera sido el valor (máximo) de la cosa durante ese año»). Ambos, supuesto de hecho y consecuencia jurídica, son objeto de la interpretación. Esta se vale de medios lingüísticos y medios intelectuales (interpretación *gramatical* y *lógica*) y puede conducir al resultado de que el contenido de sentido sea *más estrecho* de lo que parece por su literalidad (interpretación limitadora o *restrictiva*) o bien más amplio (interpretación ampliadora o *extensiva*).

2. Si el supuesto de hecho que ha de resolverse no recae en ninguna de las normas existentes del Derecho escrito, como tampoco la interpretación extensiva puede conducir a ningún fin, entonces la determinación del Derecho también en Roma se sirve a la sazón de la interpretación **analógica** de las normas jurídicas vigentes. Esta presupone que en una norma escrita está regulado un supuesto de hecho *jurídicamente semejante* a la del supuesto de hecho a decidir (según la finalidad de la norma y los intereses en juego). En este caso pue- 25

de asociarse al supuesto de hecho por resolver la misma consecuencia jurídica que está contenida en esa norma jurídicamente semejante. Asimismo, podía aplicarse la solución de un caso encontrada y reconocida por un jurista a la decisión de casos jurídicamente semejantes. Entre los romanos la analogía también queda absorbida en el concepto amplio de la *interpretatio*.

La analogía y su opuesto, la argumentación *e contrario*, eran utilizados a menudo por los juristas en su descubrimiento casuístico del Derecho, siempre que de un caso concreto (resuelto) se sacaran conclusiones aplicables a otros casos. Por el contrario, la aplicación analógica de leyes, edictos, etc., no fue en su mayor parte tarea de los jueces (jurados) hasta finales de la época clásica, sino del pretor (magistrado jurisdiccional); este se servía de ella al complementar las *actiones* (civiles y honorarias), etc., contenidas en su edicto a través de remedios jurídicos semejantes copiados de aquellas.

- 26 Así, p. ej., la responsabilidad por el daño de cosas derivada de la *lex Aquilia*, que presupone una causación inmediata por parte del autor, se amplió por medio de *actiones in factum* pretorias a aquellos casos en que el daño se había producido a través de una causación mediata o por omisión (*vid.* más detalles *infra* [51.14-15]).

A veces se extiende el ámbito de aplicación de una acción también *fingiendo* una circunstancia fáctica que exige esa *actio*, pero que en el caso a resolver no se da, es decir, suponiendo que se diera; así, en el caso de las *formulae ficticiae*, p. ej. la de la *actio Publiciana*, en cuya fórmula se supone que ya se ha cumplido el plazo de usucapión (*cfr. infra* [27.25; 83.19]). La *actio Publ.* se presenta, pues, como una ampliación de la acción reivindicatoria (*rei vindicatio*). También la **ficción**, que en la interpretación de los juristas no siempre puede diferenciarse netamente de la analogía, se encuentra aplicada a menudo en el Derecho jurisprudencial para hacer valer en un caso *jurídicamente semejante* una idea definida para un ámbito casuístico acotado. **Lit.:** E. BIANCHI, *Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano*, Padova, 1997; L. VACCA, «L'interpretazione analógica nella giurisprudenza classica», en *FHI*. Vol. VIII, 5727.

- 27 **3.** En los amplios terrenos en los que faltan completamente normas escritas, como sobre todo en determinadas materias del *ius civile* (*cfr. supra* [2.17]), les incumbe a los juristas una **determinación del Derecho creativa** que, sin ataduras externas, solo se rige por la justicia material, y por tanto al mismo tiempo ha de ser justa y adecuada al fin perseguido.
- 28 **VI.** Menor importancia tiene la contraposición entre las reglas jurídicas *generales*, el (antiguo) *ius commune*, y las normas excepcionales (*ius singulare*), que rompen las reglas. Estos conceptos, no configurados teóricamente por los clásicos, solo los desarrolló con más profundidad la teoría jurídica del Derecho común. El *privilegium* es en el antiguo Derecho romano la ley especial para personas particulares (derivado

de *privus*, privado, especial, y *lex*), que no puede ser propuestas en su perjuicio (XII Tab. 9, 1: *Privilegia ne inroganto*, las leyes especiales [a saber, las que perjudican individualmente a determinados ciudadanos] no deben ser propuestas [por los magistrados ante la asamblea popular], más tarde el Derecho especial para determinados grupos de personas [testamento militar, privilegios fiscales, entre otros]). **Lit.:** J. STAGL [59.9], 317 (normas y decisiones sobre el *favor dotis* como *ius singulare*); EL MISMO, «Das *testamentum militare* in seiner Eigenschaft als *ius singulare*», REHJ 36 (2014) 129, 142 con D. NÖRR, recensión de REHJ 36 (2013) y 37 (2014), en SZ 133 (2016) 578.

**§ 4. Los derechos subjetivos. Acción (*actio*) y excepción (*exceptio*).
Prescripción. Abuso de derecho.**

(RPr. §§ 7, 54, 55, 198, 199, 243;
KASER – HACKL §§ 32, 35, 45, 47, 73, 88, 89)

I. DERECHOS ABSOLUTOS Y RELATIVOS

- 1 La moderna teoría del Derecho clasifica los derechos subjetivos en tres grandes grupos: derechos *absolutos* (*derechos de señorío*), derechos *relativos* (derechos personales o *pretensiones: Ansprüche*) y «derechos potestativos» (*Gestaltungsrechte*). Mientras que los «derechos potestativos» solo se configuraron teóricamente desde mediados del siglo XIX (el concepto se remonta a E. SECKEL, «Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts», en *Festschrift für R. Koch*, Jena, 1903, 205), la contraposición entre derechos absolutos y relativos hunde sus raíces ya en el Derecho romano primitivo. En la base se encuentra la distinción entre *acciones in rem* y *acciones in personam*, por tanto entre remedios jurídicos (acciones) que sirven para la protección de estos dos grupos de derechos subjetivos.
- 2 **1.** A) Los derechos **absolutos** dan a su titular un señorío inmediato sobre un objeto de derecho, el cual le permite excluir a toda otra persona de cualquier inmisión en esos derechos no autorizada. Un derecho absoluto es, por ejemplo, la *propiedad*: el propietario está *inmediatamente* legitimado a intervenir sobre una cosa, y no simplemente autorizado a exigir de otro que le reconozca ese señorío sobre la cosa; y puede hacer valer su propiedad frente a *cualquiera* que le retenga la cosa o le perturbe de algún modo en su posesión y disfrute. Según esto, la acción restitutoria para la defensa de la propiedad, la *rei vindicatio*, como **actio in rem** («acción real»), le compete al propietario frente a cualquiera que pretenda retener la cosa frente a él y, por tanto, el ejercicio de su derecho de señorío.
- 3 Con todo, existen diferencias entre la concepción romana y la actual. El poseedor que retiene la cosa en su poder fáctico y frente al propietario está *obligado* según el Derecho actual a la restitución (§§ 985 BGB; 366 ABGB; 641 II ZGB; art. 348 Cc esp.); el propietario tiene una pretensión real contra él. Entre él y el propietario hay una «relación obligatoria legal» (*gesetzliches Schuldverhältnis*), la llamada relación propietario-poseedor (*Eigentümer-Besitzer-Verhältnis*), de la que se desprende este deber de restituir y, como consecuencia de ello, la responsabilidad del poseedor (de mala fe)

por el daño o la destrucción, etc., culpable de la cosa (§§ 989, 990 BGB; art. 457 Cc esp.), así como de la restitución o sustitución de los frutos (§§ 987, 990 BGB; art. 455 Cc esp.). La idea de una responsabilidad personal del poseedor frente al propietario derivada del derecho de propiedad es algo aún ajeno al Derecho romano. El propietario no tiene frente al poseedor ninguna «pretensión» (en este sentido técnico, esto es, acción personal), sino solo un *derecho de intervención* sobre la cosa misma ante el que el poseedor siempre se encuentra. La *actio in rem*, por tanto, ha de entenderse en el antiguo Derecho romano todavía en un sentido literal: como un acto jurídico (formal) como intervención del reclamante sobre la cosa misma, en contraposición a la *actio in personam*, la intervención sobre la persona del responsable. De esta falta de una pretensión real (*dinglicher Anspruch*) se desprende la llamada «libertad de exclusión» (*Einlassungsfreiheit*) en el proceso en el caso de las acciones reales (*infra* [27.12]), que en principio aún sigue existiendo en tiempos de Justiniano, esto es, la libertad del demandado de eludir el proceso abandonando la cosa a favor del demandante. Sobre la base de esto, y de la prescriptibilidad (en época postclásica) de las *actiones in rem*, se articuló el concepto de «pretensión real».

b) Derechos de señorío son sobre todo los fenómenos del **poder jurídico** del **4** *cabeza del grupo familiar (paterfamilias)* sobre las **personas** y las *cosas* de su grupo familiar, es decir, la *patria potestas* (poder paterno, potestad doméstica) sobre los hijos de familia (*filiifamilias*), la *manus* sobre la esposa, la *propiedad* o *dominio* sobre los esclavos y las cosas, así como los derechos reales limitados. Otros derechos de señorío son el *derecho hereditario* sobre la herencia deferida por otra persona; el poder del tutor (*tutor*) y del curador (*curator*) sobre los necesitados de auxilio y sus patrimonios; y finalmente, el derecho de *patronato* del patrono sobre sus libertos.

Con respecto a los derechos de señorío o «absolutos», ha de ponerse especialmente de relieve desde el principio el hecho de que tales derechos no pueden ejercerse de modo tan «libre» o «ilimitado» como podría deducirse de su concepto o de su pura consideración jurídica. Puesto que «apenas son también mencionados [por los juristas romanos] los **vínculos extrajurídicos** que derivan de la *pietas*, la *fides*, la *reverentia*, en una palabra, del *officium*, a pesar de que este silencio haga muchas cosas incomprensibles a quienes conozcan solamente las obras jurídicas. La ruda reglamentación de la patria potestad, del derecho de testar, de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges no es comprensible sin el conocimiento de los múltiples y poderosísimos vínculos extrajurídicos cuya existencia era bien conocida por los juristas y que ellos presuponían siempre, aunque, en general, nunca los mencionasen» (F. SCHULZ, *Principios del Derecho romano*², trad. esp. M. Abellán Velasco, Madrid, 2000, 44. Cfr. también [60.1, 2]; H. OPPERMANN (ed.), *Römische Wertbegriffe*, Darmstadt, 1983; A. PALMA, *Humanior interpretatio*: «Humanitas» nell'interpretazione e nella nor-

■ § 4. LOS DERECHOS SUBJETIVOS. ACCIÓN (ACTIO) Y EXCEPCIÓN (EXCEPTIO)...

mazione da Adriano ai Severi, Torino, 1992, además, p. ej., J. G. WOLF, «Außer-juristische Wertungen in der Argumentation Papinians», TR 81 (2013) 633 (D. 35, 1, 102: *pietas*; D. 46, 1, 47: *humanitas*; D. 28, 7, 15: *pietas, existimatio, verecundia*, responsabilidad moral, respeto, modestia).

En la expresión *actio in rem* ha de entenderse la palabra *res* en sentido amplio como «objeto de derecho»; *res* también puede ser, por tanto, también una persona. Con ese contenido, la traducción como «acción real» puede ser un tanto engañosa, ya que en el Derecho moderno esta solo puede recaer sobre «cosas» en sentido estricto (no personas).

- 5 2. «**Pretensiones**» (*Ansprüche*) son derechos a partir de los cuales el legítimo puede *reclamar* del *obligado* una *prestación*. Las «pretensiones» son derechos relativos: se dirigen solo contra una persona determinada. En Roma el círculo de las pretensiones (en este sentido) comprende el de los **derechos de crédito** (obligaciones), que conceden al acreedor un derecho contra el deudor a pedirle las prestaciones más diversas; p. ej., a partir del préstamo de dinero, el pago recíproco de una cantidad de dinero; a partir del contrato de compraventa, la entrega de la mercancía y (en compensación) el pago de un precio; a partir del delito de *furtum* (robo, hurto), la restitución del bien robado y el pago de una pena pecuniaria; y así otros muchos. Para la ejecución de estas pretensiones se encuentran las **acciones in personam** («acciones personales»), que siempre se dirigen solamente contra la persona obligada (y, por regla general, también contra sus herederos).

También la *actio in personam* debe tomarse en la época antigua en sentido literal: como intervención sobre la persona, el cuerpo del que asume la responsabilidad. Este (el deudor), si continúa el supuesto de hecho que ha fundamentado su responsabilidad –por tanto, como regla general, después de que la pretensión haya sido fijada en el proceso civil a través de una sentencia– está sometido a la *ejecución forzosa* al arbitrio del acreedor. Esta, puesto que en el Derecho romano arcaico va dirigida contra la persona del deudor, no (como hoy) contra su patrimonio, le puede costar la libertad o incluso la vida; más tarde lo amenaza siempre con una pérdida del patrimonio a favor del acreedor y, en el peor de los casos, con una servidumbre de la pena. Mediante la amenaza de estos medios coactivos se ve el deudor espoleado a cumplir su obligación frente al acreedor y, con ello, a satisfacerlo. Más detalles sobre esto, *vid. infra* [32.3-20; 81.12].

II. ACTIO Y EXCEPTIO

- 6 1. a) El medio que está a disposición del titular de un derecho subjetivo para la realización y cumplimiento de su derecho es la **actio**. Este concepto

procede del Derecho procesal civil. Significa literalmente la «acción jurídica», es decir, la actuación del actor (o demandante) con la que este convierte su derecho en objeto de una disputa jurídica. De este acto de reclamación (aun cuando es muy distinto de la «acción» moderna) se derivará también el sentido de «tener una *actio* = tener un *derecho* que puede hacerse valer con buenas perspectivas de éxito como actor en un proceso». El significado de *actio* fluctúa, por tanto, entre el concepto procesal de **acción** (*Klaghandlung*) y el concepto jurídico-privado de **pretensión** (*Anspruch, Klaganspruch*), es decir, el derecho (privado) que puede hacerse valer en el curso de un proceso.

7. Este concepto de «pretensión» (*Anspruch*), que corresponde por parte del Derecho privado a la *actio*, es algo más amplio que aquel del que se ha hablado más arriba en [4.5] respecto a la división de los derechos subjetivos, puesto que, como la acción actual, la *actio* romana puede dirigirse no solo a obtener una **prestación**, sino también a la **formación** o a la **constatación** de un derecho (véase ejemplos *infra* [83.24 y 25]). Aquel de quien se dice que «tiene la *actio*», sea una *actio in rem* o una *actio in personam*, es el que tiene el derecho privado, que puede verificarse por medio de la persecución de una sentencia judicial que establezca una prestación, o la formación o la constatación de un derecho. (Este concepto de pretensión se acerca al del actual Derecho procesal civil). Demasiado estricta, puesto que solo es correcta para la *actio in personam*, es la manifestación de Cels. D. 44, 7, 51 (= Inst. 4, 6 pr.): *Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi* («la acción no es otra cosa que el derecho de alguien a perseguir en juicio aquello que se le debe»).

La pretensión jurídico-privada que está en la base de la *actio* quedó, sin embargo, en la concepción del Derecho romano, siempre como un mero *reflejo* del hecho de que el ordenamiento jurídico promete, bajo determinados presupuestos, la concesión de una defensa jurídica en un *procedimiento* instaurado con la *actio* (en el sentido de acción judicial). En la medida en que este concepto central de *actio* pertenece a la vez al Derecho privado y al Derecho procesal, es admisible pensar que, entre los romanos, el Derecho «formal» (*Derecho procesal*) y el Derecho «material» (*Derecho privado*), en todos los niveles de su desarrollo jurídico, constituyen una *unidad* más fuerte que en la actualidad (véanse más detalles *infra* [80.1]).

Respecto a la rigurosa separación de Derecho privado y Derecho procesal se ha hecho merecedor de reconocimiento –con algunos predecesores– B. WINDSCHEID (*Die Actio des römischen Civilrecht vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856, reed. 1969), al que se debe el actual concepto de pretensión (*Anspruch*).

b) La *actio* (como acción dirigida a obtener una prestación) puede ser, como sabemos, o *in rem* o *in personam*. Con la ***actio in rem*** se dirige el titular de un

derecho de señorío contra cualquiera que retenga el objeto de su derecho o lo perturbe en el ejercicio del derecho. Con la *actio in personam*, el legitimado por un crédito reclama de su deudor el cumplimiento de su obligación. *Cfr.* Gai. 4, 1-3.

Mientras que en la *actio in personam* el derecho subjetivo (el crédito) se cubre con la *actio* (vista desde el lado jurídico-privado), el derecho subjetivo que está en la base de la *actio in rem*, p. ej. la propiedad, tiene un contenido más extenso: incluye todas las facultades que el derecho de señorío concede sobre su objeto (p. ej. el uso de la cosa y de su rendimiento), y el derecho de accionar es solo facultad entre varias. *Cfr.* también [82.11, 12] y el índice, *s. v. actiones in personam/rem*. **Lit.:** L. GAROFALO (a cura di), *Actio in rem e actio in personam*, 2 vol. (colectivo), Padova, 2011.

- 9 c) Según su fundamento jurídico, las *actiones civiles* se basan en el *ius civile*, mientras que las *actiones honorariae (praetoriae)* lo hacen en el *ius honorarium* (véanse más detalles en [33.4-8]).

Sobre las consecuencias prácticas de esta distinción para el Derecho procesal, *vid. infra* [82.25].—En las pretensiones que se accionan por medio de la *cognitio extra ordinem* en el *Derecho imperial (infra* [80.21-22]), p. ej. por los fideicomisos, se aplica el concepto de acción en sentido atécnico y solo en la época postclásica.

- 10 2. Como la *actio*, también la *exceptio* (excepción) es originariamente una institución del Derecho procesal civil, a saber, en sentido literal, la «excepción» a favor del demandado de las condiciones bajo las que habría de ser condenado como consecuencia de la pretensión del actor. La cláusula que contiene esta excepción es incluida en la fórmula procesal a petición del demandado, y excepcionalmente también *ex officio* por el magistrado (*vid. infra* [82.9; 83.26]). A partir de este medio de defensa procesal se desarrolló progresivamente un derecho de excepción de carácter jurídico-privado, es decir, un derecho independiente a rehusar el cumplimiento de la pretensión del actor.—*Cfr.* Gai. 4, 115 ss.

Así, p. ej., si el propietario reclama con la *rei vindicatio* la restitución de la cosa de su propiedad y el demandado le opone con la *exceptio doli*, la excepción de dolo, que se le deben reembolsar ciertos gastos de mejora que él ha efectuado sobre la cosa, *vid. infra* [27.21]. La excepciones pertenecen solo al proceso formulario y son en su conjunto creaciones pretorias, pero se basan solo en parte en el *ius honorarium*, mientras en otra parte sobre fuentes del *ius civile*: *leges* y *senatusconsulta* cuyos fines realiza el pretor con su ayuda (Gai. 4, 118; p. ej. la *exceptio legis Laetoriae*, la *exc. senatusconsulti Macedoniani*). La más importante de todas las excepciones es la excepción pretoria que acabó llamándose *exceptio doli* (*infra* [34.18]). Los juristas distinguen entre *excepciones peremptoriae* (excepciones duraderas, v. gr. la derivada de un contrato informal de condonación de deuda) y *dilatoriae* (sobrevenidas, p. ej. por un aplaza-

miento): Gai. 4, 120-125.—A la *exceptio* del demandado puede oponer el demandante una contraexcepción (*replicatio*); el demandado, a su vez, una *duplicatio* a esta última; y, de nuevo, a esta una *triplicatio* del demandante, etc. Por esto se habla en el Derecho procesal actual alemán de réplica (*Replik*), dúplica (*Duplik*), tríplica (*Triplik*), etc. **Lit.:** G. WESENER, «Nichtediktales Einreden», SZ 112 (1995) 109; EL MISMO, «Zu ediktalen und dekretalen Exzeptionen im Interdiktenrecht», en *FHI*, vol. VIII, 5909; G. PAPA, *La replicatio*, Napoli, 2009.

En el proceso postclásico, y tanto en Occidente como en el Derecho justiniano, la posibilidad de enervación de la pretensión a través de la *exceptio doli* y la nulidad a menudo se confunden. También allí donde a la acción derivada de un negocio jurídico se opone esta *exceptio*, se ve ahora el negocio como nulo, solo que esta nulidad se hace valer a instancias del deudor (como en la moderna anulabilidad).

III. PRESCRIPCIÓN

Las acciones del Derecho clásico, en general, no estaban limitadas por plazos: 11 podían hacerse valer por tanto tiempo como se quisiese, si bien la experiencia muestra que para el demandado la defensa se hacía cada vez más difícil por la pérdida de medios de prueba, por ejemplo por la muerte de testigos. Solo las *acciones sancionatorias pretorias* (*infra* [50.15]), debido a su finalidad penal, exigía una rápida expiación, *limitada a un año*, de modo que con el transcurso del tiempo la *actio* se extinguía. Lo mismo se aplicaba (en parte con otros plazos) a las acciones edilicias por vicios en la cosa comprada (*infra* [41.39 y 43]).

Solo el emperador Teodosio II introdujo una «**prescripción**» general de las 12 acciones —tanto las reales como las personales—, a través de una ley del año 424, estimulado por diversos ejemplos provinciales (CTh. 4, 14, 1 = C. 7, 39, 3, 1): *Quae ergo ante non motae sunt actiones, triginta annorum iugi silentio, ex quo competere iure coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem* («aquellas acciones que no hayan sido ejercitadas, debido al persistente silencio durante treinta años, contados a partir del momento en que estuvieron jurídicamente a disposición [de su titular], que no tengan la posibilidad de seguir viviendo»).—A diferencia de hoy, en que se fundamenta únicamente en la excepción de prescripción, esta «prescripción» conducía a la extinción de la pretensión, al menos en principio, puesto que en la legislación imperial tardía aún se habla también diferenciadamente de una «excepción de tiempo» (*praescriptio* o *exceptio temporalis*). Algunas acciones, sin embargo, permanecieron ajenas a la «prescripción», p. ej. la acción por manumisión o los créditos del fisco.

- 13 Que el plazo de prescripción fuera de 30 años (como a menudo todavía hoy, art. 2262 Cc fr., § 1478 ABGB, art. 1963 Cc esp.; 10 años, en cambio, según art. 127 OR; según art. 195 BGB antes 30 años, desde 1.1.2002, sin embargo, tres años) está relacionado, como también muestra la ejemplificación con la fuerza vital (*vivendi facultas*), con el hecho de que se cuenta por 30 años la duración de una generación. A partir de datos de edad contenidos en inscripciones funerarias del Imperio romano, aproximadamente 30 años es muy a menudo la edad de fallecimiento.

Para determinadas acciones, en especial las derivadas de disposiciones de última voluntad a favor de iglesias y monasterios, el periodo de prescripción se fijó en 40 años, e incluso en 100 años. Este último plazo fue escogido por Justiniano en virtud de la medida de duración máxima de la vida humana (*longissimum vitae hominum tempus*: C. 1, 2, 23, 2, del año 530; también Nov. 9, del 535). Sin embargo, el propio Justiniano redujo ese plazo ya en 551 a 40 años (Nov. 111, y además Nov. 131, 6, del 545). Con todo, el Derecho canónico se adhirió más tarde al periodo de 100 años. Ante este telón de fondo, y puesto que especialmente la Iglesia concedió muchas tierras en régimen de censo enfiteútico, se explica que (también tras la abolición del derecho de censo enfiteútico) aún hoy la constitución del moderno derecho de superficie como regla se establece en 99 años (y claramente también en el acuerdo por el que China cedió Hong Kong en arrendamiento a Inglaterra por 99 años en 1898). **Lit.:** W. KAISER, «Zur hundertjährigen Verjährung zugunsten der römischen Kirche», SZ (kan. Abt.) 116 (1999) 60.

- 14 La prescripción se denomina (según un precedente tardoclásico, *vid. infra* [25.14]) *longi temporis praescriptio*. *Praescriptio* designa en esa época la excepción sin más: el concepto deriva del ya mucho tiempo antes caído en desuso procedimiento formulario clásico, donde se refería a circunstancias que se anteponian en la fórmula procesal escrita en interés del demandante (*infra* [83.27]). La prescripción (extintiva) confluye en la concepción vulgarizada con la de la prescripción (adquisitiva, equivalente a la usucapión). Tampoco en las reformas del Derecho de la usucapión/prescripción de Justiniano (*infra* [25-17-18]) se llegó a una separación clara entre la prescripción (como mecanismo de extinción de las acciones, *Verjährung*) y la prescripción (como modo de adquisición de la propiedad por la posesión continuada en el tiempo, *Ersitzung*). En consecuencia, los juristas medievales y los del antiguo *ius commune* europeo entendieron la *praescriptio* como una institución unitaria, dentro de la cual, sin embargo, se distinguió pronto el grupo de casos de la prescripción adquisitiva (*praescriptio acquisitiva*) de cosas, y luego también de derechos

(derecho de prenda, derechos obligacionales de prestación duradera, etc.), de los de la prescripción extintiva (*praescriptio extinctiva*), que afectaba a acciones y derechos. Solo en el siglo XIX se superó la doctrina unitaria de la prescripción, que aún está en la base de los §§ 1451, 1452 ABGB, arts. 2219 ss. Cc fr. o 1930 ss. Cc esp., en especial sobre la base de la crítica de *Savigny*. En vista de esto, se limitaba la prescripción (adquisitiva, *Ersitzung*) a la propiedad sobre los bienes corporales y, frente a esto, se sometían las acciones y pretensiones a la prescripción (extintiva, *Verjährung*). Esta concepción fue la seguida por el BGB (§§ 194 ss., 900, 937 ss; además, según el § 1033 es posible la adquisición del usufructo por prescripción) y el Derecho suizo (§ 661 ss., 728, 731 III ZGB; art. 127 ss. OR). **Lit.:** COING I, 183; II, 280; P. APATHY, «Verjährung des Anspruchs, der Klage oder des Rechts?», en *Fs. Huwiler*, 2007, 1; HKK-*Hermann*, §§ 194–225 [7 ss.]; A. TRIGGIANO, *Profili storici della prescrizione estintiva*, Salerno, 2012; P. PICHONNAZ, «Ursprung und Begründung der Verjährung in historischer Sicht», SZ 132 (2015) 511.

IV. ABUSO DE DERECHO

El *ejercicio excesivo* de sus derechos está limitado al individuo a través de una prohibición del abuso de derecho, si ese ejercicio excesivo no le reporta ninguna utilidad, pero perjudica a otros. La denominación *aemulatio* está tomada de Mac. D. 50, 10, 3 pr., donde la palabra significa «emulación, rivalidad» 15

La «prohibición de vejación» (*Schikanenverbot*) solo se maneja en el Derecho clásico caso por caso: el medio para su verificación es a menudo la excepción de dolo (*exc. doli*). Una prohibición general de este tipo se introdujo en la jurisprudencia a raíz de concepciones filosóficas y condujo a una limitación del principio según el cual no es admisible que alguien actúe dolosamente si está haciendo uso de su derecho (Gai. D. 50, 17, 55: *Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur*); o también: *Qui suo iure utitur, neminem laedit* («quien hace uso de su derecho no perjudica a nadie»). Por eso, quien «mina el terreno de su vecino con agua puede ser demandado, si solo lo hace para dañarlo (Marcell.–Ulp. D. 39, 3, 1, 12). Fundamentalmente para combatir el abuso de derecho se dictaron las constituciones del emperador Antonino Pío (138-161 d. C.) de las que nos informa

Gai. 1, 53

Sed hoc tempore neque civibus Romanis nec ullis aliis hominibus, qui sub imperio populi Romani sunt, licet supra modum et sine causa in servos suos saevire; nam ex

Pero en este tiempo ni a los ciudadanos romanos ni a las demás personas que se encuentran bajo el imperio del pueblo romano se les permite maltratar a sus esclavos

■ § 4. LOS DERECHOS SUBJETIVOS. ACCIÓN (ACTIO) Y EXCEPCIÓN (EXCEPTIO)...

constitutione imperatoris Antoninus qui sine causa servum suum occiderit, non minus teneri debetur, quam qui alienum servum occiderit. Sed et maior quoque asperitas dominorum per eiusdem principis constitutionem coercetur; nam consultus a quibusdam praesidibus provinciarum de his servis, qui ad fana deorum vel ad statuas principum confugiunt, praecepit, ut si intolerabilis videatur dominorum saevitia, cogantur servos suos vendere. Et utrumque recte fit: male enim nostro iure uti non debemus; qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio.

inmoderadamente y sin causa, pues según una constitución del emperador Antonino se determina que, quien matare sin causa a un esclavo propio será tan responsable como si hubiera matado a un esclavo ajeno. Y también por una constitución de este príncipe se reprimió la dureza excesiva de los dueños, ya que, consultado por algunos gobernadores de provincias sobre aquellos esclavos que se refugian en los templos de los dioses o junto a las estatuas de los príncipes, determinó que, si se estimase intolerable la crueldad de los dueños, se les obligara a vender a sus esclavos. En uno y otro caso se dispuso rectamente, pues no debemos usar mal de nuestro derecho; y esta es la razón de que también a los prodígios se les prohíba la administración de sus bienes.

Vid. también (al mismo tiempo que sobre el tenor de la primera constitución) Ulp. D. 1, 6, 2 = coll. 3, 3; Inst. 1, 8, 2; *cfr.* además Justiniano en D. 6, 1, 38 (*neque malitiis indulgendum est*: «y la pura maldad no puede ser excusada»). Aquí se hunden las raíces de la actual prohibición del abuso de derecho y de causar vejaciones (§§ 226 BGB; 1295 II, 1305 ABGB; 2 II ZGB; art. 544 Cc, 7.1 Cc esp., así como 14 II GG). **Lit.:** H. KRELLER, «Die Theorie des Mißbrauchs der Rechte in der röm. Rechtslehre», en *Dt. Landesreferate z. II. Internat. Kongreß f. Rechtsvergl.*, 1937, 1; A. PALMA (*ante* [23.10]), 159; una visión de conjunto ahora en F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*. Torino, 2013 (con F. CURSI, TR 83 [2015] 311), además M. F. CURSI, *Princ. gen.*, 603; A. MARTÍN MINGUIJÓN, *Princ. gen.*, 769.

B. LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

§ 5. Negocios jurídicos y contratos en general (RPr. §§ 56, 200 I)

I. NEGOCIOS JURÍDICOS

La teoría moderna destaca, dentro del conjunto de los actos humanos jurídicamente relevantes, el grupo de los negocios jurídicos. Denomina «negocio jurídico» a un supuesto de hecho unitario y característico, en virtud del cual una o más personas, por medio de sus *declaraciones de voluntad*, pretenden alcanzar unos efectos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Todo negocio jurídico (por ejemplo, el contrato de compraventa, la transmisión de la propiedad, la celebración del matrimonio, el testamento) contiene necesariamente al menos una «declaración de voluntad», por medio de la cual alguien manifiesta su voluntad dirigida a obtener un efecto jurídico lícito. Estos conceptos de negocio jurídico y declaración de voluntad, como en general los conceptos generales de la teoría actual del derecho privado, eran todavía ajenos a las fuentes jurídicas romanas antiguas. Pero, en cierto modo, se encontraban ya prefigurados en la rica casuística de los juristas romanos, de manera que la teoría moderna pudo apoyarse para elaborarlos en las fuentes romanas. **Lit.:** HKK-SCHERMAIER com. a § 104 [2-3] y a §§ 116-124 [2 ss.]; F. RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*³, Wien-New York, 2009, 128 (la teoría pandectista de la declaración de voluntad). 1

El modo de ver las cosas de los romanos partía del negocio concreto que se presentaba al jurista para que dictaminara y, naturalmente, del tipo particular de negocio (p. ej., compraventa, *stipulatio*, testamento). Sin embargo, la pericia jurídica de los romanos les llevó a armonizar de tal modo sus dictámenes sobre los distintos negocios, que la teoría moderna pudo inferir de ellos las normas generales de la doctrina del negocio jurídico. En las fuentes romanas, *actus* y *negotium*, acompañados de *gerere* y *contrahere* (salvo *negotium gerere*, *vid. infra* [44, 12]) no son expresiones técnicas, se refieren también a actos no jurídicos o ilícitos. Tampoco *declarare voluntatem* (declarar la voluntad) se utiliza, ni siquiera en época postclásica, con el significado técnico de *declaración de voluntad* (cfr. Lab. D. 29, 2, 62 pr.). 2

Los romanos conocieron algunas clasificaciones de los negocios jurídicos, aunque casi nunca las formularon expresamente. Según contengan los negocios una o varias declaraciones de voluntad, pueden ser unilaterales o bilaterales (*infra* [38.19-25]); entre los bilaterales destacan los *contratos* (*vid. a continuación*). La división en negocios *inter vivos* y *mortis causa* (p. ej. testamento, codicilo, donación *mortis causa*) se encuentra sólo prefigurada en las fuentes romanas.—Una gran importancia tiene la distinción entre negocios **obligacionales**, dirigidos a crear obligaciones, y negocios 3

dispositivos, en virtud de los cuales derechos existentes se transmiten, se gravan, se modifican o se extinguen directamente, como la transmisión de la propiedad en sentido propio, o su gravamen (con derechos reales limitados), también la manumisión de esclavos, la aceptación del cumplimiento de una deuda (que extingue el crédito), la remisión de una deuda, la novación, entre otros. Pero esta clasificación nunca aparece expresada en términos generales en las fuentes (*vid.* sin embargo, Paul. D. 44, 7, 3). Las disposiciones relativas a derechos reales (transmisiones, gravámenes) se llaman también negocios jurídicos *reales*.

II. CONTRATOS

- 4 Tampoco tienen los romanos ni un término técnico ni una teoría para el *contrato*, el acuerdo declarado de dos o más personas dirigido a conseguir un efecto jurídico.

Ni *pactum* (*pactio*, pacto informal) ni *conventio* (convención, acuerdo) ni *contrahere* ni *contractus* (contrato) fueron denominaciones técnicas del contrato. El término *contractus* se especializó paulatinamente para terminar designando el grupo más importante de contratos *obligacionales* (*infra* [38.1]). De aquí deriva que todavía hoy la mayor parte de los códigos civiles (salvo el alemán) restrinjan el concepto de contrato al contrato obligacional y traten la doctrina general de los contratos, que constituyen una pieza esencial de la doctrina general del negocio jurídico, en el derecho de obligaciones (así, todavía el OR, así como el Cc ital.; cfr. también el § 861 ABGB, cfr. art. 1254 Cc esp.).

- 5 En Roma, en los actos bilaterales formales del derecho antiguo, es la parte adquirente la que expresa el contenido completo del negocio en su fórmula oral. La otra parte se limita a manifestar su sometimiento a dicho contenido; en la *stipulatio*, con un *spondeo* («prometo solemnemente») o un *promitto* («prometo») etc.; en la *mancipatio* y en la *in iure cessio*, al permitir de manera informal o tácita el apoderamiento que lleva a cabo la otra parte sobre el objeto. Lo decisivo para que se produzca el efecto jurídico no es, en la época arcaica, la voluntad de las partes, sino el correcto cumplimiento con la forma (*infra* [6.1-2] y [8.4]), sólo más tarde importa el acuerdo de voluntades [8.24].
- 6 Respecto de la teoría de la *conclusión del contrato*, lo mismo que respecto del negocio jurídico, cabe decir que los romanos no fueron más allá de crear puntos de apoyo para las generalizaciones posteriores. Los juristas clásicos reconocieron una conclusión tácita del contrato (*pactum tacitum*) en muchos casos, por ejemplo, en la pignoraición y en la reconducción de la cosa arrendada (*infra* [31.19]; [42.16]). **Lit.:** A. WACKE, «Zur Lehre vom *pactum tacitum* und zur Aushilfsfunktion der *exc. doli*», SZ 90 (1973) 221; SZ 91(1974) 251.

§ 6. El formalismo jurídico. Generalidades

(RPr. §§ 8, 57 I, II, 200 II)

I. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

Es característica del derecho romano arcaico y de otros derechos tempranos la idea de que los efectos jurídicos sólo se producen, en virtud de actos lícitos, por medio de un acto formal (*ritual*). Este formalismo arcaico surge de la necesidad de escenificación de los hombres primitivos. A ello se suma en Roma el que el cuidado del derecho en la época arcaica se encontraba en manos de los sacerdotes, acostumbrados a los ritos en el culto a los dioses. Se explica por este influjo que todas las formas jurídicas del derecho romano arcaico consistan en **palabras solemnes**, de manera que igual que en las plegarias, juramentos etc., también en los actos jurídicos deben recitarse solemnemente determinadas fórmulas cuyo tenor se encuentra preestablecido. Las fórmulas orales se refuerzan en ciertos negocios por la acción de tocar el objeto con la mano (como en la *mancipatio*, *infra* [7.2]) o con una vara (*festuca*, *vindicta* en la *vindicatio*, *infra* [27.3]). En algunos casos hay que convocar a unos *testigos formales* (cuya presencia es parte de la forma, por ejemplo, en los negocios *per aes et libram* [por el cobre y la balanza]), o se requiere la participación del *magistrado* (en la cesión ante el tribunal, *in iure cessio*, *infra* [7.16]). Con lo cual se asegura la prueba del acto, y además se da lugar a cierto conocimiento público de su realización.

Las formas del derecho privado en época arcaica son **formas creadoras** de los efectos jurídicos, que no acompañan al acto como un mero añadido, sino que expresan y encarnan su contenido mismo; por ejemplo, la acción de agarrar a una persona o una cosa sobre la que se adquiere un poder, o la vinculación de una persona o cosa, que queda sujeta a una responsabilidad, o la liberación de una responsabilidad. A las palabras solemnes de la forma prescrita se les atribuye en una época primitiva la idea de una vinculación *mágica* (magia de la palabra). Con lo cual se puede explicar también la importancia que le da el derecho arcaico a los símbolos (casi siempre de la parte por el todo): del gesto de apoderarse de algo tocándolo en vez de una auténtica acción de apresamiento, la entrega de una pieza de cobre en la *mancipatio*, en lugar del precio real, el coger una teja o un terrón, en lugar de apoderarse de la casa o del campo (Gai. 4,17).—Un carácter completamente distinto adquieren las formas en el derecho clásico y postclásico, sobre todo desde que se reconoció que no hay ningún contrato que no implique un acuerdo (Ped.-Ulp. D. 2, 14, 1, 3; *infra* [38.2]). Las formas se convierten, así, como ocurre hoy, en **formas protectoras**, en función de un interés privado o pú-

blico, en particular, pretenden asegurar la prueba para el caso de un pleito futuro. **Lit.:** R. VON JHERING, [1.1], II/2, 470.—Sobre la *interpretatio* de la jurisprudencia romana en el periodo arcaico, vid. D. SCHANBACHER, «Weinstöcke sind keine Bäume – die lautlose *interpretatio* der *pontifices*», *Iura* 61 (2013) 197.

II. NEGOCIOS IMITADOS

- 3 En la creación de nuevos actos formales los romanos se apoyaron frecuentemente en modelos de instituciones ya existentes, que se utilizaron –con o sin adaptación– para los nuevos fines. Estos negocios *imitados* (E. RABEL) se encuentran también en otros derechos antiguos.

Encontramos un ejemplo de este fenómeno en la «cesión ante el tribunal» (*in iure cessio*): con objeto de ceder determinados derechos, las partes ejecutan ante el pretor un ritual que imita un proceso en sus aspectos esenciales, en el cual el demandado reconoce la afirmación de su derecho por parte del demandante (*infra* [1.16-18]). **Lit.:** E. RABEL, «Nachgeformte Geschäfte», SZ 27 (1906), 290; SZ 28 (1907), 311 = *Gesammelte Aufsätze*, vol. IV. *Abteilungen zur altgriechischen, hellenistischen und römischen Rechtsgeschichte, 1905-1949*, Tübingen, 1971, 9; F. PRINGSHEIM, «Symbol und Fiktion in antiken Rechten», en *St. De Francisci*, vol. 4, Milano, 1956, 209 = *Gesammelte Abhandlungen*, vol. 2, Heidelberg, 1961, 382.

III. CORRESPONDENCIA FORMAL

- 4 A veces aparecen dos negocios contrapuestos del mismo tipo formal, de los cuales uno sirve para crear determinados efectos y el otro para extinguirlos: así, crean una responsabilidad y la extinguen, respectivamente, el *nexum* y la *nexi liberatio*, entre los negocios por el cobre y la balanza; la *stipulatio* y la *acceptilatio*, entre los negocios con forma oral de pregunta y respuesta; *confarreatio* y *diffarreatio*, para la celebración del matrimonio y para el divorcio. Este principio de la **correspondencia formal** o *simetría*, en virtud del cual un efecto jurídico producido por un negocio jurídico sólo puede ser extinguido por un acto contrario del mismo tipo formal (un *contrarius actus*), es, sin embargo, una mera regla de experiencia, que nunca se elevó a una norma jurídica firme. Vid. por ejemplo Q. Muc.-Pomp. D. 46, 3, 80: *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet* (de la misma manera en que se concluye un negocio, así también debe extinguirse); Gai. D. 50, 17, 100: *Omnia quae iure contrahuntur, contrario iure periunt* (todas las cosas que se contraen conforme a de-

recho, se extinguen por derecho contrario), cfr. Paul. D. 50, 17, 153 = 41, 2, 8. Esta idea va más allá del derecho privado. Por ejemplo, la fundación de una ciudad se llevaba a cabo trazando con el arado el perímetro que establece sus límites e impide la entrada en la ciudad de los demonios, de manera que el arado se levantaba cuando había prevista una entrada, en latín *portare*, y de ahí *porta*, puerta de la ciudad. En correspondencia con lo cual cuando se destruyó Cartago se pasó el arado por toda la superficie de la ciudad, cfr. Mod. D. 7, 4, 21.–Sobre *contrarius consensus* vid. *infra* [53.23].

Lit.: D. LIEBS, «*Contrarius actus*. Zur Entstehung des röm. Erlassvertrags», en *Symptotica Wieacker*, 1970, 111; R. KNÜTEL, «Zum Prinzip der formalen Korrepondez im römischen Recht», *SZ* 88 (1971) 67; B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln: Versuch einer Typologie*, Köln, 1970, 74; R. SANTORO, «Su D. 46, 3, 80», *APal.* 55 (2012) 553.

IV. NEGOCIOS LIBRES DE FORMA

Seguramente ya desde tiempos muy antiguos se realizaron en la vida cotidiana 5
negocios informales, oralmente o por escrito, sin importar las palabras, también por medio de un mensajero.

Pero no pudieron comprenderse aún como negocios jurídicos, sino (como la permuta o la venta al contado) como un puro hecho. Sin embargo, no cabe duda de que muy pronto, quizás en la época de las XII Tablas, tuvieron un reconocimiento jurídico negocios informales.

En el tráfico jurídico plenamente desarrollado de los periodos preclásico y 6
clásico los negocios informales constituyen la regla, sobre todo los contratos consensuales y reales en el derecho de obligaciones y la transmisión por entrega de la cosa (*traditio*) en derechos reales, lo cual viene favorecido por la participación en el tráfico de los *peregrini* (*supra* [3.12 y 16]); la excepción son los actos formales (*stipulatio*, *mancipatio*, *in iure cesio*, etc.). También en el periodo postclásico son frecuentes negocios cotidianos libres de forma, aunque gozan en el proceso de una fuerza probatoria inferior a los que siguen determinadas formas de documentación (*infra* [7.34]).

§ 7. Los distintos negocios formales

(RPr. §§ 9, 10, 57, 200, 263 I; KASER - HACKL § 92)

- 1 Presentamos aquí inicialmente tres negocios formales que encontraremos en los capítulos siguientes en distintos lugares y que se formaron ya en el periodo arcaico: la *mancipatio* (y los otros actos librales), la *in iure cessio* y la *stipulatio*. A continuación consideraremos la forma documental, que aparece a finales de la época republicana, y su evolución posterior.

I. MANCIPATIO, ACTOS LIBRALES

Lit.: O. BEHREND, «La *mancipatio* nelle XII Tavole», *Iura* 33 (1982) 46; J. G. WOLF, «Funktion und Struktur der *mancipatio*», en *Mél. de droit romain et d'histoire ancienne: hommage à la mémoire de A. Magdelain*, s. l., 1998, 501 = WOLF, *Aufs.*, 115; C. F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, «Problems concerning *mancipatio*», *TR* 80 (2012) 329.

- 2 1. a) La *mancipatio* (de *manus*, mano, y *capere*, coger) es un acto formal, por el cual una persona cede a otra la propiedad o una *potestad semejante a la propiedad* sobre determinadas *personas* o *cosas*. Su ritual arcaico lo describe Gayo:

Gai. 1, 119

Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio; quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est; eaque res ita agitur: Adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem conditionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is, qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAEQUE LIBRA; deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco.

En cuanto a la mancipación, es, como dijimos (Gai. 1, 113), una especie de venta imaginaria, reservada a los ciudadanos romanos, que se realiza del modo siguiente: presentes no menos de cinco testigos púberes y ciudadanos romanos convocados al acto, más otro de la misma condición que sujeta la balanza, llamado *libripens*, el que adquiere por mancipación asiendo la cosa dice así: «afirmo que este hombre es mío según el *derecho de los Quirites* y valga como comprado para mí por este cobre y esta balanza de bronce». Después da un golpe en la balanza con el trozo de cobre, que entrega como precio simbólico a aquel de quien adquiere por mancipación.

De manera que participan en el acto ocho personas: el adquirente, el transmitente, el *libripens* y al menos cinco testigos especialmente convocados. En la fórmula oral aparece un esclavo como ejemplo (de cosas susceptibles de mancipación, *vid.* [7.5]). *Ius Quiritium* alude al derecho civil, en especial en materia de derechos reales, por el nombre antiguo de los ciudadanos romanos: (*Quirites*, cfr. Inst. 1, 2, 2, de *Quirinus*, el sobrenombre de Rómulo). Respecto de la pieza de cobre, puede tratarse de un trocito en bruto (*raudusculum*) o de una moneda de cobre de poco valor.

b) Este ritual peculiar es, claramente, lo que queda en época histórica de un acto más completo, cuyo significado se puede reconocer a partir de los detalles de la misma forma. La utilización de la balanza y del portador de la balanza, posiblemente como experto imparcial, nos remite a un tiempo en el cual el dinero no estaba acuñado en Roma, y consistía en lingotes de cobre, cuyo valor se determinaba por el peso. La institución pertenece por eso, en sus aspectos fundamentales, a los primeros tiempos de la República, si no a un periodo anterior. En su origen, el adquirente no daría al transmitente un simple trocito de cobre sin valor, sino una cantidad de cobre considerable, cuyo valor se determinaba por medio de la balanza bajo la vigilancia de su portador. Por consiguiente, la *mancipatio* del derecho arcaico aparece como un **negocio de cambio**, en el cual el adquirente da un *precio* como contraprestación de la potestad que recibe sobre una persona o una cosa. Por su función económica, esta mancipación antigua era una compra al contado, en virtud de la cual el objeto de la compra y el precio se intercambiaban simultáneamente.

Sin embargo, la forma se distingue de una compraventa porque sólo el adquirente aparece haciendo declaraciones y gestos, mientras que el transmitente se limita al papel de un espectador mudo que recibe el dinero. Como el comienzo de la fórmula *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio* (*supra* [7.2]) coincide con la fórmula de la *vindicatio* (*infra* [7.16]), cabe imaginar que en la mancipación se ha imitado el acto unilateral, de afirmación del propio poder, de la *vindicatio*; y que la cantidad de cobre inicialmente tenía el significado de una compensación por el desistimiento del transmitente, quien renunciaba al aceptarla a oponerse al acto del adquirente de apoderarse de la cosa. La idea contractual todavía no se encuentra aquí desarrollada. Sin embargo, se ha visto ciertamente en la antigua mancipación ya entonces un negocio de compraventa.

El transmitente no es parte del contrato, sino *auctor*, es decir, alguien que completa la posición jurídica del adquirente (de *augere*, aumentar, reforzar), y que da eficacia al acto de adquisición unilateral del adquirente, de manera análoga a como, todavía hoy, la aprobación por parte del titular legitimado hace eficaz el acto de disposición del no legitimado (§ 185 I BGB; cfr. art. 1892 Cc esp.).

- 5 c) **Objeto** de la *mancipatio* pueden ser únicamente hijos de familia y determinados bienes que reciben por eso el nombre de *res Mancipi*: fundos itálicos, esclavos, y ganado mayor, en particular, caballos, ganado bovino, asnos, mulos y mulas; pero no se incluyen otros animales grandes domesticados, como elefantes y camellos, pues –conforme a la explicación de Gayo (Gai. 2, 16)– cuando se estableció cuáles eran las cosas *Mancipi*, ni siquiera se conocía el nombre de estos animales. Además son cosas *Mancipi* las servidumbres prediales rústicas antiguas (las tres servidumbres de paso: de personas andando, de ganado y de carruaje; y la de acueducto, cfr. *infra* [28.5]).
- 6 d) aa) La *mancipatio* produce, respecto de las cosas *Mancipi*, cuando las transmite el propietario, la adquisición de la propiedad (o de las servidumbres mencionadas); respecto de los hijos de familia la adquisición de una potestad que es semejante a la del dueño sobre sus esclavos y se llama *Mancipium* (*infra* [16.17; 60,5]).
- 7 bb) Si la *mancipatio* se realiza por razón de una venta (en la época más antigua, siempre), junto a los efectos jurídico-reales, produce otro efecto perteneciente al derecho de obligaciones, al crear una responsabilidad de garantía a cargo del transmitente respecto del título transmitido (*auctoritas*). Conforme a lo cual, si un tercero persigue judicialmente la cosa en poder del adquirente, pretendiendo apoderarse de ella como dueño con la acción con la que se pide la restitución de la cosa para el propietario (*rei vindicatio*), el transmitente tiene que prestar apoyo al adquirente en la defensa procesal de la cosa. Si no lo hace o no tiene éxito en su defensa, de manera que el adquirente tiene que restituir la cosa (o su valor pecuniario) al tercero, entonces el adquirente puede reclamar al transmitente en la *vía de regreso* el doble del precio que pagó con la acción de garantía (*actio auctoritatis*, vid. con más detalles *infra* [41.26-27]).
- 8 e) Al sustituirse en la *mancipatio* el pago del precio real por el mero símbolo de la entrega del trocito de cobre, su esfera de aplicación se amplió considerablemente más allá de la compra al contado. A partir de ese momento se pudo utilizar para transmitir la propiedad, o la mencionada potestad de *Mancipium* sobre los objetos admisibles, con cualquier finalidad negocial: para la compra a crédito, para la donación, constitución de dote, *noxae deditio*, fiducia, liberación de responsabilidad etc. Claramente, esta *mancipación* con la pequeña pieza de cobre era conocida ya en las XII Tablas, como resulta de Inst. 2, 1, 41, que informa de que ya en la época de las XII Tablas, en lugar del pago del precio como requisito para que el comprador adquiriera la propiedad, puede este último asegurar dicho pago de otro modo. La idea de basar transmisiones de derechos en una compra ficticia es popular aun hoy día en la práctica, como se

pudo ver en las ventas por un marco (de entonces) de empresas necesitadas de saneamiento (Neue Heimat, Carl Zeiss Jena y otras más).

Los efectos de la mancipación son, sin embargo, menores cuando no se realiza con una finalidad de comprar: ciertamente transmite la propiedad (o el *mancipium*) al adquirente, pero le da una seguridad menor, pues solo se beneficia de la responsabilidad por *auctoritas* si el acto se basa en una compra real, es decir, si se ha pagado un precio efectivo al contado o se ha prometido de modo vinculante (cfr. también [41.26 y 27], *vid.* también BRÜGGER [42.26] 60, con la distinción de pago por *aes* o por *raudusculum* y *nummus unus*, en relación con NOORDRAVEN [31.7] 146; además, D. MATTIANGELI, «La “*mancipatio emptiois causa*” delle tavolette transilvaniche», SCDR 23-24 (2010-2011) 307 ss.).

f) La mancipación puede incluir cláusulas añadidas a la fórmula oral prescrita, en forma de declaraciones unilaterales (*leges mancipio dictae*), las cuales se incorporan al ritual, es decir, al conjunto de las fórmulas orales (*nuncupationes*). En este contexto *lex* significa la «norma» establecida por la voluntad privada para el negocio jurídico, es decir, una cláusula particular del negocio. 9

Estas cláusulas añadidas pueden referirse, por ej., a la afirmación de determinadas cualidades de la cosa comprada, como la extensión de la finca, o a la ausencia de ciertos defectos, pero también a la reserva de una servidumbre o de un usufructo. **Lit.:** S. RANDAZZO, *Leges mancipii (Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione)*, Milano, 1998 (rec. É. JAKAB, SZ 119[2002], 638); M. F. CURSI, «La mancipatio decemvirale e il nuovo diritto dei plebei», en *Ess. Sirks*, 145.

g) Un fenómeno semejante se da con el pacto de fiducia (*pactum fiduciae*), que puede acompañar a la mancipatio y que vincula al adquirente, bajo determinadas condiciones, a retransmitir la cosa por mancipación o por *in iure cessio*, o a manumitir a la persona objeto de la mancipación (cfr. *infra* [24.8]; [31.7]). 10

2. a) Una forma diferente presenta la mancipatio en la *coemptio (infra* [58.35]), en virtud de la cual el marido no adquiere sobre la mujer una potestad de *mancipium* semejante a la que se tiene sobre los esclavos, sino la potestad marital, la *manus*, derivada del símbolo de la mano, al mismo tiempo de dominio y de protección. 11

b) Aún más autónomo se muestra el formulismo de la *mancipatio familiae* de la de otorgar testamento. Concede al adquirente de la herencia un simple poder de custodia (*custodela*) y al testador le reserva, mientras viva, un poder de disposición (*mandatela*, *vid. infra* [67.4]). 12

c) En otros casos la *mancipatio nummo uno*, en su forma normal y teniendo por objeto personas, se unió a otros actos jurídicos para finalidades de derecho de familia, de manera que se formaron actos compuestos, como la liberación 13

de la patria potestad (*emancipatio*) y la adopción.—La mancipación ha desempeñado un papel importante en la historia del derecho privado, por esa cualidad de servir como «elemento de construcción» de otros negocios, así como por servir de modelo de la transmisión abstracta.

- 14 3. La mancipación pertenece a los negocios por el cobre y la balanza (*per aes et libram*), los llamados **actos librales**. Común a todos ellos es que originariamente hubo un acto de pago real, en el cual el antiguo dinero no acuñado era pesado en presencia de al menos cinco testigos y del portador de la balanza. Pero en los actos de este tipo que sobreviven en el derecho clásico, el pago real se ha sustituido por la entrega simbólica de la pequeña pieza de cobre, de manera que el portador de la balanza, como los testigos, interviene como un aspecto más de la solemnidad. Tales actos librales son, además de la mancipación, el debatido *nexum*, un negocio creador de responsabilidad con la finalidad de realizar un préstamo o de crear una servidumbre por deudas, por el cual el deudor somete su propia persona a la potestad de apresamiento del acreedor (*infra* [39.1]); además la *nexi liberatio* o *solutio per aes et libram* para la liberación de responsabilidad (*infra* [52.5-7]). El *nexum* desapareció como muy tarde a finales de la República, y la *solutio per aes et libram* —con entrega de un mero símbolo, en lugar de la suma debida— sirve en la época clásica únicamente como acto de remisión de deuda en casos especiales (*infra* [53.18]).
- 15 4. Como muy tarde a finales de la época clásica cayeron en desuso todos los actos librales. Justiniano los eliminó sistemáticamente de las fuentes por medio de interpolaciones (cfr. C. 7, 31, 1, 5, de 531). Sin embargo, formas derivadas de la mancipación se mantuvieron en algunos derechos germánicos, pues, por ej., en la venta de fincas y esclavos tiene que estar presente, junto al intermediario, un determinado número de testigos, en parte mayores de edad, en marte muchachos. Para que el acto resultara «memorable» se convidaba a los mayores, y a los muchachos se les tiraba de las orejas y se les daba unos cachetes (cfr. la *Lex Ripuaria* 60, 1, en 741/747; y la *Lex Baiuvariorum* XV, 2, 1, en 742), lo cual se ha conservado en Baviera hasta el siglo XVIII. Ese es el origen de la expresión «apuntarse algo detrás de las orejas».

II. *IN IURE CESSIO*

Lit.: J. G. WOLF, «*In iure cessio und manumissio vindicta*», en *Fs. Krampe*, Berlin, 2013, 375 = WOLF, *Aufs.*, 199 (= en ital. *Iura* 61 [2013] 1), *vid.* también *infra* [55.2] y [55.8].

1. La *in iure cessio* (cesión ante el tribunal) es un negocio utilizado para la transmisión, cesión o extinción de determinados derechos, en el cual se imita la acción real del proceso civil antiguo, la *legis actio sacramento in rem* (*infra* [81.2-3]). El acto comienza como un pleito sobre derechos reales: cuando se trataba de transmitir un esclavo, comparecen el transmitente y el adquirente con el esclavo ante el pretor y el adquirente pronuncia la fórmula de la reivindicación del demandante: *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio* (afirmo que este esclavo me pertenece conforme al derecho de los Quirites; cfr. *supra* [7.2 y 4], *infra* [81.3]). En el proceso el adversario debería responder con una *contravindicatio*, en la que afirmarí­a por su parte que era propietario. En cambio, en la *in iure cessio* omite esta alegación contraria, comportándose de este modo como un demandado que se allana a la reclamación del adversario y calla, o admite de manera informal la propiedad del adquirente. A continuación pronuncia el pretor su *addictio* (aprobación), confirmando la alegación del adquirente de ser el dueño de la cosa. La actuación conjunta de ambas partes y del pretor atribuye la propiedad al adquirente. Cfr. Gai. 2, 24.

In iure significa «en el lugar en el que se administra justicia»: uno de los significados antiguos de *ius* es el recinto, dentro del foro, en el cual ejerce el pretor su potestad jurisdiccional (*infra* [80.13]).—La *in iure cessio* era ya conocida por las XII Tablas. Como no implica ninguna contraprestación, este negocio pudo servir desde antiguo no solo para los fines de una compra, sino también de la donación, de la constitución de dote, de la entrega *in noxam* (*noxae deditio*), de la fiducia, etc. No da lugar a una *responsabilidad de garantía* cuando se realiza con una finalidad de compra. Como en la mancipación, ciertas *leges dictae* o el *pactum fiduciae* pueden acompañar también a la *i. i. cessio*.

2. La *i. i. cessio* se puede utilizar para cualquier finalidad que se pueda realizar con la imitación de una acción real. Conforme al modelo de la acción reivindicatoria (*rei vindicatio*) sirve para la transmisión de la propiedad también respecto de cosas *nec mancipi*; conforme al modelo de la *vindicatio servitutis* y *ususfructus*, para la constitución de servidumbres y usufructo; siguiendo el modelo de la acción del propietario contra la pretensión injustificada de servidumbre o usufructo sobre la cosa (*actio negatoria*, *infra* [28.17]), la *i. i. cessio* sirve para extinguir dichos derechos. La reclamación de la *patria potestas* se imita en el acto de *adoptio*, y la reclamación de la tutela para la cesión de la tutela. La acción de petición de herencia (*hereditatis petitio*) se imita en la transmisión de la herencia. Una imitación del proceso sobre la libertad de una persona (en su forma de *vindicatio in libertatem*) es desde antiguo la manumisión en su forma de *manumissio vindicta*, por la cual una persona auxiliar

(*adsertor libertatis*) afirma que la persona que va a ser manumitida es libre, con el consentimiento del dueño (más detalles *infra* [16.2]).

- 19 3. La *i. i. cessio* entró en parte en desuso ya en época clásica. Justiniano la borró también de las fuentes clásicas. Aparece todavía en Scaev. D. 32, 37, 3 (*cessi*).

III. *STIPULATIO*

Lit.: NELSON - MANTHE III/2, 103, 468; F. PASTORI, *Il negozio verbale in diritto romano*, Bologna, 1994, 23-193 sobre la *sponsio*, 195-321 sobre la *stipulatio*; A. RUELLE, «La *sponsio* à la lumière de sa formule, ou l'histoire d'une fausse origine», en A. Ruelle - M. Berlingin, eds., *Le droit romain d'hier à aujourd'hui. Liber amicorum Gilbert Hanard: «collationes et oblationes»*, Bruxelles, 2009, 173; más bibl. *infra* [40.1].

- 20 1. La estipulación (*stipulatio*) es una **promesa obligatoria oral**, que se caracteriza por una determinada pregunta seguida de una respuesta. La parte que va a ser acreedora (*stipulator, reus stipulandi*) pregunta formalmente a la otra parte si ésta le promete una determinada prestación, por ejemplo: *sestertium decem milia mihi dari spondesne?* («¿prometes formalmente que me serán dados diez mil sestercios?»), y el que se iba a convertir en deudor respondía afirmativamente: *spondeo* («prometo solemnemente»). Ambas partes deben estar presentes, pregunta y respuesta deben intercambiarse oralmente de manera inmediata y deben referirse al mismo contenido, y además el verbo utilizado en la pregunta debe aparecer en la respuesta. La forma verbal más antigua, que podían utilizar sólo los ciudadanos romanos, era *spondes? spondeo*; junto a esta aparece, originada en el tráfico con peregrinos, *fidepromittis? fidepromitto* (¿prometes por tu honor? prometo por mi honor). En época clásica se permite también: *promittis? promitto* (¿prometes? prometo); *dabis? dabo* (¿darás? daré) y otras, así como el uso del griego, incluso la respuesta *quid ni?* Cfr. Gai. 3, 92-93; Ulp. D. 45, 1, 1 pr.; Inst. 3, 15, 1.

Lit.: A. BÜRGE, «Sprachenvielfalt und Sprachgruppen im Rechtsleben der Stadt Rom. Gedanken zu D. 13, 3, 11, 3 und zum Umgang mit Fremdsprachen im Heutigen Bürgerlichen Recht», en *Mél. F. Sturm*, I, Liège, 1999, 53; U. MANTHE, «*Assyrius sermo*: Ulp. D. 45, 1, 1, 6», *ibid.*, 357; J. KRANICJ, «*Sive per se sive per verum interpretem*», en *Fs. Knütel*, 601; O. BEHREND, «Die Stipulation des *ius gentium* und die Frage der zulässigen Sprachen», en *Fs. Liebs*, Berlin, 2011, 57; A. PLISECKA, «Die Zulassung fremder Sprachen bei der Stipulation», *SZ* 128 (2011) 370; A. WACKE, «Zur Verwen-

dung von Fremdsprachen nach römischen ius gentium», SZ 130 (2013) 234; así como el libro colectivo C. CASCIONE - C. MASI DORIA - G. D. MEROLA, *Modelli di un multiculturalismo giuridico. Il bilinguismo nel mondo antico*, 2 vol., Napoli, 2013. Vid. también [68.5]; [77.3].

Los orígenes de la estipulación son desconocidos, quizás tiene una doble raíz. El término *sponsio*, para el acto que utiliza la palabra *spondere*, hace pensar en una promesa jurada que inicialmente no se haría valer en el proceso civil, sino que tendría una sanción religiosa: quien rompía su juramento quedaba expuesto a la venganza de los dioses por los que había jurado. Pero junto a esto hay también negocios creadores de responsabilidad muy antiguos puramente laicos, como *promesas de comparecencia* en el proceso antiguo, por las que alguien, por ejemplo en caso de aplazamiento del proceso, se hace responsable, con su propia persona, de que una determinada persona (por ej. una de las partes litigantes) o una cosa se presentará ante el tribunal en el nuevo término. Estos garantes de comparecencia son, entre otros, los *vades* (*infra* [82.3]) y los *praedes* (de *prae-vades*, *infra* 27.5). La *stipulatio* del derecho romano ya desarrollado (el origen del término es muy discutido) podría provenir de la secularización de la *sponsio* y de su fusión con las promesas de comparecencia. Se utilizó al principio, probablemente, para reforzar el mutuo (*infra* [39.6]) y servía inicialmente sólo para crear obligaciones de pagar una determinada cantidad de dinero (*certa pecunia*). La *stipulatio* podía, así, ser utilizada también para hacer vinculantes de manera indirecta prestaciones de contenido diverso, en forma de pena convencional [40.10-12]. Por esta vía debió de reconocerse poco a poco que cualquier prestación determinada, más tarde también indeterminada, podía ser objeto, directamente, de la estipulación (*vid.* KNÜTEL [37.10], 60; ZIMMERMANN, 99).—En el derecho romano ya desarrollado *stipulari* («hacerse prometer») designa la actividad del acreedor en la conclusión del negocio, y *spondere* («prometer solemnemente») la del deudor.

La estipulación clásica tiene una **esfera de aplicación extraordinariamente amplia**, pues con ella cualquier prestación lícita, sometida a cualquier condición lícita, puede ser contenido de una promesa vinculante. Por eso se utilizó mucho en el tráfico jurídico y proporcionó a los juristas romanos la ocasión de desarrollar muchas reglas de la doctrina general del negocio jurídico, y de la teoría general del derecho de obligaciones, en relación con los problemas que planteaba. Se tratará en el derecho de obligaciones del rico y variado campo de aplicación que tuvo la estipulación en todas las partes del derecho privado y del proceso civil (*infra* [40.9-11]). Servía sobre todo como *caución* (*cautio*), es decir, como una *promesa aseguratoria*, por la cual alguien promete una prestación, en especial una indemnización, en el caso de que la otra parte sufra un perjuicio en el futuro a consecuencia de una circunstancia especialmente prevista. La *cautio* puede reforzarse (como *satisdatio*) con una fianza, a veces con

21

22

una prenda. En algunos casos el pretor obliga a concluir una caución; para estos casos tiene establecido en el edicto los modelos de fórmula de las cauciones estipulatorias.

- 23 **2.** En el derecho **postclásico** la estipulación se transformó casi del todo en una promesa obligatoria escrita. El derecho clásico ni había exigido para la *stipulatio* la realización de un documento ni la presencia de testigos. Sin embargo, se había convertido en algo habitual desde finales de la República el documentar la celebración de la estipulación con objeto de asegurar la prueba. Después de la época clásica, tanto en Occidente como en Oriente, la práctica ya no vio como esencial el intercambio oral de pregunta y respuesta, en parte también influida por la práctica documental *helenística*, sino el documento. Como prueban los papiros de Egipto, se establece ya en el siglo III d. C. el uso de añadir a contratos de todo tipo la cláusula estipulatoria (*interrogatus spondit*, ἐπερωτηθεὶς ὁμολόγησεν: preguntado, prometió), para, de este modo, someter el contrato al régimen romano de la estipulación. Pero, en un momento posterior, cayeron en desuso la forma de pregunta y respuesta, y en la parte occidental del imperio, también las palabras de la estipulación. Finalmente, el emperador León admitió como *stipulatio* cualquier contrato obligatorio escrito (C. 8, 37, 10 [a. 472 d. C.]; Inst. 3, 15, 1). La promesa de deuda escrita (*el documento de reconocimiento de deuda*, que ahora se llama también *cautio*) desplazó casi del todo a la forma antigua (cfr. PS 5, 7, 2; el apartado 2 es posiblemente postclásico).
- 24 El clasicismo de Justiniano intentó, sin embargo, una vuelta poco feliz a la estipulación oral, pero se vio forzado a compromisos.

El contrato documentado es considerado válido si una de las partes no prueba que en la fecha de la conclusión del contrato no se encontraban ambas (o en todo caso los esclavos que las representan) en el lugar señalado por el documento. Cfr. C. 8, 37, 14; Inst. 3, 19, 12. También declaró Justiniano válida la estipulación «prepóstera» (*stipulatio praepostera*), frente a lo establecido en el derecho clásico, Inst. 3, 19, 14; sobre el tema, últimamente A. S. SCARCELLA, *Iura* 62 (2014) p. 263.

IV. FORMA ESCRITA Y DOCUMENTOS

- 25 El uso de la escritura para documentar negocios jurídicos privados era de entrada ajeno a la mentalidad de los romanos y se introdujo por influjo de la cultura helenística, que utilizaba los documentos con gran amplitud. En Roma hubo ciertamente actos escritos importantes, como prueban las tablas legisla-

tivas, ya en época temprana, pero la documentación se extiende con más fuerza en el tráfico jurídico (en los límites permitidos por un extendido analfabetismo) sólo en la última etapa de la República. Tenemos que distinguir la *forma escrita*, cuya observancia es requisito para la validez del negocio, de la confección de meros *documentos probatorios*, que reciben el nombre general de *instrumentum*. Sobre las ediciones modernas de documentos jurídicos romanos *vid.* [1.46]. **Lit.:** WENGER [1.42], 55, 74, 78, 734; M. TALAMANCA, «Documento e documentazione», en *ED* 13 (1964), 548; E. A. MEYER, *Legitimacy and Law in the roman World: «tabulae» in Roman belief and practice*, Cambridge, 2004 (rec. É. JAKAB, SZ 122 [2005] 299).

1. a) La forma escrita se exige en el derecho clásico en relativamente pocos casos: para el *contrato literal*, para el *testamento* escrito (junto al cual pervive un testamento oral o nuncupativo); y en el derecho procesal la fórmula de la acción (*formula*, que en época más antigua presumiblemente se impartía de modo oral). 26

b) aa) En la época postclásica la documentación de todos los negocios importantes, en parte por la influencia renovada de la práctica documental helénica, se generaliza de tal manera que, bajo el influjo de ideas de derecho vulgar, es reconocida como *requisito de validez*. La legislación de esta época presupone la documentación a veces como algo sobreentendido. Sin embargo, el efecto del documento se limita en general a proporcionar una *prueba prima facie* respecto de la conclusión del negocio documentado, la cual puede ser refutada por una *contraprueba*. Tal cosa sucede también en esta época con la *stipulatio* (*supra* [7.23]) 27

bb) Requisitos más severos rigen, en cambio, respecto de la *compra de inmuebles* y de la *donación*. Leyes de Constantino establecieron determinadas formas escritas obligatorias para ambos negocios, que van más allá de la mera documentación. 28

Para la **compra de inmuebles**, que produce al mismo tiempo la transmisión de la propiedad, exige la ley (Vat. 35 = C. Th. 3, 1, 2, posiblemente del a. 337) aparte de la documentación (y del pago del precio), que el comprador reconozca sus obligaciones fiscales (cuyo aseguramiento es la finalidad principal de esta ley), y que los vecinos estén presentes dando testimonio de la propiedad del transmitente. La práctica amplía este precepto de forma a determinadas cosas muebles.—Más exigente es la forma respecto de donaciones de toda clase, que ahora producen igualmente la transmisión de la propiedad sobre cosas corporales. Se requiere, además del documento, la presencia de vecinos como testigos y el registro oficial del documento (*infra* [7.36], vat. 249, probablemente del a. 323, modificada por C. Th. 8, 12, 1, interpolada en C. 8, 53, 25).

- 29 cc) Justiniano mantiene en general estas regulaciones postclásicas de forma, pero establece, en parte por motivos prácticos, en parte con la intención de hacer revivir los principios clásicos, junto a la forma escrita –por ejemplo para la compraventa– la conclusión *oral libre de forma* del derecho clásico como alternativa (cfr. C. 4, 21, 17pr.; Inst. 3, 23 pr.).
- 30 2. Los **documentos probatorios**, cuya redacción no esté prescrita, pero que es útil para la prueba en caso de controversia futura y constituye una práctica habitual cada vez más extendida desde finales de la República, podían seguir en principio dos formas, la *testatio* y el *chirographum*.
- 31 a) La forma solemne de *documento otorgado ante testigos (testatio)* sigue modelos helenísticos.

En Roma se extiende en dos o, más frecuentemente, tres (a veces más) *tablillas de madera enceradas (tabulae – dypticha, triptycha etc.)*, como *documento doble*, en el cual el texto se escribe dos veces. Las tablillas se juntan y se sujetan unidas con cordones, de tal manera que un texto del contenido queda oculto y otro a la vista. En los cordones ponen los testigos y el que extiende el documento sus sellos, los nombres de todos ellos se escriben en el documento. En caso de necesidad, por ejemplo, en un proceso, se hace reconocer a los testigos sus sellos y se quitan los cordones para comprobar si el texto exterior sigue coincidiendo con el interior o ha sido falsificado. El texto se redacta en tercera persona y refleja el negocio realizado (por ejemplo, *Dasius Breucus* ha comprado el joven esclavo *Apalaustus* y lo ha adquirido por mancipación..., FIRA III n.º 88). El número de testigos es normalmente de siete. En todo el ámbito cultural oriental se encuentran documentos otorgados ante testigos del mismo tipo (documentos dobles), extendidos también en papiro, pergamino y otros materiales. En metal se encuentran los llamados diplomas de los soldados y copias de privilegios que se daban a soldados licenciados con honores, en la mayor parte de los casos con la concesión de la ciudadanía.

- 32 *Objeto de la testatio* pueden ser negocios de toda clase (compraventa con o sin *mancipatio*, arrendamiento, sociedad, préstamo, contrato literal, testamento etc., también recibos). Además, hechos jurídicamente relevantes de todo tipo pueden sustraerse a una discusión probatoria por medio de documentos otorgados ante testigos, por ejemplo declaraciones de distinto contenido (*denuntiationes*), el nacimiento o la muerte de una persona, declaraciones de testigos, también copias de documentos y muchos más. Documentos otorgados ante testigos relativos al tráfico jurídico de derecho privado nos han llegado en tablillas de madera de Pompeya y Herculano (siglo I d. de C.), también de Transilvania (provincia de la Dacia, siglo II) y de Egipto.–En la época postclásica desaparece la *testatio*, en su lugar aparecen los documentos redactados conjuntamente con los testigos. Justiniano exige por ley su otorgamiento para múltiples finalidades.

b) Junto al documento otorgado ante testigos, y combinado con él en la práctica, se naturaliza en Roma desde finales de la República, siguiendo el modelo griego, el *chirographum* («documento manual»), normalmente, pero no necesariamente (Mod. D. 20, 1, 26, 1) de puño y letra de la persona a la que afecta, cuya firma, en todo caso, le da fuerza probatoria; está redactado en primera persona. Se utilizó en especial en los negocios crediticios (préstamo con estipulación, fianza, constitución de prenda, reconocimiento de deuda, recibos etc.). 33

Nos han llegado *chirographa* de Pompeya y en gran número de Egipto. Aquellos, en tablillas de madera, muestran a veces tipos mixtos con la *testatio*; estos, en papiros, con formas de documentos griegos. De origen griego es la firma (*subscriptio*) del que extiende el documento, que a veces se encuentra también en los documentos otorgados ante testigos. Consiste siempre en una frase entera. **Lit.:** É. JAKAB, «Chirographum in Theorie und Praxis», *Fs. Liebs*, 275; SIRKS [40.19].

c) En la época imperial, especialmente en época postclásica, es habitual que los documentos sean redactados por profesionales privados (*tabelliones*), que desarrollan formularios para los tipos de negocios más comunes. A los documentos preparados por *tabelliones* (*instrumenta publice confecta*) equipara Justiniano los firmados por al menos tres testigos (en denominación no técnica: *instrumenta quasi publice confecta*). Cfr. C. 4, 21, 17; 4, 2, 17. Documentos **públicos** (*instrumenta publica*) son las actas, protocolos etc. de las autoridades, así como los documentos extendidos por una autoridad. De aquí deriva también el concepto actual de documento público (§§ 451 ZPO; cfr. 310 öZPO; 9 ZGB; art. 1216 Cc esp.). 34

En el proceso postclásico se limita el principio de la *libre apreciación de la prueba*: los documentos *públicos*, así como los redactados por *tabelliones*, y aquellos documentos privados *confirmados* por las declaraciones de los testigos instrumentales o por cotejo de firmas, tienen una fuerza probatoria mayor que las simples declaraciones de testigos (*infra* [88.9]). Normalmente sólo puede privarse de fuerza probatoria al documento demostrando su falsificación. 35

d) En la época postclásica se requiere a veces, aparte del otorgamiento del documento, la colaboración de una autoridad; bien sea porque la declaración comercial se realiza *ante la autoridad* (*apud acta*) y se protocoliza a continuación, bien porque el documento privado o realizado ante un *tabellio* es entregado a una autoridad para su protocolización (*insinuatio*). Esta segunda forma fue establecida por Constantino para las *donaciones* [7.28]. 36

§ 8. Interpretación y vicios de la voluntad

(RPr. §§ 58, 59, 201)

I. INTERPRETACIÓN

Lit.: M. FUHRMANN, «*Interpretatio*. Notizen zur Wortgeschichte», en *Symptica Wieacker*, Göttingen, 1970, 80; A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano*, Santiago (Chile), 2000; H. HONSELL, «Die Wurzeln der juristischen Auslegung», *Zschr. f. d. gesamte Privatrechtswiss.* 1 (2016) 106.

- 1 **1.** Igual que las leyes (*supra* [3.4]), los negocios jurídicos necesitan también interpretación (*interpretatio*), es decir, determinación de su significado. En torno a esta problemática se esforzó sobre todo la *Pandectística* del siglo XIX, cuyos resultados fueron asumidos en muchos aspectos por los códigos civiles recientes. Esta doctrina parte de las **declaraciones de voluntad**, que constituyen los negocios jurídicos (*supra* [5.1-2]), descomponiéndolas en sus dos elementos, la *voluntad* en cuanto supuesto de hecho interno (en la que se distingue la voluntad general respecto del acto, y el llamado «ánimo de declarar», es decir, la intención de producir un efecto jurídico en el tráfico), y la *declaración*, como supuesto de hecho exterior, que de entrada es el único que se manifiesta. Si resulta que la declaración admite *varios* sentidos, surge entonces la cuestión de si la interpretación debe seguir la verdadera **voluntad** del declarante (que en caso de necesidad puede probarse por otras circunstancias al margen de la declaración), o la **declaración**, es decir el significado que el *receptor* le atribuye, o debiera atribuirle conforme a las circunstancias del caso. En esa disyuntiva, entre la *teoría de la voluntad* y la *teoría de la declaración*, la doctrina pandectística del siglo XIX se decidió en general por el dogma de la voluntad.
- 2 Esta tendencia se apoya en las fuentes del derecho romano, pero sigue al mismo tiempo la corriente liberal-individualista de su época. La victoria de la doctrina de la voluntad resuena todavía en el § 133 BGB (cfr. también § 914 ABGB; 18 OR; arts. 1156 Cc fr.; 1362 Cc it.; 1281 Cc esp.), mientras que la civilística moderna, siguiendo el principio más social de protección de la seguridad del tráfico, se inclina en mayor medida a la teoría de la declaración; es decir, que, al menos en las declaraciones de voluntad recepticias, tienen en cuenta en la interpretación la voluntad real solo en la medida en que sea reconocible de algún modo en la declaración, conforme a la conducta total del declarante. Se explica por esta evolución que el Tribunal Supremo

Federal alemán (*Bundesgerichtshof*) considere eficaz una manifestación producida sin ánimo de realizar una declaración, cuando por falta de la debida diligencia el receptor la ha tomado por tal. (BGHZ 91, 324 ss. de 1984; BGHZ 109, 171, 177 entre otras muchas). **Lit.:** HKK-SCHERMAIER, §§ 116-124 [2 ss.]

La diferencia práctica entre el punto de vista romano y el actual se muestra, por ejemplo, cuando el oferente muere tras haber hecho la oferta. La declaración es todavía eficaz y en la duda puede ser aceptada (§§ 130 II, 153 BGB; 862 ABGB). El § 153 BGB se aparta conscientemente del derecho romano (Motive, vol. I, 175), que no reconoce que el heredero quede afectado por declaraciones de voluntad que no hayan producido ya un vínculo jurídico. 3

Por ejemplo, expone Iul. D. 12, 1, 41: «Pues también si te di unas monedas para que se las dieras a Estico como préstamo, y tú se las diste sin saber que yo había muerto, no haces dueño al que las recibí» [de las monedas, y por tanto, no se concluye un mutuo].—La explicación se encuentra en que después de la muerte del primero que dio las monedas, se hace propietario su heredero, que no dejará de serlo sin su voluntad (así, Ulp. D. 23, 3, 9, 1, donde sin embargo no aparece ningún intermediario, *vid.* también [8.13], al respecto STAGL [59.9], p. 197 ss.).—El *Reichsgericht* decidió como Juliano respecto de una donación en el famoso caso *Bonifatius* (RGZ 83,223 de 1912). La sentencia es considerada hoy como injusta: mientras el heredero no revoca la oferta al intermediario, esta se mantiene y sigue pudiendo ser aceptada por la persona beneficiada. La separación de voluntad y declaración supone, así, una valoración muy distinta.

2. Si se considera el desarrollo del derecho romano antiguo, resulta que partiendo de una interpretación «objetiva» y *típica* de la declaración se avanzó paulatinamente a una interpretación *individual*, que busca la verdadera voluntad. 4

a) Es propio del **formalismo** temprano que el acto realizado conforme a la forma establecida produzca efectos también cuando el que actúa no ha querido dichos efectos; los efectos del acto provienen de la forma y no de la voluntad (cfr. [6.2]). 5

b) Sólo con el progreso de la cultura jurídica se llega poco a poco a considerar también la voluntad del que realiza el acto. El impulso proviene de los negocios informales cotidianos, especialmente de aquellos que se juzgan conforme al principio de la «buena fe» y que, por ello, dan al juez una gran libertad de apreciación. En estos negocios la interpretación no se encuentra limitada por las reglas de forma. 6

c) En cambio, en los negocios formales, en especial, en las *stipulationes* y en el *testamento*, la importancia de la forma da lugar, de entrada, a que las pala- 7

bras utilizadas se interpreten conforme a su significado **típico**, de manera que se les atribuye el sentido que tienen en el *uso general de la lengua*.

A lo largo de la última etapa de la República se llega sin embargo, también respecto de los negocios formales, a interpretar las palabras según el sentido concreto que les ha dado el declarante: la evolución progresa desde una interpretación «objetiva» de los *verba* a una búsqueda del significado conforme a la *voluntas* individual. Este desarrollo es favorecido, como hemos indicado, por una parte, gracias al modelo de los negocios informales, por otra, por el influjo de la **retórica** helenística, que a su vez se formó en la doctrina de la voluntad de la filosofía griega. El arte griego del discurso tuvo una gran consideración en Roma entre el 150 y el 50 a. C. y encontró en Cicerón a su maestro romano. Mientras los *juristas* de esta época defienden la vinculación estricta al *sentido objetivo de las palabras* –en interés de la seguridad jurídica, pero también por su creencia en la función educativa de la forma–, los *oradores forenses* se pronuncian enérgicamente por una interpretación conforme a la *voluntad*. El éxito de estos últimos contribuyó a que también los juristas flexibilizaran sus excesivamente rígidos principios.

En un pleito famoso, la *causa Curiana* (93 a. C.), el orador más famoso de su época, L. Licinio Craso, se impuso defendiendo la interpretación del testamento conforme a la voluntad del testador, sobre el gran jurista Q. Mucio Escévola, aunque cada uno de ellos dominaba el arte de su adversario (sobre la controversia *vid. infra* [68.10]). Otro ejemplo es Ser.-Jav. D. 35, 1, 40, 3. Además: D. SCHANBACHER, «Zum Einfluss der stoischen Sprachtheorie auf die römische Jurisprudenz (D. 33, 10, 7, 2), en *Fs. Knüttel*, 2009, 1025; *id.* [6.2], 209.

- 8 Como consecuencia de esta evolución, se impuso ampliamente en el testamento ya a finales de la República, a pesar de su carácter formal, junto a la consideración de su finalidad y de ciertos principios sociales fundamentales, la atención a la verdadera voluntad del testador. Lo cual resulta tanto más explicable si se tiene en cuenta que el testamento contiene disposiciones *gratuitas*; aquí no juega por tanto la protección de los intereses del tráfico, es decir, de la confianza del receptor de la declaración.
- 9 Pero también en los *contratos* formales, en particular en la **estipulación**, llegan los juristas en el curso de la época clásica a una interpretación conforme a la voluntad reconocible de las partes. Se preguntan por lo que propiamente se ha pretendido, **quod actum est**, es decir, por la finalidad a la que aspiraba el acuerdo de las partes, aunque dicha finalidad no fuera reconocible únicamente a partir del tenor literal de la forma negocial. Está claro el influjo de los contratos informales (*supra* [8.6]) en esta interpretación más libre.

Dos ejemplos: de la interpretación de una cláusula accesoria (*lex, supra* [7.9]) 10
 en una compraventa se trata en

D. 18, 3, 2 (Pomponio, 35 *ad Sab.*)

Cum venditor fundi in lege ita caverit: «Si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit», ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit, quia id venditoris causa caveretur: nam si aliter acciperetur, exusta villa in potestate emptoris futurum, ut non dando pecuniam inemptum faceret fundum, qui eius periculo fuisset.

Si el vendedor de una finca introdujese la siguiente cláusula: «si en el plazo fijado no se hubiese pagado el precio, se entenderá no realizada la compra», se entiende no realizada la compra si lo quiere el vendedor, porque se puso la cláusula en interés del vendedor. Pues si se entendiera de otro modo, habiendo perecido por un incendio la casa en poder del comprador, resultaría que, no dando el precio, quien ya corría con el riesgo de perecimiento haría que la cosa no hubiera sido comprada.

Es verdad que el tenor literal de la cláusula expresa que el contrato, en caso de falta de pago en el plazo establecido, pierde eficacia, lo cual hace pensar en una especie de condición «resolutoria» (al respecto, [10.11]). Pero habría estado en poder del comprador el liquidar el contrato simplemente con no pagar, aunque soportaba el riesgo del perecimiento de la cosa desde la conclusión del contrato [41.21-22]. En cambio, el vendedor con la cláusula sólo pretendía precaverse a su favor y mantener vinculado por el contrato al comprador a pesar de la mora, con lo cual seguía siendo el que decidía sobre la relación contractual. Esta interpretación correcta de la *lex commissoria* (cláusula resolutoria) es la que fundamenta la facultad de resolución del § 354 (= 360 redacción original) BGB, vid. también 108 n.º 3 OR.

Contiene una atrevida interpretación en materia de estipulación

D. 45, 1, 1, 4 (Ulpiano, 48 *ad Sab.*)

Si stipulanti mihi «decem» tu «viginti» respondeas, non esse contractam obligationem nisi in decem constat. Ex contrario quoque si me «viginti» interrogante tu «decem» respondeas, obligatio nisi in decem non erit contracta: licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est viginti et decem inesse.

Si respondieras [prometiendo] veinte a mi pregunta de [si me prometes] diez, está claro que no nace obligación más que por diez. En el caso contrario, si respondieras [prometiendo] diez a mi pregunta de [si me prometes] veinte, tampoco habrá obligación más que por diez; pues aunque las cantidades deben coincidir, es sin embargo clarísimo que en veinte caben también diez.

El estipulante había formulado la pregunta: «¿prometes dar diez?»; y el promitente había respondido: “prometo dar veinte”. Ulpiano se salta para este caso y para el con-

trario el principio de congruencia, esencial para la estipulación [7.20], con una fundamentación que se apoya en la regla de interpretación *in maiore minus inest*, en lo que es mayor está contenido lo que es menor (Lab.-Jav. D. 32, 29, 1; Paul. D. 50, 17, 110 pr.). La expresión algo reservada permite suponer que Ulpiano, respecto de la estipulación de diez, se basaba en la voluntad hipotética del que había declarado veinte.—La cuestión era discutida; Gayo se pronuncia por la nulidad (3, 102); le sigue Justiniano (Inst. 3, 19, 5). **Lit.:** R. BACKHAUS, «In maiore minus inest», SZ 100 (1983) 136, 151; U. BABUSIAUX, *Id quod actum est*, München, 2006, 32; F.-ST. MEISSEL [43.1 (2006)]; KNÜTEL [40.3], 249, también ERNST [3.7].

- 11 Como resulta de los ejemplos, los juristas siguen determinadas reglas que no consideran como vinculantes, como normas jurídicas, sino solo como reglas orientadoras. Cfr. Paul. D. 50, 17, 1: *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*: el derecho no deriva de una *regula*, más bien se forma esta a partir del derecho positivo.—Los padres del BGB no han recogido por principio en el código reglas de interpretación, ya que estas son solamente instrucciones de lógica práctica (diversamente, arts. 1156-1164 Cc fr.; 1362-1371 Cc. it.; 1281-1289 Cc esp.). Por eso en la doctrina de la interpretación se recurre a menudo a reglas del derecho común (cfr. [1.37]). Mencionaremos algunos ejemplos.
- 12 Una de las reglas famosas de interpretación, todavía hoy importante, es la regla sobre la **interpretación de los términos oscuros**, que pervive en la regulación de las condiciones generales de la contratación en el proceso individual (§ 305c II BGB [anteriormente, 5 AGBG]; arts. 1162 Cc fr.; 1370 Cc it.; 1288 Cc esp.) y conforme al art. 5 de la Directiva sobre cláusulas abusivas de 1993, también respecto de cláusulas predeterminadas para el contrato singular, en los contratos con consumidores (§ 310 III n.º 2 BGB; L. 133-2 Cconsom). Celso [de ahí, regla celsina] D. 34, 5, 26: *cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est*, si en una estipulación se pregunta qué se ha querido decir realmente, la ambigüedad se resuelve en contra del estipulante (es decir, en contra del que ha formulado la pregunta). La regla se justifica para proteger al deudor y equilibrar la situación en su favor, porque el declarante al hacer su declaración da prioridad a su interés y está en su poder el formularla de manera más clara, cfr. Lab.-Paul. D. 18, 1, 21; Pap. D. 2, 14, 39. Se denomina esta regla también como el *favor promissoris*, la tendencia a favorecer al promitente.

Lit.: CHR. KRAMPE, *Die Unklarheitenregel: Bürgerliches und römisches Recht*, Berlin, 1983; H. HONSELL, «Ambiguitas contra stipulatorem», en *Iuris professio: Fg. Kaser*, Wien, 1986, 72; O. BEHREND, «Die Unklarheitenregel des römischen Rechts», en *Gesetz, Recht, Rechtsgeschichte. Fs. G. Otte*, München, 2005, 457; HKK-VOGENAUER, §§ 305-310 III [13 ss.] — Sobre la problemática de la *ambiguitas*, vid. también

M. WINKLER, «Zur Logik und Struktur in Julians liber sing. de ambiguitatibus», SZ 130 (2013) 203.

Es importante además la llamada «**interpretación según el principio de conservación del negocio**», conforme a la cual en caso de falta de claridad, en la duda debe interpretarse el negocio de manera que sea eficaz y no ineficaz (*ut res magis valeat quam pereat*, según Iul. D. 34, 5, 12, cfr. Ulp. D. 45, 1, 80; Paul. D. 34, 5, 21, 1, hoy art. 1157 Cc fr.; 1367 Cc it.; 1284 Cc es.). Especial importancia tiene esta interpretación para hacer efectivos determinados principios fundamentales. Para que se realice, p. ej. la voluntad del testador, la interpretación aspira a mantener el testamento y las disposiciones testamentarias (*favor testamenti*, cfr. [8.7], hoy 2084 BGB). A favor de la libertad se prefiere una interpretación que conduzca al reconocimiento de la libertad o a la desaparición de las limitaciones a la libertad (*favor libertatis*, Gai. D. 50, 17, 122: *Libertas omnibus rebus favorabilior est*, la libertad se favorece más que todo lo demás; un ejemplo, [13.8]). El asegurar el matrimonio y el mantenimiento de la esposa se encuentra detrás de la interpretación que favorece la constitución o el mantenimiento incólume de una dote (*dos; favor dotis*, Ulp. D. 23, 3, 9, 1, cfr. [59.9]).

Raíces clásicas tiene también el *favor debitoris*, la tendencia a favorecer al deudor (cfr. Gai. D. 50, 17, 125; ejemplo: Gai. D. 50, 17, 42; Gai. 3, 160). En la época postclásica aumenta la importancia de este principio, mantenido tanto a partir de la misericordia cristiana, como también por consideraciones de utilidad pública, frente a la codicia sin límite de los acreedores, dispuestos a sacrificar la existencia económica del deudor. El *favor debitoris* se traduce en medidas legislativas concretas, como la prohibición del pacto de ley comisoría en la prenda (Constantino, C. Th. 3, 2, 1, del año 320, [31.33]), los límites al tipo de interés [35.24], moratorias [53.13], etc.

La regla de interpretación *falsa demonstratio non nocet, i. e.* una designación equivocada no perjudica, se formó primero, aunque no con esta clara formulación, en la esfera del testamento. De todas formas, tuvo en este terreno una importancia más limitada, porque con *demonstratio* solo se designaba una denominación superflua. Marci. D. 35, 1, 33 pr.: *Falsa demonstratio neque legatario neque fideicommissario nocet neque heredi instituto, veluti si fratrem dixerit vel sororem vel nepotem vel quodlibet aliud*, «una denominación falsa no perjudica ni al legatario ni al fideicomisario ni al instituido heredero, si por ejemplo el testador [a uno de ellos] lo designara como su hermano, su hermana, su nieto o de cualquier otra manera».—La calificación incorrecta que se atribuye a una persona o cosa no causa problemas. Cfr. Marci. D. 28, 5, 49, 3; Scaev. D. 32, 35, 1

■ § 8. INTERPRETACIÓN Y VICIOS DE LA VOLUNTAD

y 2; Jav. D. 34, 5, 28 y D. 35, 1, 40, 4; Flor. D. 35, 1, 34 pr., así como Inst. 2, 20, 29 y 30.—Cfr. art. 625 Cc it.; 773 I Cc esp.

Lit.: H. WIELING, «Falsa demonstratio, condicio pro non scripta, condicio pro impleta im röm. Testament», SZ 87 (1970) 197; N. RAMPAZZO, «La falsa demonstratio e l'oggetto dei legati», Index 29 (2001) 259.

- 16 De la regulación del testamento la idea pasó a los contratos, adquiriendo en el nuevo contexto el significado general que tiene en el derecho moderno (§ 18 OR; 133 BGB; 914 ABGB; arts. 1156 Cc fr.; 1362 Cc it.; 1266 III Cc esp.). Así, resulta que, a pesar de la forma, la estipulación es válida cuando las partes se han equivocado ciertamente en el nombre del esclavo objeto del contrato, pero estaban de acuerdo en cuanto a su persona (Ulp. D. 45, 1, 32; de manera semejante, esta regla de interpretación se aplica hoy igualmente a los contratos formales, BGHZ 87, 150). Para los contratos informales la regla debía valer con mayor razón, ya que el error de una parte o de ambas sobre la designación no perjudica, Ulp. D. 18, 1, 9, 1: *Nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat*, «el error en la designación no importa, si está claro el objeto [para las partes]».
- 17 La regla sobre los términos claros (*sens clair – in claris*) tiene su origen en Paul. D. 32, 25, 1: *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*, «si en las palabras no hay ambigüedad, no se debe admitir una indagación de la voluntad». La regla proviene del campo de los testamentos y ya por eso no se debe sobrevalorar, pues el mismo Paulo hace prevalecer la interpretación del testamento conforme a la voluntad individual, D. 50, 17, 12: *In testamentis plenius voluntates testantium interpretamur*, «en los testamentos interpretamos más ampliamente la voluntad de los testadores». Además, la afirmación de que una declaración sea unívoca es ya el resultado de una interpretación. También la regla de *falsa demonstratio* [8.15] muestra que la «regla *in claris*» tiene un alcance más limitado de lo que expresa. Sin embargo el Tribunal Supremo del Reich y el Tribunal Supremo Federal alemán han acentuado a menudo «que a una declaración contenida en un testamento y que resulta plenamente clara y unívoca conforme al uso normal del lenguaje, no se le debe dar mediante la interpretación un sentido distinto» (así, BGH LM n.º 7 a § 2084 BGB; cfr. art. 1281 I Cc esp.).
- 18 d) En el periodo **postclásico** se completa la evolución dirigida al reconocimiento del *principio de la voluntad*. Lo favorece sobre todo la *desaparición* definitiva del antiguo *formalismo de las palabras*: para los negocios formales más importantes, concretamente, para la *estipulación* y el *testamento*, se abandona en esta época la vinculación a determinadas palabras, de manera que las partes pueden realizar sus declaraciones

utilizando cualesquiera palabras, como en los negocios informales. Tampoco el uso más generalizado del documento ha impedido la libertad de la interpretación conforme a la voluntad, como muestra la regulación del testamento. Además, la doctrina de la voluntad es promovida por la moralización del derecho, que conduce a que todo acto, también los actos jurídicos, sea juzgado conforme a una conducta moral y especialmente cristiana.

e) Los juristas romanos hablan del **animus** en un contexto más amplio que el de la interpretación de los negocios jurídicos. Designa especialmente la *intención* del que actúa en cuanto dirigida a un *fin jurídico* determinado. Así, la intención de las partes decide en los contratos obligacionales sobre si se han puesto de acuerdo y sobre el contenido contractual en el que se han puesto de acuerdo. La intención de las partes es además determinante en la determinación del fin jurídico (*causa*) para una atribución (transmisión, estipulación etc., vid. *infra* [24.11; 40.4-5]). Por ejemplo, la voluntad decide si una atribución patrimonial es una *donación*.—La doctrina postclásica generalizó y favoreció la consideración del *animus*. 19

Ya en el derecho clásico resulta suficiente en muchas ocasiones una voluntad manifestada de manera tácita (*tacite*), al interpretar un determinado comportamiento como conclusión del contrato; así, en particular, en la constitución de prenda (*infra* [31.20]) y en pactos de distinta naturaleza (*pacta* cfr. *infra* [38.13]).

II. ERROR

Lit.: J. G. WOLF, *Error im römischen Vertragsrecht*, Köln, 1961 (rec. W. FLUME, *TR* 30 [1962] 363); Th. MAYER-MALY, «Bemerkungen zum Aspekt der Konsensstörung in der klassischen Irrtumslehre», en *Mél. Meylan*, vol. 1, Lausanne, 1963, 241; F. WIEACKER, «Irrtum, Dissens oder gegenstandslose Leistungsbestimmung?», *ibid.*, 383; p. APATHY, «Sachgerechtigkeit und Systemdenken am Beispiel der Entwicklung von Sachmängelhaftung und Irrtum», *SZ* 111 (1994), 95; M. SCHERMAIER, *Materia. Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht*, Wien et al., 1992, 109; EL MISMO, «Auslegung und Konsensbestimmung», *SZ* 115 (1998), 235; EL MISMO, en HKK, com. a §§ 116-124, [51-54]; D. SCHANBACHER, «Ulpianlehre vom error in substantia und die stoische Ontologie», en *Fs. Liebs*, 2011, 521; ZIMMERMANN, 583, 587; J. D. HARKE, *Si error aliquis intervenit. Irrtum im klassischen römischen Vertragsrecht*, Berlin, 2005 (rec. M. J. SCHERMAIER, *SZ* 125 [2008], 826); W. ERNST, «Irrtum: Ein Streifzug durch die Dogmengeschichte», en R. Zimmermann, ed., *Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss*, Weimar, 2007, 1; H. H. JAKOBS, «D.18, 1, 11, nach Überwindung der Interpolationistik», *SZ* 125 (2008) 375 (en especial sobre el *error in materia*); M. J. SCHERMAIER, «Anachronistische Begriffe oder: Nichtrömisches im römischen Irrtumsrecht», en P. PICHONAZ, ed., *Autour du droit des contrats. Contributions de droit romain en l'honneur de F. Wubbe*, Bruxelles, 2009, p. 49; EL MISMO, «From non-perfor-

mance to mistake in contracts: the rise of the classical doctrine of *consensus*», en B. Sirks, ed., *Nova razione*, 2014, p. 107; EL MISMO «Juristisches und Philologisches zum Irrtum bei Vertragsschluss», *Fundamina* 20-2 (2014) 847.

- 20 En estrecha relación con la evolución que acabamos de ver de los principios de la interpretación, se encuentra también el tratamiento que los romanos dieron al error. Por eso hay que tener en cuenta, de entrada, que no hay una teoría general del error en Roma, igual que no hay una doctrina general del negocio jurídico, más bien hay que distinguir entre las distintas clases de negocios:

1. Las fuentes más importantes sobre el error, que determinaron también la discusión sobre este problema en el derecho común, se refieren a los **contratos consensuales** (compraventa, arrendamiento etc.). Respecto del requisito del consentimiento, hay que tener en cuenta en primer lugar que los juristas romanos parten de una consideración del negocio jurídico concebido como una *unidad*. El desdoblamiento de la conclusión del contrato en oferta y aceptación les es ajeno; tampoco dividen el supuesto de hecho de la declaración en su aspecto interno y externo. Por eso es determinante el consentimiento de las partes como supuesto de hecho unitario, de manera que con el error no se quiere significar una desviación de la voluntad interna respecto de su manifestación externa, que posibilitaría impugnar un contrato sobre la base del contenido objetivo de la declaración. Más bien, se habla de error cuando no ha llegado a producirse la conclusión del contrato.

Lit.: ERNST (*ante* [8.20]) 3; HARKE (*ante* [8.20]); presupuesto de la eficacia del contrato sería solo que se pueda determinar un contenido negocial objetivo; el error de una de las partes, es decir, la falta de correspondencia de su voluntad con el contenido negocial objetivo, sería un motivo de impugnación del negocio para dicha parte, si bien se tendría en cuenta en determinados grupos de casos).

La teoría moderna, también en el tratamiento del error, parte de la doctrina pandectista de la declaración de voluntad individual, a la que descompone en sus dos elementos de *voluntad* y *declaración* (*supra* [8.1]). Por medio de la interpretación establece primero el significado de la declaración, y basa la existencia del contrato en la coincidencia del contenido objetivo de ambas declaraciones. El típico error relevante, el «error negocial» (§ 119 I BGB) se produce, según este modelo, cuando la voluntad subjetiva de una parte no coincide con el significado objetivo de su declaración. En cuanto supuesto de hecho al margen de la conclusión del contrato, el error faculta para anular el contrato. En cambio, si coinciden la voluntad y la declaración, pero la formación de la voluntad se ha fundado en virtud de ideas equivocadas, hay un mero «error en los motivos» que en general no es relevante. Sólo cuando el error en los motivos afecta a cualidades esenciales de la persona o de la

cosa, se equipara al error negocial (§ 119 II BGB), en continuidad con la casuística romana (*vid. infra*). M. J. SCHERMAIER ha investigado con gran profundidad la historia del tratamiento del error desde la Alta Edad Media, en *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB*, 2000; en especial, en relación con el error sobre cualidades esenciales (**error in substantiali qualitate*), concepto formado por la unión del error sobre cualidades de la cosa vendida (*error in qualitate*) con el error sobre la materia (*error in substantia, infra* [8.22]); *vid. además* M. J. SCHERMAIER, «Europäische Geistesgeschichte am Beispiel des Irrtumsrechts», ZEuP 6 (1998) 60; EL MISMO, «Mistake, misrepresentation and precontractual duties to inform in the civil law tradition», en R. Sefton-Green, ed., *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European contract law*, Cambridge, 2005, p. 39; EL MISMO, en HKK §§ 116-124 [55-82]; ERNST (*ante* [8.20]) 11; RANIERI [5.1], 954.

En las investigaciones modernas se explica de manera distinta cómo hay que pensar la doctrina del error en el ámbito de los contratos consensuales. Hay dos teorías difundidas hace tiempo, que, simplificando, se pueden designar como teoría del disenso y teoría de la identificación. Según la **teoría del disenso** los juristas romanos pensaron el error en los contratos consensuales ateniéndose exclusivamente a la voluntad: el contrato válido requiere el acuerdo de voluntades (*consensus*, G. 3, 135); el significado objetivo de la declaración, establecido a partir del uso general del lenguaje, es secundario respecto de la voluntad, es un simple medio para determinar la voluntad. Por eso, la falta de coincidencia de las voluntades es *dissensus*; el contrato en este caso no se realiza (*imperfectum, nullum*), aunque se pueda determinar objetivamente su contenido. Conforme a lo cual, es indiferente si el disenso resulta del error de una o de ambas partes, y si se produce al realizar la declaración o sobre el contenido de la declaración. Según la llamada **teoría de la identificación** (iniciada por J. G. WOLF, 1961, *ante* [8.20]), no sería sin embargo el disenso el que produjera la nulidad del contrato. Más bien, el contrato debe ser válido, independientemente del consentimiento de las partes, si se dan objetivamente los elementos característicos del tipo de contrato de que se trata. Si uno de esos elementos ha sido objeto de error, el contrato no sería ineficaz por falta de consentimiento, sino por falta de identificación del elemento requerido.

Se han formulado **objeciones**, con razón, contra ambas teorías. Que para los juristas romanos de la época alto –y tardo– clásica no estuviera en primer plano el consentimiento, sino la manifestación objetiva del contrato, no se compagina con el énfasis creciente en la voluntad durante la época clásica, el cual hace plausible el aumento correspondiente de importancia del concepto de consentimiento, que pasa de tener un carácter sólo formal a convertirse en criterio decisivo del contenido del contrato. En cambio, la teoría del consentimiento no puede explicar por qué el contrato es también ineficaz en caso de error común de las partes, por ejemplo, sobre la existencia del objeto del contrato, pues en este caso no hay disenso.

- 22 Las dificultades de ambas teorías desaparecen, si se tiene presente que el error no solo consiste en la falta de consentimiento en el sentido del simple acuerdo de voluntades, sino que comprende **todas las ideas erróneas** de las partes que impiden que se realice el contrato; entre las cuales se encuentra también una idea equivocada sobre la existencia del objeto del contrato, cuando dicha existencia –como en la compraventa [35.2]– forma parte de los requisitos del negocio. También esta desviación del acuerdo de voluntades respecto de la realidad es un error que impide la realización del contrato –algunos dicen por eso que los juristas romanos tenían un «concepto de consentimiento dependiente de la realidad» (SCHANBACHER [*ante* (8.20)], 528; *vid.* también SCHERMAIER [*ante* [8.20], *Fundamina*], 853). Error es por tanto, por una parte, falta de acuerdo de voluntades. Ocurre en tal caso que las voluntades de ambas partes no coinciden, y si el contrato no se concluye sobre la base del contenido objetivo de la declaración, ni siquiera se puede indicar en estos casos quién se ha equivocado. Por otra parte, también hay error cuando la voluntad común se aparta de la realidad, siempre que el supuesto de hecho negocial implique requisitos en correspondencia con la realidad.
- 23 Los elementos principales de esta doctrina clásica del error en los contratos consensuales los encontramos en Ulp. D. 18, 1, 9 pr., 11 y 14; Pomp. D. 44, 7, 57 (todos esencialmente clásicos). El disenso impide la conclusión del contrato, si afecta a uno de los elementos esenciales del contrato (Ulp. D. 18, 1, 9 pr.), p. ej., al objeto (*error in corpore*) o al precio de compra o al tipo de contrato (una parte quiere vender y la otra solo alquilar). Irrelevante es en cambio el error sobre el nombre (*error in nomine*), si en realidad ha habido acuerdo sobre la cosa (Ulp. D. 18, 1, 9, 1, *supra* [8.16]).

Respecto del otro problema, de inexistencia del objeto del contrato, encontramos, en primer lugar, los casos en los que la cosa objeto de la compraventa ha perecido antes de la conclusión del contrato; aquí la compraventa es nula, independientemente de si solo una o ambas partes se han equivocado respecto de la existencia de la cosa (Paulo D. 18, 1, 15 pr.; D. 18, 1, 57). Más difícil les resultó a los juristas romanos decidir la cuestión de cuándo no es suficiente la existencia del objeto del contrato, si el objeto como tal existe, pero en su constitución se aparta de manera esencial de lo convenido en el contrato (*error in substantia* o *in materia*: venta de vinagre como vino, cobre como oro, plomo como plata, Ulp. D. 18, 1, 9, 2). La distinción tenía para el comprador una importancia decisiva: si se afirmaba la conclusión del contrato, tenía a su disposición un derecho de saneamiento a ser indemnizado (cfr. Paulo D. 19, 1, 21, 2), en caso contrario se quedaba sin protección. El jurista Marcelo se conformaba en este caso con el acuerdo sobre el objeto de la compraventa como tal (en Ulp. D. 18, 1, 9, 2), mientras Juliano consideraba nula la compraventa de una mesa plateada vendida como de plata maciza (Iul. D. 18, 1, 41, 1). Ulpiano, en cambio, se conformaba con la existencia al menos parcial de la materia; solo cuando faltaba esta del todo, debía ser

nula la venta (de manera que la compraventa de vino es válida también cuando el vino en el momento de la conclusión del contrato se ha transformado en vinagre, pero inválida si desde el principio no era vino sino vinagre, D. 18, 1, 9, 2); con mayor razón era irrelevante sobre esta base el mero defecto de calidad (oro de peor ley que la imaginada, Paulo D. 18, 1, 10). Los resultados a los que llegaron los romanos en este terreno debieron de estar influidos por ideas filosóficas.—**Lit.:** SCHERMAIER (*ante* [8.20, sobre todo *Fundamina*]).

2. En la *stipulatio* lo importante era al principio la forma. Si se había cumplido con ella, la validez del negocio no era puesta en duda por razón de disenso. Solo en la época clásica se abre paso también aquí el requisito del acuerdo de voluntades junto a la forma. 24

Sexto Pedio ve en *todo* contrato el elemento de la *conventio* (Ulp. D. 2, 14, 1, 3, vid. [38.2]), que hay que entender también aquí como acuerdo de voluntades. Igualmente invalida el contrato la falta de consentimiento en Ven. D. 45, 1, 137, 1 y Paulo eod. 22 y 83, 1, ya según el derecho clásico. Especialmente claro es Inst. 3, 19, 23, conforme al cual el contrato no se realiza, a pesar de que su contenido sea claro, si una de las partes ha errado (sin reparos, clásico). Sobre el error en el nombre *vid. supra* [8.16].

3. Según la idea tradicional, que parte del significado general de las palabras, tampoco se tiene en cuenta el error en el **testamento**. Pero en este negocio unilateral y gratuito se abre paso, como vimos, en relación con la realización del fin del negocio, la consideración de la voluntad real ya desde finales de la República. El derecho imperial considera a veces incluso la voluntad hipotética (es decir, meramente fingida) que habría tenido el testador, si hubiera conocido la situación real (cfr. Tiberio, en Inst. 2, 15, 4 y D. 28, 5, 42; Adriano-Paulo D. 5, 2, 28; Sev. Ant. C. 3, 28, 3 y Paulo D. 28, 5, 93). 25

4. La regla *errantis nulla voluntas est*, la voluntad del que yerra es nula, se refiere a casos en los que la persona desconoce una circunstancia esencial de la situación en la que actúa: alguien toma su propia cosa en arrendamiento de un tercero a quien considera dueño, no se produce una transmisión tácita por actos concluyentes (Diocl. C. 4, 65, 23); una mujer que desconoce que el testamento es ineficaz y que, por tanto, es ella la heredera y no la instituida, declara que el esclavo ha sido manumitido en virtud del testamento, con ello no expresa una voluntad de manumitir (Diocl. C. 1, 18, 8). En estos casos el error sobre la situación excluye considerar como actos concluyentes la actuación de la persona afectada. Tampoco hoy decidimos de manera distinta.—Ciertamente, la regla formulada de una manera tan general no es acertada, pero no son infrecuentes en los juristas romanos declaraciones demasiado generales, que, no obstante, no los conducen a decisiones equivocadas en el caso concreto. Por eso es poco verosímil que sólo la doctrina postclásica haya convertido el dicho en regla (distinta opinión todavía en la ed. 16.^a). **Lit.:** A. WACKE, «Errantis voluntas nulla est», *Index* 22 (1994) p. 267. 26

- 27 5. En relación con el error de derecho y la ignorancia del derecho (*error o ignorantia iuris*) se rigen los juristas por la máxima: *Regula est quidem iuris ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere, i. e.* es una regla del derecho que la ignorancia del derecho perjudica a cualquiera, mas el desconocimiento de un hecho no perjudica (Paul. D. 22, 6, 9 pr.) Esta regla no se aplica a algunos grupos de personas: mujeres, menores de edad y soldados («porque los soldados conocen mejor las armas que las leyes», Iust. C. 6, 30, 22 pr.), así como a determinadas personas sin experiencia de la vida civil, como los campesinos (*rustici*). Por lo demás, el alcance de la regla se determina aplicando ulteriores criterios entre los que se encuentran reflexiones expresadas ya por Aristóteles. De manera que se distingue en primer lugar si el ignorante actuó en el caso concreto con la debida diligencia (Ulp. D. 22, 6, 6), o si podía pedir consejo jurídico (Lab.-Paulo D. 22, 6, 9, 3); a veces se considera si con su ignorancia perdió una ventaja, con lo que no se aprovecha lo más mínimo, o si un perjuicio causado por la ignorancia se puede reparar (Pap. D. 22, 6, 7 y 8).

Lit.: Th. MAYER-MALY, «Error iuris», en *Ius Humanitatis: Fs. Verdross*, Berlin, 1980, 147; L. WINKEL, *Rechtsirrtum als Problem der Rechtsordnung*, Zutphen, 1985 (rec. F. HORAK, *TR* 56 [1988], 355); EL MISMO, «Parerga and paralipomena ad errorem iuris», en *Iurisprudentia universalis: Fs. Mayer-Maly*, Köln et al., 2002, 901; ZIMMERMANN, 604.—Sobre otros errores: Th. MAYER-MALY, «Bemerkungen zum Kalkulationsirrtum», en *Beiträge zum Zivil- und Handelrecht. Fs. Ostheim*, Wien, 1990, 195; M. SCHERMAIER, «Von Hochstaplern, schlechten Schuldner und vermeintlichen Jungfrauen (Historisches und Vergleichendes zum *error in persona*)», en *Fs. Mayer-Maly* [8.20], 661.

III. EL NEGOCIO SIMULADO

- 28 Hay un negocio simulado cuando se simula su realización; normalmente, celebrando un negocio que, según la voluntad de las partes, no debe ser eficaz (**negotium simulatum*). En el derecho clásico el negocio simulado, en cuanto tipo especial, todavía no es conocido. En los negocios formales el pacto de que el negocio no debe valer no se tiene en cuenta. En cambio, la compraventa informal o el arrendamiento, si el precio de compra o la renta no se deben pagar realmente, resultan nulos, porque la contraprestación pertenece a la esencia de estos contratos. La mayor parte de las veces estos contratos simulan donaciones prohibidas (*infra* [47.8; 59.4-5]). Bajo Diocleciano se establece la regla de que «vale más lo que realmente se hace que lo que se expresa simuladamente» (*plus valere quid agitur quam quod simulate concipitur*, C. 4, 22 tit.). Esta solución fue desarrollada en el sentido de la teoría de la voluntad por la doctrina medieval, en especial

por los comentaristas italianos. Sólo en la doctrina del derecho natural de los siglos XVII y XVIII se estableció una limitación en el sentido del principio de respeto a la confianza, §§ 869, 916 ABGB (II: «A un tercero que ha adquirido derechos confiando en la declaración no se le puede oponer la excepción de contrato simulado»); §§ 117, 405 BGB; art. 18 OR; 1276 Cc. esp.

Cfr. Ulp. D. 18, 1, 36; eod. 38; D. 19, 2, 46; Gai. D. 23, 2, 30; Iav. D. 24, 1, 64; Mod. D. 44, 7, 54. **Lit.:** G. WESENER, «Das Scheingeschäft in der spätmittelalter. Jurisprudenz, im Usus modernus und im Naturrecht», en *Fs. H. Hübner*, Berlin-N. York, 1984, 337; ZIMMERMANN, 646; HKK-SCHERMAIER, §§ 116-124 [38-43].

No son negocios simulados los «negocios imitados» (*supra* [6.3]).

El negocio celebrado en la **escena** o en **broma** es siempre, en cuanto simple imagen de un negocio, ineficaz (Paul. D. 44, 7, 3, 2: pues si te digo en broma o a fines de enseñanza: «¿prometes?» y tu contestas: «prometo», ninguna obligación se produce).

La **reserva mental** (**reservatio mentalis*), en la que sólo una parte se reserva que lo declarado no debe valer, es prácticamente desconocida al derecho romano de la Antigüedad (un apoyo en Cels. D. 2, 15, 12). Tampoco después hubo dudas sobre su irrelevancia; entre los juristas medievales es citado normalmente Azón: *propositum in mente retentum nihil operatur* (la intención retenida en la mente nada obra). El caso inicial (c. 26 X. 4, 1, Inocencio III a. 1212; *vid.* FRIEDBERG II, col. 670) merece ser recordado: un hombre sólo había conseguido acostarse con una mujer haciéndole una promesa de matrimonio. Le había manifestado: «Juan te promete el matrimonio»; después dijo que no se había realizado ningún matrimonio, porque él no se llamaba Juan y sólo había querido acostarse con la mujer y no celebrar un matrimonio. La reserva del hombre se reconoció como relevante. Cfr. can. 1101 § 2 Codex iuris canonici de 1983. La decisión, fundada en el carácter sacramental del matrimonio, no se puede generalizar.—En el derecho secular se planteó ciertamente en el siglo XIX el problema de que la no consideración de la reserva mental chocaba con la teoría de la voluntad [8.1]; sin embargo, el principio de la irrelevancia de la reserva mental no se puso en cuestión. De ese modo encontró finalmente acomodo en el BGB, como ya antes en otros códigos.—§§ 116 BGB; 869 ABGB; art. 1131 Cc (*fausse cause*). **Lit.:** HKK-SCHERMAIER, §§ 116-124 [30-33].

29

IV. COACCIÓN

Lit.: A. S. HARTKAMP, *Der Zwang im römischen Privatrecht*, Amsterdam, 1971; B. KUPISCH, *In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1974 (fundamental); EL MISMO., «Überlegungen zum Metusrecht: Die *actio quod metus causa*», en *Fs. Huwiler* [4.14], 415; M. KASER, «Zur *in integrum restitutio*, bes. wegen *metus* u. *dolus*», SZ 94 (1977) 101, 108; A.

D'ORS, «La acción del menor restituido (crítica a Kupisch)», *AHDE* 49 (1979), 297; KASER –HACKL, 424; ZIMMERMANN, 651; C. VENTURINI, «Metus», en *Homenaje a Murga*, 921; E. CALORE, *Actio quod metus causa: Tutela della vittima e azione in rem scripta*, Milano, 2011 (rec. H. ANKUM, *Iura* 63 (2015), p. 193).

- 30 Los antagonismos que se produjeron en el seno de la *nobilitas* a partir de los Graco tuvieron como consecuencia que la vida política de finales de la República estuviera influida crecientemente por acciones violentas, reinando en ocasiones la anarquía. Grupos de conspiradores ávidos de poder y advenedizos ambiciosos movilizaron a las masas y se sirvieron de bandas armadas para quitar de en medio a sus adversarios políticos o a personas no afectas y robarles la libertad y los bienes. No les iban a la zaga particulares poderosos impulsados por la codicia. De manera que, a finales de la República, la violencia, la intimidación y la extorsión se convirtieron en algo habitual. Tal es el trasfondo de los remedios jurídicos a primera vista muy estrictos que ofrece el edicto del pretor. Las fuentes permiten reconocer que también en el ambiente ordenado del Principado se produjeron abusos de los poderosos (*potentiores*; Afr. D. 19, 2, 33; Ulp. D. 1, 16, 9, 5; D. 1, 18, 6, 2; D. 4, 2, 23, 1). Cfr. [51.25].
- 31 El negocio realizado bajo coacción contraria al derecho o a las buenas costumbres, más concretamente, por violencia coactiva o bajo amenaza (*vi metusve causa*), es normalmente válido según el derecho civil, ya sea un negocio formal o libre de forma. Pues se pensó, presumiblemente bajo el influjo de Aristóteles y de la Stoa, que la persona afectada había querido en todo caso el negocio.

D. 4, 2, 21, 5 (Paulo, 11 *ad ed.*)

Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui: sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.

Si coaccionado por amenazas acepté la herencia, pienso que me hice heredero, porque, aunque no hubiese querido si hubiese sido libre, si bien coaccionado, quise. Pero debo ser restablecido a mi situación anterior por el pretor, para que me pueda ser atribuida la facultad de abstenerme.

De aquí se deriva la máxima *coactus tamen volui* (aunque coaccionado, sin embargo quise), que también hoy seguimos (en los casos de **vis compulsiva*, violencia coactiva; §§ 123, 1314 II n.º 4, 2078 II BGB; 870, 875, 565 ABGB; 29, 30 OR; 469 I ZGB; art. 1111 Cc fr.; 1267 II-1268 («intimidación»), 673 y

1267 I («violencia») Cc esp.; de modo distinto, en los casos de **vis absoluta*, violencia absoluta, en los que falta el mismo acto negocial).

Ciertamente, estos negocios se impugnan conforme al derecho pretorio (cfr. [2.12]), pero solamente si la intimidación puede afectar a un hombre de carácter firme (*homo constantissimus*); el miedo de un hombre temeroso no es tenido en cuenta (Gai. 4, 2, 6). Según Lab.-Ulp. D. 4, 2, 5 tiene que tratarse del miedo de un mal grave (*timor maioris malitatis*). Lo mismo significa el «miedo fundado» en el art. 30 OR, cfr. también el art. 1112 Cc fr.

1. Por razón de cualquier tipo de extorsión (Ulp. Paul. D. 4, 2, 1 ss.) concede 32 el pretor una *acción penal*, la ***actio quod metus causa*** (acción por lo que [ha sido adquirido] en virtud del miedo [causado]) por el cuádruplo, después de un año por el valor del perjuicio. La acción puede dirigirse no sólo contra el extorsionador, sino incluso contra el tercero de buena fe que obtuvo algo de los bienes extorsionados. Era una *actio arbitraria*, dependiente del arbitrio del juez (Inst. 4, 6, 31). Es decir, que si el juez determinaba que se había producido una extorsión, dictaba una resolución declarativa incidental (*pronuntiatio*), por la que ordenaba al demandado la reparación *in natura*, es decir, la devolución de la cosa extorsionada. Si el demandado seguía la orden, era absuelto en la sentencia; en caso contrario sería condenado al cuádruplo (cfr. [27.1]). La *actio quod metus causa* posibilita una *in integrum restitutio* judicial. La acción es el remedio jurídico ordinario para conseguir la restitución, la devolución del bien extorsionado. Con el cuádruplo es castigado el que se niega a restituir desobediendo la resolución incidental, no el que realizó la extorsión. La acción con sus duras sanciones podía ejercitarse también, como hemos dicho, frente a un tercero de buena fe. Cfr. Ulp. D. 4, 2, 9, 8; eod. 14, 1; Inst. 4, 6, 25 y 27.—Con lo cual se trataba con indulgencia, sobre todo, a los funcionarios estatales que habían cometido extorsiones en el ejercicio de su cargo (castigadas como *crimen repetundarum*), pero se lograba también, con la amenaza del pago del cuádruplo, que normalmente se consiguiera la restitución.

2. En lugar de la *actio quod metus causa*, el pretor podía conceder al perjudicado por la extorsión una acción dirigida al restablecimiento de la situación inicial (*actio rescissoria*): si alguien había transmitido por *mancipatio* su propiedad al extorsionador, el pretor podía rescindir el efecto de la transmisión (*rescindere*) y darle una acción ficticia de restitución (*rei vindicatio*) contra el extorsionador o, si éste hubiera retransmitido la cosa, contra el tercero que la tuviese en su poder; «ficticia» es la acción porque en su fórmula procesal el pretor encarga al juez que «entienda» que los efectos de la *mancipatio* han sido anulados y, por tanto, que el transmitente vuelve a ser el dueño. Igualmente, en 33

■ § 8. INTERPRETACIÓN Y VICIOS DE LA VOLUNTAD

caso de remisión de una deuda realizada bajo coacción, se concede al acreedor la acción que nace del crédito, entendiéndose que se ha anulado la remisión (*acceptilatio*).—En principio el demandante podía elegir entre la *actio quod metus causa* y la acción dirigida al restablecimiento de la situación inicial. Cfr. Ulp. D. 4, 2, 9, 4 y 6; Paul. eod. 21, 6.

- 34 3. El que resulta obligado en virtud de un negocio realizado bajo intimidación, dispone, frente a la acción del acreedor (aunque no sea el que ejerció la coacción) de una *exceptio metus causa* (excepción «por razón de miedo»; Ulp. D. 44, 4, 4, 33; Inst. 4. 13, 1 y 9).

Los contratos que se enjuician conforme a la *bona fides* y los negocios con efectos de derecho honorario son sin más ineficaces en caso de coacción, de manera que no necesitan *exceptio*.

V. DOLO

Lit.: KASER (*ante* [8.30]) 143; ZIMMERMANN, 662; M. F. CURSI, «Actio de dolo e danno da falsa informazione del terzo», en *FHI*, vol. II, 1229; P. LAMBRINI, «Actio de dolo malo e accordi privi di tutela contrattuale», *SCDR* 22 (2009) 225; A. RODGER, «Excerpting and Editing the Edictal Commentaries on the Actio Doli», en *Mél. Humbert*, 2012, 733.

- 35 El negocio celebrado por engaño o dolo (*dolo malo*) es tratado de modo análogo a como lo es el negocio realizado con intimidación. Conforme al *ius civile* es válido, pero también aquí el pretor concede:

1. A propuesta del jurista *C. Aquilius Gallus* (siglo I a. C.), si no hay otra acción, es decir, como acción subsidiaria, para quien por engaño o fraude de cualquier tipo resulte perjudicado, se concede la *actio de dolo* contra el autor, una acción penal por el importe de lo defraudado. Esta acción es también una *actio arbitraria*, prevé también una *in integrum restitutio* ordenada por el juez (Paul. D. 4, 3, 18 pr., 1 y 4, cfr. [8.32; 27.17]).

D. 4, 3, 1, 1, 1-2 (Ulpiano, 11 *ad ed.*)

1. *Verba autem edicti talia sunt: «Quae* 1. Estas son las palabras del edicto: «Respecto de las cosas que se dijere que han sido hechas con dolo malo, si no hubiere otra acción por estas cosas y pareciere que hay justa causa, “dentro del plazo de un año desde que se pudiera intentar” daré acción».

2. *Dolum malum Servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est.*

2. Servio definió así ciertamente el dolo malo: cierta maquinación realizada para engañar a otro, simulando una cosa y haciendo otra. Labeón señala, sin embargo, que se puede hacer que alguien resulte engañado sin simulación, y que se puede hacer una cosa y simular otra sin dolo malo, como hacen los que simulando de este modo cuidan con celo y protegen sus propios asuntos o los de otros. Así, él mismo define el dolo malo como toda artemañá, falacia o maquinación realizada para envolver, engañar o defraudar a otro. La definición de Labeón es verdadera.

En el § 1 reproduce Ulpiano la promesa de protección del pretor (*supra* [2.15]), en la cual se ha tachado por los compiladores el plazo de un año, pues Constantino el Grande en el 319 lo cambió a dos años, a contar desde la comisión del dolo, C. 2, 20, 8.—La condena en este juicio llevaba aparejada la infamia [13.13]. Contra el heredero del autor del dolo se concede una acción concebida para el caso (*actio in factum*, [2.16]), dirigida a reclamar lo que a él le fue a parar (*quod ad eum pervenit*), con lo cual se indica lo obtenido por el dolo, no el enriquecimiento todavía subsistente.—§§ 826 BGB; 1295 II ABGB; 41 II OR; art. 1109 Cc. fr.; 673, 1265 y 1269 Cc. esp.

También se protege al perjudicado por actos jurídicos o sentencias causados por **colusión**, es decir, por maniobras fraudulentas de dos o más personas en perjuicio de otra. Por ejemplo, mi adversario en un juicio es absuelto como consecuencia de la colusión cometida entre él mismo y mi representante y mandatario procesal; el representante me debe los daños y perjuicios en virtud del mandato, pero si es insolvente, puedo ejercitar la acción de dolo contra el adversario, Ulp. D. 17, 1, 8, 1; cfr. Ulp. D. 30, 50, 1.

Cabe presumir que el pretor, como en los casos de *metus* [8.33], en lugar de conceder la *actio de dolo*, podría dar lugar a una *in integrum restitutio* mediante una acción dirigida al restablecimiento de la situación inicial.—El formulario de numerosos documentos de estipulación (*cauciones* [7.22]) contiene la llamada cláusula de dolo, en la cual el promitente añade que ni hay ni habrá dolo en el negocio (*dolum malum huic rei abesse a futurumque esse*). En estos casos si hay dolo por parte del promitente, a veces también de su heredero (p.ej. Ulp. D. 7, 9, 5pr.), se ejercita la acción que nace de la estipulación.—Sobre **dolus in contrahendo* vid. [34.15]. **Lit.:** FINKENAUER, *Stip.*, 95; CURSI - FIORI [45.5]; A. CASTRO SÁENZ, «Aquilio y el dolo», *SCDR* 27 (2014) 197;

■ § 8. INTERPRETACIÓN Y VICIOS DE LA VOLUNTAD

R. SCEVOLA, «La *collusio* nella prospettiva della giurisprudenza classica», *SCDR* 27 (2014), 237, 250.

- 36 2. Quien asume una obligación movido por engaño o bajo sus efectos, resulta protegido por la *exceptio doli*, la «excepción» de dolo, cuya importancia, sin embargo, va más allá. Con más detalles, *infra* [34.18].
- 37 VI. En el Derecho común se discutía si en el caso del *metus* el contrato era nulo (así, §§ 32, 33 I 4 ALR) o anulable, como se admitió de manera dominante, así, art. 1111 Cc (con independencia de quien ha ejercido violencia) y §§ 870, 877 ABGB (redacción antigua). En el caso del *dolus* se distinguió si afectaba a los elementos esenciales del contrato. Si se producía tal **dolus causam contractus dans*, se admitía de modo dominante la nulidad del contrato (así, §§ 84-89 I 4 ALR); según el art. 1109 Cc fr. el contrato puede anularse por sentencia en dichos casos. Si el dolo afectaba, en cambio, a aspectos accesorios (el llamado **dolus incidens*), sólo se podían reclamar daños y perjuicios, arts. 1109, 1116 Cc fr.; análogamente, §§ 870, 871 (redacción antigua) ABGB.—Puntos de apoyo clásicos para la distinción en WACKE, *SZ* 94 (1977) 236.

En la Pandectística se acentúa con mayor fuerza el paralelo entre *metus* y *dolus* y se reconoce para ambos casos un derecho de anulación. Lo cual sigue el § 123 BGB, cuya dependencia de los modelos romanos se aprecia en el plazo de un año (§ 124), pero sobre todo en que la declaración de voluntad es anulable sin ninguna restricción cuando la intimidación viene de un tercero; en cambio, si ha habido dolo de un tercero, sólo lo es dentro de ciertos límites (§ 123 II). La idea de que la intimidación es socialmente más perjudicial porque parte de adversarios poderosos, contra los que la persona afectada no se puede defender, se ha formado en relación con las situaciones indicadas en [8.30]; cabe dudar si tal cosa se corresponde con el moderno estado de derecho. Más estricto el § 870 ABGB (intimidación por la otra parte). **Lit.:** COING I, 420; ZIMMERMANN, 670; S. MARTENS, *Durch Dritte verursachte Willensmängel*, Tübingen, 2007; HKK-SCHERMAIER, §§ 116-124 [104-115].

§ 9. Ineficacia. Negocios ilícitos y contrarios a las buenas costumbres. Fraude de acreedores

(RPr. §§ 60, 202)

I. INEFICACIA

Los romanos elaboraron escasamente la ineficacia (nulidad) de los negocios jurídicos. Falta incluso una terminología clara.

1. El negocio nulo según el derecho civil, que se caracteriza normalmente como *nullum, nullius momenti, inutile* o términos semejantes, carece de los efectos que debiera tener conforme a su naturaleza y finalidad. Esta ineficacia puede ser hecha valer por cualquiera en cualquier momento.

2 De la ineficacia absoluta y definitiva (nulidad) distingue el BGB formas más atenuadas de ineficacia: la *anulabilidad* y la *nulidad relativa*. Se llama **anulable** el negocio que resulta eficaz hasta que la persona legitimada para anularlo –y sólo ella– hace valer el defecto, provocando con ello su ineficacia con efecto retroactivo. En tal caso, está en las manos del legitimado el que el negocio se anule o subsista. Un ejemplo de la época clásica lo ofrece la *querela inofficiosi testamenti*: un testamento que no contempla como debe a determinados familiares cercanos, puede ser impugnado como inoficioso (*infra* [70.1-2]). En el derecho postclásico se acerca a la anulabilidad una ineficacia que solo es tenida en cuenta si se hace valer por el perjudicado por el negocio. Esta modalidad está muy extendida porque los supuestos de aplicación de la *restitutio in integrum* se entienden en esta época en este sentido. También en el derecho justiniano pueden entenderse estos casos, así como los de privación de efectos de un negocio por la *exceptio doli*, como aplicación de la anulabilidad (*supra* [4.10]). La nulidad relativa, que de entrada se da a favor de determinadas personas (también sin que se haga valer), mientras que para el resto el negocio es eficaz, era desconocida en el derecho romano. Pero nótese que hoy en el derecho civil de otros países distintos de Alemania se habla de «nulidad relativa» para designar la anulabilidad.

3 El **pretor** anula algunos negocios eficaces según el *ius civile*, bien denegando la acción que producen (**denegación**, *infra* [82.5]), bien oponiendo una **exceptio** (*supra* [4.10]), bien concediendo una **in integrum restitutio** (reposición en el estado inicial) «pretoria». En este último supuesto se conceden las acciones pretorias necesarias con la finalidad de eliminar los efectos del negocio que ya se han producido (*infra* [86.7]). Además, es posible una *in integrum*

restitutio «judicial», que tiene lugar en el proceso de las *actiones arbitrariae* (*supra* [8.33 y 35]).

Lit.: F. MUSUMECI, «Pregiudizio del minore e protezione edittale», en *FHI*, vol. VI, 2007, 3715; H.-P. BENÖHR, «Sachproblem, Rechtsregeln (zu D. 4, 6)», en *Fs. H. Hausmaninger*, Wien, 2006, 41; EL MISMO, «Rechtstechnik und Rechtsprinzipien im römischen Recht», en *FS Huwiler* [4.14], 39 (restitución de mayores de edad); EL MISMO, «Zur Berechnung der Restitutionsfristen (D. 4, 6)», en *FHI*, vol. I, 387; EL MISMO, «Zum Verfahren der *in integrum restitutio* für Volljährige», en *Fs. Knütel*, 103.

- 4 3. Si solo una parte de un negocio es nula, el resto puede mantenerse en la medida de lo posible. Se trata de una manifestación del *favor negotii* [8.13].

Lit.: H. H. SEILER, «*Utile per inutile non vitiatur*», en *Fs. Kaser (ante [3.23])*, 127; (un tratamiento amplio) A. STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2006.

Por ejemplo, si en la venta de una finca se produce un disenso en relación con un esclavo, vendido conjuntamente como pertenencia, tal disenso no afecta a la eficacia de la compraventa; la interpretación (en favor del deudor) da lugar a que sea el esclavo que tenía *in mente* el vendedor el que deba ser entregado, Lab.-Paul. D. 18, 1, 34 pr. O alguien formula en una estipulación la siguiente pregunta: «¿prometes dar A?» y la otra parte promete A y B. Ulpiano, aplicando la regla *tot stipulationes quot res* ([se han celebrado] tantas estipulaciones como objetos), piensa que hay que distinguir dos estipulaciones, una eficaz y otra nula, de manera que la eficaz no es menoscabada por la nula, *neque vitiatur utilis per hanc inutilem*, D. 45, 1, 1, 5. Cfr. también Ulp. D. 45, 1, 1, 4 [8.10]. Donde más frecuentemente se decide de este modo a favor de la validez del negocio es en materia de testamento, *favor testamenti* (ejemplo [10.6]).

En relación con estos problemas formularon los juristas medievales la regla *utile per inutile non vitiatur*, que todavía hoy constituye la norma general (§§ 878 ABGB, 20 II OR, cfr. art. 1419 II Cc. it.; 641 I, 1260 Cc esp.). Sólo la idea especialmente acentuada en el siglo XIX de la autonomía privada llevó a que, en un supuesto de nulidad parcial, rija la nulidad total en caso de duda (así, § 139 BGB [diversamente en materia de testamento, § 2085 BGB]; art. 181 Cc gr.; para condiciones nulas también art. 1172 Cc. fr.; 1116 I, pero 792 Cc esp.). Pero esta norma se ha convertido en la excepción en la práctica. No vale por lo demás en los casos del § 306 I (anteriormente 6, I ABGB), 2085 BGB, así como en materia de cheque y letra de cambio. **Lit.:** HKK-DORN, §§ 139-141 [2-5].

4. La nulidad es casi siempre definitiva. Una **convalidación** se admite sólo de manera excepcional (p. ej. *infra* [47.9]; [59.5]). A veces opera la sanación sólo según el derecho pretorio, por ejemplo, si el no propietario ha enajenado una cosa y se convierte después en propietario, el adquirente adquiere en ese momento solamente una propiedad pretoria (*in bonis habere*). Cfr. §§ 185 II BGB; 366 ABGB; art. 239 Cc.gr.; **Lit.:** F. RANIERI, *Alienatio conualescit. Contributo alla storia ed alla dottrina della convalida nel diritto dell'Europa continentale*, Milano, 1974; G. KLINGENBERG, «Partielle Konvaleszenz», en *Beiträge zur antiken Rechtsgeschichte. Fs. A. Kränzlein*, Graz, 1986, p. 53 (respecto de C. 3, 32, 14); A. WACKE, «Die Konvaleszenz der Verfügung eines Nichtberechtigten bei Beerbung durch den Berechtigten», SZ 114 (1997), p. 197; M. HARDER, «Zur Konvaleszenz von Verfügungen eines Nichtberechtigten bei Beerbung durch den Berechtigten», RGuPD, 637; G. H. POTJEWIJD, *Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging en convallescentie*, Deventer, 1998 (rec. H. ANKUM, SZ 118 [2001], 442); G. FINAZZI, «Riflessioni sul rapporto fra convalida e ratifica», en *FHI*, vol. III, 1907. Sobre la convallescencia de la prenda *vid.* [31.17].

La **conversión** de un negocio nulo en otro cuyos presupuestos de eficacia cumple se da en numerosos supuestos: por ejemplo, una *acceptilatio* nula, negocio formal del *ius civile* que sirve para condonar una deuda y opera *ipso iure*, inmediatamente, por la fuerza misma del derecho, puede ser considerada como un pacto informal de remisión, que conforme al derecho pretorio confiere al deudor una excepción de pacto (*exceptio pacti*) o de dolo (*exceptio doli*) si el acreedor reclama a pesar de la condonación nula en cuanto *acceptilatio* (Paul. D. 2, 14, 27, 9; Ulp. D. 46, 4, 8 pr. y 19), *vid infra* [53.19]. Más ejemplos *infra* [68.24]; [76.9].—§ 140 BGB; art. 1424 Cc it. **Lit.:** Chr. KRAMPE, *Die Konversion des Rechtsgeschäfts*, Frankfurt am Main, 1980; HKK-DORN, §§ 139-141 [24-29].

II. NEGOCIOS ILÍCITOS Y CONTRARIOS A LAS BUENAS COSTUMBRES

Lit.: M. KASER, *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht*, Wien, 1977; J. M. J. CHORUS, *Handelen in strijd met de wet: de verboeden rechtshandeling bij de Romeinse juristen en de glossatoren, met enige verhoudingslijnen naar het Nederlandse recht*, Leiden, 1976 (rec. H. ANKUM, SZ 97 [1980] 288).

1. Determinados negocios jurídicos pueden estar **prohibidos** por una norma del derecho escrito o no escrito. Los romanos hacen una clasificación escolar de las leyes distinguiendo *leges perfectae*, que hacen nulo el negocio, *leges minus quam perfectae*, que sancionan con una pena la realización del negocio sin declararlo nulo, y *leges imperfectae*, las cuales no imponen ni la nulidad ni

la sanción (cfr. UE 1, 1/2), sino que dejan en manos del pretor las medidas para la observancia de la ley. Ciertamente, los romanos conocieron también supuestos en los que el negocio prohibido era nulo y además sancionable, pero no formaron a partir de ellos la categoría de las con posterioridad llamadas *leges plus quam perfectae*.—La inclusión de las normas en uno u otro grupo depende, en primer lugar, de la consecuencia jurídica que la misma ley atribuye a su incumplimiento (*sanctio*), pero también de la interpretación. El cumplimiento de las *leges imperfectae* y *minus quam perfectae* es impuesto por el pretor por medio de los recursos de su potestad, frecuentemente, por la concesión de una *exceptio*. Las *leges perfectae* (por ejemplo, la *lex Aelia Sentia, infra* [16.11]) son en general más recientes, y desde Augusto son la regla.

Las bases de la evolución medieval y moderna las proporcionó Teodosio II con la llamada *lex non dubium* (NTh. 9, del 439 d. C.), que atribuye la sanción de la nulidad a todas las leyes prohibitivas, en vigor y futuras, convirtiéndolas en *leges perfectae*. Justiniano recoge esta constitución sin grandes modificaciones (C. 1, 14, 5). En la evolución posterior se partió casi siempre de la nulidad de los negocios contrarios a una norma prohibitiva, aunque hubo voces críticas, sobre todo entre los iusnaturalistas. Sólo con los Pandectistas se considera muchas veces la finalidad de la prohibición transgredida, entendiendo la *lex non dubium* únicamente como regla de interpretación, conforme a la cual, en la duda, hay que tratar como nulos los negocios contrarios a la ley.—§§ 134 BGB; 879 ABGB; 19 II, 20 I OR. **Lit.:** HKK-DORN §§ 134-137 [4-9].

- 8 Se llama *fraus legi facta* (fraude de ley) desde finales de la República a una conducta que es ciertamente conforme con el tenor de la ley, pero que choca con su sentido o finalidad. Este tipo de fraude fue pronto, bien expresamente prohibido, bien frustrado por una interpretación extensiva de la ley prohibitiva (Paul. D. 1, 3, 29). Ejemplos [41.42] y Gai. 1, 46: para evitar las prohibiciones de la *lex Fufia Caninia* [16.11], conforme a la cual quien tenía de 11 a 30 esclavos sólo podía manumitir hasta un tercio de ellos en el testamento, el testador ordena la manumisión de todos su esclavos, en número de veinte, escribiéndolos en círculo: ninguno se hace libre.—H. HONSELL, «*In fraudem legis agere*», en *Fs. Kaser*, 111; O. BEHREND, *Die fraus legis: Zum Gegensatz von Wortlaut- und Sinn Geltung in der römischen Gestezesinterpretation*, Göttingen, 1982; J. SCHRÖDER, *Gesetzesauslegung und Gesetzesumgehung. Der Umgehungsgeschäft in der rechtswissenschaftlichen Doktrin von der Spätaufklärung bis zum Nationalsozialismus*, Padeborn et al., 1985 (desde la Ilustración tardía al Nacionalsocialismo).—Cfr. art 6.4 Cc esp.
- 9 **2. Los negocios inmorales** (*turpia*), contrarios a las buenas costumbres de los antepasados (*contra bonos mores*), son rechazados por los juristas y por los emperadores. La medida de lo correcto no se toma de doctrinas religiosas o filosóficas, sino de la sana moral popular.

Ejemplos: la pena convencional dirigida a forzar la celebración de un matrimonio o su mantenimiento (Paul D. 45, 1, 134 pr.; para el caso de una infidelidad sí se podía pactar una pena convencional, Pap. D. 45, 1, 121, 1; diversamente RGZ 158, 294, 300); la adopción por tiempo limitado (Lab.-Paul. D. 1, 7, 34); la donación de la herencia esperada de un tercero todavía vivo [65.23].

Los negocios formales, como la estipulación, en los que la inmoralidad afecta al contenido y por eso resulta de las mismas palabras empleadas, son nulos conforme al *ius civile* (cfr. Ulp.-Pomp. D. 45, 1, 26/27pr.). Lo mismo rige si el contenido es correcto (p. ej. el pago de una cantidad de dinero), pero la causa es inmoral y se puede conocer a partir del tenor de la expresión formal. En cambio, el negocio es válido cuando la causa es silenciada en la expresión formal, por ejemplo, la estipulación, formulada de manera «abstracta», sólo contiene la promesa de una suma de dinero sin indicación de la causa inmoral; pero el pretor deniega la acción o impide que esta prospere, concediendo (de oficio) una *exceptio doli* (Paul D. 45, 1, 134 pr.; D. 12, 5, 8). Cuando se trata de acciones que nacen de contratos que se enjuician conforme a la *bona fides* y, en parte, en relación con contratos provistos de acción pretoria, no hace falta para impugnarlos la concesión formal de una *exceptio doli, pacti* o *metus* [8.34], porque estas excepciones se consideran inherentes a estas acciones (Gai. D. 18, 1, 35, 2; Pap. D. 22, 1, 5; Ant. C. 2, 3, 6). Presumiblemente esto se extendió ya en época clásica en casos concretos a la *stipulatio*. Sobre condiciones inmorales vid. *infra* [10.6].

§§ 138 BGB; 879 ABGB; 20 OR; art. 131 Cc fr.; 1343 Cc it.; 1271 III, 1275 Cc esp. **Lit.:** Th. MAYER-MALY, «*Contra bonos mores*», en *Fg. Kaser* [8.12], 151. Sobre la evolución posterior, vid. Coing I, 414; II, 447; Helmut SCHMIDT, *Die Lehre von den Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte in historischer Sicht*, Berlin, 1973.

III. FRAUDE DE ACREEDORES

Para la protección contra negocios que alguien realiza *en perjuicio de sus acreedores* (*in fraudem creditorum*), por ejemplo, una persona en peligro de insolvencia dispone de parte de sus bienes a favor de amigos suyos para salvaguardarlos, el pretor ofrece dos remedios: durante el procedimiento de ejecución –en Roma, el concurso– concede una *in integrum restitutio*, con la finalidad de recuperar para la masa del concurso lo recibido por el cómplice en virtud del negocio perjudicial para los acreedores. Concluido el concurso, los acreedores reciben el interdicto restitutorio por fraude (*interdictum fraudatorium*) contra aquél que a sabiendas ha recibido algo en virtud de los actos perjudiciales para ellos del

deudor. Además, también concede el pretor *actiones in factum* contra adquirentes de buena fe de los bienes dados *in fraudem creditorum*.

- 12 En el derecho justinianeo la *in integrum restitutio* y el interdicto se funden en una acción única, que en un texto aislado de Paulo (D. 22, 1, 38, 4) es denominada **actio Pauliana**. Esta acción ha servido de referencia en la tradición romanística medieval y moderna para la impugnación (rescisión) de negocios celebrados en perjuicio de los acreedores. Sigue siendo el fundamento: §§ 129 ss. InsolvenzO, así como (respecto de la anulación de actos de un deudor fuera del proceso de insolvencia) 3 ss. AnfG de 1879/1994; cfr. 1111 Cc esp.

Lit.: H. ANKUM, *De geschiedenis der «actio Pauliana»*, Zwolle, 1962; X. D'ORS, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico*, Roma-Madrid, 1974; G. IMPALLOMINI, «Azione revocatoria, Diritto romano», NNDI 2 (1958) 147 = EL MISMO, *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, 27; EL MISMO, v. «Pauliana actio», RE Suppl. 12 (1970), 1008 = *Scr.*, 217; I. KROPPENBERG, *Die Insolvenz im klassischen römischen Recht. Tatbestände und Wirkungen außerhalb des Konkursverfahrens*, Köln et al., 2001, 171, 224; G. GREVESMÜHL, *Die Gläubigeranfechtung nach klassischen römischen Recht*, Göttingen, 2003 (rec. Harke, TR 72 [2004], 383, 385); N. BENKE, «Slave Infants and Dowries for Defrauded Creditors?», en *Fs. H. Hausmaninger* [9.2], 25; F. KLINCK, «Zum Nachweis der Benachteiligungsabsicht bei fraudatorischen Sklavenfreilassungen», *Symp. Wieling*, 83; D. NÖRR [16.11]; EL MISMO, «P. Haun. III 45 und der verlorene Traktat Modestins», SZ 127 (2010), 53, 88 = *Schr.*, 832; D. A. CENTOLA, «A proposito del consilium fraudis», SD 81 (2015), 361; P. SCIUTO, *Concetti giuridici e categorie assiomatiche: L'uso di rescindere nell'esperaienza di Roma antica*, Torino, 2013, 63.

§ 10. Condición, término, modo, cómputo del tiempo

(RPr. §§ 61, 203)

I. CONDICIÓN

1. a) Los negocios jurídicos pueden adaptarse de antemano al curso incierto del tiempo incluyendo una condición (*condicio*). Se entiende por tal, en el derecho romano y en el derecho moderno, un *hecho futuro e incierto*, de cuyo advenimiento dependen los efectos del negocio. 1

Pero hay puntos de apoyo para una teoría conforme a la cual la condición está referida al negocio jurídico mismo, al «acto jurídico», y no a sus efectos (es lo que W. FLUME, p. 120, piensa que era el punto de vista fundamental de los juristas romanos). La diferencia se aprecia, por ejemplo, en la novación condicionada o en el riesgo en la compraventa (*vid.* [41.22]). **Lit.:** sobre el desarrollo histórico *vid.* B. SCHIEMANN, *Pendenz und Rückwirkung der Bedingung*, 1973 (histórico-dogmático); D. O. EFFER-UHE, *Die Wirkung der condicio im römischen Recht*, Baden-Baden, 2008 (cit. S. HÄNCHEN, *SCDR* 25 [2012], 433); HKK-FINKENAUER, §§ 158-163 [5-18].

Las normas sobre la condición de los códigos civiles modernos siguen de cerca las reglas romanas, *cfr.* §§ 158 ss., 2074-2076 BGB; 696-703, 897-900 ABGB; 151 ss. OR, 482 ZGB; art. 900, 1168 ss. Cc; 1114 ss. Cc. esp; 201 ss. Cc. gr.; 633 ss., 1353 ss. Cc. it.

La condición puede incluirse en un negocio jurídico como «disposición añadida». Los romanos llaman inicialmente *condicio* en sentido técnico sólo a la condición suspensiva, por la cual los efectos del negocio condicionado se producen cuando tiene lugar el hecho que constituye la condición. Pero, sobre todo en fuentes tardías, *condicio* puede tener el significado general de «cláusula contractual». 2

Ejemplo: la promesa de una dote realizada antes del matrimonio se encuentra bajo la condición suspensiva de que se celebre el matrimonio. La condición suspensiva se encuentra ya en el derecho sacro antiguo en el voto a la divinidad (*votum*) para el caso de que se produzca un acontecimiento esperado. En el derecho privado se encuentra la manumisión testamentaria condicionada ya en las XII Tablas (*statuliber, infra* [16.7]).

b) La condición suspensiva puede añadirse a toda clase de negocios, con la excepción de los *actus legitimi*, negocios jurídicos especiales del *ius civile*. Estos negocios que no admiten condición son, por ejemplo, la emancipación de la patria potestad (*emancipatio*), la condonación formal de una deuda (*acceptilatio*), la adición formal de la herencia (*cretio*), la cesión ante el tribunal 3

(*in iure cessio*, [7.16]), cfr. Pap. D. 50, 17, 77. La inclusión de una condición los hace nulos; pero la obligación de una estipulación, aunque esté condicionada, puede extinguirse por *acceptilatio*.

- 4 c) El hecho condicionante puede ser, bien independiente de la voluntad de la persona que se beneficia de los efectos condicionados, bien total o parcialmente dependiente. Por eso distingue la doctrina escolar romana *condicio casualis*, *potestativa* y *mixta* (Iust. C. 6, 51, 1, 7).

La condición suspensiva dependiente del azar aparece en las fuentes normalmente en ejemplos típicos, p. ej., «si la nave llega de África», «si Ticio se hace cónsul», etc. (Inst. 3, 15, 4).—Una condición potestativa se da en la «compra a prueba» (*infra* 41.49-50): «si el comprador aprueba la mercancía comprada». La condición potestativa *negativa*, si la persona beneficiada por el negocio no hace algo, p. ej., si se lega algo a una viuda para el caso de que no vuelva a casarse, no se cumple a veces hasta su muerte. En este caso se le da a la legataria lo atribuido, pero debe prometer con la *cautio Muciana* (inventada por el jurista Q. Mucio Escévola, cónsul en el 95 a. C) devolver lo recibido a los herederos en caso de que actúe en contra de la condición. En el § 2075 BGB se desarrolla esta solución entendiendo que la disposición está sujeta a la condición resolutoria de que el beneficiario lleve a cabo la acción prohibida. *Vid.* también §§ 700, 708 ABGB; art. 638, 639 Cc. it.; 793 I, 800 Cc esp.

- 5 d) Excepcionalmente **se finge** que la condición se ha producido, es decir se da por realizada si la parte a cuyo cargo se realiza el negocio (p. ej., el transmitente o el deudor), frustra el que tenga lugar. Esta solución se desarrolla a partir de las condiciones potestativas establecidas en disposiciones testamentarias. En Iul.-Ulp. D. 40, 7, 3, 16 se concede la libertad a una esclava perteneciente a la herencia, bajo la condición de que dé a luz a tres hijos. Pero el heredero, para conservarla en su propiedad, le da anticonceptivos. Juliano decide que sea inmediatamente libre.

D. 50, 17, 161 (Ulp. 77 *ad ed.*) muestra la extensión de esta solución a otros casos en los que cabe aplicar el mismo principio, algo típico del desarrollo del derecho romano:

In iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset.

Quod ad libertatem et legata et ad heredum institutiones perducitur. Quibus exemplis stipulationes quoque committuntur, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator condicioni pareret.

Se ha establecido en el derecho civil que siempre que el interesado en que una condición no se cumpla haga que no se cumpla, se tenga por cumplida la condición.

Lo cual afecta a las manumisiones, los legados y las instituciones de heredero. También las estipulaciones siguen estos ejemplos, si el promitente provocara que el estipulante no cumpliera la condición.

Lit.: BIANCHI [3.26], 446; O. BEHREND, «Eine Bibliothek wird verkauft! Zum Ursprung der Bedingbarkeit des Kaufs und der Erfüllungsfiktion», en *FHI*, vol. I, 361; STARACE [16.7], 175; S. DI SALVO, «Adempimento fittizio e interesse al mancato avveramento», *Bull.* 105 (2011), p. 135; cfr. también R. KNÜTEL, «Zur sog. Erfüllungs- und Nichterfüllungsfiktion bei der Bedingung», *Juristische Blätter* 98 (1976), 613.

La regla ha llegado hasta los códigos civiles modernos: §§ 162 I BGB; arts. 156 OR; 1178 Cc fr.; 1119 y 798 II Cc esp.; 207 Cc gr.; 1359 Cc it. La regla inversa, más evidente, que el cumplimiento de la condición se tenga por no ocurrido, o en todo caso por no ocurrido todavía, si es provocado contra la buena fe por la persona que se beneficia de ello, se aplica, por ejemplo, en la pena convencional y en la fianza (Serv.-Pomp. D. 4, 8, 40; Serv.-Ulp. D. 22, 2, 8; Mod. D. 46, 1, 41pr.). Cfr. § 162 II BGB; art. 207 II Cc. gr.

e) Son condiciones **impropias** las que consisten en un hecho presente o pasado, imposible o necesario, ilícito o inmoral. Cuando la condición consiste en un **acontecimiento presente o pasado**, le falta al negocio condicionado su característica incerteza, el negocio es inmediatamente eficaz o, si no se da la condición, ineficaz (Pap. D. 12, 1, 37). Si el hecho es **imposible** (p. ej., *si digito caelum tetigerit*, si tocara el cielo con el dedo, Gai. 3, 98), la condición hace nulo al negocio. Pero los sabinianos y los juristas posteriores, por razón del *favor testamenti*, dan validez en este supuesto a la disposición testamentaria y consideran la condición como no puesta (la llamada *regula Sabiniana*, Ulp. D. 35, 1, 3; Inst. 2, 14, 10). En el caso inverso, de condición de necesario cumplimiento (*si digito caelum non attigero*, si no tocara el cielo con el dedo, Inst. 3, 19, 11), se producen inmediatamente los efectos del negocio. 6

Las condiciones **ilícitas e imposibles** hacen nulo el contrato obligacional de buena fe; igualmente, la estipulación cuyo tenor mencione expresamente una condición de este tipo. Otras estipulaciones, por. ej., las realizadas por una razón ilícita o inmoral y formuladas de manera abstracta, siguen siendo eficaces conforme al *ius civile* y son anuladas por la denegación de la acción o por la *exceptio doli* (cfr. Cels. D. 45, 1, 97, 2). En el *legatum per damnationem* [76.5], que tiene eficacia obligacional, y en la institución de heredero, la condición ilícita o inmoral es tratada como la imposible, es decir, se considera como no puesta, de manera que el negocio se mantiene, según la opinión que termina por prevalecer. 7

Cfr. Pomp., Paul., Marci. D. 28, 7, 7, 9; 14; de manera diversa, con la doctrina anterior, Pap. eod. 15.—Las condiciones contradictorias hacen el negocio nulo según el derecho clásico, después se tienen por no puestas también en negocios de todo tipo, Marci. eod. 16. **Lit.:** STAFFHORST [9.4], 76, 105, 190, 209.

No es una condición en sentido propio la llamada condición de derecho (**condicio iuris**), es decir, un presupuesto de eficacia del negocio establecido por el derecho, el 8

cual se entiende por sí mismo y es superfluo; p. ej., si Ticio adquiere la herencia debe dar a Mevio cierto legado, Pomp. D. 36, 2, 22, 1.—Sólo un aspecto de lo mismo es la condición tácita característica del tipo de negocio; así, una promesa de dote depende de la condición tácita de que se celebre el matrimonio (Ulp. D. 2, 14, 4, 2; D. 23, 3, 21; eod. 23 y 43; otros ej. Iul.-Afr. D. 46, 3, 38pr.).

- 9 f) El efecto de la condición suspensiva consiste en que el negocio se encuentra de entrada en una situación de **pendencia** (*condicio pendet*), porque es incierto si la condición se producirá (*existere*), o no (*deficere*). La persona beneficiada condicionalmente por el negocio no adquiere, antes de que se produzca la condición, el derecho que se le atribuye, sino una expectativa transmisibile *mortis causa*, que es tenida en cuenta a múltiples efectos (diversamente, en materia de legados, [76.13]).
- 10 Quien ha transmitido una cosa bajo condición suspensiva o ha manumitido a un esclavo, sigue siendo dueño, por eso puede disponer ulteriormente del objeto; pero si se produce la condición, las disposiciones realizadas entre tanto pierden eficacia en la medida en que sean incompatibles con la condición, y el titular condicional adquiere sin más el derecho que se le atribuyó (cfr. Gai. D. 30, 69, 1; Marci. D. 20, 1, 13, 1). Si se crea un crédito bajo condición suspensiva, el acreedor no tiene ningún derecho a la prestación antes de que se produzca la condición, lo pagado antes en cumplimiento, erróneamente, puede ser reclamado (con la *condictio*, Pomp. D. 12, 6, 16 pr.). Pero nace ya, ciertamente, una obligación susceptible de *novatio* y *acceptilatio* (cfr. Ulp. D. 46, 2, 14, 1; Pomp. D. 46, 4, 12), que puede ser asegurada por prenda. Los detalles, tratados en parte de manera casuística, eran discutidos; Justiniano ha reforzado en casos singulares los efectos previos del negocio condicional. Un efecto plenamente retroactivo del cumplimiento de la condición al momento de la celebración del negocio no lo ha admitido, manifiestamente, tampoco Justiniano, a pesar de Pomp. D. 46, 3, 16 y otros. **Lit.:** A. WACKE, «Die Konstruktion des Anwartschaftsrechts aus bedingter Übereignung und der *favor dotis* bei Ulp. D. 23, 3, 9, 1», en *Fs. Huwiler* [4.14], 651; M. ARMGARDT, «Zur Rückwirkung der Bedingung im klassischen römischen Recht und zum stoischen Determinismus», *TR* 78 (2010) 341.
- 11 2. Cuando hay una condición **resolutoria** se producen inmediatamente los efectos del negocio desde su celebración, pero decaen si se realiza la condición. Conforme a la opinión dominante desde el Derecho común, los juristas clásicos no entendieron la condición resolutoria como modalidad independiente de condición, sino como pacto de resolución, sujeto a condición suspensiva, unido al negocio principal. **Lit.:** W. FLUME, 147; G. JAHR, «Auflösende Bedingungen und Befristungen im klassischen römischen Recht», en *Fs. H. Niederländer*, Heidelberg, 1991, 27, pero también PETERS (*infra* [41.50]), 93, 164; KASER, *RPr.* I², 257; ZIMMERMANN, 731; P. PICHONNAZ, «La condition résolutoire avec effet réel», en *FHI*, vol. VI, 4259; EFFER-UHE [10.1].

Las obligaciones de derecho estricto del *ius civile*, en particular la estipulación y los legados, no permitían una limitación temporal. Pomp. D. 30, 55 subraya que las obligaciones del heredero en virtud de los legados no pueden extinguirse en virtud de término o condición, y en Inst. 3, 15, 3 se acentúa que «no puede deberse por algún tiempo». Sin embargo, si en el legado o la estipulación se incluía una cláusula sobre la extinción de la obligación, el pretor le daba eficacia por medio de la excepción de pacto (*exceptio pacti*) o de dolo (*exceptio doli*), cfr. Paul. D. 44, 7, 44, 2; de manera que la obligación no se extinguía *ipso iure*. 12

Los juristas romanos partieron de esta idea, claramente –si bien se trata de una materia muy debatida– también en las acciones libres, en las que las excepciones de dolo y pacto eran tenidas en cuenta por el juez sin más [33.16]. En este terreno se plantean problemas sobre todo respecto de las llamadas reservas de resolución en la compraventa (reserva de mejor comprador, pacto de ley comisoria, compra a prueba, *infra* [41.49-50]). Sobre el pacto de ley comisoria es instructivo. 13

D. 41, 4, 2, 3 (Paulo, 54 *ad ed.*)

Sabinus, si sic empta sit, ut, nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inempta res fieret, non usucapturum nisi persoluta pecunia. Sed videamus, utrum condicio sit hoc an conventio: si conventio est, magis resolvetur quam implebitur.

Dice Sabino que si se compró con la cláusula de que, si el precio no estuviera pagado en una fecha determinada, se deshiciera la compra, no se podrá usucapir, si no se pagó el precio completo. Pero examinemos si se trata de una condición o de un pacto. Si es un pacto, se resuelven los efectos de la compraventa, más bien que el que entren en vigor con el cumplimiento de la condición.

Se vendió una cosa ajena con pacto de ley comisoria, el comprador sólo podía adquirir la propiedad, por tanto, en virtud de usucapión. Si el jurista clásico-temprano Sabino afirmaba que se daba la *iusta causa* requerida [25.9] desde que el precio estaba pagado, tiene que haber comprendido la ley comisoria como condición suspensiva; sólo con el pago era eficaz la compra y constituía una *iusta causa*. El jurista tardo-clásico Paulo sostiene, en cambio, que depende de cómo se interprete la cláusula. Si es una *conventio*, la compraventa es eficaz inmediatamente y comienza la usucapión, la cual continúa hasta que el vendedor, en virtud de este pacto resolutorio bajo condición suspensiva, resuelve la compra. Como los romanos todavía no conocían la resolución como «derecho potestativo», la condición incluida en el pacto de disolución es entendida como una condición suspensiva potestativa [10.4] en favor del vendedor (cfr. Pomp. D. 18, 3, 2 [8.10]).

La condición resolutoria no es conciliable con la concesión de determinados derechos absolutos, como la libertad, la patria potestad, las servidumbres pre- 14

diales y el derecho a la herencia, porque se considera inadmisibles que estos derechos se encuentren de antemano limitados en el tiempo (Paul. D. 40, 4, 33 s.; Lab.-Paul. D. 1, 7, 34). Pero también en este terreno buscan los juristas, para dar eficacia a los límites temporales pactados, una salida de derecho honorario mediante la *exceptio pacti* o *doli* (Pap. D. 8, 1, 4 pr.).

- 15 De todas formas, hay algunos casos en los que la idea de una condición resolutoria es reconocible. Así, el usufructo, que en principio está temporalmente limitado hasta la muerte del usufructuario, podía constituirse sobre un esclavo hasta el momento en que el propietario lo manumitiera. Como con la manumisión se extingue el usufructo, debe entenderse esa condición como potestativa resolutoria (Ulp. D. 7, 4, 15, cfr. Lab.-Iav. D. 33, 2, 30 pr.). Además en el testamento del soldado cuyo tratamiento, ciertamente, se caracteriza precisamente por sus irregularidades [67.8], era posible una institución de heredero por un tiempo determinado o hasta que se produjera una condición resolutoria (Ulp. D. 29, 1, 15, 4).
- 16 De naturaleza semejante es la venta con el pacto *ut servus exportetur* (el esclavo debe ser sacado del país, pues el vendedor teme de él asechanzas contra su vida); *ne serva prostituatur* (que no se prostituya a la esclava): en estos casos el negocio se celebra como puro –sin condición– pero el vendedor recibe, si se incumple el pacto, un derecho real de naturaleza peculiar a apoderarse del esclavo (*manus iniectio*), que le devuelve la propiedad. Cfr. Pap. vat. 6; Paul. D. 18, 7, 9. Se trata de «limitaciones de disposición» de efecto real, es decir, que operan frente a terceros adquirentes, que tienen su origen presumiblemente en *leges mancipio dictae* [7.9].—Conforme a la concepción actual, la autonomía privada no puede ir tan lejos que defina el destino jurídico de una cosa con efectos también frente a terceros adquirentes, sacándola en la práctica del tráfico jurídico, §§ 137 BGB (*Motive z. BGB*, vol. 3, 1888, 77); 364c ABGB. **Lit.:** M. KASER, *RRQ*, 173, 184, también 70, 75; M. WIMMER, «Konstruktionen gebundenen Eigentums», en *Fs. Hausmaninger* [9.2], 341. Vid. también [41.52].

II. TÉRMINO

- 17 Cuando se incluye un plazo o término (*dies*), determinados efectos de un negocio se hacen depender de un acontecimiento futuro que *con seguridad* se producirá. Sólo el momento preciso, cuándo ocurrirá, puede, o bien estar determinado (**dies certus an et quando*, un día que es seguro que llegará y cuándo lo hará, p. ej., un día del calendario), o bien estar indeterminado (*dies certus an, incertus quando*, un día que es seguro que llegará, pero es incierto cuándo, por ej., el día de la muerte de una persona). Conforme a lo cual, pertenecen a la condición los casos de determinación de un día como *incertus an et quando* –incierto si llegará y cuándo lo hará–, o como *incertus an certus quando* –esto

último, cuando se dé una circunstancia incierta en una fecha concreta-. El término sigue en general las mismas reglas que la condición.-§§ 163 BGB, 704-706 ABGB, art. 1185 Cc fr., 210 Cc. gr.; 1125 Cc esp.

El término **suspensivo** (*término inicial*) hace ineficaz al negocio si se trata de un *actus legitimus* (*supra* [10.3]). En cambio, si se incluye en una institución de heredero, el término se tiene por no puesto y el instituido se hace heredero inmediatamente [68.8]. La enajenación, manumisión, etc. bajo término suspensivo, hacen nacer, igual que en el supuesto de la condición, una expectativa. En cambio, si un deudor se ha obligado a cumplir en una fecha futura, surge ya normalmente una obligación transmisible y sólo el vencimiento se aplaza hasta la llegada del término, de manera que el crédito se pueda reclamar entonces (Inst. 3, 15, 2).-El plazo **resolutorio** (*término final*) se comprende en principio como pacto de resolución bajo término suspensivo y se admite, en general, en los mismos supuestos que el suspensivo. Se excluye también completamente en determinados casos; en otros, su llegada opera sólo en el plano del derecho honorario, liberando por medio de la *exceptio* (*supra* [10.11-15]).

III. MODO

El modo o carga, *modus* (sólo con Justiniano término técnico, C. 6, 45), limita una donación, manumisión o disposición testamentaria, prescribiendo al beneficiario del negocio una determinada conducta. 19

Por ejemplo, el donatario deberá manumitir en un momento posterior al esclavo donado, el manumitido o el legatario de una cantidad de dinero deberá cuidar la tumba del testador; Iav. D. 35, 1, 40, 5; Ulp. D. 40, 5, 7.

De manera distinta a lo que ocurre con la condición, en estos supuestos la adquisición del derecho atribuido, o de la libertad, no se difiere hasta el cumplimiento del modo. Los clásicos se expresan a estos efectos de manera distinta a como lo hacen respecto de la condición. En esta «se atribuye algo, si...», en el modo «se atribuye algo, para que...» Además, los clásicos hacen depender del tipo de negocio que el cumplimiento del modo pueda ser exigido. Justiniano favorece al modo, el cual se utiliza frecuentemente en interés de la Iglesia; obliga a su cumplimiento con carácter general, reforzando la posibilidad de restitución de lo atribuido en caso de que el modo no se cumpla. 20

El donante podía asegurarse el cumplimiento del modo por el *pactum fiduciae* en la mancipación o por medio de una estipulación. Además, se podía reclamar la devolución de lo donado o dispuesto *mortis causa* en caso de no ejecución del modo con la *condictio ob rem dati*, con independencia de que se hubiera pactado expresamente la devolución (cfr. Alex. C. 4, 6, 2). Si el modo consiste en una prestación a un tercero, ya el de- 21

recho clásico da en casos concretos al tercero una *actio utilis* para reclamarla (Diocl. Vat. 286 = C. 8, 54, 3, año 290). Igualmente concede ya el derecho clásico imperial a la persona favorecida por el modo la *actio praescriptis verbis* para exigir su cumplimiento (C. 8, 53, 9). **Lit.:** M. TALAMANCA, «Diocl. C. 8, 54, 3 = FV 286: *Donatio sub modo, datio ob rem* e contratto a favore di terzi», en *Studi Metro*, vol. VI, 249.

IV. CÓMPUTO DEL TIEMPO

- 22 Para la determinación de los plazos se tienen en cuenta dos posibilidades. La primera parte del momento concreto del día inicial, p. ej., las 15:00 horas, de manera que el tiempo corre hasta ese momento del día final. Este modo, llamado «cómputo natural», se utiliza únicamente en Ulp. D. 4, 4, 3, 4 para el cálculo de la edad a partir de la cual el menor ya no podrá pedir la *in integrum restitutio* por haber sido engañado. Tiene la ventaja de la precisión, pero no es adecuado para el tráfico jurídico habitual. Pues respecto de los hechos relevantes para el derecho, salvo los de carácter extraordinario, se tiene en cuenta el día, pero no la hora y aun menos el minuto. Por eso los romanos, en el cálculo de los plazos, utilizaron como unidad mínima de tiempo el día, desde la media noche hasta la media noche siguiente; es el llamado «cómputo civil». En el marco de este cálculo surge el problema de si el día en el que se produce el acontecimiento (*dies a quo*) se incluye en el cálculo del plazo o no. Los juristas romanos distinguen según lo que es más ventajoso para la persona favorecida conforme a la norma aplicable (en la usucapición, p. ej., para el adquirente); de manera que concretan el principio práctico racional del cómputo civil siguiendo dos reglas: si hay peligro de una pérdida de derecho, p. ej., si un acto debe realizarse en un plazo determinado, éste comienza a correr sólo a partir de la media noche próxima (*dies a quo non computatur*, cfr. Paul. D. 50, 17, 101). En cambio, si se trata de supuestos de adquisición de derechos, la media noche anterior se considera determinante, así, p. ej., la capacidad testamentaria en el día en que se alcanza la pubertad se obtiene antes de la hora en que se produjo el nacimiento (Ulp. D. 28, 5; Paul. D. 50, 16, 134; vid. también [58.37]).—§§ 186 ss. BGB; 902, 903 ABGB; 76 ss. OR; art. 1187, 1263 Cc. it.; 240 ss. Cc. fr.; 5, 1130 Cc. esp.—**Lit.:** M. SCHMITZ, *Die Fristberechnung nach römischem Recht, zugleich ein Beitrag zu den Grundlagen der §§ 187-193 BGB*, Hamburg, 2002. Cfr. también (sobre *modicum tempus*), G. KLINGENBERG, «Das *modicum*-Kriterium», *SZ* 126 (2009), 187, 235-277, además, A. G. BUSTELO, «*Annus inceptus pro completo (non) habetur?*», en *St. Metro*, vol. I, 2009, 255.

§ 11. Representación, órganos de actuación, titularidad fiduciaria

(RPr. §§ 62, 204)

I. GENERALIDADES

Lit.: A. CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung im römischen Privatrecht*, Berlin, 1973, y M. KASER, «Stellvertretung und notwendige Entgeltlichkeit», *SZ* 91 (1974), 146, 200; H. WIELING, «Drittwirkung des Mandats und ähnlicher Rechtsverhältnisse», *MuV*, 235; J. HOFSTETTER, «Direkte Wirkungen indirekter Stellvertretung», en *Mél. Wubbe*, Fribourg, 1993, 161; A. WACKE, «Von der Reeder- und der Betriebsleiterklage zur direkten Stellvertretung», *SZ* 111 (1994), 281 con apéndice bibl. 356; ZIMMERMANN, 45; TH. FINKENAUER, «Direkte Stellvertretung bei Stipulationen?», *SZ* 125 (2008), 440. Sobre la evolución posterior, COING I, 423; U. MÜLLER, *Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter*, Stuttgart, 1969; RANIERI [5.1], 462.

La representación **directa**, según la concepción vigente en la actualidad, es la representación en sentido técnico, en virtud de la cual la realización de un negocio jurídico *en nombre de* otra persona da lugar a que los efectos del negocio se produzcan en la persona del *representado*; se trata de una idea relativamente reciente en el derecho privado occidental. La idea de que los efectos de un acto jurídico deben producirse para otra persona independiente, distinta de la que ha actuado, presupone una capacidad de abstracción jurídica muy desarrollada. Esta representación en sentido propio no encontró su conceptualización actual hasta el siglo XIX; sin embargo se basa en puntos de apoyo ofrecidos por el Digesto, p. ej., Ulp. D. 3, 5, 5, 3: «si le doy un préstamo a tu administrador para que pague a tus acreedores, tengo contra ti la acción de gestión de negocios ajenos [42.21], contra el administrador, con quien he concluido un mutuo, no tengo acción». A partir de estos puntos de apoyo se desarrollaron pronto en el *ius commune* ciertas regulaciones parciales, en especial, en el terreno de las relaciones comerciales. Así, el texto de Escévola D. 14, 3, 20 sirvió a los juristas del *ius commune* para liberar de responsabilidad a las personas dependientes cuando concluían contratos en nombre del principal (lo cual se estableció en Florencia en 1393 en virtud de norma estatal). Cfr. también GROTEN [17.3], 317 y [44.11].

Los derechos antiguos, también el romano, se han servido de otras construcciones mentales para posibilitar la actuación en el mundo jurídico por medio

de otras personas: actos realizados por otros en cuanto órganos propios, titularidad fiduciaria y representación *indirecta*. El representante **indirecto** realiza el negocio en nombre propio y con efectos para su propia persona; el paso de los efectos jurídicos del negocio del representante al representado se produce en virtud de la *relación interna* entre ellos.

Ejemplo: A actúa como representante *directo* de B (conforme a un ordenamiento jurídico que reconoce la representación directa), comprando en nombre de B a C una cosa que le es transmitida: B (siempre que A tenga realmente la representación de B) se convierte automáticamente en propietario de la cosa y resulta deudor del precio frente a C. Si actúa, en cambio, A como representante *indirecto*, y por ello en su propio nombre, A es el que adquiere la propiedad de la cosa y el que debe el precio a C. En virtud de la relación interna entre A y B, p. ej., del mandato que recibió A de B, resultará que, después, A tendrá que transmitir la cosa a B y éste tendrá que pagarle el precio de la compra. La representación indirecta de A respecto de B no necesita ser conocida por C, ya que los efectos del negocio solo afectan a A.

II. ÓRGANOS DE ACTUACIÓN

- 3 La actuación por medio de *órganos dependientes* es conocida en el derecho romano desde antiguo, pero en el derecho privado tuvo un alcance limitado.

La idea de «órgano de actuación» no fue formulada por los romanos, surgió en la doctrina moderna de la persona jurídica (*infra* [17.1-2]), pero resulta una forma mental utilizable para hacer comprensibles las situaciones jurídicas de las que tratamos aquí. Se basa en la idea de que una persona se sirve de otra dependiente de ella para sus actos jurídicos, de manera semejante a como el ser humano individual actúa con sus propios miembros. El órgano es un «instrumento animado», un «brazo prolongado», como —conforme a la idea romana y también moderna— el mensajero (*nuntius*), que transmite una declaración *ajena*, y se utiliza sólo respecto de negocios informales, como la celebración del matrimonio (Pomp. D. 23, 2, 5), compraventa (Paul. D. 18, 1, 1, 2), pacto informal (Paul. D. 2, 14, 2 pr.), etc. Pero la idea de los romanos va más allá del mensajero, pues comprende supuestos en los que el dependiente en mayor o menor medida está autorizado a actuar por decisión propia. Crítico al respecto, FINKENAUER (*ante* [11.1]).

Fuera del derecho privado la actuación por medio de órganos está muy extendida desde época temprana: el Estado romano (*populus Romanus*, *infra* [17.5]) actúa mediante sus magistrados, las divinidades —en determinados casos— mediante sus sacerdotes.

Respecto de la actuación por medio de órganos en el derecho privado hay que distinguir entre la *adquisición de derechos* y el *obligarse* por otros. En cambio, el tratamiento de los *actos de disposición* por otros no tiene nada que ver con la idea de actuación mediante un órgano (*infra* [11.15]).

1. a) **Adquirir derechos** es posible en Roma sólo mediante los propios 4
hijos y los esclavos [15.9], no mediante personas no sometidas a potestad. Los hijos de familia, a los que se equipara la esposa cuando está bajo la potestad marital (*uxor in manu*), y los esclavos son desde siempre incapaces de tener un patrimonio, no pueden tener derechos patrimoniales. Capacidad patrimonial tiene sólo el *paterfamilias*. Cualquier cosa que adquieran los sometidos a potestad, ya por negocio formal, en la medida en estén legitimados para realizarlos, ya por acto informal o de cualquier otro modo, va a parar necesariamente al patrimonio del titular de la potestad. No depende de que actúen en nombre de este último, normalmente, ni siquiera de que lo sepa o lo quiera el mismo. Más detalles en Gai. 2, 86-94; 3, 163-167a; Inst. 2, 9, y 3, 28.

Si el sometido a potestad tiene un *peculium* (sobre esta masa de bienes vid. *infra* [15.7]), se distingue, sin embargo, si la adquisición va a parar al peculio o será parte del resto del patrimonio del titular de la potestad.

Lit.: W. KRÜGER, *Erwerbszurechnung kraft Status*, Berlin, 1979; F. KLINCK, *Erwerb durch Übergabe an Dritte nach klassischem römischem Recht*, Berlin, 2004, 40, 189 (con F. STURM, SZ 125 [2008], 790).

b) Una adquisición de derechos por medio de personas *libres de potestad* que 5
no se encuentren en una relación orgánica de dependencia con el representado, no es normalmente posible (igual que el *contrato en favor de tercero* en sentido propio, *infra* [35.6]): *Per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest*, mediante personas libres, que no se encuentran en nuestra potestad, no puede ser adquirido nada para nosotros, PS 5, 2, 2; Gai. 2, 95; Inst. 2, 9, 5; C. 4, 27, 1 pr. Una excepción conoce el derecho clásico con el *administrador patrimonial* libre (*procurator*), y probablemente también con el tutor, que pueden adquirir la posesión para el representado y, en la medida en que la posesión es requerida para la adquisición de la propiedad, también esta última (cfr. Gai. 2, 95, leyendo: *per procuratorem*; 3, 103; Ner. D. 41, 1, 13 pr./1; C. 7, 32, 1; Inst. 2, 9, 5). Algunos juristas tardo-clásicos permiten la adquisición de la posesión y, por medio de ella, la adquisición de la propiedad a personas distintas del *procurator* y del tutor; Justiniano confirmó esta tendencia. Cfr. también Pomp. D. 41, 1, 53; Ulp-D. 13, 5, 5, 9.

La excepción respecto del *procurator* se explica porque el administrador del patrimonio que solían tener los ricos era normalmente un liberto propio, el cual era todavía muy dependiente de la persona que le había manumitido a finales de la República (*infra* [16.12]) y por eso era considerado como un mero instrumento de adquisición, semejante a un esclavo propio. El poder de actuar como representante indirecto del

patrón, lo recibía por la simple orden (*iussum*) dada por este. Sin embargo, desde que los libertos obtuvieron una independencia cada vez mayor y desde que también «ingenuos» fueron nombrados procuradores, estos se obligan, primero, por la gestión de negocios sin mandato (*negotiorum gestio* [44.13]), y más tarde en virtud del mandato [44.6-8]. Las facultades del procurador se rigen por el poder que le ha dado el dueño del negocio; pueden comprender disposiciones sobre los bienes administrados (con excepción de los actos formales del *ius civile*), la adquisición ya mencionada de la posesión y la propiedad, la litigación en relación con los bienes confiados, y desde época tardo-clásica y con ciertos límites la posibilidad de contraer obligaciones por acto negocial [11.8 *i. f.*]. Quien actúa en un negocio ajeno como apoderado sin serlo, es un *falsus procurator* (*vid.* p. ej, Pap. D. 47, 2, 81, 5) y responde con la acción de gestión de negocios; sin embargo, deberá satisfacer daños y perjuicios al interesado solo en caso de conocer que el negocio era ajeno [44.9]. Respecto del tutor, *vid.* [11.10-12]. **Lit.:** *vid.* [11.4]; A. MILAZZO, *Falsus procurator. Ricerche sull'evoluzione del concetto di falso rappresentante*, Bari, 2012.

- 6 c) Un caso especial es el del esclavo aparente (*bona fide serviens*), es decir, una persona libre que sirve a un poseedor que se cree dueño (cfr. Gai. 41, 1, 10 pr.). El caso no era nada raro. Se explica porque ciudadanos romanos empobrecidos, que no podían o no les dejaban ganarse la vida por medio de un trabajo dependiente, se entregaban como esclavos y trabajaban como esclavos en casas ricas, a menudo en una situación más agradable y segura que el medio social de los estratos marginales de la ciudadanía. Quizás era también un medio de evitar el llamamiento al servicio militar.
- 7 En relación con la adquisición por medio del *bona fide serviens*, rige que todo lo adquirido por medio del patrimonio del poseedor de buena fe o por su propio trabajo va a parar a su poseedor; en cambio, cualquier otra adquisición, por ej. por herencia o legado, le pertenecía a él, Gai. 2, 92 = Inst. 2, 9, 4. Esto se explica como aplicación de la regla que atribuye al poseedor de buena fe los frutos de la cosa [26.6], en este caso el beneficio resultante del trabajo del esclavo aparente. **Lit.:** KRÜGER [11.4], 92; A. SÖLLNER, *Irrtümlich als Sklaven gehaltene freie Menschen und Sklaven in unsicheren Eigentumsverhältnissen: «homines liberi et servi alieni bona fide servientes»*, Stuttgart, 2000; EL MISMO, «*Bona fides – guter Glaube*», SZ 122 (2005), 50, 55; KLINCK [11.4], 78.
- 8 **2.** Las **obligaciones** que nacen de negocios jurídicos o actos semejantes vinculan según el *ius civile* solamente a la persona que los ha realizado. En cambio, la iniciativa creadora del pretor concede al acreedor, en determinados supuestos, acciones contra el titular de la potestad por actos obligacionales realizados por hijos de familia y esclavos: son las llamadas **acciones adyecticias** (con detalle *infra* § 49). Se basan estas acciones en que la persona dependiente, bien ha sido apoderada por el titular de la potestad para realizar el acto que crea la obligación, bien ha sido puesta públicamente como encargada de realizar determinadas tareas, bien ha recibido un *peculium*, bien, por último,

ha dado lugar de otra manera a un enriquecimiento del titular de la potestad (**versio in rem*, entrada en el patrimonio). La responsabilidad del titular de la potestad por las deudas de determinadas personas dependientes, puestas al frente de una actividad económica, se da incluso cuando estas son sujetos libres o esclavos ajenos. Esta responsabilidad «adyecticia», es decir, añadida, se basa igualmente en la idea de dependencia orgánica. Pero la responsabilidad no se produce, como en la representación en sentido propio, en lugar de, sino junto a la propia responsabilidad del dependiente.

Al final de la época clásica se restringe, por una parte, la responsabilidad de la persona que realiza el negocio (*supra* [11.1]); por otra, se amplían los casos en los que una persona independiente, obligándose conforme a la voluntad del interesado en el negocio, da lugar a que este último quede igualmente obligado, en particular, en la decisión de Papiniano, celebrada por Rabel como «timbre de gloria», de D. 14, 3, 19 pr. (*infra* [49.14]). Ambos desarrollos hacen avanzar la idea de la representación.

3. En la práctica **postclásica** se reconoció con mayor amplitud la actuación 9
negocial por medio de representantes independientes. Pero Justiniano sólo recogió algunas de sus aplicaciones.

En el derecho postclásico cualquier persona independiente puede adquirir derechos de todo tipo para otro contando con su autorización previa o ratificación posterior. También se amplía algo el círculo de los que pueden vincular al representado en virtud de los negocios obligacionales que realizan. Además, las personas dependientes que celebran el negocio obtienen ahora una capacidad patrimonial limitada, de manera que se les puede reclamar. Esto se aplica en particular para los hijos de familia, y también, de manera limitada, para personas en situación semejante a la esclavitud, como los colonos [16.18]; respecto de los esclavos en sentido propio, solo excepcionalmente.— En el derecho justiniano, en cambio, la adquisición por medio de personas independientes, también distintas del *procurator*, vuelve a limitarse a la adquisición de la posesión y, mediante la posesión, de la propiedad (Inst. 2, 9, 5). La responsabilidad adyecticia por los negocios obligacionales se amplía en casos concretos (*infra* [49.10-11]). Yendo más allá de los avances clásicos aislados, en los casos en los que un hijo de familia o un esclavo se han obligado en virtud de una orden o autorización (*iussum*), se considera ahora al titular de la potestad mismo como parte del contrato y se concede al acreedor, junto a la acción adyecticia, también la acción contractual ordinaria (Inst. 4, 7, 8).

III. TITULARIDAD FIDUCIARA

La posición del tutor (*tutor*) y del curador (*curator*) frente a las personas a las 10
que protegen no deriva de su consideración como órganos de estas últimas,

sino que se basa en la idea de una titularidad fiduciaria de los primeros, la cual explica:

11 **1.** que pueden disponer por derecho propio (*domini loco*, en lugar del dueño) sobre derechos patrimoniales de sus protegidos (Paul. D. 26, 7, 27; cfr. *infra* [62.17]).

12 **2.** que el tutor al menos puede adquirir para el pupilo posesión y propiedad (*supra* [11.5]). Las demás adquisiciones, sin embargo, tenían que procurárselas a sus protegidos, tanto el tutor como el curador, de modo indirecto, de manera que primero adquirirían ellos mismos y después transmitían lo adquirido a sus representados (cfr. *infra* [62.17]). Pero el pretor, cuando se extingue la relación de protección, concede a la persona protegida las acciones que correspondían al tutor o curador como *actiones utiles*, cfr. Ulp. D. 26, 9, 2.

Análogamente, el *empresario* disponía, como *actiones utiles*, de las acciones nacidas de los créditos obtenidos por su factor (*institor*) independiente (*infra* [49.3] y [13-14]); Ulp. D. 14, 3, 1 *i.f.* con Gai. *eod.* 2, cfr. Ulp. D. 14, 1, 1, 18.

13 **3.** Inversamente, el pretor concedía al acreedor *actiones utiles* contra la persona protegida, por los negocios obligacionales que el tutor o el curador hubiesen celebrado en interés de aquella. Cfr. Ulp. D. 21, 2, 4, 1; 26, 7, 9 pr.

14 El conflicto de intereses hoy conocido como «*autocontrato*», consistente en que el representante realiza en nombre del representado un negocio consigo mismo y en nombre propio («negocio consigo mismo»), o en nombre del representado consigo mismo y en nombre de un tercero («representación múltiple»), se puede dar no solo en la representación directa, sino también en la indirecta [11.1-2]. En Roma se planteó a propósito del tutor. Ya en época republicana hubo dos prohibiciones fundamentales: en primer lugar, *tutor in rem suam auctor fieri non potest*, el tutor no puede dar ninguna autorización formal (*auctoritas*) al pupilo respecto de un acto que le afecta a él mismo (Ulp. D. 26, 8, 1 pr.; Gai. 1, 184; Inst. 1, 21, 3); en segundo lugar, *tutor rem pupilli emere non potest*, el tutor no puede comprar cosas del pupilo (Paul. D. 18, 1, 34, 7; Ulp. D. 26, 8, 5, 2). Sin embargo, se establecieron excepciones razonables, p. ej., para el caso de adquisición en pública subasta, para el caso de la aprobación de un cotutor o de la ratificación por parte del pupilo que ha alcanzado la pubertad.

Era admisible la autoliberación del tutor por pago de sus propias deudas al pupilo (por la tutela estaba el tutor incluso obligado al cobro a favor del pupilo de sus propias deudas), como también inversamente podía satisfacer sus propios créditos frente al pupilo cobrándose del patrimonio de este.—La «representación múltiple» no encontró reparos en principio (Marcell. D. 26, 8, 15;

Scaev. eod. 20: *auctoritas* para pleito entre dos pupilos del mismo tutor y para división de la herencia).

§§ 181 BGB, también 400 HGB; 271, 272 antigua redacción y nueva redacción, también 1009 ABGB; art. 450 ap. 3, 1596 Cc. fr.; 235 Cc. gr.; 1395 Cc. it.; 162-3.º, 163, 1459 Cc. esp.—**Lit.:** A. WACKE, «Selbstkontrahieren im römischen Vertretungsrecht», en *Fg. Kaser* [8.12], 289; EL MISMO, «Tilgungsakte durch Insichgeschäft», *SZ* 103 (1986), 223; CL. SCHOTT, «Das Insichgeschäft des Stellvertreters im gemeinen Recht», en *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Fs. Coing*, vol. I, München, 1982, 307.

IV. ACTOS DE DISPOSICIÓN

Finalmente, no se basa en la idea de actuación por medio de un órgano el que los romanos reconocieran la eficacia de ciertos negocios dispositivos sobre derechos ajenos si se realizaban con la aprobación previa o posterior del titular de los derechos. Esto vale especialmente también para las disposiciones de las personas sometidas a potestad sobre derechos del titular de la potestad. Si los objetos sobre los que se dispone pertenecen al peculio del disponente y este tiene la libre disposición del peculio (*administratio*), hay una autorización general que implica normalmente la aprobación de las disposiciones (pero no de donaciones o concesiones de mutuo contra el *SC Macedoniano* [39.7]), cfr. *infra* [25.7, 10]; [60.16]). **Lit.:** A. WACKE, «Die libera administratio peculii», en *Symp. Wieling*, 251.

Las disposiciones sobre derechos de otras personas por medio de actos formales civiles, p. ej., por *mancipatio* o *in iure cessio*, o bien no eran en general admitidas, o bien lo eran excepcionalmente: así, cuando el padre autoriza al hijo para realizar la *manumissio vindicta*, cuyo formalismo se había difuminado, *infra* [16.2], Paul. D. 40, 9, 15, 1). En cambio, los actos de disposición informales (*traditio*, pignoración, condonación informal, etc.) podían ser realizados por un no titular, aunque no tuviera ninguna relación de dependencia respecto del titular, si bien este último tiene que autorizar de modo informal previamente el acto de disposición, o bien ratificarlo *a posteriori* (*ratum habere, ratihabito*). Cfr. Gai. D. 41, 1, 9, 4 = Inst. 2, 1, 42; Paul. D. 13, 7, 20 pr.; Marci. D. 20, 2, 5, 2 (alguien, cuya cosa había pignorado un deudor, garantiza como fiador la deuda de este último, ratificando la pignoración). Respecto de la transmisión de la cosa pignorada por parte del acreedor, su validez se funda en el acuerdo de venta concluido con la prenda (Gai. 2, 64; *infra* [31.35]). Por lo demás, los juristas distinguen, como también el § 185 BGB y la regulación de la representación, la «relación interna», p. ej., un mandato, y la aprobación o autorización (*iussum*) en virtud de la cual la persona autorizada dispone con eficacia inmediata sobre el derecho del que

■ § 11. REPRESENTACIÓN, ÓRGANOS DE ACTUACIÓN, TITULARIDAD FIDUCIARIA

aprueba o autoriza (WIELING, *MuV*, 236). **Lit.:** A. KACPRAK, *La «ratihabito» nel diritto romano classico*, Napoli, 2002; A. WACKE, «*Ratum habere...*», *SZ* 121 (2004), 44 (también sobre M. DE FILIPPI, *Ratihabito*, Bari, 2002).

Una disposición sobre un crédito ajeno es posible de distintas maneras: 1. Alguien cumple una deuda ajena por orden del deudor (Cels. D. 46, 3, 67 en la 2.^a parte; Paul. D. 12, 6, 6 pr./3). Hay que distinguir este supuesto del «pago por un tercero» (*infra* [53.4]), en el cual la prestación no se realiza como prestación del deudor sino del que la realiza.—2. Alguien paga a un tercero por orden del acreedor (Paul. D. 12, 6, 6, 2; Afr. D. 46, 3, 38, 1).—3. Alguien nova un crédito ajeno con autorización del que era acreedor hasta el momento de la novación (Paul. D. 3, 5, 58). Más detalles en KASER (*ante* [11.1]), 200.—Sobre convalecencia, *vid.* [9.5].—En todos estos casos no se trata en general de una actuación en nombre del titular.

§§ 185 BGB; 456 ABGB; 38 OR de manera análoga; art. 1259 II, 1727 II Cc esp. **Lit.:** [9.5].

CAPÍTULO II

DERECHO DE PERSONAS

§ 12. Persona y familia

(RPr. §§ 11 II-IV, 12, 13, 63, 205)

Exposiciones completas del Derecho de familia, *vid. ante* [58.1].

I. LA FAMILIA ROMANA ARCAICA

1. La posición que la persona asume en la sociedad y, por tanto, también en el orden jurídico, cambió considerablemente en el curso del desarrollo histórico romano. El periodo *arcaico* romano ve todavía al ser humano no como un ser individualizado, sino como *miembro de las comunidades* en las que se integra. Entre ellas destaca, por cuanto a lo que se refiere a la situación jurídico-privada, junto a la mayor unidad, es decir, el *Estado* como la comunidad de todos los ciudadanos romanos, la unidad más pequeña, la **familia**.

2 Si nos remontamos a la historia más antigua, puede presumirse que el pueblo estaba integrado por *grandes familias* (o *familias extensas*), cada una de las cuales comprendía al conjunto de personas que sentían vinculadas entre sí por los vínculos del parentesco (agnaticio: *vid. infra* [12.7]), por tanto con inclusión de los parientes colaterales de todo *paterfamilias* (hermanos, tíos, primos, etc.) y sus descendientes. Estas agrupaciones extensas habrían sido independientes frente al exterior y con ello podrían entenderse como precedentes del Estado. De ellas proceden también quizá los *grupos gentilicios* (*gentes*: *vid. infra* [12.10]). Con el tiempo, tal vez tras el asentamiento sedentario de los itálicos nómadas, se dividieron las agrupaciones agnaticias en *familias*

pequeñas, que solo en la época siguiente llegaron a dominar el cuadro del Derecho de personas y de familia romano.

- 3 2. a) La **familia pequeña** romana (*familia*) constituye una **comunidad de derecho** monocrática, consistente en el *paterfamilias* (padre de familia) como cabeza del grupo, y las personas que están sometidas a su *poder doméstico* totalizador: su esposa (en la medida en que ella se encontrara sujeta al poder marital), sus hijos (en tanto en cuanto no hubieran sido liberados de su poder paterno), sus criados (*infra* [13.5]) y sus esclavos. Este grupo doméstico vivía, en la época agraria, en la *finca individual*, cuya explotación económica le proporcionaba el fundamento y el contenido de su existencia. A través del culto a los dioses familiares constituía también una unidad sacral.

Sobre los significados de la voz *familia* y sobre lo que sigue, *vid.* Ulp. D. 50, 16, 195, 1-5. **Lit.:** TH. MAYER-MALY, «Familia», en *Status familiae. Fs. für A. Wacke*, München, 2001, 261; H. H. SEILER, «Familia und Familienrecht», *eod.*, 437; G. FRANCIOSI, *La famiglia romana: Società e diritto*, Torino, 2003; E. CANTARELLA, «Quale famiglia? Trent' anni di dibattito», en *Mél. Humbert*, 39.

- 4 b) La integración como miembro de la familia somete al sujeto individual a un **poder total**, prácticamente ilimitado, **del paterfamilias**, que muestra a su vez diversos niveles dependiendo de sus objetos. El poder doméstico se denomina **potestas**, originariamente también **manus** (en antiguo alto alemán, *munt*, como en el alemán actual 'Vormund', 'mündig', 'Mündel') por el símbolo de la mano que domina y, a la vez, protege. Más tarde se usó la palabra *manus* solo para hacer referencia al poder ejercido sobre la *esposa (uxor in manu)*, siempre que esta perteneciera al grupo doméstico del marido (lo que no era imprescindible: *vid. infra* [58.9]). El poder sobre los *hijos de familia (filii, filiae familias)* es la *patria potestas* (*vid. infra* § 60), que sobre los esclavos es la propiedad.

Sobre el poder como patrono (*patronato*) sobre los criados y los libertos, *vid. infra* [13.5]; sobre el poder fiduciario del *tutor* y del *curator*, *vid. infra* [62.4, 64.1]; sobre el poder del *mancipium* sobre los hijos de familia ajenos, *vid. infra* [16.17].

- 5 c) La *uxor in manu* y los hijos de familia eran ciertamente libres (a diferencia de los esclavos), pero, como se ha dicho, estaban sometidos a un señorío de su *paterfamilias* tal que llegaba hasta el *derecho de vida y muerte* (*vid. [58.7; 60.3]*). Sin embargo, los peores excesos de este poder estaban reprimidos, en parte por la ley, en parte por sanciones de carácter sacral y más tarde por el poder de vigilancia de las costumbres del censor (*vid. supra* [3.3.]). La *uxor in manu* y los hijos de familia son también incapaces para tener un *patrimonio* propio. El patrimonio era ante todo un bien familiar y, en cualquier

caso, desde la época más remota todo el poder de disposición sobre él le correspondía exclusivamente al *paterfamilias* (más detalles, *vid. infra* [58.6-9; 60.2 y 12]). Esta situación de fuerte dependencia jurídica acercaba a los hijos de familia a los esclavos, pero aquellos no solo gozaban del reconocimiento *social* de su estado de libertad, sino también de la *expectativa jurídica* de llegar a ser en el futuro –a la muerte de su *paterfamilias*– independientes y cabezas ellos mismos de un nuevo grupo doméstico; una perspectiva que a los esclavos les está negada, pues no tienen ninguna expectativa futura de manumisión.

d) Bajo el poder familiar del *paterfamilias* caen, en virtud de la *descendencia*, sus propios hijos matrimoniales, según el principio *patriarcal* que domina la familia romana, y los demás descendientes cuya descendencia del *paterfamilias* solo pueda establecerse por medio de los descendientes *masculinos*: los hijos matrimoniales de los hijos de familia, de los nietos, etc. Además, a través de *actos jurídicos*, también entran en la comunidad doméstica hijos de familia ajenos en calidad de asociados a la familia: por asunción de un hijo (en las formas de la *adrogatio* y de la *adoptio*), así como las mujeres por su sumisión a la *manus* del *paterfamilias* o de un hijo de familia. Incluso los hijos de familia *adultos* permanecen bajo el poder doméstico paterno mientras el jefe familiar viva, siempre que no hayan sido separados del grupo familiar a través de procedimientos jurídicos especiales: por ejemplo, por la liberación de la patria potestad (*emancipatio*), por su entrega como hijo de familia a otra familia (*adoptio*), o las hijas también por su entrada en la *manus* del marido de ellas. En Roma, pues, a diferencia de lo que sucedía en los Derechos griegos y germánicos, la llegada a una «plena mayoría de edad» no liberaba a los hijos de la potestad de su *paterfamilias*. 6

e) El parentesco se determina, en primer término, no por los vínculos de sangre (*cognatio*), sino por la pertenencia a la misma comunidad doméstica (*adgnatio*). Son *adgnati* (o *agnati*) –es decir, parientes por vía masculina– todas las personas libres que están o estarían en la misma comunidad doméstica si su *paterfamilias* común aún viviera. El parentesco agnaticio solo podía transmitirse por vía masculina, pues solo los varones podían ser titulares de la patria potestad. 7

El nivel de parentesco (tanto del agnaticio como del cognaticio) se mide según el número de generaciones que transmiten el parentesco: padres e hijos están emparentados en primer grado; los hermanos, en segundo, etc.–Más detalles sobre líneas y grados pueden verse en los títulos D. 38, 10 e Inst. 3, 6: un cuadro ilustrativo puede verse en la edición de las *Institutiones* de Behrends – Knütel – Kupisch – Seiler [1.43], 157. Más lit.: M.

BETTINI (*ante* [58.1]), 157; A.-C. HARDERS, *Suavissima soror. Untersuchungen zu den Bruder-Schwester-Beziehungen in der römischen Republik*, München, 2008 (rec. U. MANTHE, SZ 128 [2011] 596); U. MANTHE, «Die Patchworkfamilie des Iulius Paulus: D. 38, 10, 10, 14», en *Fs. für Chr. Krampe*, Berlin, 2013, 251 (casos especiales); PH. MOREAU, «Le lois romaines définissant des parentèles (III^e s. av. J.-C.–I^{er} s. apr. J.-C.)», TR 84 (2016) 54 (sobre el círculo de los parientes [de sangre], para los que se prevén excepciones en leyes, plebiscitos y Derechos municipales antes del final del s. I a. C.).

- 8 **3.** Está libre de potestad (*sui iuris*, *suae potestatis*) quien no se encuentra sometido a ninguna potestad doméstica: el *paterfamilias* que es un hombre soltero, o la mujer soltera. Todos los demás están *sometidos a potestad (alieno iuri subiecti, *alieni iuris)*: no solo la *uxor in manu* y los *fili* y *filiae familias*, sino también los esclavos; sin embargo, no los pupilos bajo tutela o curatela. Cfr. Gai. 1, 48s. = Inst. 1, 8 pr. y 1.

Se denomina también *paterfamilias* al varón libre *sui iuris* incluso si no tiene a nadie sometido a su potestad, y lo mismo que sea púber o impúber. Ulp. D. 1, 6, 4; 50, 16, 195, 2.

- 9 Si **muere** el *paterfamilias* (o pierde su libertad o la ciudadanía), surgen tantas familias nuevas como personas que estuvieran *inmediatamente* bajo su potestad (*i. e.* son miembros de la familia interpuestos): es decir, su esposa *in manu*, sus hijos e hijas, los hijos y las esposas *in manu* de los hijos premuertos, etc., todos ellos quedan en ese momento libres de potestad (Gai. 1, 127 = Inst. 1, 1, 12 pr.). Esta dispersión en varias familias nuevas se produce por imperio de la ley, aunque estas familias siguieran vinculadas a través de una *comunidad doméstica perpetuada (infra* [73.1]). Los hijos del finado (y los nietos por parte de los hijos premuertos, etc.) se convierten desde ese instante en *patresfamilias* y, si a su vez tienen una *uxor in manu* o sus propios descendientes agnaticios, estos caen desde ese momento bajo su potestad familiar. Las mujeres que se hacen libres de potestad, esto es, la *uxor in manu* del fallecido, sus hijas, etc., puesto que las mujeres no pueden ejercer ninguna patria potestad, constituyen una sola familia por sí mismas. Cfr. Ulp. D. 50, 16, 195, 2/5.

II. GENS

- 10 Sobre los grupos familiares, como agrupaciones situadas inmediatamente por encima de ellos, están las *gentes*, que pueden compararse a las *Sippenverbände* germánicas (o el γένος griego o el *clan* céltico). Se dirigen por un padre común (*pater gentis*) —en su mayor parte de carácter legendario— y constituyen una agrupación conformada por varias familias y organizada

comunitariamente, que para diversas finalidades se habría dotado obviamente de un jefe. Las *gentes* presumiblemente constituían en época arcaica una comunidad de asentamiento y en un estadio muy temprano eran titulares de un fuerte poder político, pero que con el fortalecimiento del Estado lo perdieron en seguida. En el Derecho privado les quedó hasta el final de la República una capacidad de *sucesión intestada* (subsidiaria), por tanto de un causante fallecido sin testamento (como una suerte de derecho de reversión, *infra* [66.6]) y –conectado con esto– una *tutela* legítima (igualmente subsidiaria: *infra* [62.6]).

A un posible origen de la *gens* a partir de una gran familia recuerda el uso del *nomen gentile* (entre el *praenomen* y el *cognomen*), v. gr. *Gaius Iulius Caesar*, como miembro de la *gens Iulia*.

III. EL DEBILITAMIENTO DE LAS AGRUPACIONES FAMILIARES

La estructuración del pueblo romano en estas agrupaciones domésticas 11 11 simplemente descritas hasta aquí se mantuvo estable como principio hasta la época tardía. Al mismo tiempo se puede observar que el conjunto de la historia ulterior de la familia romana desde el final de la época agraria está dominada por su progresiva *disgregación*. El sujeto individual libre se va soltando de sus vínculos y conquistando su independencia, proceso en el que la realidad *social* se adelanta con mucho al desarrollo *jurídico*. Esta progresiva *individualización* se explica con el tránsito del campesinado a una forma económica marcada por el comercio, la artesanía y el tráfico dinerario y con el refinamiento generalizado de la conciencia cultural alimentado por el helenismo. En el periodo postclásico se fortalece esta tendencia a la autonomía de los hijos de familia bajo el influjo *cristiano*, si bien aún en época tardía permanecieron algunos restos de la antigua potestad paterna.

Daremos aquí una breve panorámica general: los detalles se expondrán en la parte de «Derecho de familia» (*infra* cap. V). La sujeción de la *mujer* a la *manus* del marido entra completamente en desuso a inicios de la época del Principado, salvo unas pocas excepciones. La *patria potestad* sobre los *hijos de familia* va retrocediendo progresivamente. El bárbaro derecho de vida y muerte se ve como una supervivencia y bajo el Principado es reprimido caso a caso, hasta su desaparición definitiva en el s. IV. Lo mismo vale para otras graves injerencias del *paterfamilias* en la personalidad de los hijos (v. gr. la *noxae deditio*, i. e. la entrega del hijo de familia responsable de un delito en manos del perjudicado). Por lo que se refiere al patrimonio, ya en la República antigua se desarrolla el uso de que el *paterfamilias* desviara parte de su patrimonio 12

■ § 12. PERSONA Y FAMILIA

como una masa separada y se la entregase, con la posibilidad de revocarlo, al hijo de familia (o también a un esclavo) como *peculium* para su libre explotación. El *peculium* hacía así a su receptor *económica* y socialmente independiente, aunque desde el punto de vista *jurídico* este siguiera sometido al poder de mando de su *pater*, en la medida en que el peculio era un patrimonio que continuaba siendo propiedad de este. A partir de ese *peculium* se va allanando el camino en época imperial a un reconocimiento, incluso *jurídico*, de la *capacidad patrimonial* de los hijos de familia. Sin embargo, sobre determinadas masas patrimoniales (*peculium castrense*, *pec. quasi castrense*, *bona materna*, etc.) esta capacidad siguió estando limitada; la plena capacidad patrimonial no la alcanzaron los hijos de familia ni siquiera en la época tardía.

§ 13. La capacidad jurídica. Personas físicas

(RPr. §§ 6 II, 64, 206)

I. CAPACIDAD JURÍDICA

Lit.: B. ALBANESE, *Le Persone nel Diritto Privato Romano*, Palermo, 1979; BEHRENDTS I, 366, 383, 403 («Der römische Weg zur Subjektivität. Vom Siedlungsgenossen zu Person und Persönlichkeit»); A. DONATI, «Homo e persona. Inherent Dignity e Menschenwürde», en *AARC* 17 I, 2010, 73–236; S. FARO, «La maschera è il volto», *eod.*, 629; G. L. FALCHI, «La persona e il suo diritto», en *AARC* 17 II, 2010, 1021–1061; O. SACCHI, «Persona e diritto romano. Elementi per un'archeologia giuridica del concetto», *eod.*, 1189–1263; J. M. RIBAS ALBA, *Persona: desde el derecho romano a la teología cristiana*, Granada, 2011 (rec. J. PARICIO, APal. 55 [2012] 443; R. RAMIS BARCELÓ, Index 41 [2013] 305).

1. La dogmática moderna habla de capacidad jurídica como la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (sujeto de derecho) y llama al que le corresponde esa capacidad «persona» en sentido jurídico. Jurídicamente capaces son hoy todos los seres humanos (personas físicas o naturales), y además ciertas formas de organización (asociaciones dotadas de capacidad jurídica, fundaciones, el Estado, etc.) que son reconocidas por el ordenamiento como personas y a las que se llama, por tanto, personas jurídicas (sobre ellas, *vid. infra* § 17). La doctrina moderna ha derivado el concepto de capacidad jurídica de las fuentes romanas, aunque los romanos nunca lo formularon como tal.

Persona es para los romanos todo ser humano, también los esclavos (cfr. Gai. 1, 121; 2, 187; 3, 189), si bien más tarde como regla son los libres los que se denominan *personae*. El significado originario del término *persona* (¿máscara?) está sometido a discusión.—*Status* no es la capacidad jurídica, sino la posición jurídica de un ser humano.

2 Pero mientras que hoy en día la capacidad jurídica, en virtud de la libertad de todos los seres humanos y de su igualdad ante la ley, se entiende como algo unitario, los romanos respondieron a la pregunta respecto a cuáles son los derechos de los que alguien es partícipe de forma diferenciada para cada grupo de personas. Ahí se ponen de relieve tres puntos de vista según los cuales puede ordenarse la posición jurídica del sujeto: según la **libertad** (*libertas*) de que goce, según la **ciudadanía** (*civitas*) y según la posición en el seno del grupo **familiar**.

- 3 Las denominaciones (no romanas) de *status libertatis*, *status civitatis* y *status familiae* se derivan de los tres modos de modificación del status (*capitis deminutio*). Bajo este concepto entienden los romanos todo procedimiento a través del cual una persona libre pierde la condición de miembro de su comunidad. La doctrina escolar de la época clásica distingue entre una *cap. dem. maxima* (pérdida de la libertad), *media* o *minor* (pérdida de la condición de ciudadano) y *minima* (abandono de la posición dentro de la familia, p. ej. por entrega de un hijo de familia en adopción o por la *conventio in manum* de una hija, además de por adrogación o por la sumisión a la *manus* de una mujer libre de potestad, pero también por emancipación, aunque con ella el hijo de familia gana la libertad frente a la potestad). Los efectos de la *cap. dem.* se equiparan a menudo a los de la muerte.—Cfr. Gai. 1, 158-162; 3, 153; Paul. D. 4, 5, 11; Inst. 1, 15, 3; 1, 16. **Lit.:** R. D'ALESSIO, *Studii sulla capitis deminutio minima. Dodici tavole. Giurisprudenza. Editto*, Napoli, 2014.
- 4 a) Sobre las graduaciones de la capacidad jurídica en virtud de la **libertad** entre *libres* (ingenuos y libertos) y *esclavos*, *vid. infra* los siguientes §§ 15, 16.
- 5 b) Sobre la clasificación según el *derecho de ciudadanía* en *cives Romani* y *peregrini* (entre los cuales tienen los *Latini* una posición privilegiada y los *dediticii* una empeorada), véase ya *supra* [3.8-11]. *Libertad y ciudadanía* estaban estrechamente ligadas entre sí en la época arcaica, puesto que la antigua ordenación de los ciudadanos derivaba los derechos de libertad del derecho de ciudadanía. Las leyes romanas, por regla general, solo protegían al *civis Romanus*, no igualmente a los extranjeros. Con todo, la idea de que el extranjero, puesto que carece de esa protección, no tiene derechos y está sometido a la arbitrariedad del poder estatal romano es algo que en la práctica solo era válido en tiempos de guerra frente al enemigo. Los no ciudadanos cuya nación no estuviera en guerra con Roma fueron tratados desde la antigüedad por los romanos como libres, al menos fácticamente. Si el extranjero se encuentra como **huésped** bajo la protección de un romano disfruta como *cliens* («criado», de *cluere*, «obedecer», o de *clinare*, «arrimarse, buscar protección») de una seguridad más elevada, ya que su protector (*patronus*) está obligado por vínculos sagrados a guardarle fidelidad (*fides*), *vid. infra* [16.12]. Tales relaciones clientelares podían establecerse desde la antigüedad no solo con ciudadanos romanos, sino también extranjeros en particular, e incluso con comunidades, y también por el Estado romano con Estados extranjeros por medio de un tratado internacional. Con la creciente frecuencia de los tratados de asociación entre Roma y otras entidades estatales se asentó en la República tardía la idea de una libertad sin ciudadanía (romana) independiente de la clientela como principio general aplicable a los peregrinos (sobre los *apólitides*, *vid. supra* [3.11]).

c) De la graduación de la capacidad jurídica en virtud de la respectiva posición del sujeto en la comunidad **familiar** (*personae sui iuris* y *alieni iuris*) ya se habló *supra* en [12.8].

3. Sobre los ulteriores desarrollos de la representación y el concepto de la persona (física), vid. COING I, 169; H. HATTENHAUER, *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts*, München, 2000², 1; EL MISMO, «*Persona und personae acceptio*. Christlicher Beitrag zur römischen Personenlehre», en *Ars iuris. Fs. für O. Behrends*, Göttingen, 2009, 193. 6

II. COMIENZO Y FIN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA

1. a) La capacidad jurídica de los hombres libres comienza con su nacimiento, esto es, con el pleno alumbramiento del ser vivo. Tal es el caso cuando la criatura realiza su primer acto respiratorio (Iust. C. 6, 29, 3; Ulp. D. 28, 2, 12, 1; en correspondencia, la muerte es con el último: Marci. D. 34, 5, 18 pr.). Presumiblemente era inicialmente discutido si el recién nacido también debería haber emitido algún grito (*vocem emittere*).—§§ 1 BGB (con el § 29 de la AusführungsVO zum PersonenstandsG: cuando el corazón ha latido, o el cordón umbilical ha palpitado o se ha producido la primera respiración pulmonar natural); 31 ZGB; cfr. art. 30 Cc esp. 7

En D. 25, 4, 1, 1 Ulpiano formula lo siguiente: *partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum* («antes de que la criatura haya nacido, es una parte de la madre o de su cuerpo»). *W. Waldstein* combate esta interpretación, ya que no concede al no nacido ningún significado jurídico y, en vez de esta, propone la siguiente traducción: «Das ungeborene Kind ist, bevor es geboren wird, (rechtlich) Anteil der Frau und ihrer eigenen Kinder» («El hijo no nacido, antes de su nacimiento, es [jurídicamente] una parte de la mujer y de sus propios hijos») —lo cual tampoco aclara mucho las cosas—. A mi modo de ver, esta interpretación parte de un presupuesto inadecuado, a saber, que Ulpiano quiere dar aquí una formulación general sobre la situación jurídica del hijo en el cuerpo de la madre. Sin embargo, a la vista del contexto, debe considerarse evidente solo que el marido (que se divorcia) solo puede reclamar la entrega del hijo a partir del nacimiento [60.22].

El niño concebido, pero no nacido, se *finje* para determinados fines como si ya hubiera nacido, cuando es en provecho suyo (Paul. D. 1, 5, 7; 50, 16, 231). Así, sobre todo en el caso del hijo que ha nacido con posterioridad a la muerte de su padre (*postumus*), al que se tiene en cuenta para la sucesión hereditaria. También, para asegurar la expectativa del hijo no nacido de adquirir algún derecho en el futuro, puede nombrarse un curador «para el fruto del vientre» (*curator ventris*: Ulp. D. 37, 9, 1, 17).

A partir de estas fuentes se desarrolló la máxima: *Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* («al hijo se le tiene por nacido en la medida en que se trate de su beneficio») –en la cual se presupone que ha nacido vivo. **Lit.:** M. MEINHART, «D. 50, 16, 231. Ein Beitrag zur Lehre vom Intestaterbrecht des ungeborenen Kindes», SZ 82 (1965) 188; LAMBERTI [66.3]; A. GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, «*Nasciturus*. El status jurídico del concebido», SCDR 9–10 (1997–98) 281; A. CABALLÉ MARTORELL, «El art. 29 del Cc o el peso de la tradición jurídica romana», en *Est. Miquel*, 241; W. WALDSTEIN, «Das ungeborene Kind bei Ovid, *Amores* 2, 14», en *FHI*, vol. VIII, 5887; EL MISMO, «Ulp. D. 1, 1, 1, 1 und 25, 4, 1, 1 in der neuen Digestenübersetzung», SZ 125 (2008) 328 (cita en p. 342); J. D. HARKE, «*Nasciturus* und Gleichbehandlung», en *Fs. Knütel*, 431; M. P. BACCARI VARI, *Curator ventris. Il concepito, la donna e la res publica tra storia e attualità*, Torino, 2012; M. V. SANNA, «*Spes animantis*: da una *lex regia* ad Adriano », SD 79,1 (2013) 501 (sobre Marcell. D. 11, 8, 2).–§§ 22 ABGB; 31 II ZGB; arts. 29 Cc esp.; 36 Cc gr.; 1 II Cc it.; 26 Cc Luisiana 1987; 2 Cc bras. 2002 entre otros; en el BGB solo ciertas disposiciones aisladas (§§ 844 II, 1912, 1923 II, cfr. 84).

- 8 b) La situación jurídica que el hijo obtiene en relación con la libertad, la ciudadanía y la pertenencia a la familia se establece, en época *clásica*, en el caso de la descendencia *matrimonial*, en el momento de la *concepción* (paternidad), y en el caso de la *no matrimonial*, en el del *nacimiento* (maternidad): UE 5, 10; Gai. 1, 89 y 135; Ulp. D. 1, 9, 7, 1 i. f.; Ulp. D. 36, 1, 18, 5, cfr. también *infra* [60.1]. Entre los juristas clásicos se discutieron algunas *excepciones* en pro de la libertad (por el *favor libertatis*): así es el caso del nacimiento como libre si la madre fue libre en algún momento durante el periodo de gestación (Marc. D. 1, 5, 5, 3; PS 2, 24, 1-3; Inst. 1, 4 pr.).

Para el aseguramiento de la prueba se dispusieron desde época de Augusto registros de nacimientos, en los cuales debían ser inscritos dentro de un plazo de 30 días todos los hijos matrimoniales, y desde Marco Aurelio también los no matrimoniales. Para ello debían anunciar el nacimiento el padre, la madre o el abuelo por vía materna (para los nacidos en Roma, en el registro del *Aerarium Saturni*, y en las provincias en el *tabularium publicum* establecido en la sede del gobernador) y debían señalarse la fecha de nacimiento, el sexo, el nombre y el lugar de nacimiento y los nombres de los padres, así como declarar sobre su matrimonialidad y la ciudadanía romana del hijo (cfr. Scaev. D. 22, 3, 29, 1; Ter. Cl. D. 22, 3, 16), la llamada *professio liberorum*. Sobre la base de estos datos se preparaba inmediatamente como «carnet de identidad» una *testatio*, i. e. una copia de la inscripción en el *album professionum* (cfr. [7.34]). No es inverosímil que también existiese un registro de fallecimientos. Lit.: F. SCHULZ, «Roman Registers of Births and Birth Certificates», Bull. 55/56 (1951) 170 (derivado de JRS 32 [1942] 78; 33 [1942] 55); F. FASOLINO, «Note in tema di pubblicità personale: la registrazione dei decessi a Roma – parte seconda», en *St. Metro*, vol. II, 339.

Justiniano establece la situación jurídica del hijo siempre por el momento del nacimiento, a menos que fuese más ventajosa la fijación en virtud del inicio de la gestación (C. 5, 27, 11, 4). 9

2. La capacidad jurídica **finaliza** con la **muerte**.

Las *presunciones de muerte* y las *declaraciones de fallecimiento* fueron desconocidas en la Antigüedad. Solo los glosadores idearon para el caso de ausencia una presunción (revocable) de que el desaparecido ha vivido 100 años (cfr. [4.13]). Más tarde se rebajó esa presunción a los 70 años (en conexión con el Salmo 90: más exactamente, Psal. 89 [90], 10). El Derecho común exige además para el inicio de la presunción una declaración judicial de la ausencia tras un anuncio público. 10

Si varias personas mueren en la misma *situación de riesgo*, por ejemplo, en un naufragio (*commorientes*), se presumió, en decisiones particulares, que el hijo púber ha muerto después del padre, y el impúber antes que la madre (Tryph. D. 34, 5, 9, 2-4; Pap. D. 23, 4, 26 pr.). De ahí dedujo la doctrina postclásica presunciones generales, las cuales, sin embargo, no han sido asumidas por el Derecho actual, sobre todo porque en el proceso hereditario es dudoso quién tiene la carga de la prueba, y toda presunción descansa aquí en una suposición insuficiente (§§ 20 BGB, ahora VerschGes 11 [presunción de muerte al mismo tiempo]; 25 ABGB, ahora TodeserklGes. de 1950 11; 32 II ZGB; art. 4 Cc it.; 33 Cc esp., pero de forma diferente en 720-722 Cc fr.). 11

En el Derecho justiniano la entrada en un **convento** a consecuencia de un voto de pobreza supone la pérdida del patrimonio y, por tanto, la incapacidad patrimonial del monje (Nov. 5, 5; 76; 123, 38); asimismo el Derecho canónico y aun el Derecho común, el prusiano y el austriaco (*vid.* § 356 ABGB), pero no el BGB ni el ZGB, ni los códigos románicos. 12

III. HONORABILIDAD

Una reducción de la honorabilidad (*existimatio*) solo tiene en la situación jurídico-privada una influencia excepcional. 13

El *testigo de un negocio* que no es fiel a su testimonio es, según las Doce Tablas (8, 22) *inprobus intestabilisque, i. e.* incapaz para ser testigo y para tener testigos en actos librales; por tanto, tampoco puede hacer testamento (*per mancipationem*). En las Doce Tablas también se añadió la intestabilidad a una privación del derecho de ciudadanía (Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, s. l., 1899 [reimpr. Graz, 1955] 991).—A las personas que han sido condenadas por determinados delitos en un proceso penal o civil (en el proceso civil también a causa de la lesión de determinadas relaciones de confianza: *societas, tutela, mandatum, depositum, fiducia*) o a las cuales se les puede reprochar un determinado comportamiento poco honorable de otro tipo (en expresión no romana *infamia *mediata*, en virtud de sentencia condenatoria, **inmediata*, sin tal

■ § 13. LA CAPACIDAD JURÍDICA. PERSONAS FÍSICAS

sentencia) les afecta la *ignominia* («sin [buen] nombre») o –en una expresión más utilizada por los juristas– se les excluye, como *infames* («sin honra»), del derecho a presentar alegaciones en procesos civiles o penales, además de determinados cargos públicos. Estas medidas se basaban en parte en leyes y en parte en el edicto pretorio (*infamia legal y pretoria*: cfr. sobre esta última el edicto en D. 3, 2, 1; Gai. 4, 182; Inst. 4, 16, 2).

Lit.: M. HUMBERT, «*Intestabilis*», en *FHI*, vol. IV, 1543; J. G. WOLF, «*Das Stigma ignominia*», *SZ* 126 (2009) 55; T. J. CHIUSI, «“*Fama*” and “*infamia*” in the Roman Legal System: The Cases of Afrania and Lucretia», en *Mem. Rodger*, 143; G. PAPA, «*Si ... intestabilis ex lege esse iubetur*», *SD* 81 (2015) 3.

§ 14. La capacidad de obrar

(RPr. §§ 20, 65, 207)

I. GENERALIDADES

El ser humano libre tiene capacidad jurídica desde su nacimiento y puede, por tanto, adquirir derechos ya en la infancia (v. gr. por sucesión hereditaria o por medio de sus esclavos), siempre que sea posible sin su colaboración para ello. La capacidad de producir efectos jurídicos *por su propia actuación* (*capacidad de obrar*) requiere, sin embargo, que el sujeto haya alcanzado una edad madura y que no existan circunstancias que se opongan a su aptitud para ello. El Derecho actual distingue la capacidad de efectuar por sí mismo *negocios jurídicos* válidos (**capacidad negocial**) y la capacidad de asumir la responsabilidad por la realización de *actos no permitidos* (**capacidad delictual**). Para el Derecho romano podemos considerar ambos fenómenos conjuntamente. Las reglas valen con igual sentido tanto para negocios como para delitos de los sujetos no libres. 1

II. GRADOS DE EDAD

En el Derecho romano el límite de edad decisivo es el de la *pubertas* (pubertad, *i. e.* madurez sexual, nubilidad). 2

1. Impuberes (sing. *impubes*) son todas las personas que no han alcanzado la madurez sexual. En el caso de los **varones**, su existencia se juzga caso por caso y se reconoce a través de la concesión festiva de la toga viril. Así lo sostienen aún los sabinianos; los proculeyanos, por el contrario, a los que siguen los juristas posteriores, admiten la pubertad directamente con el cumplimiento los 14 años. A las **mujeres**, ya desde antiguo, se las considera *puberes* en sentido jurídico con el cumplimiento de los 12 años.—Cfr. Gai. 1, 196; Inst. 1, 22 pr.

a) En la medida en que los impúberes son aún **infantes**, es decir, niños de tan corta edad que aún no están en condiciones de pronunciar las palabras de los actos jurídicos formales (*qui fari non possunt*), carecen totalmente de capacidad de obrar; por tanto, están excluidos de todos los negocios jurídicos y de toda responsabilidad delictual. Ya en época clásica se entendía que la *infantia* 3

en general alcanzaba hasta el cumplimiento de los 7 años: Ulp. D. 26, 7, 1, 2; cfr. también Quintiliano, *Institutio oratoria* 1, 1, 18/19 (s. I d. C.); Arcad. CTh. 8, 18, 8 (de 407). Lit.: NELSON – MANTHE, III/3, 199; S. TAFARO, «Brevi note sugli infantes», en *FHI*, vol. VIII, 5467.

- 4 b) Los *impuberes infantia maiores*, es decir, los impúberes que han pasado la edad de la infancia y están libres de potestad (*sui iuris*), sí pueden, en cambio, realizar negocios jurídicos, en la medida en que no se encuentren ya muy cerca de la niñez, esto es, que no sean *infanti proximi*, Gai. 3, 109 = Inst. 3, 19, 10. Pero, si están libres de potestad y el negocio no solo contribuye a beneficiar su posición jurídica (como es el caso, sobre todo, de la aceptación de un regalo), necesitan de la aprobación de su tutor (*auctoritas tutoris*). Esto se aplica a todos los negocios que impliquen *obligaciones* (como la compraventa, la recepción de un préstamo o las promesas estipulatorias) o la *disposición de derechos* (como en caso de enajenaciones o manumisiones) o supongan *cargas* (como es el caso de la pignoración). El tutor debe estar *presente* en la conclusión del negocio y confirmar el negocio, en un principio formalmente, y en época clásica al menos de modo informal. Cfr. Inst. 1, 21 pr.-2; Paul. D. 26, 8, 3.—Sobre los hijos de familia, en cambio, *vid.* [60.12-16].
- 5 En el caso de la compraventa, el mandato y semejantes relaciones obligatorias *bilaterales*, la conclusión del contrato por parte del *impubes infantia maior* sin la *auctoritas tutoris* produce efectos cuando es en su beneficio, pero no para su gravamen: en virtud del mismo estará *beneficiado*, pero *no obligado* (cfr. también Ulp. D. 19, 1, 13, 29: son los llamados negocios «claudicantes» [**negocia claudicantia*], a diferencia del actual § 107 BGB, según el cual la totalidad del negocio está aquejado de una «ineficacia flotante» [*schwebend unwirksam*]; cfr. también §§ 151s. y 865 ABGB; 19 ZGB; art. 1263-1.º Cc esp.). No obstante, el legitimado presumiblemente solo podía hacer valer su pretensión si realizaba su contraprestación. Un rescripto del emperador Antonino Pío (med. s. II) concedió además a la contraparte de un contrato realizado por el pupilo no autorizado una acción contra el pupilo para la restitución de aquello en lo que este se hubiera *enriquecido* (*infra* [62.21]). Lit.: L. LABRUNA, *Rescriptum divi Pii: gli atti del pupillo sine tutoris auctoritate*, Napoli, 1962.
- 6 c) Respecto los delitos, los *impuberes infantia maiores* libres de potestad son, en principio, plenamente responsables. Los clásicos tardíos, sin embargo, solo hacen responder a los *puberes*, excepto a los impúberes que estuvieran cerca de esa edad, de modo que pudieran reconocer su comportamiento antijurídico (*pubertati proximi*: G. 3, 208 = Inst. 4, 1, 18; Ulp. D. 9, 2, 5,2).
- 7 Algunos datos hablan a favor del hecho de que, en la época más antigua, el cumplimiento del 17.º año de edad constituía el momento decisivo también para la pubertad, excepto para el derecho de voto en la asamblea popular y la

capacitación para el servicio militar. Que más tarde se pasara a atender a la madurez sexual es algo que se apoya obviamente en el hecho de que, para el ser humano, con esta crece también su deficiente capacidad. La capacidad de tener un pensamiento en cierto modo independiente se desarrolla en el curso de los segundos siete años de vida, de manera que el joven puede asumir los contratos. Para contraer matrimonio, sin embargo, se necesitaba también una madurez corporal, además de mental, y por ello se exige para esto la *pubertas* (a diferencia de los esponsales, que sí podían formalizarse, siempre que las partes no fueran menores de siete años de edad – lo que solo fue establecido por Justiniano: Mod. D. 23, 1, 14).

Detrás de esto se encuentran seguramente influencias de la filosofía estoica, en la que, por lo demás –como ya se ve en Pitágoras y Heráclito y aun en la antigüedad romana–, era corriente la idea de que cada periodo de siete años imprime una señal en la vida (*septimus quisque annus aetati signum imprimat*, como dice Séneca, *benef.* 7, 1, 5). Las investigaciones de la psicología moderna han confirmado esta idea.

La antigua *pubertas* sigue teniendo vigencia en la mayoría de edad religiosa, que se adquiere con el cumplimiento del 14.º año de edad (5 RelKG). En cuanto a lo demás, cfr. 2, 105 n.º 1, §§ 828 BGB; 865, 1297, 1310 ABGB; 13, 14, 17 ZGB; arts. 162-1.º, 625s. Cc esp. («madurez»).–**Lit:** H.-G. KNOTHE, «Zur 7-Jahresgrenze der *infantia* im antiken römischen Recht», SD 48 (1982) 239; R. KNÜTEL, «Skizzen zum Adoptionsrecht», Index 22 (1994) 252; I. PIRO, «Una rilettura del provvedimento restrittivo Augusteo in materia di fidanzamenti precoci (Dio Cass. 54,16,7)», en *Studi Metro*, vol. IV, 581; LA MISMA, *Spose bambine: risalenza, diffusione e rilevanza giuridica del fenomeno in età romana, dalle origine all'epoca classica*, Milano, 2013; F. LAMBERTI, «L'età per fidanzarsi», *Fundamina* 20-2 (2014), 518.

2. a) La llegada a la *pubertas* daba, según el Derecho antiguo, plena capacidad 8
negocial y delictual. Esto se demostró cada vez menos sostenible cuanto más complejas se fueron haciendo las relaciones de la vida social. Una *lex Laetoria* (no *Plaetoria*) de ca. 200 a. C. introdujo un nuevo grado de edad. Esta ley dio protección a los púberes que *aún no han cumplido los 25 años* (*minores viginti quinque annis* o, simplemente, *minores*, de donde procede la expresión actual «menores de edad») contra aquel que se hubiera aprovechado de él (*circumscribere*), presumiblemente a través del pago de una acción popular dirigida a la imposición de una multa (Cic. *nat. deor.* 3, 30, 74). El pretor amplió más tarde la protección a través su edicto *De minoribus viginquinque annis* («Sobre los púberes que son menores de veinticinco años: cfr. D. 4, 4, 1, 1): este concedió al menor de edad una **excepción** (la *exceptio legis Laetoriae*) frente a la acción derivada del negocio en el que se hubieran aprovechado de él. Además, le concedió, según su criterio –*i. e.* siempre que el menor haya

sidó perjudicado por el negocio sin que haya habido un aprovechamiento por parte del contrario— una **restitución** al estado anterior (*in integrum restitutio*) para revocar las prestaciones entregadas y las demás medidas por las cuales el menor hubiera resultado perjudicado ([9.3; 86.7]). A petición del menor de edad, el pretor nombra un **curador** (*curator*) para su asesoramiento, en un principio para negocios particulares, y desde el emperador *Marco Aurelio* (segunda mitad s. II) para todos (*infra* [64.3-4]). Si el *minor* no ha recibido el *consensus* (el consentimiento informal) del curador designado, sus negocios son válidos, pero el pretor lo defiende, en caso de resultar perjudicado, con la restitución o la citada excepción. Las medidas protectoras del pretor fueron apartando cada vez más la acción popular de la *lex Laetoria*, que Justiniano suprimió sin dejar huella alguna de ella.

Lit.: M. KASER (*ante* [8.30]), 155; EL MISMO [2.12], 42; A. WACKE, «Der Rechtsschutz Minderjähriger gegen geschäftliche Übervorteilungen», TR 48 (1980) 203; L. GARCÍA GÉRBOLES, *La protección procesal del minor viginti quinque annis en Derecho romano*, Madrid, 2008 (*vid. también infra* [64.3]); F. MUSUMECI, «Editto sui minori di 25 anni e *ius controversum* nell'età dei Severi», en *St. Talamanca*, vol. VI, 33; EL MISMO, *Protezione pretoria dei minori di 25 anni e ius controversum in età imperiale*, Torino, 2013 (con más lit. del autor, p. 6 n. 6); JANSEN [3.6], 506; E. CH. ROBBA, *Die Drittwirkung der Minderjährigenrestitution im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2014.

- 9 En el Derecho postclásico tampoco excluye la intervención del curador (prestando su consentimiento a la conclusión del negocio por parte del *minor* o concluyendo el contrato por sí mismo) que el *minor* que hubiera resultado perjudicado por el aprovechamiento de la contraparte en el contrato o de cualquier otro modo se vea protegido por medio de la *in int. rest.* o la *exc. leg. Laet.* (Scaev., Ulp. D. 4, 4, 39, 1 y 49). Según Diocl. C. 2, 21, 3, el *minor*, si tiene un curador, solo puede enajenar contando con su *consensus*.
- 10 b) En la época postclásica las posiciones jurídicas de los *impuberes infantia maiores* y de los *minores* se fueron aproximando progresivamente, pero no llegaron a equipararse del todo. Justiniano mantuvo la distinción entre *impuberes* y *minores* (así como entre *tutor* y *curator*). Solo la *Reichspolizeiordnung* («Ordenanza de Policía del Imperio») de 1548 puso a todos los menores de edad bajo tutela; la *pubertas* siguió siendo significativa solo para la mayoría de edad matrimonial y la testamentaria (cfr. [68.13]).—Todavía el § 21 ABGB distingue entre *Unmündige* («impúberes»: hasta los 14 años) y *Minderjährige* («menores de edad»: hasta los 19 años, y anteriormente hasta los 21). De modo diferente, §§ 2, 106 BGB (solo hay *Minderjährige*: «menores de edad») y 19 ZGB (*Unmündige*: «menores»); art. 215 Cc esp. («menores»).

c) Una declaración de mayoría de edad se concedió desde Constantino (siguiendo precedentes más antiguos) por medio de privilegio imperial a los varones que hubieran cumplido los 20 años, y a las mujeres que hubieran cumplido los 18 (*venia aetatis*: C. 2, 44, 2). Con todo, ciertas disposiciones sobre fundos seguían estando excluidas.—Las reglas que enlazaban con esto en las modernas codificaciones fueron abolidas desde que se rebajó la mayoría de edad a los 18 años (§§ 3 ss. *i. f.* BGB; 252 *i. f.* ABGB; 15 *i. f.* ZGB; art. 315 Cc esp.).

III. SEXO

Lit.: J. F. GARDNER, *Women in Roman Law and Society*, London, 1986 (panorámicas generales), trad. alemana: *Frauen im antiken Rom. Familie, Alltag, Recht*, Bloomington-Indianapolis, 1995; LA MISMA, *Family and familia in Roman Law and Life*, Oxford, 1998; L. PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in epoca repubblicana*, Milano, 1984; J. A. CROOK, *Woman in Roman Succession* [68.15]; G. RIZZELLI, *Le donne nell'esperienza giuridica di Roma antica*, Lecce, 2000 (con N. BENKE, SZ 119 [2002] 469); E. HÖBENREICH - G. RIZZELLI, *Scylla. Fragmente einer juristischen Geschichte der Frauen im antiken Rom*, Wien, 2003; E. HÖBENREICH - V. KÜHNE, *Las mujeres en Roma antigua. Imágenes y derecho*, Lecce, 2009; KARL (*ante* [58.10]); F. MERCOGLIANO, «*Deterior est condicio feminarum*», Index 29 (2001) 209; F. CENERI, *La donna romana. Modelli e realtà*, Bologna, 2002 (rec. M. MAGGI, Index 35 [2007] 175); M. P. BACCARI, «Alcune osservazioni sulla condizione della donna nel sistema giuridico-religioso romano», en *FHI*, vol. I, 253; CHIUSI [13.13], 148; P. GIUNTI, «Il ruolo sociale della donna romana di età imperiale: tra discriminazione e riconoscimento», Index 40 (2012) 342. Vid. también los trabajos publicados en U. Gerhard, ed., *Frauen in der Geschichte des Rechts. Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart*, München, 1997.

Entre los romanos, al igual que entre los griegos, los germanos y otros pueblos del pasado, las **mujeres** no estaban equiparadas a los varones. Al igual que la mujer estaba excluida en la vida pública de las funciones estatales, así también, en correspondencia con la configuración «patriarcal» del grupo familiar romano, se le denegaba la potestad familiar: *paterfamilias* podía serlo solo el varón. Incluso Papiniano († 212 d. C.) destaca lo siguiente: *In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum* («en muchas disposiciones de nuestro Derecho la posición de las mujeres es peor que la de los varones»).

Sobre las concepciones conservadoras de los romanos más antiguos nos facilita ilustrativas impresiones el discurso, referido por Livio 34, 2-4, del cónsul M. Porcio Catón (Censorio) contra la abolición de la *lex Oppia*, un plebiscito aprobado en el año

215 a. C. (en la Segunda Guerra Púnica) para la represión del lujo, que prohibía a las mujeres «tener» (o sea, mostrar) más de media onza (ca. 14 g.) de oro, llevar vestidos de colores y moverse en carrozas descubiertas en Roma, en otras ciudades o en un radio de 1000 pasos en torno a la ciudad. Catón no tuvo éxito: la ley, por cuya derogación las mujeres romanas se lanzaron a la calle, fue abolida en el año 195 a. C. **Lit.:** J. TEUFER, *Zur Geschichte der Frauenemanzipation im Altertum (eine Studie zu Livius 34, 1-8)*, s. 1., 1913; M. KRÜGER, «Die Abschaffung der *lex Oppia*», *Neue Jahrbücher (Njb)* 1940, 64–87 (ambos sobre Liv. 34, 1–8); E. HÖBENREICH – G. RIZZELLI, (*ante* [14.12]), 97.

La mujer libre, si era *sui iuris* (*i. e.* no sujeta ni a la *patria potestas* ni a la *manus*), sin diferenciación de edad –es decir, también si era púber– se encontraba sometida a un llamado «tutor de la mujer» (*tutor mulieris*). Gayo pone de relieve que esto era una especialidad romana (1, 193). La mujer necesita, pues, de la *auctoritas* de este tutor (algo distinto del de los impúberes) para todos los negocios *formales*, para las disposiciones sobre *res Mancipi* y para la asunción de *deudas* (Gai. 1, 192; UE 11, 27). Sin embargo, el pretor, a petición de la mujer, forzaba a menudo al tutor a prestar este consentimiento (Gai. 1, 190: *saepe*). Ya en el curso de la época clásica esta tutela se fue debilitando progresivamente con la expansión de los negocios libres de forma y desapareció rápidamente tras su final (más detalles, *infra* § 63).

Ya en la República tardía esta tutela de la mujer apenas suponía un obstáculo para la participación de las mujeres en la vida negocial. La mujer de Cicerón, Terencia, constituye un buen ejemplo de ello. Ella no estaba sujeta a la *manus* de Cicerón, pero en ningún sitio se habla de un tutor. Ella misma administraba su patrimonio, de manera tan independiente como exitosa, con ayuda de sus libertos. En el Principado las mujeres tuvieron una participación no irrelevante en la vida económica. **Lit.:** S. DIXON, «Family Finances: Terentia and Tullia», en Rawson (*ante* [58.1], 1986), 93; V. HALBWACHS, «*Ipsae sibi negotia tractant*. Zur Frau als Geschäftspartnerin im Spiegel römisch-rechristlichen Quellen», en I. Piro, ed., *Règle et pratique du droit dans la réalité juridique de l'Antiquité*, Rubbettino, 1999, 349.

En cuanto a la capacidad delictual, las mujeres adultas no sufrieron ninguna limitación.

- 13 De un «matriarcado» originario (antes de la introducción de la monogamia) o tan solo de un «Derecho materno» falta todo signo apreciable en la época primitiva romana (e igualmente entre los etruscos).–*Materfamilias* no es ningún concepto jurídico, sino solo un título honorífico de la *uxor in manu* del *paterfamilias* que le ha dado hijos a este.
- 14 En la época *postclásica* la mujer puede ser incluso ella misma tutora de sus hijos. La equiparación de los sexos se alcanza plenamente con *Justiniano*, favorecida por el cristianismo. Permanecieron, sin embargo, ciertas *disposiciones protectoras* para las mujeres, especialmente el *SC Velleaenium* [57.27].

IV. ENFERMEDAD MENTAL

La enfermedad mental (*furor*) hace, sin más, completamente *incapaz*, tanto para los negocios como para los delitos, al afectado por ella, ya que esta persona no comprende lo que hace (*quia non intellegit quid agit*, Gai. 3, 106 = Inst. 3, 19, 8). Se reconocieron solo casos graves y notorios. El enfermo mental (*furiosus*) está, desde tiempos antiguos, sometido a curatela (Inst. 1, 23, 3). 15

Los negocios realizados en «periodos de lucidez» (**lucida intervalla*) fueron considerados en época clásica de caso en caso, y más tarde con carácter general (cfr. Mac. D. 1, 18, 14; Diocl. C. 4, 38, 2). **Lit.:** S. RANDAZZO, «*Furor e lucidi intervalli*. Riflessioni sul regime giuridico della demenza», Iura 62 (2014) 171.

V. PRODIGALIDAD

El pródigo (*prodigus*), es decir, la persona que tiene la tendencia a derrochar irreflexivamente su patrimonio, tiene capacidad negocial y delictual, pero su capacidad negocial puede, ya desde las Doce Tablas (5, 7c), ser limitada por medio de un **incapacitación** (*interdictio*). En consecuencia, está excluido (al igual que el impúber) de todos los negocios que impliquen obligaciones y de los negocios dispositivos y solo puede realizar negocios que lo enriquezcan (Ulp. D. 45, 1, 6). También él se encuentra sometido a curatela (Inst. 1, 23, 3). 16

La antigua fórmula de incapacitación del pretor dice: *Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi aere commercioque interdicto* («Puesto que tú, por tu indignidad, malbaratas el patrimonio heredado de tus padres y abuelos y llevas a tus hijos a la pobreza, yo te excluyo de la asunción de deudas y del tráfico negocial [en especial mediante la *mancipatio*]») (PS 3, 4a, 7; vid, también UE 12, 2). La fórmula se fundamenta, pues, en el despilfarro patrimonial derivado de la maldad y en el riesgo de empobrecimiento de los hijos. La prohibición afectaba en principio solo a las disposiciones mediante actos librales sobre el patrimonio conseguido en virtud de la sucesión legítima, pero ya en la época clásica se aplicó a todos los negocios que supongan un perjuicio para el patrimonio en su conjunto. 17

La incapacitación por prodigalidad, eliminada en Alemania el 1.1.1992, colocó a los incapacitados en la situación de una capacidad de obrar limitada (§§ 6 n.º 2, 114 BGB, *i. f.*). En España ha sido derogada por la LEC (disp. derog. única, 2.-1.º).

§ 15. Los esclavos

(RPr. §§ 29, 67, 68, 209, 210, 211 I, II)

I. SITUACIÓN JURÍDICA

Lit.: todavía sigue siendo fundamental, W. W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery*, Cambridge, 1908 (varias reimpr.); una panorámica general en G. BOULVERT - M. MORABITO, «Le droit de l'esclavage sous le Haut-Empire», ANRW II/14, 1982, 98.— Está en proceso de aparición un *Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei* (CRRS, ed. *supra* [1.56]), de los vols. existentes: J. M. RAINER – E. HERRMANN-OTTO, *Prolegomena*, 1999; Parte I: H. WIELING, *Die Begründung des Sklavenstatus nach ius gentium und ius civile*, 1999; Parte III/2: J. D. HARKE, *Ansprüche aus Delikten am Sklaven*, 2013; Parte IV/1: R. WILLVONSEDER, *Eheähnliche Verbindungen und verwandtschaftliche Beziehungen*, 2010; Parte IV/2, 5, 6: J. M. RAINER, IV/2: *Vertretung des dominus*, IV/5: *Geschäftsfähigkeit*, IV/6: *Erwerb durch den Sklaven*, 2015; Parte VI: L. SCHUMACHER, *Stellung des Sklaven im Sakralrecht*, 2006; Parte IX: A. SÖLLNER (*vid. supra* [11.7]); Parte X/6: G. KLINGENBERG, *Servus fugitivus*, Stuttgart, 2005.—*Vid. además* W. WALDSTEIN, «Zum Menschsein von Sklaven»; R. GAMAUF, «Zur Frage “Sklaverei und Humanität” anhand von Quellen des römischen Rechts», ambos en H. Bellen – H. Heinen, eds., *Fünfzig Jahre Forschungen zur antiken Sklaverei an der Mainzer Akademie*, Mainz, 2001, 31 y 51; E. HERRMANN-OTTO, *Sklaverei und Freilassung in der griechisch-römischen Welt*, Hildesheim, 2009 (anticuario); S. TAFARO, «Schiavitù», en *Fs. Knüttel*, 1227; TH. FINKENAUER, *Die Rechtsetzung Mark Aurels zur Sklaverei*, Stuttgart, 2010 (sin ninguna marcada tendencia humanística); K. HARPER, *Slavery in the Late Roman World*, Cambridge, 2011 (rec. D. LIEBS, SZ 130 [2013] 623); son destacables sobre esto las contribuciones sobre la esclavitud (romana) en K. Bradley – B. Cartledge, eds., *The Cambridge World History of Slavery*, vol. 1, New York, 2011, 214–509 (rec. E. JAKAB, SZ 130 [2013] 561); además, F. REDUZZI MEROLA, *Quasi secundum hominum genus: Studio su schiavi e sottoposti in diritto romano*, Napoli, 2014 (esclavos de esclavos; gladiadores; esclavos fugitivos y corrompidos; compra y subastas).

- 1 Como todos los pueblos de la Antigüedad, también los romanos conocían la esclavitud: hay seres **no libres**, que son incapaces para los derechos públicos y privados y se encuentran en propiedad de sus dueños. Se llaman *servi* o *mancipia*, o simplemente *homines*.
- 2 La situación **social** de los esclavos fue cambiando. En la época *agraria* se reclutaban de los pueblos itálicos emparentados racialmente con los romanos, cuyos integrantes habían

caído como prisioneros de guerra de Roma. No eran muchos y estaban bien tratados, porque se necesitaba su mano de obra. Como ayudantes en las labores agropecuarias, comían el pan de su dueño en su misma mesa. Las Doce Tablas (8, 3) impusieron multas para determinadas lesiones corporales (ruptura de huesos): si se trata de un libre, de 300 ases, y si es un esclavo, de 150; el esclavo, según esto, era alguien al menos la mitad de valioso que un hombre libre. Pero ya la *lex Aquilia* del 286 a. C. calcula la cuantía de la multa por la muerte y las lesiones de un esclavo según el valor de mercado.—En la época de las guerras de conquista desde el s. III a. C. llegaron a Roma grandes masas de cautivos de guerra de pueblos extranjeros, en parte muy inferiores culturalmente a los romanos. Con el tránsito a la nueva forma económica empeoró el trato dispensado a los esclavos, de los cuales muchos fueron utilizados como trabajadores en masa en las grandes empresas, en los latifundios, en los grandes talleres, en las minas, así como a modo de cargadores y galeotes. El trabajo de los esclavos, que en promedio era muy barato, sustituyó en la Antigüedad a las máquinas. La empresa masiva alienaba los esclavos a su dueño, que los veía como simple medio de adquisición y podía explotar su fuerza de trabajo sin obstáculos del Estado.

Sin embargo, en la medida en que los esclavos eran empleados en casa de su propietario para su servicio personal y de su familia o en empresas artesanales o comerciales, su posición social podía ser considerablemente más ventajosa. Estaba graduada de diversas maneras, en función de las circunstancias, pero podía alcanzar, si el esclavo se mostraba como bien dispuesto y habilidoso, y bajo un dueño razonable y económicamente bien situado, la posición de un ciudadano libre de estratos inferiores, o incluso sobrepasarlos. A través del régimen del *peculium*, que proporcionaba al esclavo un patrimonio para su explotación privada (*infra* [15.7]), y la responsabilidad «adyecticia» (*infra* [15.11]), los esclavos podían actuar en la vida diaria de un modo que no se diferenciaba visiblemente de la de los libres. En ocasiones los esclavos, en concreto los de origen griego, gracias a sus relevantes capacidades intelectuales, pudieron ascender incluso a posiciones influyentes y respetadas, aunque tales casos fueron solo raras excepciones. Contra los abusos graves del poder dominical fueron protegidos los esclavos por la legislación imperial, influida por ideas humanitarias de la filosofía griega [15.6]. Justamente de esa fuente procede la idea de que la esclavitud es contraria al orden natural, ya que por naturaleza todos los hombres son libres; sin embargo, esta consideración no penetró entre los juristas frente a la realidad social. Con todo, por regla general, redundó en beneficio de los esclavos, si no su bienestar personal, sí al menos el interés del dueño de conservar la fuerza productiva y el valor de mercado del esclavo. Esta composición de interés tuvo como efecto que a veces hubiera mayor preocupación por preservar al esclavo frente a los perjuicios que por ciertos libres en relaciones económicas desfavorables. Por este motivo, la manumisión no siempre proporcionaba al esclavo una mejora en su situación socioeconómica, sobre todo cuando en la siguiente generación la relación tuitiva del patronato (*vid.* [16.12-16]) llegaba su fin.—Una situación especial tenían los esclavos estatales, los *servi publici populi romani*, que, entre otras cosas, recibían una asignación dineraria alimenticia anual (de fac-

to, un sueldo que casi doblaba el gasto usual de mantenimiento de un esclavo), disfrutaban de cuasimatrimonios con mujeres libres y podían hacer testamento sobre la mitad de su patrimonio (*vid.* [68.13]).

Lit.: B. RAWSON, «Children in the Roman Familia», en Rawson (*ante* [58.1], 1986), 170 (en especial sobre *vernae* y *alumni*); E. HERRMANN-OTTO, *Ex ancilla natus. Untersuchungen zu den „hausgeborenen« Sklaven und Sklavinnen im Westen des Römischen Kaiserreiches*, Stuttgart, 1994; A. WEISS, «Die öffentlichen Sklaven in den Städten des römischen Reichs», OIR 9 (2004) 231; R. VAN DEN BERGH, «Who was dependent upon whom?», en *Ess. Pool*, 47; ST. KNOCH, *Sklavenfürsorge im Römischen Reich: Formen und Motive zwischen humanitas et utilitas*, Hildesheim, 2005; J. ZLINSZKY, «Gemeineigentum am Beispiel der *servi publici*», en *Symp. Wieling*, 317; S. TAFARO (*ante* [15.1]), 1232 (*schiavitù contra natura*), 1246 (lo schiavo e il diritto), 1254 (valores inspiradores); J. FILIP-FÖSCHL, «Gefühle und Recht», en J. M. Rainer, ed., *Vis ac potestas legum. Liber amicorum Z. Végh*, Frankfurt am Main, 2010, 9, además, H. HATTENHAUER, «Die Sklaven Gottes», en *Symp. Wieling*, 59 (sobre la posición del esclavo en las comunidades cristianas de Roma).

- 4 En época postclásica la doctrina cristiana condujo a más mejoras en cuestiones particulares, pero sin remover la existencia de la esclavitud. Más bien fue el retroceso general en la situación económica y social la que produjo que los libres de los estratos sociales inferiores cayeran en una creciente dependencia. Al verse mermada su independencia jurídica personal, se acabó llegando a un estadio intermedio entre libres y no libres, y con ello también a una aproximación a los esclavos. Cfr. en especial sobre el colonato, *vid. infra* [16.18]; sobre las autoventas, *vid.* [15.18]. **Lit.:** M. MELLUSO, *La schiavitù nell'età giustiniana: disciplina giuridica e rilevanza sociale*, Paris, 2000.
- 5 **2. Jurídicamente** los esclavos son a la vez *res* (objetos de derecho) y *personae* (*vid.* [13.1]). **Carecen de capacidad jurídica** y están (a menos que, excepcionalmente, se encuentren «sin dueño»), como *res Mancipi*, en **propiedad** de su dueño. De relaciones cuasifamiliares sí son, en todo caso, partícipes de hecho, pero no jurídicamente. El matrimonio entre esclavos (*contubernium*) es un simple hecho sin reconocimiento jurídico, pero fue tratado como válido por la Iglesia. El *hijo* que trae al mundo la esclava (*partus ancillae*) recae en propiedad del dueño de la madre (*infra* [15.15]) y no tiene ninguna relación jurídica con su progenitor. El *parentesco* entre esclavos solo fue tenido en consideración por Justiniano (en el caso de la sucesión intestada tras los libertos). No obstante, estas reglas tan claras, en la época clásica ya era reconocible el afán humano de, en casos de reparto de los esclavos, en la medida de lo posible no separar a los hijos de sus padres y tampoco separar a estos entre sí. Si, p. ej., alguien hubiera proporcionado su finca junto con sus accesorios a un tercero,

se admitió que el legado no comprendiera solo al esclavo colocado como administrador de la finca, sino también a su mujer e hijos, «pues no puede aceptarse que el causante quisiera imponer a las familias la dureza de una separación» (Ulp. D. 33, 7, 12, 7: *vid.* [18.15]), cfr. también Ulp. D. 21, 1, 35. Sobre la defensa por sí mismo frente a las ofensas personales, *vid.* [48.22].

Graves **abusos** del poder dominical son sancionados durante la República por el censor. En el Principado, partiendo de medidas imperiales para casos concretos, se impone una protección jurídica (cfr. p. ej. Gai. 1, 53 sobre el derecho, extendido en el mundo helenístico, de asilo de los esclavos que huyen hacia un templo, *vid.* [4.15]). Ante todo se intervino contra la *muerte* del esclavo propio: Constantino (CTh. 9, 12, 1 = C. 9, 14, 1) lo castiga, con carácter general, como asesinato. Sobre la concesión de libertad a los esclavos abandonados, *vid. infra* [15.19].—El homicidio intencionado de un esclavo ajeno condujo ya a finales de la República a la pena de muerte según la *lex Cornelia de sicariis et veneficiis*, una ley de Sila «sobre los asesinos y envenenadores» del 81 a. C. (Marci. D. 48, 8, 1, 2; Ulp. coll. 1, 3, 2; Ulp. D. 9, 2, 23, 9, cfr. [51.10]).—En el *Derecho sacro* el esclavo es partícipe, y tanto en tiempo pagano como cristiano; en especial tiene capacidad para prestar *juramento*, cfr. Ulp. D. 12, 2, 23 y 25. **Lit.:** MIGLIETTA [51.10]; SCHUMACHER (*ante* [15.1]).

3. Tampoco el Derecho privado desconoce que el esclavo es un **ser humano** que, como *persona alieni iuris*, está bajo la *potestas* (aquí entendida como *propiedad*) de su dueño. Aunque no tiene capacidad jurídica, y por tanto tampoco capacidad de tener un patrimonio, sin embargo, desde época antigua su dueño puede entregarle un *peculium* como *patrimonio especial* para su explotación independiente. Este patrimonio le dio al esclavo una cierta independencia económica y se lo vio de hecho (no jurídicamente) como un patrimonio propio del esclavo, que también le sirvió como fundamento para recibir crédito. El *peculium* pertenece en todo momento al dueño, que puede revocárselo al esclavo en cualquier momento total o parcialmente; sin embargo, habitualmente es de interés del propio dueño dejarle el *peculium* al esclavo, porque todo incremento del peculio que obtenga el esclavo a través de su explotación, en última instancia beneficia también al dueño. También era posible que los propietarios proveyeran a un esclavo común que se encontrara en su condominio (sobre la adquisición proporcional, G. 3, 167) con un patrimonio especial con fines comerciales tan amplio que el esclavo estuviera en condiciones de gestionar incluso grandes empresas con ayuda de esclavos subalternos incluidos en ese *peculium (servi vicarii)*. Ciertamente, no se encuentra ninguna fuente que dé testimonio de una verdadera gran empresa; sin embargo, está probado que los esclavos en copropiedad fueron colocados, p. ej., como armadores (Ulp. D. 14, 1, 4, 2; Paul. D. 14, 1, 6, 1), capitanes de barco (Paul. D. 14, 1, 5 pr.) o directo-

res comerciales (Ulp. D. 14, 3, 13, 2). Cfr. [11.15]; sobre las relaciones jurídicas entre el dueño y su esclavo con base en la *actio de peculio*, *vid. infra* [49.5-6].

De acuerdo con su nombre (de *pecus* = ganado), el *peculium* era en primer término un rebaño de ganado menor, pero más tarde está formado por bienes patrimoniales de todo tipo. En caso de manumisión, a menudo se les donaba o dejaba como legado a los esclavos. **Lit.:** F. DEL SORBO, «L'autonomia negoziale degli schiavi nella prassi giuridica campana», en *FHI*, vol. III, 1407; R. PESARESI, *Ricerche sul peculium imprenditoriale*, Bari, 2008; A. FLECKNER (*ante* [43.1]), 217, 292, 335, 420; REDUZZI-MEROLA (*ante* [15.1]); A. PETRUCCI, «Idee vecchie e nuove sulle attività imprenditoriali gestite all'interno di un peculio», *Bull.* 106 (2012) 289.

- 8 4. El esclavo tiene capacidad, con alcance limitado, de *actuar jurídicamente*; sin embargo, los efectos de esa actuación están determinados por la sumisión al poder dominical.

Lit.: I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei servi*, Camerino, 1976 (con H. P. BENÖHR, *Gnomon* 54 [1982] 546).

- 9 a) Toda **adquisición** del esclavo recae en poder de su dueño y propietario, ya que el esclavo mismo carece de capacidad patrimonial y se lo concibe como un órgano de adquisición (*supra* [11.4]). El esclavo puede adquirir por procedimientos naturales, p. ej. por ocupación o adquisición de frutos, pero, en la medida en que tiene capacidad negocial, también por medio de negocios jurídicos e incluso por vía hereditaria, si es instituido heredero en un testamento ajeno o es agraciado con un legado, «pues aunque él no puede hacer testamento, sí puede adquirir por testamento» (Pomp. D. 28, 1, 16 pr.; Inst. 2, 19, 6). Tiene, por tanto, capacidad testamentaria (pasiva) (*testamenti factio*, *vid.* [68.14]; sobre la institución por parte de su dueño, *vid.* [71.2, 3]).—Si la adquisición recae en el peculio o en el (restante) patrimonio del dueño es algo que se rige según la voluntad del dueño, que, sin embargo, en la mayoría de las ocasiones deja al esclavo lo que haya adquirido este con medios del peculio. **Lit.:** BUCHWITZ [68.14], 26, 178.

El esclavo puede hacerse transmitir la propiedad de cosas por parte de personas extrañas a la casa por medio de negocios no formales, pero también por los *formales* (v. gr. la *mancipatio*); y puede obligarse con alguien como deudor por concesión de préstamo, estipulación y otros negocios obligacionales. Con ello convierte al dueño en propietario o acreedor. Solo la *in iure cessio* (como *legis actio*) no es accesible al esclavo. Cfr. Gai. 2, 87-89; 91-94; 96.

- 10 b) De los negocios **de disposición** sobre derechos patrimoniales del dueño, especialmente enajenaciones y gravámenes, normalmente solo estaban abier-

tos a los esclavos los *no* formales, y además solo si su dueño ha *consentido* esos negocios (cfr. *supra* [11.15]).

c) Por medio de *negocios jurídicos* no puede **obligarse** el esclavo según el *ius civile* (Gai. 3, 104; Inst. 3, 19, 6). Sin embargo, el pretor, para posibilitar una «representación» del dueño a través de sus esclavos, concedió las *actiones adiecticias* (*actiones adiecticiae qualitatis*) contra el dueño a raíz de negocios obligacionales del esclavo bajo condiciones especiales; sobre el tema, más detalles *infra* § 49. Las deudas negociales de los esclavos son válidas como obligaciones naturales (*vid. infra* [33.9-11]). 11

d) Por **delitos** del esclavo responde el dueño con la *actio noxalis*. Para la reparación del hecho ilícito, se autoriza al dueño, a su elección, bien pagar la multa correspondiente, como si hubiera sido él mismo quien hubiera realizado el acto, bien entregar el esclavo al perjudicado (*noxae deditio*). Más detalles *infra* [50.12-13]. 12

e) En el **proceso civil**, los esclavos no pueden ser ni partes ni representantes. Son válidas limitadas excepciones para el proceso cognitorio (imperial), y esporádicamente quizá también en otros casos. 13

5. Sobre la cuestión jurídica de si una persona es libre o esclavo, se decide en un **proceso de libertad** mediante una sentencia declarativa. Puesto que el esclavo no puede ser parte ante el tribunal, debe actuar por él una persona libre que afirma su libertad (*adsertor in libertatem*). El proceso es una vindicación de la libertad (*vindicatio in libertatem*), si el *adsertor* actúa como demandante contra el que reclama al sujeto en discusión como su esclavo. En caso de reparto contrario de las posiciones procesales, el procedimiento es una vindicación de la esclavitud (*vindicatio in servitutum*). Justiniano hizo superfluo este *adsertor*: el propio sujeto en discusión puede ahora abogar por su libertad ante el tribunal (C. 7, 17, 1). 14

Durante el proceso, desde antiguo vive el sujeto en cuestión como libre, según se deriva en general del principio rector del *favor libertatis*.—Junto a la vindicación había un puro procedimiento declarativo en el que también podían aclararse otras cuestiones litigiosas sobre el status, v. gr. si alguno es liberto del demandante, si es libre de nacimiento (*ingenuus*), si se encuentra bajo la patria potestad, etc. (cfr. también [83.25]).

Lit.: K. HACKL [83.25], 203; WOLF [16.2]; N. DONADIO, «La lite tra Calatoria Themis e Petronia Iusta», en *FHI*, vol. III, 1543; W. KAISER, «Freigeboren oder freigelassen? – Der “Prozeß der Iusta”», en *Fälle RG*, 29; S. SCIORTINO, *Studi sulle liti di libertà nel diritto romano*, Torino, 2010; M. INDRA, *Status quaestio. Studien zum Freiheitsprozess im klassischen römischen Recht*, Berlin 2011.

II. CAÍDA EN LA ESCLAVITUD

15 La relación de esclavitud surge:

1. Por **nacimiento**. El hijo nacido de la madre esclava se hace esclavo y recae (al igual que los frutos de las cosas, pero con algunas divergencias, *vid. infra* [18.16]) en la propiedad del dueño de la madre. Cfr. G. 1, 82; 89-92; Inst. 1, 3, 4; 1, 4 pr.

Existen excepciones por el *favor libertatis*, p. ej. para el caso de que la madre hubiera sido ocasionalmente libre durante el periodo de gestación, cfr. *supra* [13.8].—Sobre la expresión *favor libertatis*, vid. H. ANKUM, «L'expression «*favor libertatis*» dans les travaux des juristes classiques romains», en *Est. Miquel*, 45 (en las obras de los juristas clásicos); EL MISMO, en *Symp. Wieling*, 1 (en las constituciones imperiales); vid. también EL MISMO, «Der Ausdruck *favor libertatis* und das klassische römische Freilassungsrecht», en HERMANN-OTTO [42.19], 82.

16 **2.** Por *cautividad de guerra*. En la guerra jurídicamente declarada (*iustum bellum*), el pueblo enemigo (excepto en algunos casos excepcionales) carece de derechos. Quien se apodera de las personas enemigas y de sus bienes, se convierte en su propietario. Aquí se trata de un caso de aplicación de la *occupatio* (*infra* [26.3]).

17 Si un romano cae en cautividad en manos del enemigo y, por tanto, se convierte en esclavo, le asiste el beneficio del *ius postliminii* (Gai. 1, 129 = Inst. 1, 12, 5). Durante la cautividad, sus derechos se encontraban latentes: si consigue regresar, es tratado (en muchos temas) como si hubiera conservado siempre sus derechos. Pero si muere en cautividad, entonces se extinguen ya desde el momento de la captura. Sin embargo, aplicando la **fictio legis Corneliae* (de tiempo de Sila, en torno al 80 a. C.), su testamento dictado antes de ser hecho prisionero, se considera válido (Iul. D. 28, 1, 12; PS 3, 4a, 8). Los pretores extendieron esta ficción a la sucesión intestada. Todos estos beneficios se ampliaron aún más en la época postclásica.—Quien compra la libertad de un hombre libre caído en cautividad de guerra, recibe según el Derecho imperial (2.^a mitad del s. II) un derecho de retención sobre este *captivus redemptus* hasta que este le haya entregado el dinero del rescate (Diocl. C. 8.50.17 pr.). **Lit.:** K.-H. ZIEGLER, «Lösegeld-Probleme im römischen Privatrecht», en *Fg. Kaser* [8.12], 381; M. F. CURSI, *La struttura del 'postliminium' nella repubblica e nel principato*, Napoli, 1996; LOHSSE [25.13], 667; EL MISMO, «Die Beerbung des Kriegsgefangenen. Entwicklungsstufen der Auslegung der *lex Cornelia de confirmandis testamentis*», en J. D. HARKE (ed.), *Facetten des römischen Erbrechts*, Heidelberg *et al.*, 2012, 79.

18 **3.** La **pena** de pérdida de la libertad se impone por determinadas malas acciones.

Ya el Derecho romano arcaico trataba al *desertor al campo enemigo* como un no ciudadano carente de derechos. En otros casos concretos se vendía como esclavo al mal-

hechor, pero siempre en el exterior de Roma (*trans Tiberim vendere*: hasta ca. 400 a. C. el Tíber era la frontera del país; cfr. también sobre la ejecución forzosa, *infra* [81.12]). Esto cayó más tarde en desuso. Sin embargo, en época imperial aparecen nuevos casos de esclavización impuesta penalmente, en los cuales el ciudadano podía ser ya convertido en esclavo también en el interior del país. Así, toda condena a muerte, a luchar con los animales o (antes de Justiano) al trabajo en las minas, lleva consigo la esclavización. Según un *SC Claudianum* (52 d. C.), es esclavizada la mujer que entra a convivir con un esclavo (*contubernium*, *vid.* [15.5], cfr. PS 2, 19, 6) en contra de la voluntad del dueño de este y no deja de hacerlo a pesar de recibir tres advertencias; también sus hijos se convertían en esclavos, pero ya Adriano permitió que nacieran libres (Gai. 1, 84). En época postclásica la regulación del SC se fue mitigando, y Justiniano lo abolió completamente (C. 7, 24, 1). El matrimonio entre libres y esclavos solo encuentra reconocimiento en el Derecho bizantino con la Novela 100 de León VI (el Sabio, 886-912).—Si un ciudadano se hace vender como esclavo para participar en el precio de compra (*pretii participandi causa*), es decir, para repartir con el vendedor el precio de venta obtenido tras el descubrimiento de su libertad, entonces se convierte en esclavo: Inst. 1, 3, 4. La decadencia económica, las carencias alimenticias y la necesidad material condujeron en el Occidente desde mediados del s. V a frecuentes autoventas o ventas como esclavos de hijos y nietos. En conexión con los casos de venta para participar en el precio de compra encontraron estas **autoventas** reconocimiento jurídico tras inútiles titubeos de los emperadores, en la medida en que los partícipes (como regla general) habían colaborado conscientemente en la autoventa. Más detalles sobre la venta de hijos en [60.5].—Sobre la revocación de la manumisión, *vid. infra* [16.13]. **Lit.:** VOLTERRA [1.48], 1068 (= 262); P. R. C. WEAVER, «The Status of Children in Mixed Marriages», en Rawson (*ante* [58.1], 1986), 145; D. LIEBS, «Sklaverei aus Not im germanisch-römischen Recht», SZ 118 (2001) 286; KASER [2.12], 88; A. J. B. SIRKS, «Der Zweck des *SC Claudianum* von 52 n. Chr.», SZ 122 (2005) 138, así como EL MISMO, «The *SC Claudianum* in 438 and after in the West», en *Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption: Fs. für D. Liebs*, Berlin, 2011, 623; A. MCCLINTOCK, *Servi della pena: condannati a morte nella Roma imperiale*, Napoli, 2010 (rec. P. GARNSEY, Iura 60 [2012] 284; J. F. STAGL, SZ 130 [2013] 623); D. LIEBS, «Sie liebte ihren Sklaven», *Ess. Sirks*, 409.

III. FIN DE LA ESCLAVITUD

El estatus de esclavo finaliza:

19

1. Por concesión de la libertad por el **Estado** como recompensa por servicios a la comunidad.

En la época imperial por motivos humanitarios se añadieron liberaciones en defensa de los esclavos, v. gr. en caso de abandono de esclavos acabados (Claudio, D. 40. 8, 2; Suet.

Claud. 25, 2); además, si el dueño no ha manumitido al esclavo incumpliendo así una obligación contractual o testamentaria (Marco Aurelio y Cómodo, C. 4, 57, 2). Si el esclavo, por su propia iniciativa, es vendido a alguien como esclavo por un precio proveniente de su propio *peculium*, debe ser manumitido (*suis nummis emptus*), de modo que, en caso de que se le deniegue la manumisión, el esclavo puede hacer valer su libertad ante el prefecto de la ciudad, y en las provincias ante el gobernador provincial (M. Aurelio y Lucio Vero, Ulp. D. 40, 1, 4); en esto se apoya el reconocimiento de una «capacidad jurídica parcial». Se añaden más casos en época postclásica, también los que afectan a la protección de la fe cristiana de los esclavos. **Lit.:** R. KNÜTEL, «Das Mandat zum Freikauf», en *MuV*, 353; FINKENAUER (*infra* [74.5]); EL MISMO, *Die Rechtsetzung Mark Aurels zur Sklaverei*, Stuttgart, 2010; EL MISMO, «Anmerkungen zur *redemptio servi suis nummis*», en *Fs. Knütel*, 345; W. WALDSTEIN, «Zur ‚Teilrechtsfähigkeit‘ des Sklaven nach Kaiserrecht», en *Fs. Behrends*, 589; S. HEINEMEYER, *Der Freikauf des Sklaven mit eigenem Geld – Redemptio suis nummis*, Berlin, 2013. Cfr. también (sobre la compra de la libertad con dinero ajeno) PENNITZ (*vid.* [50.13]), 855.

- 20 2. Una adquisición de la libertad por *prescripción* (*longi temporis praescriptio*) solo se conoce en época postclásica (Diocl. C. 7, 22, 1 s.).
- 21 3. Sobre la concesión negocial de la libertad por la manumisión, *vid.* inmediatamente *infra* [16.1-9].
- 22 4. No sucedía raramente que los esclavos intentaran salir del poder de su dueño mediante la huida (*fuga*). El estatus de esclavo **no** acababa por eso (no es una situación comparable a la de la pérdida de la propiedad sobre el animal salvaje que recupera su libertad natural, *vid.* [26.2]). El concepto de *servus fugitivus* puede aplicarse, por un lado, al esclavo fugado y, por otro, al esclavo que tiende a la huida, que posiblemente se haya fugado ya alguna vez. Esta segunda acepción desempeñaba un papel importante como característica que reducía el valor del esclavo en la compraventa; según el edicto de los ediles, el vendedor debía hacerlo público (*vid.* [41.39-41]). Se discutió intensamente en qué podía reconocerse esa tendencia (Ulp. D. 21, 1, 17 pr.; v. gr. no en que alguno, a causa de la fiereza de su dueño, hubiera huido a uno de los lugares de asilo o hasta la estatua del emperador, *vid. eod.* 17, 12; cfr. [4.15; 15.6]). *Vid.* además Tryph. D. 50, 16, 225.
- 23 Sobre el esclavo que emprende la huida mantiene el dueño la posesión (*vid.* [20.8]), siempre que no haya entrado en posesión de otro. Ulpiano fundamenta esto sin ambages por el resultado (D. 41, 2, 13 pr.): *ne ipse nos privet possessione* («para que no pueda privarnos él por sí solo de nuestra posesión»); Gayo se vale de un razonamiento circular: como el esclavo no puede arrebatarnos la posesión de las cosas que se ha llevado consigo, tampoco puede arrebatarnos la posesión sobre él mismo (D. 41, 2, 15). Compatible con esto se consideró la

solución de que el esclavo, con la fuga, estaba cometiendo un *furtum sui*, un robo de sí mismo (v. gr. Afr. D. 47, 2, 61), de modo que no puede ser usucapido por un tercero (Gai. 2, 45 y 48; Inst. 2, 6, 1; cfr. [25.8]).—En las relaciones obligatorias, si un esclavo se convierte en *fugitivus* en manos de alguien que, como prestatario, mandatario para una venta o heredero, se lo ha de entregar al legítimo, la fuga va en detrimento del deudor (*vid.* [35.2]). Este responde, cuando es por culpa suya, si era un esclavo no necesitado de vigilancia, punto en el cual se estaba fundamentalmente de acuerdo (*vid.* [36.17, 26]). Sin embargo, el deudor debe dar garantía de que restituirá al esclavo en caso de recuperación.

Para atrapar de nuevo a los esclavos huidos, se dispuso una organización estatal de persecución y retorno que ayudara a los propietarios en su persecución, pero que también podía actuar independientemente de oficio para la captura. Quien atrapaba a un *fugitivus*, se lo debía entregar al propietario o a los oficiales de ese servicio público; quien lo escondiera u ocultara su estancia en su casa, respondía como ladrón (Ulp. D. 11, 4, 1 pr.). A todo esto está dedicado el título del Digesto 11, 4 *De fugitivis* («Sobre los esclavos fugitivos»). 24

Al capturado lo amenazaba un castigo que, dependiendo del criterio del dueño, podía ser duro y terrible, como p. ej. el encadenamiento de los pies, la imposición de un collar (con una inscripción, v. gr. *Fugi, tene me* [«he salido huyendo, deténgame»]) o —como una verdadera pena— la marcación de manos, pantorrillas o frente, si no incluso la entrega a la lucha con animales en la arena o una muerte aún más cruel. Constantino el Grande prohibió en el 315 marcar en la cara a los condenados a la pena de trabajar en las minas «para que la cara, a la que se ha dado forma a imagen de la belleza celestial, en modo alguno se vea mancillada» (*quo facies, quae ad similitudinem pulchritudinis caelestis est figurata, minime maculetur*; cristiano: CTh. 9, 40, 2 = C. 9, 47, 17). Presumiblemente esto se generalizó y fue extendido a los *fugitivi* capturados de nuevo. **Lit.:** H. BELLEN, *Studien zur Sklavenflucht im römischen Kaiserreich*, Wiesbaden, 1971; G. KLINGENBERG (*ante* [15.1]); EL MISMO, «Der servus fugitivus pro libero se gerens», en *Symp. Wieling*, 109; EL MISMO, «Die *agnitio* eines *servus fugitivus* durch einen Unberechtigten», en *Fs. Végh* [15.3], 35; R. GAMAUF, *Ad statuum licet confugere*, Frankfurt am Main, 1999 (también sobre el asilo); EL MISMO, «*Indicium*: Die Denunziation von flüchtigen Sklaven», en *Fs. H. Hausmaninger* [9.3], 91; G. RIZZELLI, «Il *fugitivus* di D. 50,16,225 (Tryph. 1 *disp.*)», en *St. Metro*, vol. V, 253; R. GAMAUF, «*Erro*. Suche nach einem verschwundenen Sklaven», en *Ess. Sirks*, 269. 25

IV. SOBRE EL DESARROLLO ULTERIOR

Aunque según la doctrina cristiana ante Dios todos los hombres son iguales, la Iglesia no intentó cambiar nada en relación con la esclavitud en la Antigüe- 26

dad Tardía y a inicios de la Edad Media. Una abolición hubiera revolucionado el orden social y económico; y tampoco la Iglesia hubiera podido renunciar al trabajo esclavo para sus propias tierras, que constituían el núcleo de su patrimonio. Sí trató, al menos, de exigir mejoras, que crearon en los emperadores y los propietarios el deber de dulcificar las asperezas de la esclavitud por razones de caridad (*caritas*).—Aún más allá de los ss. XII-XIV, en que incluso se puede observar un incremento de la esclavitud, y bien adentrada la Edad Moderna, la esclavitud, junto con otras formas variadas de relaciones de libertad reducida, como la adscripción a la tierra (*vid.* [16.18]) o la servidumbre vitalicia, en modo alguno se convirtió en un mero fenómeno marginal en el Sacro Imperio Romano-Germánico y en la mayoría de los demás Estados cristianos. Principalmente se reclutaban los esclavos de entre los prisioneros que se tomaban en las guerras con pueblos no cristianos o que se adquirían en el comercio con ellos (la esclavización de prisioneros cristianos fue prohibida por la Iglesia en 1179 por el III Concilio Lateranense). Puesto que esos pueblos hacían esclavos a sus prisioneros de guerra cristianos (v. gr. los turcos estuvieron a las puertas de Viena en 1683), se consideró que estaba justificado como un adecuado derecho de retorsión (*Retorsion*, p. ej. §§ 43-45 Einl. ALR) el hacer esclavos a su vez a los prisioneros tomados de ellos.—El ALR prusiano de 1794 autorizó la participación en el «tráfico de esclavos negros» (*Negersklaven*: §§ 2049, 2227 II 8, derogados por la ley de 8.7.1844); por lo demás, se decía que «Sklaverey soll in den Koniglichen Staaten nicht geduldet werden» (§ 196 II 5: «La esclavitud no debe padecerse en los Estados de la Monarquía»), pero se estableció la excepción: «Fremde, die sich nur eine Zeitlang in Koniglichen Landen befinden, behalten ihre Rechte über die mitgebrachten Sklaven» (§ 198 II 5: «Los extranjeros que se encuentren solo durante cierto tiempo en los Países de la Monarquía conservan sus derechos sobre los esclavos que hubieran traído consigo»). Después de que todavía en 1854 esta norma fuera aplicada por el Tribunal Cameral (*Kammergericht*) de Berlín en el caso «Marcellino contra el Dr. Ritter», fue abolida por una ley de 9.3.1857: «Sklaven werden von dem Augenblick an, wo sie preußisches Gebiet betreten, frei. Das Eigentumsrecht des Herrn ist von diesem Zeitpunkt ab erloschen» («Los esclavos son libres desde el momento en que entren en el territorio de Prusia. El derecho de propiedad del dueño se extingue desde ese instante»). Con ello se impuso una situación jurídica única en Alemania (*vid.* § 16 ABGB). Quedaba aún un largo camino hasta que, en 1948, tras diversos tratados bilaterales y multilaterales contra la esclavitud, la Asamblea General de la ONU en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en su art. 4 estableció la prohibición de la esclavitud (Supplementary Convention

de 30.4/7.9.1956). Lo que en la Antigüedad era un ideal del Derecho natural (*vid.* [3.17; 15.3]) se convirtió así en Derecho coercitivo.

Lit.: R. STAMMLER, *Deutsches Rechtsleben in alter und neuer Zeit*, vol. 2, München, 1932, 265; J. HALLEBEEK, «Observaciones sobre el sentido de los conceptos romanos *servus* y *servitus* en el mundo medieval», en *Ess. Pool*, 121; TH. RÜFNER, «Die Rezeption des röm. Sklavenrechts im Gelehrten Recht des Mittelalters», en *Symp. Wieling*, 201; F. STURM, «Code noir und römisches Sklavenrecht», en *St. Metro*, vol. VI, 223.— Sobre la impresionante «esclavitud de hoy», *vid.* *Jahrbuch Menschenrechte* 2008 (p. 3961).

§ 16. Manumisión y libertos. Otras dependencias

(RPr. §§ 30, 69-71, 211 III, IV, 212, 213)

I. MANUMISIÓN

1. El procedimiento ordinario de concesión de la libertad es la *manumisión* (*manumissio*) a través de un negocio jurídico privado del dueño; en la mayor parte de los casos se concedía como recompensa por los leales servicios prestados. En época imperial tenían los esclavos, en especial en las ciudades, francamente buenas expectativas de ser manumitidos a los 30 o 40 años de edad. Asimismo, como los no infrecuentes acuerdos de manumisión, en los que los propietarios prometían a sus esclavos la manumisión bajo ciertas condiciones (sobre todo por el pago de una suma de dinero: *vid.* [15.19]), esta expectativa actuó de manera estabilizadora sobre la esclavitud: una esperanza realista de una futura manumisión fomenta el buen comportamiento y es idónea para alejar revueltas, levantamientos, suicidios o fugas.

El Derecho romano arcaico, y aún el *ius civile* clásico, conocen tres formas de manumisión: dos *inter vivos* y una *mortis causa*. A ellas se añadió una forma eclesiástica en el periodo postclásico. Mientras estos actos conducen a la adquisición de la ciudadanía romana, las manumisiones «pretorias» (*vid.* [16.9]) tienen un efecto más débil. Con la manumisión, el esclavo se convierte en liberto (*libertus*, *libertinus*) y el manumitente (*manumissor*) en patrón (*patronus*), por tanto, dueño protector del liberto (*vid.* [16.2 y 4]).—Por otro lado, desde el 357 d. C. se aplicó un impuesto sobre las manumisiones (fijado primeramente por Diocleciano) denominado *vicesima manumissionum vel libertatis*, *i. e.* impuesto de un 5% (¿del valor del esclavo?), que debía ser pagado por el liberto (de su *peculium*) o por el manumitente o sus herederos, especialmente a los titulares de arrendamientos de impuestos, cuyo personal estaba por eso presente ante el pretor o en las aperturas de testamento (*vid.* [67.17]; *cfr.* [16.2 y 4]).

Lit.: H. CHANTRAINE, «Zur Entstehung der Freilassung mit Bürgerrechtserwerb in Rom», en *ANRW I/2*, 1972, 59; G. ALFÖLDY, «Die Freilassung von Sklaven und die Struktur der Sklaverei in der römischen Kaiserzeit», en Schneider [16.18], 336; S. GÜNTHER, *Vectigalia nervos esse rei publicae: die indirekten Steuern in der römischen Kaiserzeit von Augustus bis Diokletian*, Wiesbaden, 2008, 95.

- a) La ***manumissio vindicta***, *i. e.* manumisión por la vara, es originariamente un caso de *in iure cessio* (*supra* [7.18]), y en realidad una reformulación de la *vindicatio in libertatem* (*supra* [15.14]). Ante el pretor comparece el dueño con el esclavo y un ciudadano que, como *adsertor in libertatem* (*supra* [15.14]) asume el papel de «demandante». Este toca al esclavo con una varilla (*vindicta*) y expresa la manifestación formal de que ese esclavo es libre. El dueño omite la afirmación contraria de que el esclavo es de su propiedad, y acepta a través de su silencio la afirmación del *adsertor*. A continuación confirma el pretor la libertad a través de su declaración oficial (*addictio*). No obstante, ya en época clásica fue destiñéndose esta forma para convertirse en una declaración unilateral de la voluntad de manumitir por parte del manumitente, que portaba por sí mismo la vara en presencia del magistrado y su lictor. De forma parecida subsiste la *manumissio vindicta* aún en tiempos de Justiniano (Inst. 1, 5, 1). **Lit.:** J. G. WOLF, «Die *manumissio vindicta* und der Freiheitsprozeß», en O. Behrends – M. Diesselhorst, eds., *Libertas. Grundrechtliche und rechtsstaatliche Gewährungen in Antike und Gegenwart*, Ebelsbach, 1991, 61 = WOLF, *Aufs.*, 167; EL MISMO (*ante* [7.16]), 375 (= *Aufs.*, 199).
- b) En caso de ***manumissio censu***, *i. e.* la manumisión por inscripción en el registro de ciudadanos, el esclavo que va a adquirir la libertad, con permiso de su dueño, se hace inscribir como ciudadano libre en la lista de ciudadanos que se renueva en el control de la ciudadanía (*census*) realizado cada cinco años. Esta forma desapareció con el *census* en época del Principado.
- c) La ***manumissio testamento***, *i. e.* la manumisión por testamento, se efectúa mediante la declaración del dueño en el testamento mancipatorio (*vid.* [67.3-5]) de su voluntad de manumitir, a través de palabras prescritas como «*Stichus servus meus liber esto*» («Que mi esclavo Estico sea libre»). Con la ejecución del testamento, por tanto generalmente con la adquisición de la herencia por el heredero instituido, adquiere el esclavo la libertad, y directamente del causante, que con ello se convierte en su patrono (*libertus orcinus*, puesto que el patrono se encuentra en el *orcus*, *i. e.* el reino de los muertos). Para el manumitido tenía esta forma la gran ventaja de que, fundamentalmente, no tenía que aportar ningún día de trabajo (*vid.* [16.15]). Cfr. Gai. 2, 267; UE 2, 7 s. Para el caso de la herencia forzosa y de la atribución de la herencia por causa de libertad, *vid.* [74.5].
- Junto a esta forma de manumisión directa, en época del Principado se desarrolla la **fideicomisaria**, a saber: el causante grava al heredero (o a otro al que haya atribuido el esclavo en el testamento) con el fideicomiso (*vid. infra* [77.1-2]) de liberar al esclavo. Aquí el gravado con este fideicomiso debe llevar a cabo la manumisión (a través de un acto de manumisión *inter vivos*), a lo cual podía ser

obligado por un proceso *extra ordinem*; con ello se convierte él mismo en patrono del manumitido y puede exigir de este la prestación de servicios. Cfr. Gai. 2, 263-266; UE 2, 7-12. **Lit.:** P. VOCI, *DER II*, 408; D. NÖRR, *Römisches Recht: Geschichte und Geschichten. Der Fall Arescusa et alii (Dig. 19, 1, 43 sq)*, München, 2005, 23, 39, 103; R. KNÜTEL, «Rechtsfragen zu den Freilassungsfideikommissen», en *Symp. Wieling*, 131; J. G. WOLF, «Arescusa», *SD 80* (2014) 1.

- 6 La manumisión testamentaria directa –que, a diferencia de los citados negocios de manumisión *inter vivos*, es un puro acto privado sin colaboración estatal– originariamente quizá solo conducía a una manumisión *fáctica* con protección sacral (como cliente, *infra* [16.12]). Pero como muy tarde desde 312 a. C. (reforma de las tribus de *Apio Claudio*) también se adquirió con ello la ciudadanía romana.
- 7 Ya desde las Doce Tablas puede un esclavo, como libre bajo condición (*statuliber*), ser manumitido bajo una *condición* suspensiva, sobre todo la de pagar una determinada suma de dinero al heredero (procedente de su *peculium*, en la medida en que también actúa *de facto* como patrimonio privado del esclavo, *vid. supra* [15.7]) hasta compensar el valor que el heredero ha perdido de la herencia por la manumisión del esclavo. Cfr. Gai. 2, 200; UE 2, 1-6; un ejemplo *supra* [10.5]. **Lit.:** P. STARACE, *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione: uno studio sul 'favor libertatis' fra tarda Repubblica ed età antonina*, Bari, 2006; M. PENNITZ, «*Veterum dubitate quiescente nobis placuit* (Iust. C. 6, 46, 6)», en *FHI*, vol. VI, 4073; EL MISMO [50.13], 855 (también sobre el aforismo, recogido en Ulp. D. 47, 10, 7, 2: *heri servus, hodie liber, i. e.* «ayer esclavo, hoy libre»).
- 8 d) Desde Constantino el dueño puede declarar la manumisión ante el *obispo* y la *comunidad cristiana* reunida (***manumissio in sacrosanctis ecclesiis***, *i. e.* manumisión en las santísimas iglesias). Esta forma probablemente está influida por modelos helenísticos (*vid. in* inmediatamente), pero también por los modos pretorios de manumisión (*vid. a* continuación). Cfr. C. 1, 13, 1 y 2; Inst. 1, 5, 1.
- 9 e) En la República tardía aparecen modos de manumisión **pretoria**, en los que también bastaban formas privadas para la realización *inter vivos*, a saber, la declaración ante testigos (*manumissio inter amicos*), la entrega de una carta de libertad (*manumissio per epistulam*), la invitación a sentarse a la mesa (*manumissio per mensam*: tal vez más antigua y de influencia helenística) o similares. Los manumitidos de ese modo, en principio, no quedan puestos en libertad jurídicamente, sino solo *fácticamente* (lo que los juristas llaman *in libertate esse*); desde el punto de vista jurídico siguen perteneciendo a sus dueños y son incapaces patrimonialmente. No obstante, el pretor los trata como si fueran libres, en la medida en que los protege frente a una *vindicatio in servitutum* (*vid. [15.14]*) de su manumitente y les concede también derecho

de acción frente a terceros. No se convierten en ciudadanos romanos. Solo una *lex Iunia* (¿*Norbana*? del 19 a. C.) les otorga la consideración de *Latini coloniarii* (*supra* [3.8]), con lo que reciben, como *Latini Iuniani* (Gai. 1, 22) una limitada capacidad jurídica. Justiniano los convirtió en ciudadanos romanos y equiparó las formas simplificadas de manumisión a las otras (C. 7, 6, 1; Inst. 1, 5, 1; 1, 5, 3). **Lit.:** S. CORCORAN, «The Junian Latins from Caracalla to the Carolingians», en *Fs. Liebs* [7.20], 129.

f) Está prevista legalmente la manumisión *ex praemio*, es decir, como recompensa por la colaboración en aclarar el asesinato de su dueño a manos de un esclavo: Tryph. D. 28, 5, 91; Ulp. D. 29, 5, 3 y 14.

2. Las **leyes de manumisión de Augusto** aparecieron, al igual que las leyes matrimoniales (*vid. infra* [58.25]), por motivos de política poblacional, después de que las manumisiones masivas, a menudo por mero afán de vanagloria de los ricos, habían hecho adquirir la libertad y la ciudadanía a personas indiginas. En general debían ser impedidas las manumisiones irreflexivas y aquellas que produjeran daño a terceros. 10

Los supuestos de hecho están descritos de modo poco hábil. La *lex Fufia Caninia* (2 a. C.) establece cuotas entre los esclavos que el dueño puede manumitir por testamento (Gai. 1, 42 ss.); la ley fue derogada por Justiniano – La *lex Aelia Sentia* (4 d. C.) exige (como regla) una edad mínima para el dueño (20 años) y para el esclavo (30 años; cfr. Gai. 1, 18-20; 38-41; excepciones solo en caso de aprobación por un organismo público de manumisiones) y da a ciertos esclavos que hubieran sido sancionados con penas públicas solo el estatus no protegido de los sometidos sin derechos, *dediticii* (*supra* [3.11]; cfr. Gai. 1, 13; 25-27). Justiniano dejó en vigor únicamente la prohibición de manumitir en perjuicio de los acreedores (*in fraudem creditorum*): Inst. 1, 6 pr.; 1, 6, 3. **Lit.:** T. GIMÉNEZ CANDELA, «Bemerkungen über Freilassungen *in consilio*», SZ 113 (1996) 64; J. P. MEINCKE, «Zur Freilassung nach dem Recht der Institutionen Justinians», en *Recht, Religion Verfassung. Fs. für H.-J. Becker*, Bielefeld, 2009, 165; A. J. B. SIRKS, «The purpose of the *Lex Fufia Caninia*», SZ 129 (2012) 549; D. NÖRR, «Verwerfungen im Recht der testamentarischen Freilassungen “*in fraudem creditorum*”», en *Mél. Humbert*, 599; A. MATEO SANZ, «Una nueva reflexión sobre Ep. Ulp. 1,12», SCDR 28 (2015) 673. 11

II. LIBERTOS Y PATRONATO

1. Los libertos (*liberti, libertini*) tienen capacidad jurídica, pero, aunque se convierten en ciudadanos romanos (sin embargo, *vid. supra* [16.9]), no son completamente iguales a los libres de nacimiento (*ingenui*). De los derechos 12

políticos están completamente excluidos. En el ámbito jurídico-privado, su origen servil produce el efecto de que están sometidos al **patronato** y permanecen, por tanto, bajo el poder protectorio de su manumitente.

El poder del *patronus* es en época arcaica un poder total, que solo está amortiguado por el deber de fidelidad del patrono que está garantizado por normas de Derecho sacro: la ley de las Doce Tablas (8, 21) establece que *patronus si clientem fraudem fecerit, sacer esto* («si un patrono defrauda su deber de fidelidad en contra de su cliente, que sea abandonado a las divinidades», *i. e.* la ruptura del vínculo de fidelidad en contra de sus clientes expone al patrono a la venganza divina (cfr. [60.2]). Los libertos pertenecen originariamente al círculo de los **clientes**, al igual que los peregrinos con los que se ha establecido una relación de hospitalidad, y se encuentran protegidos por el patronato (*vid.* [13.5]). Sin embargo, este vínculo de protección fue palideciendo a finales de la República, pasando de ser una relación de carácter jurídico a serlo puramente social. Solo sobre los libertos siguió teniendo el patronato un contenido *jurídico*, pero, desde que la manumisión proporcionó la ciudadanía romana, progresivamente se fue debilitando hasta convertirse en un *poder protectorio* del patrono (con derechos de fidelidad y respeto regulados con más detalle); a este le corresponde un *deber de obediencia y de auxilio* por parte del liberto. El derecho del patrono, todavía mencionado ocasionalmente en época del Principado, de *matar al libertus* (que habite en su casa), cayó en desuso. Los hijos del liberto son *ingenui*; la relación de patronato solo les afecta en algunas relaciones aisladas. **Lit.:** A. FÖLDI, «Esquisse historique sur la condition des descendants d'affranchis en droit public romain», en *Ess. Pool*, 92; M. L. LOPÉZ HUGUET, «*Domicilium liberti*. Precisiones sobre una supuesta limitación de la libertad domiciliaria», SD 78 (2012) 221, así como –sobre los efectos del poder del patrono sobre la vida de los libertos y las limitaciones de ese poder– W. WALDSTEIN, «Patrone und Freigelassene», en *Fs. Knittel*, 1361, *vid.* también EL MISMO [42.22]; C. MASI DORIA, «*Operae et dies* freigelassener Sklavinnen in Erwartung des 50. Lebensjahres», en *Fs. Végh* [15.3], 75; M. G. ZOZ, «Rapporti di patronato», en *St. Metro*, vol. VI, 539; H. MOURITSEN, *The Freedman in the Roman World*, s. 1., 2011 (crítica, C. MASI DORIA, SZ 130 [2013] 670).

- 13 Una revocación de la manumisión (*revocatio in servitutum*) por causa de gran ingratitud la conoce el Derecho imperial clásico solo en casos particulares; solo el Derecho postclásico, a partir de Constantino, bajo influencia helenística, lo convirtió en una institución fija. Cfr. C. 6, 7, 2 pr.; Inst. 1, 16, 1.
- 14 2. a) El patrono es llamado, por ministerio de la ley, a la **tutela** de los hijos impúberes del liberto y a la de las libertas (*vid. infra* [62.7]), además de a la **sucesión intestada**, si el liberto moría sin tener herederos de su familia inmediata (*sui heredes: vid.* [66.10 y 17], cfr. también [69.10]). Si muere el patrono, sus derechos (en general) pasan solo a sus descendientes. Un *SC (Ostorianum)* del 44 (¿?) d. C. permite al patrono que tiene dos o más hijos bajo su patria potestad, transmitir el derecho de patronato a uno o varios de sus descendientes agnaticios (*adsignare*): D. 38, 4, 1 pr., cfr.

Inst. 3, 8, 3. **Lit.:** C. MASI DORIA, *Bona libertorum: regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli, 1996; R. SIGNORINI, «*Adsignare libertum*»: la disponibilità del «*patronatus*» tra normazione senatoria ed «*interpretatio*» giurisprudenziale, Milano, 2009 (rec. J. M. RAINER, SZ 132 [2015] 647).

b) El liberto está obligado a prometer bajo juramento, ya antes de la manumisión, la prestación de **servicios** (y en concreto un determinado número de días de trabajo, *operae*). La promesa se repite normalmente tras la manumisión por un juramento (de nuevo) o en forma estipulatoria. Por la promesa puede ser demandado para la prestación de los servicios con una **actio operarum** (presumiblemente civil, parecida a la *condictio*): cfr. Ulp. D. 38, 1, 2, 1; eod. 7 pr. 15

Originariamente habría obligado al patrono a la prestación de servicios con sus propios medios disciplinarios. La acción se haría necesaria desde que el poder disciplinario del patrono se fue debilitando cada vez más. Más detalles *vid. infra* [42.22]. **Lit.:** W. WALDSTEIN, *Operae libertorum: Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassenen Sklaven*, Stuttgart, 1986; S. NISHIMURA, «*Condictio indebiti bei operae liberti*», en *Symp. Wieling*, 189.

3. Al liberto se le puede conceder la condición de *ingenuus* por un *acto de gracia* imperial (**natalium restitutio**). Un efecto más débil, principalmente solo de carácter social, tiene la concesión del derecho (reservado a los *ingenui*) de portar un anillo de oro (*ius anuli aurei*). En el Derecho postclásico se admiten numerosos casos de liberación del patronato por ministerio de la ley. 16

III. OTRAS RELACIONES DE DEPENDENCIA

1. Para el Derecho arcaico y aún para el clásico se hace mención, de entre los supuestos de hecho de una libertad reducida, el caso del **hijo de familia in mancipio**. Si el *paterfamilias mancipa* a su *filius familias* a alguien (p. ej. para la prestación de servicios), sigue siendo personalmente libre, puede vivir en un matrimonio legítimo y tener hijos matrimoniales, pero está respecto al adquirente en una situación de subordinación *semejante a la esclavitud*, de la que solo puede ser liberado a través de una *manumissio* (como el esclavo). Cfr. Gai. 1, 116-118; 138. Más detalles *infra* [60.5-7]; NELSON – MANTHE III/3, 306; J. G. WOLFF, «*In mancipio esse*», en *Ars iuris. Fs. für O. Behrends*, Göttingen, 2009, 613 = WOLFF, *Aufs.*, 157. 17

2. Los desarrollos *postclásicos* conocen ciertos estadios intermedios entre la libertad y la esclavitud de muy diverso tipo, entre los cuales destaca el **colonato**. Los *coloni*, cuyo origen histórico (no uniforme) está discutido, son peque- 18

■ § 16. MANUMISIÓN Y LIBERTOS. OTRAS DEPENDENCIAS

ños *cultivadores de tierras dependientes* que están *vinculados a la gleba*: no pueden abandonar la tierra, pero tampoco puede el propietario expulsarlos del fundo, y sobre todo tampoco puede enajenar el fundo sin los colonos.

Al principio pasaban todos ellos por personalmente libres; sin embargo, determinados grupos de ellos, como por ejemplo los colonos en los dominios estatales o imperiales, ya desde el s. IV estaban sometidos también a limitaciones personales y, por tanto, su situación se aproximaba mucho a la de los esclavos. El hecho de que se les conservara, a pesar de todo, la libertad personal, con independencia de sus considerables limitaciones, se daba sobre todo para mantener su capacidad de prestar servicios militares. Las constantemente endurecidas limitaciones obedecen al interés político-económico del poder estatal de asegurar la explotación de las tierras y, con ello, el abastecimiento del ejército y de la población, así como el cobro de impuestos. **Lit.:** A. H. M. JONES, «Der römische Kolonat», en H. Schneider, ed., *Sozial- und Wirtschaftsgeschichte der römischen Kaiserzeit*, Darmstadt, 1981, 81; P. ROSAFIO, *Studi sul colonato*, Bari, 2002.

§ 17. Corporaciones y fundaciones

(RPr. §§ 72, 214)

I. GENERALIDADES

La mentalidad jurídica moderna conoce agrupaciones de personas que están 1
dotadas de capacidad jurídica independiente. La unión (jurídicamente capaz)
es un sujeto de derecho distinto de sus miembros integrantes; tiene capacidad
para tener la propiedad y otros derechos patrimoniales; sobre el patrimonio de
la unión los miembros no están inmediatamente legitimados para intervenir.
La unión (jurídicamente capaz) es, por tanto, una **persona jurídica**. Tal cosa
viene reconocida por varias manifestaciones, si han de realizarse intereses co-
munes de una mayoría de personas o de la generalidad, bien sea como una
corporación de miembros que determinan la voluntad de esa persona jurídica
(como en el caso de las asociaciones y de algunas sociedades mercantiles),
bien *sin* tal forma de agrupación (como es el de las *fundaciones*). En el Dere-
cho público se encuentran entre ellas el Estado, los municipios, las Iglesias y
muchas otras corporaciones y organizaciones con personalidad jurídica.

La idea de que tales formas de organización pueden ser titulares de derechos 2
independientes y separados de sus miembros, junto con la teoría de la capaci-
dad jurídica, en lo esencial fue desarrollada tan solo por la ciencia jurídica del
s. XIX a partir de principios antiguos. La Antigüedad no fue, sin embargo,
totalmente ajena a esta idea. Los romanos tampoco podían obviar el hecho de
que hay pluralidades de personas que son capaces de tener una voluntad colec-
tiva y cuyo patrimonio es diferente del de sus miembros y, por ello, está sus-
traído a la disposición de cada individuo en particular. Esto afectaba sobre
todo, desde antiguo, al *Estado* y a otras *asociaciones* antiguas. Pero también
las demás agrupaciones de personas fueron concebidas por los romanos como
una unidad, al menos en la época clásica, cuando leyes, senadoconsultos o
constituciones imperiales previeron el reconocimiento de las correspondientes
agrupaciones como una unión.

Las agrupaciones de personas de naturaleza privada fueron denominadas por los 3
romanos como **corpus** (cfr. Gai. D. 3, 4, 1 pr.). Su reconocimiento como unidad ligada
jurídicamente, que (siguiendo el modelo de las agrupaciones personales de Derecho
público, como el Estado, los municipios, etc.) actúa a través de sus órganos, ha de
remitirse en última instancia, según el desarrollo que A. Groten ha descrito, a la doc-

trina estoica de los cuerpos, a saber, de los cuerpos compuestos *ex distantibus* (vid. [18.14]). Tras la remoción del concepto estoico de la esencialidad de los cuerpos compuestos como consecuencia de la crítica de la Estoa por parte de la doctrina escéptica de la Academia, se acabó imponiendo a mediados del s. I a. C. la interpretación de que las uniones de personas solo son una unidad conceptual; desde entonces consiguieron solo su «corpus» por autorización estatal y, en virtud del reconocimiento pretorio, pudieron participar en el tráfico jurídico a través de representantes designados, que actuaban en su nombre (Ulp. D. 3, 4, 2; cfr. paralelamente Ulp. D. 50, 12, 8). Las autorizaciones, que desde Augusto, según la *lex Iulia de collegiis*, habían de ser concedidas por el Senado con aprobación del emperador, fueron concedidas solo con mucha contención hasta la época de los emperadores adoptivos, sobre todo para asociaciones económicas que eran útiles para el abastecimiento de Roma; sin embargo, está documentada también la autorización de una asociación de músicos (CIL VI 2193 = CIL VI 4416).

En contraposición a *corpus*, el término «*universitas*» se utilizó entre los juristas clásicos para la caracterización de las agrupaciones públicas de personas; bajo Justiniano llegó a su fin el desarrollo de extender el concepto a todas las agrupaciones personales de carácter público y privado (cfr. Zeno C. 1, 23, 7, 2).

Una comparación de las formas organizativas jurídicamente diferenciadas con la persona como ser humano individual solo se dio entre los romanos raramente y de forma totalmente laxa: por ejemplo, en la afirmación de que la *hereditas* (*iacens*, vid. *infra* [72.2]) *personae vice fungitur*, i. e. la herencia asume la posición de una persona (Flor. D. 30, 116, 3; 46, 1, 22). Con todo, estas expresiones atécnicas, pensadas únicamente como simple ilustración, sirvieron como fundamento a la «teoría de la ficción» defendida por algunos pandectistas, es decir, a la interpretación de que en la persona jurídica se finge una persona natural.

Lit.: MITTEIS [1.56], 339; L. Peppe, ed., *Persone giuridiche e storia del diritto*, Torino, 2004; EL MISMO, «Il problema delle persone giuridiche in diritto romano», en *St. in onore di R. Martini*, vol. III, Milano, 2009, 69; J. PLATSCHKEK, «Das “*nomen universitatis*” in D. 3, 4, 7, 2», *Index* 40 (2012) 617; O. BEHREND, «*Corpus und universitas und der Streit um die Aufklärungspflicht des Verkäufers*», *Index* 41 (2013) 145; A. GROTEN, *Corpus und universitas. Römische Körperschafts- und Gesellschaftsrecht zwischen griechische Philosophie und römische Politik*, Tübingen, 2015. Instructivos también los aspectos funcionales (con atención sobre posibles sociedades de capital, en especial las *societates publicanorum*) en A. FLECKNER (*ante* [43.1]), 47, 87, 145 y *pass.*

- 4 Distinta de la asociación es la *sociedad* (*societas*, vid. *infra* [43.6-7]), la unión contractual de varias personas que persiguen un fin común con la agrupación de sus fuerzas. La sociedad no es *ninguna* corporación, sino solo una *relación contractual* que produce deberes *obligacionales* a los socios (ejemplo: tres capitalistas se unen para

armar una nave comercial y ponerla a navegar). Hacia el exterior la *societas* no aparece como una unidad, a diferencia de la asociación. En consecuencia, tampoco tiene órganos, sino que un socio actúa «para la sociedad», negocia para todos los socios, por tanto para sí, y como representante mediato (*vid. supra* [11.2]) para sus consocios. Si se constituye un patrimonio social (lo que no es obligatorio), este no pertenece (en correspondencia con el patrimonio de la asociación) «a la sociedad» como unidad diferenciada, sino a los socios como copropietarios. La *societas* está *unida* a las personas de sus *miembros*, quienes han concluido el contrato de sociedad, mientras que la asociación sigue siendo la misma a pesar del cambio de sus miembros (por entradas o salidas, etc.). La sociedad *se disuelve*, por tanto, normalmente, aunque solo *uno* de los socios la abandone (por muerte, renuncia, etc.).

II. CORPORACIONES EN PARTICULAR

1. a) El **Estado** romano jurídicamente no es otra cosa que el conjunto de sus ciudadanos; esto lo dice ya su propio nombre *populus Romanus* (asimismo *civitas* o *res publica*, derivado de *populus*). **Aerarium** no es el Estado como titular de derechos, sino la caja del Estado (de la República) y, por extensión, el patrimonio del Estado. El Estado en su totalidad está regido por el «Derecho estatal» (*ius publicum* en este sentido, *vid. supra* [3.5]), no según el Derecho privado. El Derecho público determina también los órganos con los cuales conforma su voluntad y actúa. Todo el patrimonio estatal es bien público. Tampoco los negocios jurídicos de los individuos y el Estado están sometidos al Derecho público. Los litigios entre el individuo y el Estado se deciden de forma autoritativa por el magistrado como órgano del Estado: solo excepcionalmente en un procedimiento correspondiente al proceso civil. Todo esto es válido para la República y aún en época del Principado. 5

b) En época imperial surge junto al *aerarium* el **fiscus** (lit. «cesta de dinero», y de ahí «patrimonio de caja»), un patrimonio especial que el emperador recibe por su función y sobre el que decide por sí solo y con independencia del pueblo y el Senado. El *fiscus* (también *res privata*, *res familiaris*) se desarrolla a partir del patrimonio privado del emperador, y por ello es partícipe del Derecho privado. El fisco se entiende, sin embargo, como un patrimonio ligado a la función de cada *princeps*, que tras su periodo de gobierno recae en el siguiente. Junto a este sigue existiendo su patrimonio personal (*patrimonium*), que se hereda según reglas de Derecho privado; sin embargo más adelante, el sucesor, en todo caso como hijo adoptivo del emperador anterior, se convierte también en su heredero. Con el creciente poder del emperador se borran también las fronteras entre *fiscus* 6

y *aerarium*; hacia el final de la época del Principado este es absorbido por el *fiscus*, que con ello se convirtió en el único patrimonio del Estado. Cfr. Ulp. D. 43, 8, 2, 4; Ant. C. 7, 49, 1. **Lit.:** M. MAIURO, *Res Caesaris. Ricerche sulla proprietà imperiale nel Principato*, Bari, 2012.

- 7 En la monarquía absoluta las citadas masas patrimoniales ya no se someten al Derecho privado. La división entre el *fiscus* como patrimonio del Estado, la *res privata* como dominio del respectivo emperador y el *patrimonium Caesaris* como patrimonio privado imperial tiene en su totalidad, en la medida en que sigue existiendo, tan solo significado administrativo. El emperador podía disponer libremente de todas estas masas patrimoniales, aun cuando la razón de Estado le impone ciertos límites. La regla de que el fisco participaba del Derecho privado sigue vigente. Con esta forma de Estado que somete a los súbditos a la arbitrariedad del monarca, pierde su base la concepción corporativa del Estado; sin embargo, no se buscó nunca una nueva interpretación.
- 8 **2.** Como agrupación corporativa con miembros cambiantes se entienden desde antiguo las comunidades urbanas de fuera de Roma, los *municipia* y las *coloniae* (también se las denomina *civitates* o *res publicae*). Su formación de voluntad y los órganos legitimados para actuar se regulan según la constitución local y, por tanto, según el Derecho público. No obstante, las ciudades participan de derechos *privados* según el Derecho *pretorio* y pueden demandar y ser demandadas en el proceso civil. Por los negocios que sus magistrados concluían en tanto que órganos de la ciudad respondían las ciudades directamente (Paul. D. 44, 7, 35, 1; Pap. D. 50, 8, 5, 1).
- Cfr. Ulp. D. 3, 4, 7 pr. y 1; además Gai. 2, 11; Ulp. D. 4, 3, 15, 1; Paul. D. 41, 2, 1, 22.
- 9 **3. Asociaciones** (*collegia*, *sodalitates*, *sodalicia*, más tarde también *corpora*) las hay desde época muy temprana. En su conjunto muestran un matiz de carácter jurídico-público y sacro, porque total o parcialmente desempeñaban funciones públicas o de culto. Así, se puede mencionar sobre todo a los barrios de la ciudad y los distritos rurales (*montani*, *vicani*, *pagani*), luego las diversas asociaciones profesionales («gremios» y otros), además las *societates publicanorum* (sociedades de arrendadores de servicios públicos, en especial los arrendatarios de impuestos, que no son una simple «sociedad» en el sentido de *supra* [17.4]) y en la época postclásica las corporaciones gremiales (*corpora*) de participación obligatoria y hereditaria. A causa de este carácter jurídico-público y sacro los juristas elaboraron poco el Derecho asociativo y lo confiaron a la praxis. Sin embargo, consta que las asociaciones también fueron reconocidas por el pretor como capaces de ostentar derechos privados (v. gr. sobre el patrimonio como *res communis*, Gai. D. 3, 4, 1, 1) y, por tanto, legitimadas para actuar en procesos civiles.

Lit.: B. SIRKS, *Food for Rome: the legal structure of the transportation and processing of supplies for the imperial distributions in Rome and Constantinople*, Amsterdam, 1991 (sobre los *corpora naviculariorum*, entre otras); R. MENTXAKA, «El derecho de asociación en Roma a la luz del cap. 74 de la *lex Irnitana*», Bull. 98/99 (1995/96) 199; U. MALMENDIER, *Societas publicanorum: Staatliche Wirtschaftsaktivitäten in den Händen privater Unternehmer*, Köln et al., 2002; E. D'AGOSTINO – G. SOBBRIO, «Le *societates publicanorum: Un'analisi economica*», St. Metro, vol. II, 73; D. NÖRR [48.20] (sobre la comunidad de servicio de aguas en la *lex rivi Hiberiensis*), 166 (publicanos con derecho de toma de prenda) = *Schr.*, 615, 665; A. FLECKNER (*ante* [43.1]), 145, 262, 325, 372, 450 (sobre la *societas publicanorum*; p. 443: las participaciones no se trataron); A. CASTAGNETTI, *Le "leges libitinariae" flegree. Edizione e commento*, Lecce, 2012, 115, 136 (sobre las empresas de enterramiento) (con D. NÖRR, SZ 132 [2015] 421, 430); L. DI PAOLO, *Economia privata e pubblici servizi nell'impero rom. I: Corpora naviculariorum*, Messina, 1992; A. MILAZZO, «La fattispecie della *lex Licinia de sodaliciis*», SD 79,1 (2013) 481; F.–ST. MEISSEL, «*Constat enim societas e societatibus? Zur ‚Körperschaftlichkeit‘ und anderen Besonderheiten der Publikanengesellschaften*», en *Ess. Sirks*, 313.

La constitución de la asociación, según la ley de las Doce Tablas (8, 27), es libre para cualquier fin que no sea contrario a la ley. Más tarde podía el Senado prohibir la fundación de asociaciones y disolverlas, lo que sucedió muchas veces a finales de la República a causa de malos usos políticos o graves infracciones de normas de la moral social. Tras la *lex Iulia* [17.3] todas las asociaciones, cuyos estatutos preveían asambleas de sus miembros, requerían de la aprobación del Senado. No obstante, el Senado solía conceder generalmente dicha aprobación a las asociaciones de gente corriente (*collegia tenuiorum*). 10

Los asuntos internos de las asociaciones carecían prácticamente de normativa y se dejaba a sus *estatutos* (*lex collegii*). De acuerdo con estos se regulaba la entrada y salida de sus miembros, sus derechos y deberes, así como la fijación de los órganos a través de los cuales actúa la asociación. Cfr. BRUNS n. 175 = FIRA III n. 35. La fundación requiere al menos tres miembros (Ner.-Marcell. D. 50, 16, 85: *tres facere... collegium*); no obstante, basta un solo miembro para su continuación (Ulp. D. 3, 4, 7, 2). 11

4. En la época postclásica la **Iglesia** cristiana, es decir, cada iglesia episcopal en concreto (*ecclesia*), constituye ante todo una agrupación personal de la comunidad cristiana. Pero como en ella la formación de la voluntad se transmite cada vez más intensamente a los órganos eclesiásticos, la concepción jurídica de corporación quedó aquí atrás frente a la de institución; con todo, tampoco se requería ningún esfuerzo de clarificación. La posición plenipotenciaria del obispo favorecía a menudo la consideración de que él tenía los bienes de la iglesia en su propiedad fiduciaria. Algo parecido sucedía con los **monasterios** y sus rectores. Las iglesias y los monasterios participaban del Derecho privado 12

y del proceso civil. En su conjunto se produjo un avance muy amplio hacia el acercamiento a la personalidad jurídica independiente (en el sentido de la «persona jurídica») en el caso de las iglesias y los monasterios.

III. FUNDACIONES

- 13 1. En la época *clásica* existen fundaciones solo como algo *no independiente*, es decir, como atribuciones a sujetos privados o a ciudades o agrupaciones con el gravamen (*supra* [10.19-21]) de emplear lo atribuido para un fin benefactor. Un ejemplo lo ofrece Scaev. D. 33, 1, 18 pr.

Una fuerte coloración jurídico-pública presentan las *fundaciones de alimentos* de la época del Principado, en las cuales se arriendan fundos o se gravan con hipoteca para asegurar los créditos con el fin de que el interés del préstamo o la renta del arrendamiento sea utilizado para el sustento de jóvenes sin recursos. **Lit.:** WENGER (*ante* [1.20]), 761; *vid.* también W. ECK, *Staatliche Organisation Italiens in der hohen Kaiserzeit*, München, 1979, 146.

- 14 2. En los ss. V y VI las *piae causae* eran masas patrimoniales, especialmente casas para la acogida y socorro de personas piadosas y necesitadas de ayuda (casas de oración, monasterios, hospitales, hospicios, asilos, etc.). Pertenecen, bien al patrimonio de una iglesia o bien de un terrateniente; no obstante, también las hay independientes con su propia administración; se acercan a un «patrimonio destinado a un fin» con personalidad jurídica independiente, por tanto, a la fundación como persona jurídica, sin que, sin embargo, su situación jurídica llegara a aclararse dogmáticamente. Con todo, son los precedentes de las fundaciones de nuestro Derecho – Fuentes: C. 1, 2, 19; Nov. 120, 6 (a. 544); Inst. 3, 27, 7 *i. f.*–Para el desarrollo ulterior, *vid.* COING I, 593; II, 349.

CAPÍTULO III
DERECHO DE LAS COSAS

A. GENERALIDADES

§ 18. Las cosas

(RPr. §§ 31 III, 92, 93, 237)

I. CONCEPTO Y CLASES DE COSAS

1. En el lenguaje jurídico la expresión latina *res* puede tener tres significados: 1
en un sentido restringido, es una *cosa* corporal individual, físicamente delimitada y jurídicamente autónoma; en un sentido amplio, es todo lo que puede ser objeto de un derecho (privado) o de un proceso civil (*objeto del Derecho*, como, p. ej., un esclavo o, en determinadas relaciones, los hijos de familia); en ocasiones, un *patrimonio* considerado en su totalidad (*patrimonium, bona*), es decir, es sinónimo de objetos de valor pecuniario. El derecho de cosas se relaciona, por lo pronto, con el primer significado; solo algunas cosas singulares independientes, como los esclavos, pueden ser objeto de propiedad.

La doctrina del derecho natural de los siglos XVII y XVIII y conoció además la propiedad sobre los créditos (*cfr.* el todavía vigente § 1424 ABGB), el BGB y el ZGB la conocieron en todo caso sobre el usufructo y la prenda de derechos, §§ 1068 ss., 1273 BGB; 745 ss., 899 ss. ZGB). 2

En las Instituciones de Gayo las *personae* se encuentran tratadas en el libro I, en tanto que las cosas lo están en los libros II y III. *Cosas* son *todos* los objetos de derecho que 3

se clasifican en *res corporales* (cosas en sentido estricto) y *res incorporales*. En éstas Gayo incluye los derechos limitativos de la propiedad (usufructo y servidumbres), la herencia y las obligaciones, razón por la cual estas últimas son incluidas en la doctrina acerca de las cosas [2.27]; *cf.* Gai. 2, 12–4 = *Inst.* 2, 2; Gai. 1, 8, 1, 1. La importancia práctica de esta clasificación escolástica en Roma es, en cualquier caso, restringida.-

Lit.: C. BALDUS, «*Res incorporales im römischen Recht*», en ST. LEIBE – M. LEHMANN – H. ZECH (Hrsg.), *Unkörperliche Güter im Zivilrecht*, 2011, 7; EL MISMO, «I concetti di *res* in Gaio: tra linguaggio pragmatico e sistema: il commentario all'editto del *praetor urbanus*», *APal.* 55 (2012) 41; G. FALCONE, «Osservazione su Gai. 2, 14 e le *res incorporales*», *APal.* 55 (2012) 125; F. GIGLIO, «Coherence and Corporeality: On Gaius II, 12–14», *SZ* 130 (2013) 127.

En sentido restringido del concepto jurídico (cosas corporales), §§ 90 BGB y fundamentalmente 641 y 713 del ZGB (*Cfr.* 333 Cc esp.); por el contrario, en un sentido amplio se recoge en el § 285 ABGB, que en todo caso distingue entre derechos personales y reales; *vid.* §§ 307 ss. y 859 ss. Sobre los desarrollos a partir del derecho común, *vid.* H. COING I, 271; II, 367; E. HOLTHÖFER, *Sachteil und Sachzubehör im römischen und gemeinen Recht*, 1972; Th. RÜFNER, «Savigny und der Sachbegriff des BGB», en *Unkörperliche Güter* (véase aquí mismo, *supra*) 33.

- 4 2. Las cosas *extra patrimonium* (cosas que no están en el patrimonio de nadie) o aquellas que se hallan fuera del tráfico privado (*quarum commercium non est, res extra commercium*) no pueden ser objeto de derechos (jurídico-privados). Ellas constituyen varios grupos.
- 5 a) *Res divini iuris* (cosas divinas; lo opuesto son las *res humani iuris*) son propiedad (no de derecho privado) de los *dioses*, lo que en el derecho arcaico se equipara para la protección divina.

Existen tres subgrupos: aa) las cosas *consagradas* a los dioses superiores (*res sacrae*), como los templos, estatuas, altares, objetos destinados al culto. En época cristiana los edificios destinados al culto, lo mismo que los objetos, eran propiedad de la Iglesia, pero continúan siendo (por lo general) inalienables y no susceptibles de constituir sobre ellas garantías reales.– bb) *Res religiosae* son las cosas dedicadas al culto de los muertos, principalmente, los *sepulcros*, consagrados a los manes. Con todo, respecto de ellas existe un *derecho de sepulcro* de carácter privado el cual, o pertenece a la familia (*sepulchrum familiare*) o es hereditario (*sepulchrum hereditarium*). Este último puede también recaer en herederos ajenos a la familia. Con Justiniano pervive solo el del segundo tipo. En el disperso régimen sobre sepulcros, que conocemos gracias a numerosas inscripciones, junto a la protección pretoria interviene el derecho sacro.– cc) Las cosas profanas bajo protección divina, *res sanctae* (cosas sacrosantas), como los muros o las torres de las ciudades, similares también a los deslindes entre fundos privados. Su nombre deriva del hecho de que la violación de estas cosas está sancionada (N. T.: del sustantivo *sanctio*, castigo) con la pena de muerte. Sobre esto, *cf.* Gai.

2, 2–9; Gai. D. 1, 8, 1 pr.; *Inst.* 2, 1, 7–10. **Lit.:** M. KASER, «Zum römischen Grabrecht», en SZ 95 (1978) 15; Chr. SMITH-E. Zu TASSI SCANDONE, «Gai. 2,8 e la classificazione delle *res sanctae*», *Bull.* 107 (2013) 253.

b) El jurista Marciano entiende por *res communes omnium*, es decir, cosas que pertenecen a todos, al aire, el agua que corre, tanto de los ríos como de la lluvia, el mar y sus riberas. Sin embargo, sobre las costas existiría soberanía estatal (Cels. D. 43, 8, 3 pr.) **6**

Los privados pueden construir edificios a orillas del mar y explotarlos, si cuentan con permiso estatal; ellos permanecen en propiedad privada. Véase, Ner. D. 41, 1, 14 pr.–1; *Inst.* 2, 1, 1; 2, 1, 5. Sobre la autorización del pretor, véase Cels. D. 43, 8, 3, 1; Pomp. D. 41, 1, 50. **Lit.:** O. BEHREND, «Die allen Lebewesen gemeinsamen Sachen», en *Festschrift für Hermann Lange*, Stuttgart, 1992, 3 = BEHREND II, 599; G. KLINGENBERG, «*Maris proprium ius* in D. 47, 10, 14», TR 72 (2004) 37; M. J. SCHERMAIER, «D. 41, 3, 45 pr. (Pap. 10 resp.). Der rätselhafte Fall des *aedificium in litore depositum aut derelictum*», en *Fs. Knüttel*, 1037; EL MISMO, «Private Rechte an *res communes*?», en *Mél. Humbert*, 773; EL MISMO, «*Res Communes Omnium*: The History of an Idea from Greek Philosophy to Grotian Jurisprudence», *Grotiana* 30 (2009) 44; P. MADDALENA, «I beni comuni nel diritto romano: qualche idea per il nostro tempo», SD 79-2 (2013) 1043.

c) Las *res publicae* son cosas que, en medida importante, pertenecen al Estado o a las ciudades (véase *infra* [17.8]). Puesto que el Estado no actúa en el derecho privado, estas cosas se excluyen de la propiedad privada. Véase Gai. 2, 10-11; *Inst.* 2, 1, 6. **7**

Se incluyen aquí cosas de uso común (*usus publicus*): calles públicas, plazas, ríos, lagos, cursos de agua, etc. Aunque se trate de propiedad pública, el pretor protege el uso común por particulares contra quienes lo obstaculicen a través de interdictos, lo mismo que mediante la *actio iniuriarum*. Es compatible con ello que el Estado y las *civitates*, tanto a las *res publicae*, como a las *res communes omnium* admitan usos especiales (protegidos por interdictos), mediante contratos de arrendamiento, como por ejemplo, para la pesca. Véase Ulp. D. 47. 10, 13, 7; sobre *ager publicus*, véase [19.6-7].

3. a) Dentro de las **clasificaciones** de las cosas del derecho privado, en el derecho arcaico se encuentra aquella que diferencia entre *res Mancipi* y *nec Mancipi*. Las primeras son tan solo los *fundos itálicos*, los *esclavos* y el *ganado mayor* (bovinos, caballos, asnos, mulas), así como las *servidumbres rústicas* [28.4-5], entre las *res incorporales*. Solo estas cosas pueden ser objeto de *mancipatio* [7.2 y 7.5]. Todas las demás son *res nec Mancipi*. Véase Gai. 2, 14 a – 22; UE 19, 1. **8**

La preferencia de las *res Mancipi* puede aclararse por el hecho de que ellas fueron los bienes más valiosos en una época centrada en la actividad agraria. Su transferencia **9**

debe hacerse de forma solemne y pública. Según el principio de *publicidad* los terceros deben adquirir conocimiento del acto para que les sea posible hacer valer sus derechos antes que (a causa de la usucapión) sea demasiado tarde. Si bien hoy en día los medios de publicidad son completamente distintos, es, sin embargo, similar el motivo como cuando hoy la transmisión de la propiedad de predios (en el derecho alemán) exige la inscripción en el Registro de Propiedad. Los romanos no conocieron un registro similar (los βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων en Egipto ni externa ni funcionalmente imitan a uno y no guardan ninguna conexión con los registros de propiedad alemanes de la Edad Media).

- 10 El *poder* adquirido sobre las *res Mancipi* a través de la *mancipatio* se llama **mancipium** (como originalmente el acto de la mancipación misma; véase *infra* [7.2]), sin embargo, ella es, en relación con las cosas y los esclavos, solo una forma de manifestación de la propiedad. La diferenciación entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi* se desvanece con el declive de la *mancipatio* y la aparición de la protección pretoria –ya en época clásica– de aquel que ha adquirido por *traditio* una *res Mancipi* [22.9]. En época posclásica ella ya ha desaparecido; Justiniano la suprime de las fuentes y la reemplaza por *traditio*. Esta es una de las más significativas interpolaciones (véase *supra* [1.22]).
- 11 b) La distinción entre cosas **muebles** e **inmuebles** (predios) tuvo en el derecho arcaico una importancia limitada, por ejemplo, en los plazos de adquisición (de la propiedad), en la protección de la posesión y algunos más. Su importancia es mayor en época posclásica, por ejemplo, a propósito de la forma de la compraventa de predios (véase *supra* [7.28]).– Cfr. §§ 293, 295–297 ABGB; 655, 713 ZGB; art. 333 Cc esp.
- La triple distinción entre *res mobiles*, *immobiles* y *se moventes*, entre estas últimas los esclavos y los animales, acusa una influencia filosófica. Igual clase de inspiración se encuentra en la afirmación según la cual los animales se diferencian de las demás cosas en que ellos participan del derecho natural [3.18].
- 12 c) El derecho moderno ha tomado otras clasificaciones del derecho romano.– aa) Las cosas **fungibles** son aquellas que se determinan de acuerdo con su pertenencia a un género y no como una cosa individual (*res quae pondere numero mensura consistunt*: cosas que se determinan según su peso, número o medida: Paul. D. 12, 1, 2, 1), como los cereales, el aceite, los ladrillos, etc. Véase § 91 BGB; art. 337 Cc esp. (sobre la confusión con bienes consumibles y no consumibles: *vid.* inmediatamente a continuación). **Lit.:** Th. RÜFNER, *Vertretbare Sachen?*, 2000.– Sobre actuaciones fungibles y no fungibles, véase EMUNDS [53.4], 295 (C. 8, 37, 13 con la reforma de Justiniano) 313.
- 13 bb) Las cosas **consumibles** son aquellas que, por regla general, se consumen o deterioran por su uso (*res quae usu consumuntur, vel minuuntur*), Ulp. D. 7, 5, 1, como alimentos, combustibles; también la ropa, en cuanto está desgasta-

da; y el dinero, porque está hecho para su circulación. *Vid.* § 92 BGB; 301 ABGB.

cc) Las cosas **indivisibles** son aquellas no pueden separarse sin merma de su valor económico (*res quae sine interitu dividi non possunt*: cosas que no pueden separarse sin que se destruyan, (Paul. D. 6, 1, 35, 3) como los esclavos, los animales, las obras de arte, etc. **14**

Pars pro diviso es aquella parte de una cosa que es el resultado de una desmembración de ésta, como también aquella superficie resultante de una división (D. 8, 4, 6, 1).—Si una cosa es **unitaria**, entonces tanto ella como todas sus partes (§ 93 BGB: «componente esencial») pueden ser objeto de una destinación jurídico-real unitaria, como un dominio unitario, o una prenda sobre la totalidad de la cosa. Si, por otro lado, varios objetos independientes forman una unidad compuesta (*communio pro diviso*, véase Pomp. D. 41, 3, 30 pr.; *universitas rerum*, véase Afr. D. 50, 16, 208) pueden estar físicamente conectadas entre sí, como una casa, un barco (**cosas compuestas**, *corpus ex contingentibus*), o desconectadas entre sí, como un rebaño, una biblioteca (**conjunto**, *corpus ex distantibus*). Aunque tratándose de cosas compuestas, las cosas singulares que formen parte de ellas pertenezcan a diferentes propietarios, es posible considerar dueño a una sola persona, para efectos de reivindicar el conjunto [26.14]. *Communio pro indiviso* es, por el contrario la copropiedad, en la cual varios tienen tanto derecho como porciones sobre la cosa [23.22-23].— Sobre el surgimiento de esta tripartición conceptual en la Stoa, véase GROTEN [17.3] 15, 73.

II. PERTENENCIAS

Distinto a una parte (*pars*) es una pertenencia mueble (*accessio, instrumentum*) de una finca o de un establecimiento comercial (*instrumentum, fundi, tabernae*), que sirve a la finalidad económica de la cosa principal. El término no está bien desarrollado; es un asunto dejado a la interpretación el determinar si un contrato o un legado relativo a la cosa principal comprende también sus pertenencias (si es que no se hace expresa mención a ellos). Véase, por ejemplo, Ulp.—Pomp. D. 19, 1, 13, 31, hasta 16; Paul. D. 33, 7, 18, 4 (J. MENNER, «Gutsverwalter als Zubehör?» *Symp. Wieling*, 153).—Véase §§ 97, 311c, 926, 1120, 2164 BGB; §§ 294–297a ABGB; §§ 644, 645 ZGB. **15**

III. FRUTOS

Fructus son las cosas que se obtienen por cultivo de otras: frutas del campo y de los árboles, madera, crías de animales, pelo, lana, leche, etc. (*fructus natu-* **16**

rales). En sentido amplio, lo son también los minerales, además de la actividad de un esclavo. Asimismo, los romanos cuentan entre los frutos (*fructus civiles*, hoy llamados jurídicos) a las utilidades producidas por el arrendamiento de inmuebles, pero no así a los intereses del capital (como, por ejemplo, los del mutuo). Tampoco es fruto el hijo de la esclava [15.5; 29.6]. Fue probablemente objeto de discusión si las crías de los animales pertenecían a la categoría de los frutos: ellas aparecen en contraposición a, por ejemplo, manzanas, uvas, leche, en cuanto criaturas similares a la madre; pero también como lo que ésta produce (véase Ulp. D. 7, 1, 68 pr.-1).

Antes de su separación de la cosa fructuaria, los frutos naturales son parte de ella. Solo a partir de la separación son pueden ser objeto de una destinación jurídicamente autónoma, la que queda sujeta a la especial relación en que se encuentren. Véase, por ejemplo, sobre la adquisición de la propiedad [26.6-9].

Lit.: M. KASER, «*Partus ancillae*», SZ 75 (1958) 156; O. BEHREND, «Prinzipat und Sklavenrecht», en U. IMMENGA (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, 1980, 70 = BEHREND I, 417; EL MISMO, en *Fs. Knüttel*, 99; J. FILIP-FRÖSCHL, «*Partus et fetus et fructus*», en *Ars boni et aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein*, Stuttgart, 1993, 99; R. CARDILLI, *La nozione giuridica di fructus*, 2000; V. DI NISIO, «Osservazioni in tema di *partus ancillae*», en *FHI*. vol. III, 1495.

§ 19. La posesión. Naturaleza y clases

(RPr. §§ 36, 94, 238, 239, 266 II)

I. GENERALIDADES

Lit.: F. C. v. SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, 1803 (7.^a ed. 1865, reimpr. 1990, la más famosa monografía del s. XIX; véase, p. ej., CAPOGROSSI COLOGNESI [22.2], 183); G. NICOSIA, *Il possesso*, 2.^a ed., 2008; COING I, 277; II, 372.

A diferencia de lo que ocurre en el lenguaje común, el jurista romano, lo mismo **1** que el moderno, distingue la «posesión» (*possessio*) de la propiedad (*dominium, proprietas*); Ulp. D. 41, 2, 12, 1: *nihil commune habet proprietas cum possessione* («nada tienen en común la propiedad con la posesión»). Mientras el dueño es aquel a quien la cosa «pertenece», quien por consiguiente tiene sobre ella el poder más intenso que nuestro ordenamiento reconoce sobre las cosas, a la posesión subyace la idea de que alguien tiene la cosa bajo su poder *efectivo*.

Por consiguiente, para los juristas es, en principio, poseedor aquel que tiene una cosa **2** bajo su poder, aunque no le pertenezca e independientemente de su conocimiento de tal situación. Por consiguiente, quien hurta y roba también es poseedor. Hoy en día —en este sentido, diversamente a lo que ocurría en Roma— según § 854 BGB y art. 920 ZGB (también art. 432 Cc esp.), posee la persona que ha tomado en arriendo o en préstamo, o ha recibido una cosa en prenda (según el § 301,1 ABGB se trata de detentadores), en razón del poder efectivo que tiene sobre ella. Estas personas son, por regla general, no dueñas. Por otro lado, en el lenguaje ordinario se habla de «poseedor de tierras», o «poseedor de fábricas», haciendo referencia al propietario. También en Roma quienes no eran juristas llamaban al propietario de la tierra poseedor. En el idioma alemán influye su propio derecho histórico, que entiende a la propiedad como una tenencia calificada. Pero el verbo alemán *besitzen* (poseer) está probablemente influido por «*possidere*», puesto que el contraste entre la posesión y la propiedad acusa, en varios sistemas jurídicos modernos, influencia del derecho romano.

El elemento común a los hechos que configuran la *possessio* es que una perso- **3** na tiene bajo su poder una cosa, sea que lo ejercite ella misma o lo haga a través de otro. Los juristas romanos, por consiguiente, comprenden la posesión no como un derecho, sino como un *factum* y la colocan en oposición al dominio, en cuanto señorío jurídico (Ulp. D. 41, 2, 12, 1; 43, 17, 1, 2). Esto no excluye que, por razones históricas y prácticas, precisamente las más importan-

tes manifestaciones de la posesión (posesión para usucapir, posesión interdictal) tengan características jurídicas determinantes.

II. HISTORIA

- 4 La historia de la posesión resulta dificultosa debido a que ella remite a dos orígenes independientes entre sí. Las dos clases relevantes de posesión en el derecho clásico, a saber, la posesión según el *ius civile* y según el *ius honorarium*, derivan de tales orígenes.
- 5 1. *Usus* es el poder efectivo exigido para la adquisición del dominio por usucapión. La palabra *usus* aparece enunciada en la Ley de las XII Tablas, a propósito del plazo de usucapión (véase *infra* [25.2]). En un sentido similar, el poder efectivo sobre la cosa que el vendedor debe transmitir al comprador se llama *habere*. Este *usus* puede darse sobre toda clase de objetos a los que sea posible acceder, esto es, sobre las cosas (que se encuentran en el tráfico jurídico-privado), las herencias, e incluso sobre las personas libres (adquisición de la *manus* sobre la mujer; véase *infra* [58.36]). La *possessio civilis* conducente a la adquisición del dominio tiene su origen en este concepto de *usus* (*vid. infra* [19.8]).
- 6 2. La palabra *possessio*, en cambio, aparece a propósito de la tierra en la cual uno se «asienta» (de *sedere*). En la medida en que para el período arcaico es conjeturable una propiedad coletiva del clan sobre el suelo [22.5], esta *possessio* debió ser la forma de señorío que cada *paterfamilias* individual recibía del clan sobre determinadas partes de dicha tierra común para su cultivo. Con la desaparición de estas comunidades el suelo destinado a la agricultura fue entendido como *estatal* (*ager publicus populi Romani*), junto al cual coexistió el suelo privado (propiedad del *paterfamilias*), especialmente sobre tierras *urbanas*. La *possessio* se mantuvo en ambos tipos de predios.
- 7 Durante la República el *Estado* dejó a cargo de ciertos jefes de familia algunas partes del *ager publicus* para su explotación; sea que se tratase de arrendamientos agrícolas sobre tierras aptas para el cultivo, concluidos con los censores, a cambio de rentas, como *agri vectigales* (enfiteusis), sea que se tratase de tierras nuevas, a partir de concesiones amplias para su ocupación gratuita (al menos, inicialmente), como *agri occupatores*. En todos estos casos, sin embargo, el Estado conservaba, junto a su propiedad (pública) el derecho a retraer cada cierto tiempo el suelo. El *paterfamilias* obtenía la *possessio* sobre el suelo estatal, la que era protegida por el pretor mediante interdictos [21.7] contra privaciones o perturbaciones arbitrarias, pero en cuanto simple *precarium*

[19.14] estaba sujeto a la revocación por parte del Estado. De esta *possessio* procede la *posesión interdictal* [19.11]. Ella comprende, como ya se dijo, aparte del suelo estatal, también a los predios en propiedad *privada*; primeramente, a los urbanos y, probablemente desde los inicios de la República, también a los rústicos. Es posible que ya antes se hubiese ampliado la protección interdictal a las cosas *muebles*.

Lit.: O. SACCHI, «La nozione di *ager publicus populi Romani*», TR 73 (2005) 19; S. T. ROSELAER, *Public and in the Roman Republic. A Social and Economic History of Ager Publicus in Italy, 396–89 BC*, Oxford, 2010; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, «Roma e la sua terra», Bull. 107 (2013) 67.

III. *POSSESSIO CIVILIS*

La posesión del *ius civile* clásico, la *possessio civilis* se refiere a la ya mencionada posesión (derivada del concepto de *usus*) (Iul. D. 41, 25, 2, 1). Ella exige un poder efectivo sobre la cosa, junto la voluntad de poseerla, la que se basa en una *iusta causa possessionis*, es decir, en un fundamento de carácter jurídico que subyace a la posesión adquirida y que justifica su adquisición, precisamente, como propia; así, por ejemplo, la compra, la donación, la dote, el legado de efecto real, el pago de una deuda (en caso de estipulación, el legado damnatorio, etc.), la ocupación de una cosa abandonada, la aprehensión de una cosa de una herencia yacente. La obtención de la *possessio civilis* es el resultado de la transmisión de la propiedad a través de la tradición (*traditio*), la que conduce a la adquisición de la propiedad civil de las *res nec mancipi* y a la propiedad pretoria de las *res mancipi*, en la medida que el enajenante sea, a su vez, propietario. La *possessio civilis* forma parte, también, de la adquisición del dominio a través de la *usucapio* [25.9].

A fin de aclarar la posición en que se encuentra el poseedor ante diferentes relaciones jurídico-materiales y procesales, los juristas romanos designan a la posesión con un determinado **título posesorio**. En esta designación, el título es consecuencia de la causa que justifica la posesión. Asimismo, para ser calificada con el título posesorio correspondiente, la posesión debe haberse obtenido lícitamente, con base en esta causa (por ejemplo, que no haya sido tomada arbitrariamente por el acreedor); Cfr. Paul. D. 41, 2, 5; Pap. D. 41, 8, 5. Si la causa es la compra, la posesión lícitamente adquirida es calificada como *possessio pro emptore* (posesión como comprador; otros títulos posesorios: *pro donato*, por causa de donación; *pro dote*, por causa de dote; *pro legato*, por causa de legado de efecto real; *pro soluto*, por causa de pago; *pro derelicto*, por

causa de derelicción; *pro herede*, como heredero; *pro noxae deditio*, a causa de la entrega del hecho; *pro suo*, como propia [por causa de modos de adquirir originarios], *cfr.* Paul. D. 41, 2, 3, 21). A su vez, el poseedor que no puede alegar causa alguna que justifique la adquisición de su posesión se denomina poseedor *pro possessore*. Sobre la base de estas expresiones sintéticas es posible deducir, por ejemplo, si es posible demandar mediante *hereditatis petitio* a un determinado poseedor [75.3]. Desde un punto de vista jurídico-material, el título posesorio es importante, por ejemplo, para la evaluación de la responsabilidad; así, por ejemplo, el poseedor de la herencia responde *pro herede*, conforme a su buena fe, solo en la medida de su enriquecimiento [79.9], en tanto que el poseedor de mala fe *pro possessore* responde más rigurosamente (Ulp. D. 5, 3, 11, 1- D. 5, 3, 13 pr.). El título posesorio tiene, además, importancia en relación con la *usucapio* [25.9]. **Lit.:** E. POOL, «Die (*iusta*) causa, die der Besitzer nennen und dartun muss: Erwerbsgrund (*emptio*) oder Besitztitel (*pro emptore*)?», en *Ess. Thomas*, 314; EL MISMO, «D. 41, 2, 3, 21: Titulierte Besitzarten, Erwerbsgründe und das *unum genus possidendi*», TR 81 (2013) 527; en contra, A. J. B. SIRKS, «*Causae acquirendi eius quod nostrum non sit* (D. 41,2,3,21): “rechtmäßiger Eigenbesitz”?», TR 82 (2014) 209.

- 10 La regla de los juristas tardorrepublicanos *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* (nadie puede cambiar por sí mismo la causa de su posesión) significa que quien carece de *iusta causa* no puede, arbitrariamente, crearla (y con ello, adquirir la *possessio civilis*). El simple detentador (véase, *infra* [19.17], por ejemplo, el arrendatario de predios tanto urbanos como rústicos) no adquiere, a partir de la muerte del poseedor civil el título *pro herede*. Con todo, es discutido el alcance de esta regla. *Cfr.* Iul. D. 41, 3, 33, 1; 41, 5, 2, 1; Paul. D. 41, 6, 1, 2. **Lit.:** H. HAUSMANINGER, «*Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* – eine Regel der *veteres* in der Diskussion der *Klassiker*», en *Gedächtnisschrift für R. Schmidt*, Berlin, 1966, 399; R. BÖHR, *Das Verbot der eigenmächtigen Besitzumwandlung im römischen Privatrecht. Ein Beitrag zur rechtshistorischen Spruchregelforschung*, 2002; F. BRANDSMA, «“Zucker” and “Fräsmaschinen”. Did Roman law know “co-ordinate possession” (“Nebenbesitz”)?», en TR 78 (2010) 209 (acerca de Paul. D. 41, 2, 32, 1); VACCA (cit. en [41.17]); G. NICOSIA, «*Possessio ad usucapionem*», SCDR 28 (2015) 739.–Véase, además, § 319 ABGB; arts. 2240 Cc fr.; Art. 1141 Cc ital., *cfr.* § 868, 937 II BGB; arts. 435-436 Cc esp.

IV. POSESIÓN INTERDICTAL

- 11 La posesión conforme al *ius praetorium* se caracteriza por el hecho de que ella es protegida mediante interdictos frente a una privación o perturbación arbitrarias, como también a través de acciones pretorias, las que son encauzadas a

través de procedimientos especiales (véase *infra* § 21 y [86.1–6]). De esta «protección interdictal» (la llamada *possessio ad interdicta*) depende en algunos casos la legitimación activa al procedimiento clásico de protección del dominio (*rei vindicatio* [27.8]). La posesión interdictal no depende de una *iusta causa possessionis*.

Son poseedores interdictales:

1. El **poseedor civil** que tiene la cosa en su poder con la intención de tenerla y conservarla, es decir, sin reconocer obligación alguna de entregarla a otro. Lo dicho se extiende a las siguientes personas: a) el dueño poseedor, b) el poseedor *de buena fe* que se tiene erróneamente por dueño, pero también, c) el *poseedor de mala fe*, que no obstante saber que otro tiene derecho sobre la cosa, quiere conservarla, como el ladrón. Del hecho de que el poseedor de mala fe también sea poseedor interdictal se sigue que, para la intención de poseer, lo decisivo no es la creencia de ser el verdadero dueño (*opinio domini*). Por esta razón estas personas tienen la posesión interdictal, ya que si se les restituye la posesión, ello permite al verdadero legitimado continuar la persecución de la cosa. 12
2. Son también poseedores interdictales ciertos tenedores a título ajeno, es decir, aquellos que reconocen la obligación de restituirla a otro. Esto se refiere especialmente a cuatro casos: 13
 - a) el vectigalista es, de los casos antes mencionados [19.7] de posesión del *ager publicus*, el único que pervive en época clásica [30.1-2].
 - b) El precarista, que tiene en su poder un bien mueble o inmueble para su uso o explotación, revocable a discreción del concedente (*precarium* = de *preces* = súplica, ruego; Ulp. D. 43, 26, 1 pr. –3). La posesión interdictal se explica aquí históricamente: sus orígenes se encuentran en la concesión de suelo a los clientes, en cuanto personas rústicas sujetas a subordinación, a los que el propietario concedía el uso de la tierra, sujeto a libre revocación [13.5; 16.12]. El precarista es tan débil en relación con el concedente, *precario dans*, que no puede oponerse a la revocación que éste le imponga por medio del interdicto de precario [21.15]; su posesión es defectuosa (solo) en relación con el concedente o propietario (Gai. 4, 151) y, por lo tanto, contraria a derecho (*iniusta possessio*). Sin embargo, frente a terceros el precarista goza de protección a través de interdictos posesorios (Ulp. D. 43, 26, 4, 1). En época clásica, el precario, que originalmente era un hecho importante solo desde un punto de vista posesorio, evoluciona en algunos aspectos hacia un tipo de préstamo de rasgos propios. 14

Por ejemplo, el precario se combinaba con un contrato de arrendamiento, a consecuencia del cual el arrendatario dejaba de contar con la protección de los interdictos posesorios frente a terceros (Pomp.–Ulp. D. 41, 2, 10, 1–2). Sin embargo, quedaba protegido ante la revocación intempestiva del propietario o concedente (por medio de la excepción de dolo o de pacto), puesto que el contrato de arrendamiento obligaba al concedente a no hacer uso de la revocación antes de la expiración del término del arrendamiento. Lo mismo se aplicaba en el caso de la compraventa a plazos, en el que la cosa se entregaba (en precario) al comprador exclusivamente por causa de préstamo: en tanto el comprador pagara las cuotas, se inhibía el derecho de revocación del vendedor o concedente (Ulp. D. 43, 26, 20) [y 41.16]. Además, surge en la época tardoclásica un precario de carácter temporal para el cual la revocación anticipada quedaba excluida (Ulp. D. 43, 26, 4, 4 y 6 pr.). Es muy probable que la *actio praescriptis verbis* se haya también concedido para la restitución del objeto entregado en precario [45.7]

Entre sabinianos y proculeyanos se discutía si, además de la posesión interdictal del precarista, subsistía la posesión civil de quien daba la cosa. La posición negativa de la teoría proculeyana se establece en:

D. 41, 2, 3, 5 (Paulo, 54 *ad ed.*)

Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit eum qui precario dederit et ipsum possidere et eum qui precario acceperit. idem Trebatius probabat existimans posse alium iuste, alium iniuste possidere, duos iniuste vel duos iuste non posse. quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat: quod est verius. non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.

Por el contrario, varias personas no pueden poseer, cada una de ellas, *in solidum* una misma cosa, pues va contra la naturaleza que, teniendo yo una cosa, se entienda que tú también la tienes. Sin embargo, escribe Sabino que el que hubiera dado en precario posee él y posee el que recibió en precario. De igual parecer era Trebacio, al estimar que uno podía poseer justamente y otro, injustamente, y dos justamente y otros dos injustamente. A todo lo cual se opuso Labeón, porque en la posesión no hay mayor interés en decidir quién posee justamente y quien injustamente, lo que es acertado. Dos no pueden tener la misma posesión, como tú no puedes estar parado en el mismo lugar que yo, o no puedes estar sentado en el mismo lugar en que lo estoy.

El texto, que es revelador de la comprensión de la posesión como un hecho, trata de la posesión exclusiva, que solo puede tener un poseedor a la vez. Pero hay que diferenciarla de la coposesión, en la que varios poseedores controlan conjuntamente una cosa

(Ulp. D. 43, 17, 1, 7; Pomp. D. 41, 3, 32, 2, *cf.* § 866 BGB; art. 445-450 Cc esp.).—En cambio, Pomp. D. 43, 26, 15, 4, informa que, además de la posesión interdictal del precarista, el que había entregado la cosa conserva la posesión exigida para efectos de la herencia. De este modo, Pomponio afirma una doble posesión, con efectos diferenciados funcionalmente. **Lit.:** M. KASER, «Zur Geschichte des *precarium*», SZ 89 (1972) 14; P. BIAVASCHI, *Ricerche sul precarium*, 2006 (rec. de U. BABUSIAUX, SZ 125 [2008] 804); RAINER [23.17], 878 (sobre la posesión fundada en una orden del pretor); B. SIRKS, «Einiges zum prekaristischen Besitz», en *Fs. Knüttel*, 1135; J. D. HARKE, *Precarium*, 2016.

c) El pignoratario dispone de protección interdictal porque él está incluso más interesado en ella que el pignorante, ya que si este último carece de medios económicos, de modo tal que las perspectivas de recuperar la prenda son pequeñas, sus esfuerzos ante terceros por preservar la posesión de la cosa pignorada serán menos diligentes que aquéllos del pignoratario. Junto a la protección interdictal del pignoratario, se admitía a favor del pignorante una *possessio civilis ad usucapionem*, Iav. D. 41, 3, 16; Paul. D. 41, 2, 1, 15. 15

d) El secuestratario, que tiene bajo su *custodia* la cosa litigiosa mientras las partes discuten en juicio sobre ella, y que debe restituirla a la que resulte *vencedora*, tiene protección interdictal, porque con dicho depósito se persigue asegurar que el tiempo de posesión del secuestratario no cuente a favor de ninguna de las partes para usucapir la cosa. *Cfr.* Flor. D. 16, 3, 17 pr. –1; Iul. D. 41, 2, 39. 16

V. DETENTACIÓN

Quien tiene la cosa en su poder, pero sin cumplir ningún requisito de la *civilis possessio* o de la *posesión interdictal* no es, en un sentido técnico, *possessor*. Los juristas, para referirse a la mera apariencia externa de una posesión, opuesta a una *civilis possessio*, hablan (desde Juliano) de una *naturalis possessio*, es decir, de una posesión en sentido natural (*cf.* Iul. D. 41, 5, 2, 1 y, en adelante –por oposición a la posesión interdictal– de *in possessione esse* (Gai. 4, 153); en ocasiones, en sentido atécnico, hablan de *tenere* o *detinere*. De ahí se construyó en el antiguo derecho común el término técnico detentación (*Innehabung*, en el ABGB, junto a *Inhaber* y *Gewahrsame*) por oposición a posesión *jurídica*. 17

Detentadores son, por consiguiente, todos los *poseedores de cosa ajena* que no se incluyen en los casos antes examinados [19.13-16], por ejemplo, el *depositorio*, el *comodatario*, el *mandatario*, el *negotiorum gestor sin mandato*, el 18

arrendatario de obra; e incluso el arrendatario y el colono, los que se ven particularmente afectados por la falta de protección de su posesión. En tales casos la protección interdictal corresponde solamente al poseedor, del cual aquéllos derivan su detentación, y quien ejerce un poder efectivo a través del detentador. Si, por ejemplo, un tercero priva al arrendatario del control fáctico sobre la cosa, a consecuencia de un acto prohibido, solo el arrendador tendrá derecho a la protección interdictal (en caso de ser poseedor civil; si se trata de un subarriendo, en tal caso corresponderá al propietario). El arrendatario puede exigir al propietario en virtud del contrato de alquiler que actúe contra el tercero, pero no puede dirigirse directamente contra él.

- 19 Actualmente, con la finalidad de satisfacer la necesidad de protección social de los poseedores en nombre ajeno (*Fremdbesitzer*), tanto el Código Civil como el Código de Procedimiento Civil alemanes se refieren a unos y otros (arrendatarios y arrendadores, depositarios y depositantes, etc.) como poseedores (§ 868 BGB: poseedor inmediato y poseedor mediato; de modo similar, el § 920 del Código Civil suizo: poseedor dependiente y poseedor independiente), proporcionando a ambos la protección posesoria; *cfr.* § 869 BGB. La posesión mediata, sin embargo, no consiste en un señoría sobre la cosa, sino que más bien se traduce en la asignación de consecuencias de la posesión, por ejemplo, la prescripción adquisitiva o usucapión.—No ocurre lo mismo en el ABGB, que confiere la protección de la posesión solo al «poseedor» (*Besitzer*) y no al «tenedor» (*Inhaber*). Sin embargo, varios «tenedores» (arrendatario, colono, comodatario, acreedor prendario) disponen de protección posesoria, puesto que los arts. 311 y 312 ABGB reconocen como dignas de protección la posesión de cosas incorporales, en cuanto constituye una «posesión de derecho» (*Rechtsbesitz*). Un relicto de la detentación es conocido por el § 855 BGB, a propósito del «servidor de la posesión» (*Besitzdiener*). Sobre los fundamentos y orígenes de la propiedad mediata en el BGB, favorablemente, G. BÖMER, *Besitzmittlungswille und mittelbarer Besitz*, 2009 (rec. de D. SCHANBACHER, SZ 129 [2012] 697).
- 20 Algo más beneficiosa es la posición del *usufructuario*, de ciertos *titulares de servidumbres* y otros cuyo poder de hecho sobre la cosa no se asegura por medio de los interdictos posesorios regulares, sino por otros *especiales*. Aparentemente, ya en época clásica se habla aquí, aunque de forma atécnica, de *quasi possessio* (Gai. 4, 139). Los tardoclásicos reconocen una *possessio iuris* a quien fácticamente ejercita un usufructo o una servidumbre predial, con independencia de si es titular o no de ese derecho ('posesión de derecho', similar al BGB y ZGB; sobre el ABGB, véase *infra*) [*cfr.* 28.21]. La doctrina posclásica, probablemente, amplió este concepto y con ello justificó la adquisición de servidumbres y del usufructo a través de *traditio* y *usucapio*, lo mismo que una amplia aplicación de la *actio Publiciana* [27.25]. **Lit.:** P. PICHONNAZ, «*Res incorporales et possessio iuris: Questions choisies sur les relations entre choses et droits*», OIR 9 (2004) 105.

VI. LA EVOLUCIÓN DE ÉPOCA POSCLÁSICA

1. En el derecho vulgar de época posclásica se pierde la concepción clásica de la posesión, con su estricta delimitación de la propiedad; posesión y propiedad quedan en gran parte entrelazadas. [Cfr. 22.11]. 21

2. Si bien Justiniano vuelve a la estricta delimitación entre *possessio* y *dominium*, restringe (por la influencia posclásica) la auténtica *possessio* a la posesión honesta con *animus domini*, es decir, con la *voluntad* que es propia del dueño. Todo otro poder material es meramente *corporalis* o *incorporalis possessio*, siendo indiferente si está o no provista de protección interdictal. La auténtica posesión, cualificada por la voluntad de dominio, ya no es más un simple hecho, sino que es más próxima a un derecho. 22

Sobre la evolución posclásica, vid. SAVIGNY [19.1]; K. G. BRUNS, *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, 1848; COING I, 277; II, 372. Los juristas discutieron acerca de los efectos y las ventajas de la posesión. «Se cuenta que se enumeraron 72» subraya Savigny [vid. *supra* 19.1, 11], quien para el derecho anterior solo reconoce como válidos la *usucapio* y los interdictos. Con todo, junto a la protección de la posesión (vid. § 21) y de la adquisición de la propiedad por medio de la *usucapio* (vid. § 25), se puede mencionar la adquisición de los frutos por parte del poseedor de buena fe [26.6], como asimismo la presunción de dominio en favor del poseedor, lo cual posiblemente se remonta a la glosa de Placentino († 1192) (H. KIENNER, «*Qui possidet dominus esse prasumitur*, SZ 79 [1962] 239 = resumido en RRMA, 233; cfr. § 1006 BGB, § 930 ZGB, art. 2230 Cc fr., § 232 ABGB), así como la beneficiosa regla probatoria *in pari enim causa potior est possessor*, entre ambas posiciones [de demandante y demandado] la del demandado es mejor (cfr. las reglas en [23.26; 48.18]); WACKE [47.1] p. 404. 23

§ 20. Adquisición y pérdida de la posesión

(RPr. §§ 95, 239 III)

I. ADQUISICIÓN

Lit.: F. SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen, 1916, 63; H. HAUSMANINGER, *Casebook zum römischen Sachenrecht* [1.55], casos 1–66; W. GORDON, *Studies in the Transfer of Property by traditio*, 1970; H. P. BENÖHR, *Der Besitzerwerb durch Gewaltabhängige*, Berlin, 1972; A. WACKE, *Das Besitzkonstitut als Übergabesurrogat in Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik*, Köln, 1974; KRÜGER [ante 11.4]; KLINCK [ante 11.4]; I. PIRO, *Damnum corpore suo dare rem corpore possidere: l'oggettiva riferibilità del comportamento lesivo e della possessio nella riflessione e nel linguaggio dei giuristi romani*, Napoli, 2004, 213; M. PENNITZ, «Hindernisse beim Erwerb von Bäumen und Steinen», en *Festschrift Herbert Hausmaninger*, Wien, 2006, 213, 223; POOL [19.9]; P. LAMBRINI, «La possessio tra corpo e animo», *SCDR* 28 (2015) 563.

- 1 **1.** De acuerdo con la doctrina clásica, la posesión se adquiere *corpore et animo*, es decir, mediante el ejercicio del control efectivo (*corpus*), junto con la voluntad de comportarse como dueño de la cosa (*animus*). Ambos elementos componen una unidad y la voluntad se expresa a través del enseñoreamiento de la cosa. La discusión de la jurisprudencia se dispersa en soluciones, a veces, contradictorias (por ejemplo, Gai. D. 41, 1, 5, 1 [26.2]; Ulp. D. 18, 6, 1, 2) acerca de cuándo, de acuerdo con la experiencia cotidiana, ha de considerarse que se ha adquirido el poder de hecho sobre una cosa, lo que resulta ilustrativo para el derecho actual.
- 2 *Cfr.* PS 5, 2, 1; Paul. D. 41, 2, 3, 1. Para realizar una transferencia de la posesión (adquisición derivativa o derivada de la posesión, fundada en la voluntad del poseedor anterior), resulta suficiente, en ocasiones, con el abandono del anterior poseedor (*vacuam possessionem tradere*) a favor del adquirente, aunque no exista una inmediata aprehensión corporal por parte de éste (Scaev. D. 19, 1, 48). De este modo, tratándose de predios, basta el señalamiento de los límites del predio desde una torre (Cels. D. 41, 2, 18, 2); si se trata de cosas muebles, es suficiente situar las cosas muebles ante el adquirente, si así lo dispone (*longa manu traditio*, Iav. D. 46, 3, 79), o bien dejando la cosa en la casa del adquirente (Cels., citado antes), o bien entregándosela a un tercero, si tal es la voluntad del adquirente, o bien mediante la entrega de las llaves del almacén en el cual se hallan las cosas, o mediante una simple declaración en presencia de las cosas (sobre estos casos, *vid.* Paul. D. 41, 2, 1, 21). La transmisión de un documento en

el cual consta por escrito la transferencia de la cosa (*traditio per chartam*, uno de los casos de *traditio* «simbólica» o «*ficta*») no es suficiente, aparentemente, ni en el derecho posclásico ni en el justiniano, a diferencia de lo que ocurre en la Edad Media. *Vid.* §§ 854 BGB; 426, 427 ABGB; 922, 923 ZGB; 1462 II, 1463 Cc esp.

La aprehensión de la posesión por la propia fuerza (la adquisición posesoria originaria) es considerada rigurosamente. En efecto, tratándose de inmuebles basta acceder a él con la finalidad de enseñorearse (Paul. D. 41, 2, 3, 1). La captura de animales es examinada caso a caso (Proc. D. 41, 1, 55; Paul. D. 41, 2, 3, 14–16; Gai. D. 41, 1, 3; D. 41, 1, 5 pr.-5; Inst. 2, 1, 12–14). El hallazgo de un tesoro fue objeto de discusión (*vid.* Paul. D. 41, 2, 3, 3) y terminó por imponerse la opinión de que el poseedor de un predio no lo es, al mismo tiempo, del tesoro escondido [26.5].

Se discutió entre los clásicos si la adquisición de la posesión por los impúberes requería de la *auctoritas tutoris*: Paul. D. 41, 2, 1, 3; Decio, C. 7, 32, 3. Los sometidos a potestad adquieren la posesión en favor de aquel que tiene la potestad sobre ellos, cuando éste está al tanto de la adquisición, o bien cuando la posesión se adquiere para un *peculio*. En el derecho clásico adquieren la posesión, en cuanto personas no sujetas a potestad, el *procurator* en favor del *dominus negotii*, así como el tutor en favor de su pupilo. Solo partir de Justiniano se permite con carácter general la adquisición de la posesión en favor de terceros a través de personas no sometidas a potestad [11.4-5, 7, 12].

2. Si el detentador [19.18] adquiere la posesión de aquél a favor del cual posee, como si, por ejemplo, el arrendatario compra la cosa al arrendador, basta en este caso la voluntad del adquirente, contenida en el acuerdo, de poseer a nombre propio, para proporcionar a éste la *possessio (brevis manu traditio)*: Gai. D. 41, 1, 9, 5; Ulp. D. 12, 1, 9, 9; Cels. D. 21, 2, 62 pr.; Inst. 2, 1, 44, § 929.2 BGB; 428 Halbs. 2 ABGB; 922 II ZGB; 1463 Cc esp. *i. f.*

Si una cosa es vendida e inmediatamente arrendada al vendedor, entonces el comprador adquiere la posesión *animo et corpore*, aunque sin la transmisión coporal (de la cosa), por cuanto, a partir de ahora, el enajenante ejerce el poder de hecho, en cuanto detentador, a favor del adquirente. Este caso, llamado *constituto posesorio* (por influencia de Ulp. D. 41, 2, 17,1) era conocido ya en el derecho clásico:

D. 41, 2, 18 pr. (Celso, 23 dig.)

Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. nec idem est possidere et alieno nomine possidere: nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium.

Lo que poseo a mi nombre puedo poseerlo a nombre de otro: no cambio por ello mi causa de posesión, sino que dejo de poseer y me hago intermediario de la posesión de otro, pues no es lo mismo poseer (por uno) que poseer en nombre de otro, porque posee aquel a cuyo nombre se posee. El procurador actúa como intermediario de una posesión ajena.

Celso proporciona el fundamento teórico para el constituto posesorio: el poseedor anterior renuncia a tener la cosa para sí y se limita a ser un detentador, cuya voluntad se dirige, a partir de ahora, a ejercer el poder de hecho en nombre de otro. Para que esto produzca efectos, se requiere que este cambio de ánimo sea declarado ante el adquirente de la posesión, quien a su vez explicita su intención de adquirir mediante su consentimiento. De este modo el adquirente obtiene el señorío sobre la cosa. Al decir de Windscheid, «Si alguien pone a mi disposición las fuerzas en virtud de las cuales ejerce el control sobre una cosa, de tal forma que para él mi voluntad sea decisiva, tengo el control real sobre la cosa de la misma manera que si controlara la cosa por mí mismo» (B. WINDSCHEID, *Pandekten*, vol. I, § 149 n. 1). Sin embargo, esta adquisición de la posesión tiene el efecto jurídico de una *traditio* [24.10] solo si existe una causa en cuya virtud el poseedor anterior obtenga la detentación, como en el arrendamiento o (en el caso del administrador de un patrimonio), el mandato o la gestión de negocios sin mandato. Una modificación unilateral de la causa de la posesión [19.10] no es posible. De este modo, se ahorra a las partes la necesidad de entregar y devolver la cosa. El concepto de *servidor de la posesión* (*Besitzdiener*), acuñado por E. I. BEKKER (Jher. Jahrb. 34 [1895] 26) tiene un antecedente en D. 41, 2, 18 pr., ya examinado. **Lit.:** KASER, *RRQ.*, 295– 300; KLINCK [11.4], 257; F. BRANDSMA, «Kann ein Detentor nach gemeinem Recht durch Konstitut Besitz verschaffen?», SZ 127 (2010) 336.–§ 930 BGB; 428 Halbs. 1 ABGB; (717) 924 ZGB; con efectos más débiles, el art. 1141 Cc fr.; 1463 Cc esp.

II. CONSERVACIÓN Y PÉRDIDA DE LA POSESIÓN

- 7 **1.** En cuanto relación permanente de hecho, la posesión se pierde, o bien *corpore et animo* cuando el poseedor cesa en el señorío corporal libre y voluntariamente, o bien solo *corpore*, cuando tal poder de hecho se pierde involuntariamente, como por ejemplo, a causa de la huida de animales, o en virtud de la pérdida de la cosa, si ésta ya no puede ser recuperada, en tanto se encuentren fuera de su ámbito de control (*custodia*). Si ellas se encuentran aún dentro de éste, entonces se entiende que ellas existen y que se requiere solo una búsqueda acuciosa. *Vid.* Paul. D. 41, 2, 3, 13; Paul. D. 41, 2, 30, 3; Pomp. D. 41, 2, 25 pr. Sin embargo, numerosos casos dan cuenta de una extendida práctica que admite la conservación de la posesión *solo animo*, en tanto exista una perspectiva razonable de recuperar el control efectivo sobre la cosa (Gai. 4, 153).
- 8 Así ocurre, por ejemplo, con los montes de invierno y verano, cuyo uso es por temporadas (Paul. D. 41, 2, 3, 11); con los esclavos fugitivos (Paul. D. 41, 2, 1, 14 [15.23]); con las cosas que ha dejado el que estuvo prisionero (Iav. D. 41, 2, 23, 1) y con los predios de los cuales un tercero se ha apoderado clandestinamente, hasta que el des-

poseído, una vez que tome conocimiento, intente recuperarlos, o fracase en el intento (Lab. en Ulp. D. 41, 2, 6, 1; en un sentido diferente, Pap. D. 41, 2, 44, 2 y 41, 2, 46 [vid. 21.16]. **Lit.:** G. D'ANGELO, *La perdita della «possessio animo retenta» nei casi di occupazione*, 2007 (rec. H. ANKUM, SCDR 22 [2009] 677).

2. Justiniano, quien se inclina a entender la posesión como un derecho, generaliza (y amplía) estos casos, hasta establecer la regla según la cual la posesión puede conservarse por medio de la sola *voluntad*, incluso en el supuesto de la pérdida del control corporal sobre la cosa. **9**

En la afirmación de que la pérdida de la posesión exige, al igual que la adquisición de ella, *animus* y *corpus*, se advierte una generalización cuyo origen no es clásico: vid. Paul. D. 41, 2, 8 (en parte = 50, 17, 153) y Pap. D. 41, 2, 46.

3. Con la muerte del poseedor la posesión no pasa a los herederos extraños (*extranei*, Iav. D. 41, 2, 23 pr.), pero tampoco a aquellos por derecho propio (*sui heredes*), por lo que ella debe obtenerse separadamente.—§ 857 BGB; 560 II ZGB; art. 724 Cc fr.; cfr. § 797 ABGB; 440 Cc esp. **Lit.:** E. POOL, «Due questioni di diritto ereditario», *St. Metro*, vol. V, 91; J. DOMISCH, *Zur Frage eines Besitzübergangs auf den Erben*, 2015 (rec. U. Babusiaux, SZ 133 [2016] 509), VOci, DER I2, 215. **10**

§ 21. Protección de la posesión

(RPr. §§ 36 II, 96, 240; KASER – HACKL § 92 II-IV)

I. GENERALIDADES

- 1 1. La seguridad de la posesión ante perturbaciones o privaciones depende no de *acciones*, sino de *interdicta* (de *interdicere*, prohibir, puesto que el pretor dicta una prohibición o una orden).

Los interdictos posesorios debieron ser, en principio, un tipo de procedimiento *administrativo* de carácter estatal, que se correspondía con el decidido interés *público* en la conservación de la posesión, tanto pública como privada, pero especialmente de la primera. Solo con posterioridad los interdictos se transformarían en procedimientos especiales dentro del proceso civil [21.8].—Los interdictos no se crearon solo para la protección de la posesión, sino también con otras varias finalidades, como por ejemplo, en los casos de fraude a los acreedores, para la restitución de los bienes detraídos (*interdictum fraudatorium* [31.38]), o la exhibición de niños ante el juez para su identificación (*interdictum de liberis exhibendis* [60.9]). Mayoritariamente, se trata de casos en los que se necesita aclarar la situación lo más rápidamente posible; y aunque en las situaciones protegidas por interdictos se puede apreciar el impacto del interés público, su ejercicio queda en manos del principal interesado; de ahí que el procedimiento sea civil [86.1–6; una visión general en BERGER, 507, 509 *s.v.*, «*Interdictum, Interdicta*»; EL MISMO, *RE. IX 2*, 1916, 1609 *s.v.* «*Interdictum*»; NICOSIA [19.1] p. 87).

Con independencia de ello, el poseedor puede defenderse legítimamente contra los ataques a su señorío sobre la cosa, quitándosela de inmediato al atacante [36.11; Diocl. C. 8, 4, 1). *Cfr.*: §859 BGB; 344 ABGB; 926 ZGB; *Cfr.*, sin embargo, art. 441 Cc esp.

- 2 2. La doctrina jurídica de la época clásica clasifica los interdictos posesorios en tres grupos:

a) Los *interdicta adispiscendae possessionis* están dirigidos a obtener por primera vez la posesión, por lo que no sirven para la protección de una preexistente. Constituyen un grupo heterogéneo, en el que, por ejemplo, se incluye el *interdictum Salvianum*, en virtud del cual el arrendador de un predio rústico adquiere la posesión de las cosas inventariadas del colono, que éste a su vez ha pignora a su favor, sin poseerlas (Gai. 4, 147; [31.37]), y el *interdictum de glande legenda*, a disposición del dueño de un árbol cuyos frutos habían caído en el predio del vecino, de modo de recogerlos [23.12].

b) Los *interdicta retinendae possessionis* permiten la *conservación* o *retención* de la posesión y la protegen de perturbaciones. Prohíben la realización de actos de intromisión y son por ello **prohibitorios**. Además de esta función prohibitoria, pueden tener una recuperatoria [21.7]. 3

c) Los *interdicta recuperandae possessionis* están dirigidos a la recuperación de la posesión, una vez que ésta se ha perdido. Contienen la orden de devolver, por ello son **restitutorios**. Al igual que los *interdicta retinendae possessionis*, estos interdictos son los de la posesión, mientras que los *adispiscendae possessionis* son sobre la posesión. 4

3. Las acciones posesorias tienen en común (tanto en Roma como hoy en día) que se excluye el ejercicio contra ellas de la «excepción del derecho a la posesión» (la así llamada *excepción petitoria*). El demandado no puede defenderse alegando que él, en cuanto propietario (o en virtud de algún derecho real o personal especial), tenía derecho a poseer la cosa. La finalidad de los interdictos posesorios es lograr una rápida restauración de la *paz del Derecho*, deteriorada a causa de la perturbación o privación de la posesión. Si la parte perdedora de un proceso posesorio desea invocar su dominio (o algún especial «derecho a poseer»), deberá hacerlo valer a través de una acción fundada en este derecho, es decir, en un proceso distinto. En razón del propósito de reparar cuanto antes el perjuicio, las acciones posesorias (con excepción del *interdictum de vi armata*, [21.14]) disponen de un año para su ejercicio. *Cfr.* § 863, 864 BGB; 346 ABGB; 927–929 ZGB; *Cfr.* 446 Cc esp. y 1651 LEC (antigua redacción). 5

4. El único fin de los interdictos posesorios es, originalmente, la protección de la posesión contra la perturbación o privación causada por actos *ilícitos*. Incurrir en un acto prohibido quien interfiere en la posesión *violentamente (vi)*, o bien *clandestinamente (clam)*; además, aquel al que se le ha dejado una cosa en *precario* [19.14], la que retiene a pesar de su libre revocabilidad. A quien a través de tales actos ilícitos ha quitado o perturbado la posesión, prohíbe (*interdicere*) el pretor, en ambos interdictos prohibitorios (*uti possidetis* para los predios; *utrubi*, para las cosas muebles), la realización de cualquier otro acto de fuerza. Él no puede, por consiguiente, alegar que la contraparte desposeída se encuentra de nuevo poseyendo y debe abstenerse de toda nueva perturbación de la posesión. Si contraviene la prohibición, probablemente le será impuesta al principio una *multa*, pero en época tardorrepublicana se le obliga a enfrentar un proceso civil para la restitución *in natura* o bien, si era necesario, en dinero. Junto a lo anterior se encuentran en esta época interdictos *restitutorios (unde vi, de precario*, probablemente también *de clandestina possessione*), los que desde el comienzo dejan librada al hechor la restitución; si ella no tiene lugar, se sentencia al demandado al pago de una suma de dinero. 6

II. LOS INTERDICTOS EN PARTICULAR

Para la reconstrucción del tenor literal, *vid.* O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, 1927, 469, 488.—Sobre el procedimiento contencioso de los interdictos, *vid.* KASER – HACKL § 63; D. NÖRR, «Zum Interdiktenverfahren in Irni und anderswo», en *St. Talamanca*, vol. VI, 75 = *Schr.*, 105 [y 86.1–6].

1. Interdictos prohibitorios

- 7 a) La fórmula del interdicto *uti possidetis* para la protección de la posesión es la siguiente: *Uti nunc eas aedes, quibus* (o bien: *eum fundum, quo*) *de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto* («Prohíbo que ejercitéis violencia para impedir que sigáis poseyendo, aquella casa [o fundo], acerca de lo cual se litiga, tal como ahora poseéis, sin violencia, clandestinidad ni precario el uno del otro»).

El interdicto se dirige a ambas partes y prohíbe el uso de la violencia recíproca. O bien de cara a la otra parte la posesión actual se encuentra exenta de vicios —y entonces la perturbación, especialmente, la privación de la posesión, se encuentra prohibida—, o bien ella tiene vicios —y entonces lo prohibido es la utilización de la violencia para defenderse de la perturbación, especialmente, en la recuperación de la posesión. En el segundo caso, por lo tanto, se permite la recuperación de la posesión por medio de fuerza privada a aquel ante el cual el actual poseedor (por ejemplo, a causa de la adquisición violenta de su posesión) posee con vicio. Por este motivo, el *interdictum uti possidetis*, aunque se cuenta entre los interdictos dirigidos a retener la posesión, tiene una función recuperatoria.

- 8 El interdicto *uti possidetis* («tal como poseéis») no solo protege la posesión jurídico-privada, sino también la posesión sobre parcelas situadas en terreno público (*ager publicus*), las cuales eran entregada a particulares solo para su uso —de hecho, fue creado originalmente para tal efecto. Es conjeturable que ello haya ocurrido en la época siguiente a la conquista de la ciudad etrusca de Veyes (alrededor del año 396 a. C.), en la que se repartió una ingente cantidad de terrenos a los romanos.

La cláusula *nec vi nec clam nec precario* («sin violencia, clandestinidad ni precario» [21.6]), conocida como *exceptio vitiosae possessionis* (excepción de posesión viciosa), es sin embargo una cláusula que se encuentra en la redacción edictal de la fórmula de los interdictos, de modo que no es una *exceptio* en sentido técnico. Según la doctrina tradicional, esta cláusula no encaja muy bien con el *nunc* (ahora) de la fórmula, por lo que pudo haberse insertado cuando el pretor ya no podía determinar por sí mismo cuál de las

partes en disputa poseía sin vicio, en relación con la otra, y, conforme a ello, arribar a una convicción sobre la correcta atribución de la posesión. Por tal motivo, al proceso administrativo ante el pretor se le habría agregado una segunda etapa procesal, en la cual el juez, de acuerdo con los principios del procedimiento formulario, decidía si el interdicto había sido expedido conforme a derecho y, en caso de ser así, condenaba a la parte que había perjudicado con su desobediencia al otro [86.3-6]. Sin embargo, esto resulta dudoso, desde que se ha reconocido que la redacción del interdicto con la mencionada *exceptio* corresponde a una antigua modalidad de descripción, de concreción progresiva, y que la redacción fragmentada del interdicto es un indicio de un alto grado de antigüedad (G. FALCONE, «Ricerche sull'origine dell'interdetto *uti possidetis*», APal. 44 (1996) 1-360 (rec. R. WILLVONSEDER, SZ 119 [2002] 463, 467 s.).

b) Para las controversias acerca de cosas *muebles* está el *interdictum utrubi*, 9 que copia al *uti possidetis*; la fórmula clásica de este interdicto es la siguiente: *Utrubi vestrum hic homo, quo de agitur, maiore parte huius anni nec vi nec clam nec precario ab altero fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto* («En poder de quien de vosotros, este esclavo, acerca del cual se litiga, ha estado durante la mayor parte de este año, sin violencia, clandestinidad ni precario respecto del otro, prohíbo el uso de la fuerza para impedir que se lo lleve»).

Este interdicto protege no al último poseedor sin vicios, sino a aquel que en el transcurso del último año, contado hacia atrás desde la emisión del interdicto, haya poseído sin vicio la mayor cantidad de tiempo, torpeza de origen arcaico, que probablemente no se explica suficientemente en el frecuente cambio de propiedad de los bienes muebles (en comparación con la tierra). Al que posee sin vicios se le computa el tiempo de posesión de la cosa de aquel a quien heredó, compró o adquirió de cualquier otra forma exenta de vicios (*accessio temporis*: adición del tiempo de posesión; Gai. 4, 151). A partir de Justiniano este interdicto protege también (como el *uti possidetis*) al último poseedor sin vicio. Cfr. Gai. 4, 150; Gai. 4, 160; de modo diferente, D. 43, 31, 1 pr.; Inst. 4, 15, 4a

Los interdictos *uti possidetis*, *utrubi* y, probablemente, el *unde vi* [21.13], además 10 de combatir el acto ilícito, persiguen todavía otro propósito, como es la *preparación de la disputa sobre la propiedad*. Quien quiere recuperar una cosa de la posesión de otro solicita el interdicto cuando este último posee contra él *vi*, *clam* o *precario*, para conseguir dicho propósito. Si tiene éxito, no solo habrá recuperado la cosa, sino que, además, cuando el otro lo demande por medio de la acción restitutoria del propietario (*rei vindicatio*), asumirá el papel de demandado, más favorable, porque incumbirá al vindicante probar su dominio –lo que a menudo es difícil [27.6]–. Si aquél contra el cual se solicitó el interdicto *no restituye* la cosa, entonces será condenado (en dinero), conforme al interés del solicitante en la posesión, pero quedará todavía expuesto a la *rei vindicatio* de

éste. Esta nueva función, consistente en preparar el proceso vindicatorio por medio de una ajustada distribución de los roles de las partes, hizo retroceder en los interdictos *uti possidetis* y *utrubi* su propósito originario (combatir la perturbación o privación de la posesión), si bien no la eliminó completamente. Cfr. Gai. 4, 148; Inst. 4, 15, 4, pero también Ulp. D. 43, 17, 3, 2-4.

- 11 d) Los *interdicta uti possidetis* y *utrubi* son interdictos dobles (*interdicta duplicia*): el pretor dirige su prohibición de ejercer la violencia a *ambas* partes, por lo que ambas son, a la vez, demandante y demandado, de modo que aquí el demandante puede ser, excepcionalmente, condenado (Gai. 4, 160; Inst. 4, 15, 7); por ejemplo, cuando él ha privado violentamente de la posesión a su contraparte, y ahora lo demanda por causa de un acto violento de perturbación posterior. Esta duplicidad se refiere a la función de ambos interdictos, esto es, atribuir la posesión a aquella de las partes en conflicto que, ante la contraria, posea sin vicios. La *possessio* es viciosa (*vitiosa*) si frente a la contraparte ella ha sido obtenida *vi*, *clam* o *precario*.
- 12 Si ambas partes han cometido recíprocamente actos de perturbación o privación de la posesión, entonces, por regla general, tendrá la posesión aquella que haya estado poseyendo antes de la comisión del primer acto de perturbación [21.9]. Si, por el contrario, uno de ellos ha obtenido la posesión *vi*, *clam*, o *precario* de un tercero, dicha posesión es igualmente válida. El conflicto posesorio se refiere, por consiguiente, a la posesión que es *mejor en términos relativos* (es decir, en relación con la contraparte). Este mejor poseedor se llama, técnicamente, *iustus possessor*, y la contraparte, *iniustus (possessor)*. Vid. Paul. D. 43, 17, 2. Cfr. § 858 BGB; art. 441 Cc esp. En los §§ 345-347 ABGB se habla de *vitiosa possessio*; igualmente los §§ 926, 927 ZGB; cfr. 444, 1942 Cc esp. Lit.: G. NICOSIA, «*Vitiosa possessio e iniusta possessio*», Iura 63 (2015) 1.

2. Interdictos restitutorios

- 13 a) A aquel que *violentamente* ha expulsado a otro de la posesión de un *inmueble* se le ordena, a través del *interdictum unde vi* («De donde con violencia»), la restitución del mismo «...*restituas*» a la contraparte, si ésta no poseía frente a él con vicio (esta limitación, la *exceptio vitiosae possessionis* [21.8], fue suprimida para este interdicto en el derecho posclásico; vid. Inst. 4, 15, 6 y 4, 2, 1). Vid. D. 43, 16, 1 pr.; Cic. *Pro Tullio* 19, 44-45. El interdicto puede ejercitarse solo dentro de un año, contado desde el hecho, y se regula según el modelo de las acciones penales [50.7-15].
- 14

El *interdictum unde vi armata* constituye una modalidad del anterior: el supuesto es que el desalojo se ha llevado a cabo por medio de una *banda de hombres armados*; su

ejercicio no está limitado a un año y ya en el derecho clásico carecía de la *exceptio vitiosae possessionis*, de modo tal que también puede ejercitarse si el despojado era poseedor vicioso frente al invasor.

b) El *interdicto de precario*, en todo similar a una acción restitutoria (no penal), sirve para exigir lo que el precarista obtuvo por medio de ruegos (*preces*) [19.14], así como la indemnización de todo aquello que con *dolo malo* dejó de poseer. *Vid.* D. 43, 26, 2 pr. 15

c) El *interdictum de clandestina possessione* no fue incluido en el edicto adrianeo, porque, para entonces, el simple desposeimiento clandestino de un inmueble no se entendía como un acto de adquisición de la posesión. 16

III. LA SITUACIÓN EN EL DERECHO POSCLÁSICO

1. a) En los siglos que abarca la época posclásica, el interdicto *unde vi*, a fin de resaltar su carácter temporal (por oposición al conflicto procesal acerca del dominio), se denomina *actio momentaria*. Para una más efectiva represión de la ruptura de la paz social, se suprime la *exceptio vitiosae possessionis*, y se admite su concurrencia con un proceso criminal. En aquellos casos en que la privación de la posesión se realizaba en defensa propia, fundada en la existencia de derecho, se previó en leyes posteriores un proceso (sin pena criminal), en el cual se debía probar el dominio. Si el autor del despojo era el dueño, perdía la propiedad a favor de la parte contraria, expiando así su actuar contrario a derecho. Si no era dueño, debía restituir la cosa y pagar una *multa*. En este proceso se mezcla la discusión procesal sobre la posesión y el dominio. *Cfr.* Inst. 4, 2, 1. 17

Lit.: SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela del possesso in età costantiniana*, 1998 (rec. M. WIMMER, SZ 117 [2000] 590).

b) Justiniano conserva este proceso, pero restablece el régimen clásico de las acciones posesorias —con las novedades mencionadas y con un procedimiento transformado—. Junto al proceso posclásico aludido, el interdicto *unde vi* de estilo clásico (aunque sin la *exceptio vitiosae possessionis*) es pertinente solo para casos en los cuales el despojo violento tiene por origen la defensa propia. Inst. 4, 15, 6. 18

2. a) El derecho *común* se basa en el renovado desarrollo del derecho romano mediante el derecho **canónico** medieval. En éste surge el proceso posesorio ordinario (*possessorium ordinarium*), el cual retorna al interdicto *uti possidetis*, que sirve para la indagación sobre la posesión actual, así como para la supresión y defensa de perturbaciones, también causadas por la usurpación verbal (*turbatio verbis*) (c. 9 X *de probationibus* 2, 19, FRIEDBERG II, c. 311). Se admite la excepción de posesión viciosa 19

(*exceptio vitiosae possessionis*); el concepto de vicio es extendido a toda adquisición de la posesión sin mediar la voluntad del poseedor anterior, como, por ejemplo, en el caso de los animales extraviados. *Cfr.* § 862 BGB; 339 ABGB; 928 ZGB.

Como remedio al inconveniente producido por la extensión temporal del proceso posesorio ordinario, desde el s. XIII se origina en la práctica uno sencillo y rápido, al modo de una medida cautelar provisional, llamado *summariissimum*, el cual ampara provisionalmente la posesión de quien pueda probar la realización sin contradicción del último acto posesorio. *Cfr.* § 935 ZPO; 381 öExekO; 70 schwBZP.

- 20 b) En el caso de la privación de la posesión sin la voluntad del poseedor precedente (la llamada *spoliatio*), se recurre como fundamento al *canon Redintegranda* (de Pseudo-Isidorus, en el Decreto de Graciano, parte 2, causa 3, cuestión 1, canon 3, FRIEDBERG I, c. 505), según el cual el obispo que fuese violentamente despojado de su diócesis o de su patrimonio, queda sustraído a toda acción criminal en tanto no sea restituido en su posesión. Al extenderse este principio al derecho privado, se desarrollan dos instrumentos procesales: la *exceptio spoli*, por medio de la cual el poseedor o detentador (incluido el caso del colono) que sin su voluntad (además de los casos *vi clam precario*) fue despojado de un inmueble o de una cosa mueble, puede rechazar toda acción intentada por quien cometió el despojo, hasta el restablecimiento de la situación anterior; y la *actio spoli* que se dirige a la restitución, sin que tenga lugar la *exceptio vitiosae possessionis*, contra el que cometió el despojo, como asimismo contra el tercero que obtenga su posesión de aquél, con conocimiento de la acción violenta (c. 18 X *de restitutione spoliatorum* 2, 13, FRIEDBERG II, c. 290). *Cfr.* §§ 861, 858 BGB; 345, 346, 1464 ABGB; 927 ZGB. **Lit.:** SAVIGNY [19.1], §§ 50 (acción de expoliación), 51 (*summariissimum*); BRUNS [19.23]; EL MISMO, *Die Besitzklagen des römischen und des heutigen Rechts*, 1874, 212; COING I, 282; II, 373.

B. DOMINIO

§ 22. Contenido esencial e historia

(RPr. §§ 31 I-IV, 38 I, 97, 238, 241 I)

I. CONCEPTO DE DOMINIO

El dominio o propiedad del derecho clásico y del justiniano, sobre el cual se basa nuestra concepción moderna, es el más amplio derecho de carácter *privado* que alguien puede tener sobre una cosa, un señorío completo, que si bien puede ser limitado en ciertos aspectos, no lo está de antemano. Junto a él está, por un lado, la posesión, en cuanto mero señorío de hecho y, por otro, los derechos reales limitados (servidumbres, usufructo, prenda, etc.). Ciertas *limitaciones* impuestas al dominio se fundan en las costumbres, en el derecho sacro, en el derecho público y, en ocasiones –como ocurre especialmente con el derecho de vecindad [23.10]– en el derecho privado. Sin embargo, el propietario también puede conceder a otro una mayor o menor incidencia sobre la cosa, en virtud de un negocio jurídico, sea que se trate de un derecho real (mediante la constitución de un derecho limitativo sobre la cosa), sea que se trate de una relación obligatoria (por ejemplo, mediante arrendamiento o préstamo). En cuanto tal limitación cesa, vuelve el dominio a ser un señorío pleno sobre la cosa (Inst. 2, 4, 4), la llamada elasticidad del dominio. 1

II. HISTORIA Y CLASES DE PROPIEDAD

Lit.: M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*², Weimar, 1956; A. WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, London, 1968 (reimp. Aalen, 1984); O. BEHREND, «Bodenhöhe und privates Bodeneigentum im Grenzwesen Roms, en O. Behrends – L. Capogrossi Colognesi (Hrsg.), *Die römische Feldmeßkunst*, Göttingen, 1992, 192 = BEHREND II, 465; CAPOGROSSI COLOGNESI, «Das Eigentum in Rom vom Ende der patriarchalischen Ordnung bis zur Blütezeit der Sklavereiordnung», *Scritti scelti*, vol. I, 2010, 299; EL MISMO, s.v. «Proprietà (diritto romano)», *ED.* 37, 1988, 96 = CAPOGROSSI COLOGNESI, *Scritti scelti*, vol. I, 325; EL MISMO, «*Dominium e possessio nell'Italia romana*», en Ennio Cortese (a cura di), *La proprietà e le proprietà*, Milano, 1988, vol. I, 393; EL MISMO, *Proprietà e diritti reali e tutela della proprietà fondiaria nel diritto romano*, Roma, 1999.

2 El concepto de dominio clásico-justiniano descrito es el resultado de un largo desarrollo.

1. La antigua propiedad de época agraria es una manifestación del amplio poder que el *paterfamilias* tiene sobre determinadas personas (sobre los hijos, la *patria potestas*; sobre la mujer, la *manus*), lo mismo que sobre bienes. Aunque en este período no existe aún un nombre propio para designar el poder sobre las cosas, se entiende que éste es diferente a aquel sobre las personas.

La propiedad de la época arcaica tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio que en la época clásica. Su concepto comprende a los antecedentes de los derechos reales limitativos y carece de una delimitación precisa respecto de la posesión; de modo semejante a los derechos griegos y germánico, este concepto de dominio abarca al de posesión cualificada.

3 Precisemos: a) el dominio es, en época arcaica, probablemente el único derecho real. Las ya muy antiguas servidumbres prediales rústicas [28.5] no se entienden aún como derechos autónomos sobre inmuebles ajenos que resultan gravados con ellos, sino que son, por así decirlo, extractos de la propiedad sobre el inmueble, en beneficio del titular de la servidumbre. Este obtiene así una parte de ella, limitada a la función que cumple la servidumbre.

4 b) El hecho de que el dominio y la posesión no sean tan opuestos en un principio, como lo serán posteriormente, se sigue de la peculiaridad del proceso reivindicatorio arcaico: en virtud de la *legis actio sacramento in rem* [81.2] ambas partes declaran ser propietarios, por lo que el juez solo requiere, para decidir, optar por una de ellas como dueña, fundado en que ésta tiene un mejor derecho sobre la cosa frente a la parte contraria. Sin embargo, el juez no puede denegar la acción sobre la base de que *ninguno* es dueño. También puede ocurrir que con posterioridad al proceso un tercero haga valer un derecho aún mejor sobre la cosa que la parte que obtuvo en dicho proceso y prevalezca. La protección del dominio es, estos casos, relativa, y no muy distinta de lo que ocurre con la protección de la posesión con los interdictos en el derecho clásico [21.12]. Sin embargo, no debemos exagerar esta peculiaridad. Ella es el resultado del tipo de procedimiento, la *legis actio sacramento*, y desaparece junto con ésta. Con todo, este procedimiento continúa utilizándose, incluso después de la aparición del procedimiento formulario, para la protección de quienes estaban en una posición solo relativamente mejor, de cara al uso de la cosa, hasta que el derecho pretorio, por medio de la *actio Publiciana* remedió la situación, protegiendo al poseedor en vías de usucapir como el legitimado con mejor derecho ante terceros [22.7, 27.5]. Por regla general, incluso en época arcaica, por la adquisición de la propiedad, el dueño obtiene un derecho real protegido en términos absolutos, es decir, mejor ante cualquier otra persona. (Las expresiones absoluto y relativo se utilizan en este contexto en un sentido diferente al utilizado en [4.1–4.5]). **Lit.:** M. KASER, «Über relatives Eigentum im altrömischen Recht», SZ 102 (1985) 1; EL MISMO [81.3], 77; A. WACKE, «Urteilswirkungen gegenüber Dritten?», OIR 9 (2004) 213.

c) Ha sido muy discutida la cuestión acerca de si la propiedad privada se restringía exclusivamente a las cosas muebles, toda vez que los inmuebles eran objeto del poder comunitario de las *gentes*. La forma de la *mancipatio* y de la *vindicatio*, con sus actos de apoderamiento sobre las cosas parece hablar a favor de que estos actos fueron, originalmente, pensados para las cosas muebles. Incluso, el más antiguo nombre del patrimonio familiar, *familiae pecuniaque* (siervos y ganado) no incluyen mención alguna al fundo. Por otro lado, no hay duda que *muy tempranamente* se reconoce la propiedad privada de los predios a las familias pequeñas. En este contexto, la pregunta acerca del significado de la leyenda según la cual Rómulo habría asignado a cada ciudadano dos *iugera* de terreno como bien hereditario (*heredium*), insuficientes para subsistir, queda abierta. En el derecho más evolucionado, la propiedad privada sobre los predios, particularmente la casa y el solar, se contraponen (luego del decaimiento de las *gentes*) al terreno público (*ager publicus*). Solo en los pastos comunales (*ager compascuus*) permanece, todavía en época tardía, un posible vestigio de la propiedad común del suelo (como en el *Allmende* alemán). 5

d) En época arcaica los bienes no se avalúan siguiendo un criterio puramente patrimonial, sino según el *valor comunitario* que representan para la familia, lo que sirve de base para la clasificación entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi* [18.8-9]. Las *res Mancipi* disfrutaban de una posición jurídica especial, en la medida en que su transferencia se vincula a la *mancipatio* o a la *in iure cessio*. De ambos modos de adquirir, tratándose de una compraventa, la *mancipatio* proporciona al adquirente de la cosa una posición más segura que la *in iure cessio*, en virtud de la responsabilidad que afecta al enajenante a causa de la *auctoritas* [7.7, 41.26]. El conjunto de las *res Mancipi* no es equivalente a la noción de *familia pecuniaque* [22.5], ya que ésta comprende también a las *res Mancipi*. 6

2. La transición, desde un amplio y conceptualmente impreciso concepto de propiedad, a uno claramente definido, propio del derecho **clásico**, se relaciona con la diferenciación progresiva de los conceptos jurídicos en los primeros siglos de la República y con ciertas transformaciones en el proceso civil. A partir de la última parte de la República, las expresiones *dominium* y *proprietates* (equivalentes, a estos efectos) devienen técnicas para la designación de la propiedad. 7

Los casos de protección puramente «relativa» de la propiedad desaparecen a partir de entonces, ya que la doble afirmación de la propiedad que encontrábamos *legis actio sacramento*, es relevada, en las nuevas formas de procedimiento de la *rei vindicatio* [27.6 y 8; 27.16–17], por declaración única de propiedad del demandante. Éste debe, ahora, sustentar su afirmación de ser dueño en un modo de adquirir, el cual le proporciona una posición segura ante *cualquier tercero*, es decir, **absoluta**.

Con todo, tanto el derecho preclásico como el clásico conocen otras manifestaciones del dominio, las cuales se fundan en la coexistencia simultánea de diferentes planos del derecho. 8

a) Dominio en sentido estricto es aquel reconocido por el *ius civile*, es decir, el *dominium ex iure Quiritium*. Está reservado a los ciudadanos y solo es posible respecto de cosas *muebles* y de *fundos itálicos*.

- 9 b) Junto a él se encuentran aquellos supuestos que se entienden comprendidos en el concepto de propiedad, según el derecho *pretorio*. Así, por ejemplo, si se adquiere una *res Mancipi* de un propietario quiritarario, no a través de *mancipatio* o de *in iure cessio*, sino de simple *traditio*, no se obtiene la propiedad civil o quiritaria. Sin embargo, el pretor considera prescindibles estas formalidades, cuya relevancia como mecanismo de publicidad [18.10] se había atenuado, bastando que las *res Mancipi* sean adquiridas *sin formalidad alguna*. Si el enajenante se limita a entregar (por *traditio*) la cosa, continuará siendo su dueño quiritarario (civil); en tales circunstancias, si, por medio de la *rei vindicatio*, reclama su restitución, el pretor concederá al adquirente de la cosa, ahora demandado, o bien la excepción de cosa vendida y entregada (*exceptio rei venditae et traditae*), o bien la excepción de dolo (*exceptio doli*) [27.30–31]. De este modo, el pretor lo sitúa en una posición más ventajosa que aquella en la que se encuentra el dueño quiritarario (detalles en [27.26 y 30]). Gayo expresa que quien adquiere una *res Mancipi* a través de un modo de adquirir no formal, la tiene *in bonis*, es decir, en el patrimonio. Y, ya que a esta posición protegida por el pretor Gayo también la llama *dominium*, se habla entonces de **dominio bonitario**. Cfr. Gai. 1, 54; 2, 40 s. Luego, el significado de *in bonis* comprende a toda propiedad, incluida la civil [31.16].

Lit.: M. KASER, «Nochmals zu *in bonis habere*», en J. van der Westhuizen (onder redaksie) *Huldigingsbundel Paul van Warmelo by geleentheid van sy sewentigste verjaardag*, Pretoria, 1984, 144 = *RRQ.*, 346; EL MISMO (acerca de *in bonis habere* en la *actio Serviana*), en G. Baumgärtel – H.-J. Becker – E. Klingmüller – A. Wacke (Hrsg.), *Festschrift für Heinz Hübner*, Berlin, 1984, 71 = *RRQ.*, 330; H. ANKUM – M. VAN GESSEL-DE ROO – E. POOL, «Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks *in bonis alicuius esse/in bonis habere* im klassischen römischen Recht», *SZ* 104 (1987) 238 ss.; 105 (1988) 334 ss.; 107 (1990) 155 ss., resumidamente, H. ANKUM E. POOL, en P. Birks (ed.), *Essays for B. Nicholas*, 1989, 5 ss.

- 10 c) Los predios provinciales (en tanto no se les otorga el *ius Italicum*, es decir, mientras no se les conceden determinados derechos especiales, propios de la península itálica) no pueden ser objeto de propiedad privada. Son considerados propiedad estatal desde fines de la República, porque son gravados con un canon por el uso del suelo en favor del Estado. El particular tiene sobre ellos un derecho de posesión similar al dominio y uno de disfrute (*uti frui habere*

possidere: usar, gozar, disponer y poseer) que se protege por el pretor, según el modelo romano de protección a la propiedad. *Cfr.* Gai. 2, 7.

En Roma la expresión *uti frui habere possidere* designa, frecuentemente, a la propiedad según el derecho de los peregrinos. Los fundos provinciales son transferidos por *traditio*; sobre su prescripción (*longi temporis praescriptio*), *vid.* [25.14]. El canon, que se entendía como un impuesto territorial, se denomina *stipendium* en las provincias senatoriales y es pagado al Estado por los municipios. En las provincias imperiales se llama *tributum*, y se recauda directamente por aquél. De ahí la distinción entre *agri stipendiarii* y *agri tributarii* (Gai. 2, 21; Inst. 2, 1, 40).

3. El concepto de propiedad del derecho clásico, perfilado con nitidez y finalmente diferenciado de la posesión y los derechos reales limitativos, no será, sin embargo definitivo. El **derecho vulgar posclásico**, con la disolución del aparato conceptual clásico, marca un retroceso en las formas del pensamiento jurídico; en aquél, la propiedad y la posesión se confunden y se difuminan los límites que diferencian al dominio de los derechos reales. 11

4. Justiniano, por su parte, restablece el bien definido concepto de propiedad del derecho clásico, diferenciado de los de posesión y derechos reales limitativos. Sin embargo, suprime expresamente las diferencias que subsistían entre la propiedad *quiritaria* y *bonitaria*, así como la especial posición de la tierra provincial. Existe aún un concepto unitario de dominio, que cualquiera puede tener sobre toda clase de cosas. *Cfr.* Iust. C. 7, 25, 1.—Sobre el desarrollo posterior, véase R. SCHLATTER, *Private Property. The History of an Idea*, New York, 1951; COING I, 290; II, 383; WESENBERG – WESENER, 43, 125, 190; D. STRAUCH, «Das geteilte Eigentum in Geschichte und Gegenwart», en *Festschrift für Heinz Hübner*, Berlin, 1984, 273; P. GARNSEY, *Thinking about Property. From Antiquity to the Age of Revolution*, Cambridge, 2007; TH. RÜFNER, «The Roman Concept of Ownership and the Medieval Doctrine of *Dominium Utile*», en Cairns – du Plessis [35.17], 127; M. MICELI, «Spunti di riflessione storica sul concetto di proprietà: elementi di continuità e discontinuità», en *St. Metro*, vol. IV, 239.—§ 903 BGB; 362 ABGB; 641 ZGB; art. 832 Cc it.; 544 Cc fr.; 348 Cc esp. 12

§ 23. Limitaciones del dominio. Copropiedad

(RPr. §§ 31 V, 37, 98, 99, 138 I, 241 II-V)

I. LIMITACIONES DEL DOMINIO EXTERNAS AL DERECHO PRIVADO

Lit.: W. SIMSHÄUSER, «Sozialbindungen des spätrepublikanisch-klassischen römischen Privateigentums», en *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing*, vol. I, 1982, 329 ss.; EL MISMO, «Sozialbindungen des Eigentums im römischen Bauwesen der späten Kaiserzeit, en *Sodalitas*, vol. IV, 1793 ss.; J. M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht*, Graz, 1987; EL MISMO, «Zu den Abbruchbestimmungen in den Stadtrechten», SZ 108 (1991) 325 ss.

1. A pesar de que el dominio confiere un señorío pleno, no puede hacerse un uso abusivo de él en perjuicio de la comunidad. Sin embargo, según una opinión extendida, la propiedad romana se caracterizaría por la ausencia de límites, por su individualismo y por la hostilidad hacia la comunidad, en tanto el concepto alemán de propiedad tendría una orientación mucho más social. Pero eso es exagerado. La propiedad romana estaba sujeta a muchas y diversas restricciones en las diferentes etapas de su desarrollo. En épocas anteriores, las limitaciones impuestas a ella por el interés social se materializaron, en gran medida, conforme al criterio del censor, en cuanto custodio de las **costumbres**.

Los censores intervienen en la enajenación de terrenos rústicos indispensables, en las de aquellos insuficientemente explotados, como también a propósito de los gastos suntuarios y el lujo excesivo, que también es combatido por la legislación. Durante la última etapa de la República la vigilancia de las costumbres por parte de los censores disminuye. Sobre la protección de los esclavos de maltratos y atentados contra su vida, *vid.* 4.15; 15.6.

2. Numerosos preceptos de la Ley de las XII Tablas contienen limitaciones a la propiedad a causa del interés social, por diferentes motivos. Principalmente, se trata de prohibiciones relacionadas con las prohibiciones sanitarias y las disposiciones sobre construcción, además de otras de carácter *religioso* o de represión del lujo. La legislación posterior llevará esto aún más lejos.

De la ley decenviral provendría (Tab. 10,1) la prohibición de inhumaciones dentro de la ciudad y la cremación de cadáveres en las cercanías de las edificaciones, así como

la prohibición de gastos funerarios excesivos y de ceremonias fúnebres pomposas; además (Tab. 7, 6 s.) las prescripciones sobre la distancia entre edificios y sobre obligaciones de dueños de predios adyacentes a caminos públicos.

En el Principado surgen con fuerza cargas y exenciones para la conservación 3 de vías públicas, acueductos, edificios y riberas de ríos. A partir de Marco Aurelio (161-180), bajo la influencia de la filosofía estoica, tales cargas se fundamentan en la preeminencia del bien común, frente a los intereses individuales. En su obra *Meditaciones* identifica como objetivo principal de la acción humana la realización de aquellos actos que benefician a la comunidad (4, 33 *in fine*; cfr. 9, 23). En el período posclásico, es decir, durante el predominio el estado de bienestar de corte absolutista, las restricciones a la propiedad a causa del interés público aumentan considerablemente.

A esta época corresponde la *επιβολή* (cesión forzosa), es decir, la asignación de terrenos yermos (*agri deserti*) incautados a sus dueños, a terratenientes solventes, quienes debían hacerlos nuevamente productivos, como asimismo soportar la carga impositiva. Se establece además que, quien lleve a cabo operaciones de minería en terrenos públicos y, posteriormente también privados pero ajenos, adquiere una especie de propiedad limitada (que pierde en caso de una interrupción extensa de labores); asimismo, debe pagar una décima parte de sus ingresos al Estado y al dueño del terreno. 4

Ya en la república tardía, los derechos de las ciudades contenían prohibiciones de demoler edificios, si es que no se garantizaba la reedificación. Los senadoconsultos *Hosidianum* y *Volusianum* (44 y 56 a. C., respectivamente) prohíben la compra de edificios para su demolición, así como el comercio especulativo de los materiales. En el alto Principado, los créditos para la construcción de edificios se favorecen sobre la base de una decisión del Senado, dictada por Marco Aurelio, consistente en otorgar al acreedor una caución real (*pignus*) sobre el edificio construido (Pap. D. 20, 2, 1; Ulp. D. 42, 5, 24, 1). Asimismo, el copropietario que hubiera reconstruido el edificio de viviendas (*insula*), obtenía la propiedad del edificio al cabo de cuatro meses, si es que los demás copropietarios no reembolsaban los gastos en que hubiera incurrido (Ulp. D. 17, 2, 52, 10; Phil. C. 8, 10, 4 v. 245). En la época del Dominado ya es claro que el poder público tiene derecho a obligar a los propietarios a la conservación sus edificios, ya sea renovándolos o construyendo otros nuevos, como asimismo, en caso de ser necesario, ordenar que las obras se realicen a expensas del propietario. Si éste no está dispuesto la restitución de impensas e intereses, el edificio es demolido (Ulp. D. 1, 18, 7; Paul. D. 39, 2, 46, 1). El emperador Zenón dictó una detallada y exigente ordenanza de edificación sobre construcción en predios privados (C. 8, 10, 12, finales del siglo V). A determinados inmuebles se les impone la obligación de prestar ciertos servicios (así ocurre con aquellos sitios en zonas fronterizas, que quedan en manos de los soldados y, asimismo, con los predios que tienen los miembros de asociaciones profesionales obligatorias). Quienquiera que adquiera esos predios tiene

■ § 23. LIMITACIONES DEL DOMINIO. COPROPIEDAD

que hacerse cargo de la función asociada a él, o bien retrocederla al enajenante. **Lit.:** V. SCARANO USSANI, «*Privilegium exigendi* e ideologia della città negli anni di Marco Aurelio», *Labeo* 29 (1983) 255.

- 5 En la República tardía se estima que la propiedad privada es compatible con la existencia de gravámenes (*ager privatus vectigalisque*, por oposición a *ager optimo iure privatus*). Solo los predios provinciales se ven afectados por un impuesto territorial general, razón por la cual son considerados propiedad del Estado [22.10]. La monarquía absoluta grava impositivamente todos los suelos, considerándolo compatible con el concepto de propiedad.
- 6 **3.** La expropiación (en sentido estricto), es decir, la privación de la propiedad privada por parte del Estado y fundada en el bien común, nunca fue considerada por los romanos como una institución jurídica autónoma. A pesar de que la constitución romana no contempló una garantía constitucional de la propiedad, hasta bien avanzado el Principado el respeto a la esfera individual impidió a los romanos interferir en el patrimonio privado sin consentimiento de su dueño. Incluso, los terrenos necesarios para la planificación urbanística y para la construcción de acueductos, eran adquiridos preferentemente mediante compraventas (si era necesario, bajo presión política), antes que por imposición. Solo a partir del *Absolutismo*, que dejó de respetar la esfera privada, aparece la confiscación de inmuebles para ser administrados ahora por el Estado, o bien de alimentos, con el fin de atender situaciones de emergencia. Como se concede siempre indemnización, sea en dinero o en especie, este expediente se considera una *compra forzosa*. **Lit.:** M. PENNITZ, *Der Enteignungsfall im römischen Recht der Republik und des Prinzipats*, Wien – Köln – Weimar, 1991; sobre las transformaciones a partir de Constantino, *vid.* LIEBS [1.16], 2862.

II. LIMITACIONES JURÍDICO-PRIVADAS DEL DOMINIO. GENERALIDADES

- 7 **1.** a) Desde el punto de vista su extensión espacial, el concepto de dominio requiere un objeto delimitado, como, por ejemplo, un predio y sus deslindes. Además, comprende el espacio situado por encima de él, así como también el subsuelo. *Cfr.* Ulp. D. 8, 4, 13, 1; Proc.-Ulp. D. 39, 2, 26.–§ 905 BGB; 552 Cc fr.; 840 Cc it., 350 Cc esp., *cfr.* 297 ABGB.
- 8 b) Desde el punto de vista de su duración temporal, el dominio es ilimitado. Su transferencia por tiempo limitado, como por ejemplo, sujeto a una condición resolutoria o a un término, es admitido solo excepcionalmente por los

clásicos (*cf.* Ulp. D. 13, 7, 13 pr. y [10.15]). El derecho vulgar posclásico, cuyo amplio concepto de propiedad incluye también ciertos derechos de propiedad limitados, la enfiteusis y la superficie, considera que una propiedad temporal es posible, sin más. Justiniano, no obstante restaurar el concepto limitado de dominio, admite en términos generales uno temporal. *Cfr.* Diocl. C. 8, 54, 2 (itp., *vid.* Diocl. vat. 283, en que la lección debe ser *ad tempus*, y no *ad te*, según la opinión dominante). **Lit.:** J. M. J. CHORUS, «Unmöglichkeit der auflösend befristeten *traditio*?», *Fundamina* 20-1 (2014) 163.

2. Las **prohibiciones de enajenar** aparecen en la época del Principado y experimentan un fuerte aumento en la época de la monarquía absoluta. 9

Son de origen clásico las siguientes prohibiciones de enajenar: las cosas litigiosas (*res litigiosa*, Gai. 4, 117; desde Augusto), los fundos dotales (*lex Iulia*, de Augusto, *vid.* [59.18]), los predios pertenecientes al pupilo (*oratio Severi* [62.19]). Entre las numerosas prohibiciones de enajenar que se establecen en época posclásica encontramos: la del *paterfamilias* respecto de los *bona materna* (Constantino [60.20]); la de las cosas legadas (Justiniano [76.11]). De influencia helenística es un derecho de prioridad, según el cual los predios de una aldea deben ser ofrecidos en venta, primeramente, a otro habitante de esa localidad, pudiendo anularse las enajenaciones hechas a terceros. El derecho clásico conoce también las prohibiciones de enajenar impuestas en un contrato o en un testamento; su infracción lleva aparejada una indemnización de perjuicios, pero en ciertos casos, provoca la ineficacia del negocio jurídico (a diferencia del § 137 BGB). **Lit.:** M. KASER, «Studien zum römischem Pfandrecht», TR 44 (1976) 261; EL MISMO, *Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen im römischen Recht, Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht. Festgabe für Johannes Sontis*, München, 1977, 11 = *RRQ.*, 173; EL MISMO [9.7], 55.

III. DERECHO DE VECINDAD

Lit.: A. RODGER, *Owners and Neighbours in Roman Law*, Oxford, 1972; A. PALMA, *Iura vicinitatis. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica*, Torino, 1988 (rec. G. KLINGENBERG, SZ 108 [1991] 507).

Las limitaciones a la propiedad a causa de las relaciones de vecindad de remontan, en gran medida, a la época arcaica, y solo son perfeccionadas o complementadas en época clásica. El período posclásico se sirve para ello (valiéndose de precedentes clásicos) del concepto de servidumbre legal, en la medida en que muchas servidumbres que antes dependían de disposiciones negociales, valen ahora, sin más, por disposición legal. 10

■ § 23. LIMITACIONES DEL DOMINIO. COPROPIEDAD

- 11 1. Si las ramas de un árbol se extienden sobre el predio vecino, según la ley de las XII Tablas (7, 9a) el vecino perjudicado por la sobra puede exigir al propietario un «aclareo» y poda de hasta 15 pies de altura. En caso de no hacerse, puede el vecino realizar por sí mismo la poda; más adelante, esta facultad será protegida por medio de interdictos (*de arboris caedendis*; D. 43, 27, 1 pr.–7). Algo similar ocurre con la irrupción de raíces. El ejercicio excesivo de esta facultad es sancionado con multa. § 910 BGB; 422 ABGB; 687 ZGB; art. 390 Cc esp.
- 12 2. En el supuesto de que los frutos caigan en el predio vecino, según Tab. 7,10 puede el dueño recogerlos en días alternos (*tertio quoque die*). Esta facultad también será protegida más adelante por medio de un interdicto, a saber, el *glante legenda* («de recogida de bellotas»), en el que «bellota» es sinónimo de fruto (Ulp. 43, 28, 1).—En sentido diverso, § 911 BGB, 422 ABGB, 687 ZGB, siguen el principio alemán según el cual el vecino puede apropiarse tanto de los desechos como de los frutos; «quien soporta la mala gota, también disfruta la buena» (35 Rietberger Landrecht c. 1697). Todo lo cual no es, sin embargo, más que otra formulación del principio de compensación [41.24].
- 13 3. A favor de quien no puede acceder a la vía pública desde su predio sin pasar por uno ajeno, se establece un **derecho de paso forzoso**. Este derecho, conocido desde antiguo, podía imponerse por vía administrativa; sin embargo, solo el derecho de paso forzoso para llegar a una sepultura (*iter ad sepulchrum*) tuvo consagración legal. Cfr. Iav. D. 8, 6, 14, 1.—§ 917 BGB; 694 ZGB; 1 öNotwegeG.; art. 564 Cc esp.
- 14 4. El propietario debía tolerar la inmisión (*immissio*) de humo, agua y otros semejantes, provenientes de predio vecino si ellas no excedían el límite acostumbrado, pero no estaba en caso alguno obligado a soportar la inmisión de objetos como piedras; de lo contrario, podía pedir contra el vecino el interdicto *uti possidetis*, o bien, si éste pretendía tener derecho a ello, ejercitar la *actio negatoria* [27.23]. Cfr. Ulp. D. 8, 5, 8, 5–7; Alf. eod. 17, 2. § 906 BGB; 364 II y III ABGB; 684 ZGB; art. 612 Cc esp.
- 15 5. Ciertos supuestos en los que el vecino tiene que tolerar un abultamiento del muro hasta medio pie, aparecen en el derecho clásico (Alf. D. 8, 5, 17 pr. *semipedem aut amplius*).
- 16 6. Si alguien se ve afectado por edificaciones o alteraciones realizadas en la propiedad vecina que causen un aumento del flujo del agua de lluvia en su propiedad, puede exigir al vecino, por medio de la *actio aquae pluviae arcendae* la remoción y reparación. La acción se remonta a la Ley de las XII Tablas (7, 8a), pero fue perfeccionada por los juristas clásicos y por Justiniano. En virtud de la acción, el vecino que por sí mismo ha construido las instalaciones responde restituyendo al estado anterior; si se trata de un propietario diferente al que hizo la instalación, solo es obligado a tolerar la remoción por parte del reclamante, a su costa (Paul. D. 39, 3, 5; D. 39, 3, 6, 7).—En el derecho alemán moderno, p. ej., BGHZ 114, 183, 189 [de 18/4/1991]: «El derecho común alemán partía del mejor derecho del residente

aguas arriba. Según los principios de la *actio pluviae arcendae* romana el propietario de un predio, debía soportar un flujo constante y necesario de agua a causa de las dificultades del terreno; no estaba en condiciones de exigir al residente de aguas arriba que tomara precauciones en su propiedad de modo de retener el agua, ni tampoco se le permitía guardarla» (cfr. RGZ 21, 212 [214]), al que sigue BGH NZM 2014, 366 [de 17/10/2013]. –Comparable con ambos casos es Treb.–Ulp. 39, 3, 11, 6 (segundo caso). **Lit.:** RODGER [23.10], 145; F. SITZIA, *Ricerche in tema di actio aquae pluviae arcendae*, Milano, 1977 (rec. F. PETERS, SZ 96 [1979] 413); EL MISMO, *Aqua pluvia e natura agri: dalle 12. Tavole al pensiero di Labeone*, Cagliari, 1999; D. JOHNSTON, «Lenel's Palingenesia: Two Footnotes to Rodger», en A. Burrows (ed.), *Judge and Jurist: Essays in Memory of Lord Rodger of Earlsferry*, 179, 180.

7. Si un dueño se ve expuesto al peligro del *derrumbe* del *edificio vecino*, el pretor (con un precedente en las XII Tablas), concede a favor del amenazado la **cautio damini infecti**, por la cual se asegura la indemnización de los perjuicios que eventualmente pudiera provocarle. Si la caución no es otorgada, el pretor concede la detentación del predio peligroso al amenazado con su ruina (*missio in possessionem ex primo decreto*) y, si la situación lo exige, la propiedad bonitaria sobre el mismo (*missio in possessionem ex secundo decreto*). Si el vecino se resiste, el vecino amenazado dispone de una acción de indemnización de perjuicios. Cfr. el edicto en D. 39, 2, 7 pr. **Lit.:** D. NÖRR, en Symposium 1977 (1982) 269 (sobre Cic., *topica* 4, 22); J. M. RAINER [23.1] p. 97; EL MISMO, «Zum *damnum infectum* in der *lex Rubria Caput 20* und in Ulp. D. 29, 2, 4», en *Ex iusta causa traditum: essays in honour of Eric H. Pool*, Pretoria, 2005, 256; EL MISMO, «*Legis actio und damnum infectum*», en *Festschrift für Herbert Hausmaninger*, Wien, 2006, p 245; EL MISMO, «*Quintus Mucius, der Besitz und die cautio damni infecti*», en *Fs. Knütel*, 887; EL MISMO, «*Julian und die cautio damni infecti*», en *Libellus ad Thomasium: Essays in Roman law, Roman-Dutch law and legal history in honour of Philip J. Thomas*, 359; FINKE-NAUER, *Stip.*, 270.

8. Quien como dueño (o titular de una servidumbre) sea afectado por las obras de *construcción* de un tercero puede *prohibir* al constructor (probablemente, desde la Ley de las XII Tablas) que continúe las obras, en virtud de la **operis novi nuntiatio** (denuncia de obra nueva). Si éste, no obstante, continúa la construcción, el denunciante puede, a través del *interdictum demolitorium*, pedir la destrucción de lo construido (Ulp. D. 39, 1, 20 pr.). Sin embargo, este procedimiento interdictal sólo resuelve acerca de la no obtemperación de la prohibición de seguir ejecutando la obra que ha fundado la denuncia, y no sobre si ésta y, por consiguiente, la ejecución de la obra en sí, se ajustan o no a derecho. La prohibición de construcción basada en la denuncia expira (entre otras causas) en virtud de: a) una caución otorgada por el constructor o, b) la orden pretoria de levantar la prohibición. Respecto de a): la caución deja sin efecto, definitivamente, la prohibición de construir; el constructor pasa a estar, a partir de entonces, protegido por el interdicto contra cualquier obstrucción por parte del denun-

ciente (D. 39, 1, 20, 9). Sobre b): ante la orden pretoria, el denunciante puede hacer valer su *ius prohibendi*, mediante el ejercicio de la *actio negatoria* (o, si es necesario, de la *vindicatio servitutis*). En el derecho posclásico, el procedimiento se simplifica y agiliza mediante la imposición de plazos. **Lit.:** J. PARICIO, *La denuncia de obra nueva en el derecho Romano clásico*, Barcelona, 1982; J. M. RAINER [23.1], 152; FINKENAUER, *Stip.*, 253.

- 19 **9.** A quien tiene un interés legítimo en el cese de las obras que son violenta o clandestinamente realizadas en un predio, el pretor concede el *interdictum quod vi aut clam* (de carácter restitutorio y, en parte, penal) (Ulp. D. 43, 24, 1 pr.). Su supuesto de hecho no es un comportamiento violento, sino sólo la violación de una prohibición que protege a la persona afectada (Ulp. D. 43, 24, 1, 5). Además, ofrece una aproximación a medidas de protección del medio ambiente; Labeón lo concede incluso en el caso de que alguien contamine el pozo del vecino (Ulp. D. 43, 24, 11 pr.). Al hechor se le fulmina con la restitución al estado anterior (de la construcción); a los demás tenedores o poseedores de la construcción o realización de las obras, a permitir su destrucción a expensas del demandante (Ulp. D. 43, 13, 7; *vid.* [23.16]). **Lit.:** I. FARGNOLI, *Studi sulla legittimazione attiva all'interdictum quod vi aut clam*, Milano, 1998; EL MISMO, «Esche, Buche und Fichte - Die Frage der Bemessung von Baumschäden im Wandel der Zeit», en *Fs. Knütel*, 327, 337; L. CAPOGROSSI COLOGNESI [22.2], 5 (= EL MISMO [42.6], 1); A. WACKE, «Umweltschutz im römischen Recht?», OIR 7 (2002) 101; M. FIORENTINI, «Precedenti di diritto ambientale a Roma? I. La contaminazione delle acque», Index 34 (2006) 353 (sobre J. L. ZAMORA MANZANO, *Precedentes romanos sobre el Derecho Ambiental. La contaminación de las aguas, canalización de las aguas fecales y la tala ilícita forestal*, Madrid, 2003).
- 20 **10.** Si la disposición de los deslindes entre propiedades rurales es objeto de controversia, cada propietario debe ejercitar contra el otro la acción de deslinde (*actio finium regundorum*) cuyo origen se encuentra en la Ley de las XII Tablas (7, 2). El juez debe determinar los lindes entre ambos predios (es decir, del espacio de cinco pies de ancho, o *confinium*, que se exige como mínimo, y que pertenece por mitades a cada vecino); si esto no es posible, el juez debe establecer nuevamente tales lindes, con la ayuda de expertos. En todo caso, como ocurre en las acciones divisorias [23.28], en virtud de la *adiudicatio*, la sentencia otorga una nueva propiedad (sentencia constitutiva) y puede, además, ordenar el pago de una compensación pecuniaria (sentencia impositiva de prestación) a favor de quien haya resultado desfavorecido en la distribución de la propiedad. Ulp. D. 10, 1, 2, 1; Gai. 10, 1, 3; Gai. 4, 42; Inst. 4, 6, 20; 4, 17, 6. **Lit.:** O. BEHRENDIS [22.2], 244 = II, 522; R. KNÜTEL, «Die *actio finium regundorum* und die *ars gromatica*», en O. Behrends – L. Capogrossi-Colognesi [22.2], 285; F. T. HINRICHS, «Zur Geschichte der Klage *finium regundorum*», SZ 111 (1994) 242; L. MAGANZANI, *Gli agrimensori nel processo privato romano*, Roma, 1997; M. VINCI, *Fines regere*, Milano, 2004; J. PLATSCHKE, «Überlegungen zur *vis ac deductio*»,

FHI. vol. VI, 4395; F. TUCCILLO, «Su Grom. vet. 126.3–8 L.: Igino e il *capere usu*», *FHI*. vol. VIII, 5659.

IV. COPROPIEDAD

1. La titularidad de *varios* propietarios sobre la misma cosa es conocida en el derecho *arcaico* como comunidad ***ercto non cito***, y tal ocurre con la comunidad de herederos [73.1-2] y con el consorcio fraterno, a semejanza de ésta y precedente de las relaciones entre los socios [43.2]. La comunidad *ercto non cito* (similar a la propiedad de mano común del derecho germánico) consiste, básicamente, en que los comuneros carecen de participación independiente en el patrimonio o en los bienes singulares que la componen. No obstante ello, para disponer de estos bienes (p. ej., enajenación, manumisión de esclavos) no se requiere la comparecencia de todos, sino que cada uno puede hacerlo autónomamente. La base se encuentra en las relaciones de confianza entre los comuneros. No hay evidencia acerca de la existencia de un derecho de prohibición de un comunero contra la enajenación realizada por otro [23.28]. Además, cada comunero puede, en cualquier momento, solicitar la terminación de la comunidad, mediante el ejercicio de la *actio familiae erciscundae* [23.28]. Este tipo de comunidad decae en los primeros siglos de la República y desaparece en el período preclásico. Gai. 3, 154 a–b (fragmento encontrado en Egipto después de 1933). **Lit.:** NELSON – MANTHE III 2, 329, 532; MEISSEL [43.1], *Societas*, 78. 21

2. Junto a lo anterior se desarrolla la **copropiedad por cuotas** (*communio pro indiviso*), en la cual cada comunero (*socius*) tiene una participación ideal o cuota sobre la cosa común (*pars pro indiviso*) [18.14]. Tal copropiedad por cuotas puede surgir sin necesidad de un contrato, por ejemplo, a causa de un legado vindicatorio a favor de varios legatarios, o a causa de confusión (*confusio*) de líquidos de diferentes dueños (la llamada *communio incidens*, es decir, la comunidad accidental). Puede también originarse a causa de un contrato, especialmente en la sociedad de ganancias (*societas*) se forma el patrimonio social [43.9] (de modo diferente a lo que ocurre en el derecho moderno). Es conjeturable que la comunidad o copropiedad por cuotas haya surgido en los primeros tiempos de la República, principalmente, para hacer frente a las necesidades de las sociedades de ganancias, en las que, a diferencia del caso de las explotaciones agrícolas, la división de los bienes era más importante en la práctica y podía ejecutarse con un riesgo más bajo de pérdida económica. 22

- 23 La diferencia entre la comunidad por cuotas ideales (*pars pro indiviso*) y aquella por partes físicas (*pars pro diviso*), o sea, no representativa de una comunidad, sino de una propiedad parcial, se expresa con claridad en

D. 17, 2, 83 (Paulo, 1 *manual.*)

*Illud quaerendum est, arbor quae in con-
finio nata est, item lapis qui per utrumque
fundum extenditur an, cum succisa arbor
vel lapis exemptus eius sit cuius fundus,
pro ea quoque parte singulorum esse de-
beat, pro qua parte in fundo fuerat? an
qua ratione duabus massis duorum domi-
norum flatis tota massa communis est, ita
arbor hoc ipso, quo separatur a solo pro-
prietariam substantiam in unum corpus
redactam accipit, multo magis pro indivi-
so communis fit, quam massa? sed natu-
rali convenit rationi et postea tantam
partem utrumque habere tam in lapide
quam in arbore, quantam et in terra ha-
bebat.*

Respecto del árbol que nació en una linde, o de la piedra que aparece en uno y otro fundo, debe averiguarse si una vez cortado el árbol o arrancada la piedra pertenecerá a aquel que es dueño del fundo, si deberá ser de cada uno de los dueños, en proporción a la parte (física) que había estado en el fundo. ¿O es que no debe ser por la misma razón por la cual en virtud de la confusión de dos masas de dueños distintos toda la masa se hace común, que el árbol, por lo mismo que se separa del suelo y recibe propia sustantividad reducida a un solo cuerpo, sea común por cuotas con mucha tanta o más razón que la masa. Conviene a la razón natural que también después tenga uno y otro, en la piedra y en el árbol, tanta parte cuanto tenía también en la tierra.

Mientras la piedra permanezca en el terreno, por efecto del principio *superficies solo cedit* (lo que está por sobre el suelo accede a éste) [26.1] existirá una propiedad parcial (*pars pro parte divisa*) determinada por el linde. De este modo, A sería el propietario de la parte situada en su parcela, y B el de la parte situada en la suya. Al levantarse la piedra se produce una suerte «metamorfosis jurídica»: la propiedad parcial se convierte en propiedad por cuotas ideales, por ejemplo, dos tercios para A, si le hubiese correspondido la parte mayor (en esa proporción). Esto se aplica incluso si ambos habían marcado, previamente, sus partes físicas; porque no es posible una propiedad especial, separada en partes sigulares, de una cosa mueble (Cels.-Ulp. D. 13, 6, 5, 15). Al ser levantada la piedra, de ser una parte del fundo y estar sujeta al régimen jurídico de éste, se convierte en una cosa mueble independiente. El razonamiento que Paulo agrega es digno de nota: si como resultado de la confusión de masas de metales de diferentes propietarios se produce una cosa nueva, sólo es posible a su respecto la copropiedad [26.15]; y con mayor razón debe serlo si una cosa, cuyas partes eran de diferente propiedad, pero constituían una unidad desde el principio, se independiza de otra.—De acuerdo con el BGB, la misma decisión tiene lugar con respecto a la piedra; con respecto al árbol, el § 923 I prevé la copropiedad en partes iguales por razones de viabilidad; *cf.* 593 Cc esp.

Cada copropietario puede disponer autónomamente de su parte, es decir, venderla, pignorarla, gravarla con un usufructo y vindicarla de quien le prive de ella (*vindicatio pro parte* [26.15]). Sin embargo, solo los copropietarios pueden, conjuntamente, enajenar o gravar la cosa como un todo, disponiendo de sus partes en forma paralela. Si el acto de disposición es indivisible, como lo sería gravar la cosa con una servidumbre, o manumitir a un esclavo común, tal acto debe realizarse de consuno por todos ellos.—§ 747 BGB; 828, 829 ABGB; 646 III, 648 II ZGB; art. 390 Cc esp. **Lit.:** H. H. SEILER, «Über die Risiken des Miteigentums. Ulp. D. 10, 3, 7, 13», en *Festschrift für Dieter Medicus*, Köln – München, 1999, 605. 24

La cuota no se entiende como un derecho de propiedad fraccionado, sino como una propiedad que abarca físicamente la totalidad, que está limitada por el derecho de los demás copropietarios y que sólo en términos matemáticos se refiere a una cuota. Por lo tanto, cuando un copropietario abandona su cuota, ella ya no existe; lo que ocurre es que la propiedad de los demás deja de estar limitada por la participación de aquel que hizo abandono (Mod. D. 41, 7, 3). Tal es la explicación del acrecimiento. 25

En consecuencia, en caso de abandono por un solo copropietario (siempre que se lleve a cabo de conformidad con el *ius civile*), el otro adquiere la propiedad exclusiva sobre el esclavo (PS 4, 12, 1; UE 1, 18; diversamente en el caso del antiguo *consortium*, Gai. 3, 154 a [23.21]). Sin embargo, Justiniano, claramente influenciado por el derecho judío, abolió este «ejemplo de mala regulación» y concedió la libertad al esclavo, a cambio de una compensación al otro copropietario, según la cuantía de su parte (Inst. 2, 7, 4; C. 7, 7, 1). Allí, la doctrina del rabino Hillel (un día el esclavo es libre y al día siguiente no lo es) es desplazada por la de Shammaj: el propietario subsistente debe ser obligado a liberar (recibiendo un monto por el valor de su parte), «porque no puede casarse con una esclava por ser semilibre; no puede casarse con una mujer libre, porque es medio esclavo; y no puede abstenerse de casarse, porque el mundo fue creado para la reproducción» (Talmud, Tratado de Guitín, IV fol. 41 a/41b). Por cierto, Justiniano prohibió el estudio del Talmud, Nov. 146, 1 (553 d. C.). **Lit.:** I. REICHARD, «Der Verzicht auf einen Miteigentumsanteil», en *Gesetz, Recht, Rechtsgeschichte: Festschrift für Gerhard Otte*, München, 2005, 265, 274; sin embargo, contra su rechazo de la acumulación en el derecho romano, *vid.* LOHSSE [76.16], 143.

Otros actos de un copropietario, como podría serlo cualquier actividad de hecho en la cosa, eran permitidas si todos los demás copropietarios, explícita o tácitamente, las toleraban. Quienes no estaban de acuerdo podían autónomamente impedir tales actos, al disponer cada copropietario de un *ius prohibendi* (similar al derecho de veto de los magistrados colegiados). Este derecho de prohibición se deriva del principio general *in re pari potentio rem causam esse* 26

prohibentis constat, es decir, en condiciones iguales, es mejor la posición jurídica del que prohíbe (que la de aquél que quiere realizar algo) (Pap. D. 10, 3, 28). Excepcionalmente, el acuerdo de la mayoría es suficiente para que una acción sea admisible.

- 27 Justiniano amplió este régimen. Las inmisiones ya no deben impedirse mediante autotutela. Para eliminarla (porque aparece como peligrosa para el Estado), concede en este supuesto –probablemente con precedentes clásicos– la *actio communi dividundo*, subsistiendo la comunidad, para la cesación de actos que no redunden en interés de la comunidad y, de ser necesario, para la eliminación de sus consecuencias. *Cfr.* Cels.–Ulp. D. 13, 6, 5, 15; Sab.–Paul. D. 10, 3, 28 (itp. parcialmente); Paul. D. 8, 2, 26 (itp. desde *sed*); 10, 3, 14, 1 (itp. parcialmente); Gai. D.16, 3, 14 pr.
- 28 Cualquier copropietario o comunero puede pedir en cualquier momento poner fin a la comunidad mediante cualquiera de las tres siguientes **acciones divisorias**: la *actio familiae erciscundae*, ya mencionada [23.21], que ahora solo existe como acción para la división de un patrimonio hereditario [73.3], la *actio communi dividundo* como acción divisoria general, que se concede también de manera análoga (como *actio utilis*) en otros casos en los que un derecho real pertenece a varias personas (por ejemplo, una prenda, un usufructo y, con restricciones, también servidumbres prediales). Se equipara a estas acciones la de deslinde (*actio finium regundorum*) [23.20]. En virtud de estas acciones se inicia un procedimiento en el que participan todos los copropietarios, entre los que no existe el mismo grado de contraposición que entre demandante y demandado en otros procedimientos. Éste tiene una doble finalidad: desde el punto de vista jurídico-*real*, la *disolución* de la copropiedad y la constitución de un dominio singular a favor de quienes hasta ahora eran copropietarios; desde el punto *jurídico-obligacional*, la liquidación de las deudas comunes a todos en un único acto [43.16]. En razón de la *adiudicatio*, esto es, de la cláusula especial para la atribución de la propiedad que se halla en las tres acciones divisorias, al disolver la copropiedad el juez está facultado para constituir a favor de cada una de las partes una propiedad exclusiva (para detalles de la fórmula, *vid.* 83.9; 83.24; 84.8; véase también la *vindicatio pro parte*, que puede ejercitarse también entre los copropietarios [26.15]).
- 29 Por consiguiente, el juez lleva a cabo la división mediante una sentencia *constitutiva* (modificada en § 841 ss. ABGB; que se aparta de § 749 BGB; 650, 651 ZGB, según el cual los propios comuneros dividen y cada uno sólo tiene derecho de rescisión contra los demás; *cfr.* 402 Cc esp.). Si los bienes comunes son divisibles sin merma de su valor (tales como sumas de dinero, cantidades de granos), el juez puede dividirlos a prorrata de sus respectivas cuotas y adjudicar a cada parte lo que le corresponde. Si tal

división en especie no es posible, el juez puede asignar la totalidad de la cosa a uno de ellos e imponer una compensación monetaria a favor de los demás (por sentencia impositiva de prestación); si es necesario, también puede ordenar que la cosa se venda a un tercero (por subasta) y dividir el producto.

§ 24. La transmisión de la propiedad

(RPr. §§ 33, 35, 100, 242)

I. GENERALIDADES

1. Tal como ocurre con la adquisición de la posesión [20.2 – 3], se distingue también aquí entre la adquisición originaria y derivativa. El caso más antiguo del primer tipo es la ocupación, cuyo valor deriva sólo del solo acto de apoderamiento. La adquisición derivativa, en cambio, depende de que otra persona haya tenido el derecho, es decir, el que precede en la titularidad del derecho (*auctor*), cuyo sucesor es el adquirente. Así, el heredero sólo puede adquirir lo que pertenecía al causante; el estipulante [7.20] sólo puede convertirse en dueño del bien prometido si el promitente era propietario. La adquisición derivativa, por consiguiente, extrae su fuerza, al mismo tiempo, del acto de adquisición y del derecho del *auctor*.

La adquisición derivativa es, o bien traslativa –como en los dos ejemplos–, o bien constitutiva, como cuando alguien grava su propiedad con un usufructo. Quien así dispone, no transfiere su derecho, tal como está, a otra persona, sino que constituye un nuevo derecho fundado en su propiedad. En consecuencia, todavía se dice hoy que alguien «ordena» (en el sentido de constituir) un derecho real limitativo al bien que le pertenece.

2. En torno a la pregunta de cómo representar la transferencia de la propiedad, han surgido dos escuelas de pensamiento. Según la que puede llamarse «doctrina de la ocupación», la propiedad del vendedor expira con la transferencia y surge algo originario y nuevo en el comprador con el mismo (o menor) contenido. Esta concepción se basa en la hipótesis de que un derecho (subjetivo) estaría vinculado al titular respectivo y, como tal, podría ser revocado, pero no modificado, al menos como regla general. La fórmula de la *mancipatio* muestra que una transferencia de propiedad se produce originalmente de modo tal que el adquirente se apodera de la materia por sus propios medios, en presencia del anterior titular, quien guarda silencio, como si se tratase de algo suyo (cfr. Varro, *De lingua lat.* 6,85: *mancipium, quod manu capitur*; Gai. 1,121).–La tesis opuesta («doctrina de la traslación»), en cambio, supone que, en el caso de la mancipación, *in iure cessio* y *traditio*, el derecho transferido conserva su identidad, es decir, se traslada al adquirente tal como existía con en el enajenante.

En particular, debido a la influencia de la obra de P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà*, de 1924, Max Kaser tomó partido por la doctrina de la ocupación (RE. 6A, 1937, 2158 s. v. «Translatio»; RPr. I, 222, 413, y este manual hasta la 16.^a

edición, de 1992, 43, 113; con reservas en las nuevas ediciones). Referida a los orígenes, esta teoría puede estar en lo correcto, pero no es demostrable. Recientemente ha sido refutada de manera convincente por J. Stagl, sobre todo en razón del argumento de que se basa en hipótesis de crítica textual que hoy se consideran superadas, y en ideas arcaicas relacionadas con ellas, de las que no hay pruebas en la época del derecho clásico. Que la adquisición por transmisión del dominio se considerara una derivación se demuestra también por el hecho de que un adquirente, en contra del cual un tercero reivindica, debe probar que quien se la enajenó era dueño (en tanto no haya usucapido).—Además, la circunstancia de que, cuando se transfiere una cosa gravada con usufructo, éste retorna a la propiedad del adquirente al extinguirse, sólo puede explicarse de manera plausible sobre la base de una transferencia de propiedad, un *dominium transferre*, que, por cierto, también caracteriza a nuestra actual terminología.

Lit.: J. F. STAGL, «Zur translativen Struktur des derivativen Eigentumserwerbs», *Fs. Knüttel*, 1991; A. WACKE [84.12], 522; F. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà*, Torino, 1955; J. G. WOLF [7.2].

3. Entre los elementos comunes de la transferencia de la propiedad se encuentra el hecho de que el comprador adquiere el derecho sobre la cosa sólo si éste existía en el vendedor. «Nadie puede transferir más derechos que los que tiene» (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, Ulp. D. 50, 17, 54; *vid.* Ulp. D. 41, 1, 20 pr.). La adquisición de la propiedad por parte de quien carece de causa es ajena al derecho romano. Por exigencias del tráfico jurídico se admitió que el adquirente de buena fe adquiriese por *usucapición* en un período de tiempo relativamente breve (*vid. infra* § 25).

Los ordenamientos modernos, que admiten la adquisición inmediata por parte de quienes carecen de causa, siguen una solución de compromiso, a medias entre el derecho romano y el alemán. Según el Derecho *alemán*, la cosa (mueble) que se había confiado a otra persona, podía, normalmente, ser perseguida solo por esta («la mano guarda la mano»); pero la persecución por parte de una tercera mano (sobre todo también en caso de adquisición de mala fe) quedaba excluida. Del derecho romano, es decir, del régimen de la *usucapio*, surge la idea de que la perseguibilidad sólo existe para el adquirente de buena fe; contra el adquirente de mala fe, la propiedad sigue siendo vindicable. La excepción (alemana) para los bienes robados, o perdidos de otra manera, guarda correspondencia con la regla romana según la cual los bienes robados no son usucapibles.

5. Sobre la adquisición del dominio producida en otros supuestos, además de los mencionadas aquí (§§ 24-26), debe señalarse que también se produce la adquisición del dominio en otros cinco casos, a saber: por causa de la atribución de propiedad exclusiva en virtud de una acción divisoria [23. 28]; en el supuesto del poseedor que, en el

juicio reivindicatorio, es condenado a pagar al demandante una suma de dinero, en lugar de restituir la cosa (§ 27.22); en el supuesto del legado vindicatorio [76.4] y en el supuesto jurídico-público de la concesión por parte del Estado.—Sobre la cuestión de si puede existir adquisición del dominio a favor de ciertas personas por causa de abandono, *vid.* KNÜTEL [26.4].

II. *MANCIPATIO*

- 6 1. Hemos hablado antes de la *mancipatio*, de su historia, su ámbito de aplicación y sus efectos [7.2–10]. Si el enajenante es dueño quirritario o civil (también puede tratarse de un peregrino que sea dueño y que esté atribuido de *commercium* [3.8]) transmite al ciudadano adquirente el dominio civil o quirritario sobre un fundo itálico, esclavos o animales de labranza (todos los cuales son *res Mancipi*). En épocas anteriores, la *mancipatio* era una *venta al contado*, en la cual se adquiría el dominio sobre la cosa al momento del intercambio de ésta por una suma de dinero. Sin embargo, desde que se ejecuta (ya en la Ley de las XII Tablas) como *mancipatio nummo uno*, en la que el pago del precio es meramente simbólico, la *mancipatio* resulta útil para varios propósitos, en cuanto acto de transferencia; por ejemplo, para la realización de una venta al contado, o bien a plazo, o de una donación, para la constitución de una dote, o para la realización de un contrato de *fiducia*, para cumplimiento de la prestación nacida de una estipulación, o bien de un legado damnatorio, etcétera. El efecto de la *mancipatio* es *independiente* de la situación en la que se encuentra la relación jurídica que opera como **causa** de aquélla: la propiedad se adquiere incluso si la relación jurídica en la que se funda es ineficaz: la *mancipatio*, para decirlo en el lenguaje de hoy, es un acto **abstracto** (o *no-causal* [24.11]).
- 7 La compra-causa originaria, que servía de fundamento a la antigua compra al contado continúa operando en la «desnaturalizada» *mancipatio nummo uno* (cuya fórmula todavía expresa... *isque mihi emptus esto...*, «esto fue comprado por mí» [7.2]). Que junto a esta compra-causa se hayan considerado otras, es algo que debería más bien descartarse. Si en los documentos, expresamente, se dice *donationis* o *fiduciae causa* (*cf.* BRUNS n. 135 a 138), ello podría no estar referido a la fórmula de la *mancipatio*. En época clásica, la función de publicidad de la *mancipatio*, a través de cinco testigos, resulta cada vez más difícil de cumplir en Roma. Desde que la transmisión no formal de las *res Mancipi* produce la propiedad pretoria, la *mancipatio* pierde mucha de su importancia [24.10]. En época tardoclásica (y, en las provincias, probablemente antes) la *mancipatio* se documenta, pero en la práctica ya no se realiza. En el período posclásico desaparece rápidamente. Cuando Justiniano la elimina de las fuentes clásicas, la

mancipatio llevaba ya mucho tiempo en desuso.—La transferencia de la propiedad mediante la llamada **cesión** (nombre que se ha conservado en el § 925 BGB) tiene sus raíces en una constitución del año 323 de Constantino el Grande (vat. 249, 6-8), según la cual, en caso de donación de un predio (que no era un contrato [47.3]), el término y el inicio de la posesión debían protocolizarse y registrarse oficialmente ante vecinos, que hacían las veces de testigos. **Lit.:** D. V. SIMON, *Konstantinisches Kaiserrecht. Studien anhand der Reskriptenpraxis und des Schenkungsrechts*, Frankfurt a. M., 1977, 110; H. WIELING, «Wie Kaiser Konstantin die germanische Auffassung erfand», SZ (germ. Abt.) 124 (2007) 287.

A propósito de la compraventa se examinan los efectos obligatorios de la *mancipatio* (*actio auctoritatis*, *actio de modo agri*) (*infra* § 41).

2. El contrato de fiducia (*pactum fiduciae*), que puede ir conectado a una *mancipatio* [7.10], se celebra, o bien con un acreedor, de modo tal que la cosa mancipada sirva como *garantía real* (*fiducia cum creditore contracta*); sobre lo cual, [317], o bien se mancipa la cosa a favor de una persona de confianza con otra finalidad (la expresión *fiducia cum amico contracta* no es técnica; Gai. 2, 60), por ejemplo para dejarlo bajo su protección, o para obligarlo a realizar actos de disposición, como la enajenación a terceros, la manumisión de un esclavo, etc. En ambos casos el fiduciante (enajenante) dispone de la *actio fiduciae* contra el fiduciario para exigir que éste administre o disponga de la cosa según el contrato y no lo perjudique dolosamente (*dolo malo*) [31.12; 36.14].

III. CESIÓN ANTE EL MAGISTRADO (*IN IURE CESSIO*)

Ya nos hemos referido a *la in iure cessio*, mediante la cual se lleva adelante un proceso de allanamiento a la pretensión del demandante (véase 7.16 -19). Ella es idónea para transferir todo tipo de cosas (incluidas las *res nec mancipi*) y si la realiza el propietario de cualquiera de éstas, proporciona al adquirente el dominio quirritario. Al igual que la *mancipatio*, el fundamento de la *in iure cessio* puede ser cualquiera de las causas antes mencionadas anteriormente. Y, del mismo modo, la *in iure cessio* es un acto *abstracto*, en cuanto sus efectos son independientes de la validez de la causa (la que no se enuncia en ninguna etapa del acto).

Para el *pactum fiduciae*, que también puede ir asociado a una *in iure cessio*, valga lo dicho a propósito de la *mancipatio*. En la época clásica la *in iure cessio* se utiliza con poca frecuencia para la transmisión de la propiedad y al final de este período habrá desaparecido.

IV. TRANSMISIÓN POR *TRADITIO* (ENTREGA SIN FORMALIDADES)

Lit.: Vid. la literatura citada en [20.1], HAUSMANINGER, *Casebook*, casos 67–71; O. BEHREND, «*Iusta causa traditionis*. La trasmissione della proprietà secondo il *ius gentium*», SCDR 9/10 (1997/98) 133; L. LABRUNA, «*Tradere*», en *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo I*, Napoli, 1997, 403 (= SCDR 9/10 [1997/98] 321, en español); EL MISMO, «*Scientia rerum – scientia iuris: tradere, traditio*», en *Mél. Humbert*, 437; KLINCK [11.4]; R. LAMBERTINI, «In tema di *iusta causa traditionis*», en *FHI*. vol. IV, 2745; A. CORBINO, *La causa negoziale nel diritto privato romano*, Padova, 2014.

- 10 1. La transferencia del dominio por medio de la entrega de la cosa sin formalidades (*traditio*) es el acto de transferencia cotidiano. Desde tiempos antiguos, ella se emplea por los ciudadanos romanos, en especial, para transferir la **propiedad quiritaria** de las *res nec Mancipi*, como asimismo para la transferencia del dominio en los negocios con peregrinos. Desde finales de la República, se utiliza para adquirir el dominio pretorio de las *res Mancipi* [22.9, 27.25-30]. Finalmente, sirve también para la transferir la posesión y los derechos de disfrute similares a la propiedad sobre los predios provinciales.
- 11 2. La *traditio* proporciona la propiedad al adquirente cuando la transferencia se realiza por el propietario *ex iusta causa*, es decir, sobre la base de un antecedente que justifica el otorgamiento del dominio. La transferencia, esto es, la adquisición derivada de la posesión, tiene lugar en las formas ya descritas a propósito de la adquisición de la posesión [20.2; 20.4 a 6]. El requisito de *iusta causa* implica que la *traditio* es un **negocio «causal» de transferencia**, es decir, presupone una *relación causal válida*, como compra, donación, dote, préstamo, etc. (según la opinión mayoritaria). Pero también la *solutio* o pago, es decir, la prestación dirigida a la extinción de una deuda, es una justa *causa*, independientemente de si la deuda realmente existió. Por cierto, para transferir la propiedad la transferencia debe estar, relacionada con la causa, pero, los juristas romanos no entendieron la finalidad como un componente separado y aislable del negocio. **Lit.:** D. SCHANBACHER, «Zur Bedeutung der Leistungszweckbestimmung bei der Ubereignung durch *traditio* und beim Leistungsversprechen durch *stipulatio*», TR 60 (1992) 1 (con especial énfasis en la determinación de la finalidad de la prestación); diversamente, W. ERNST, SZ 111 (1994) 555; EMPPELL [54.10], SD 79.1 (2013) 127.

El reconocimiento de la *solutio* como causa se explica por el hecho de que en el antiguo derecho romano aquélla era un negocio extintivo de responsabilidad [52.4] y un

negocio bilateral cuyo efecto era imponer una distancia (*Abstandsgeschäft*): una vez aceptado el pago, el adquirente ya no podrá actuar sobre la base de la *obligatio* anterior para demandar y, por el mismo motivo, quien la ha entregado no podrá vindicar la cosa, alegando que la deuda no existía. Tal principio subsiste incluso desde que es posible ejercitar la *condictio* para reclamar la restitución de lo pagado indebidamente (*indebitum solutum*). A la luz de lo anterior, en este grupo de casos la *traditio* del período clásico se convierte en negocio traslativo abstracto [24.12, Iul. D. 41, 1, 36].—Información detallada en M. LABORENZ, *Solutio als causa* [24,17].

De acuerdo con el derecho arcaico, es la compra misma (como negocio al contado, lo mismo que la donación o la constitución de la dote) la que transfiere la propiedad. La *traditio* es solo la entrega fáctica, que puede servir, tanto ahora como posteriormente, para fines distintos de la transferencia de la propiedad: comodato, arrendamiento, depósito, prenda, etc., como también para la restitución de cosas de estos mismos negocios. En el período preclásico se considera a la *traditio* (en el sentido técnico) como negocio de transmisión dominical, derivado de la adquisición de la posesión [20.2, 20.4 – 6] y de una relación causal válida (*iusta causa*), por ejemplo *causa emptionis, donandi, dotis, solvendi, credendi*, a la que se remite la adquisición de la posesión y de la que resulta también la voluntad de las partes de transferir y adquirir la propiedad (*cf.* Gai. 2, 20; UE 19, 7; Inst. 2, 1, 40). No es *iusta causa*, por ejemplo, la donación entre cónyuges (prohibida). La compra debe ser válida, incluso si no se trata de una venta al contado, es decir, cuando la prestación de la cosa vendida es inicialmente debida. No hay evidencia concluyente acerca de si era suficiente una causa presunta, que el adquirente creyese válida (*título putativo*, como en un caso de la adquisición por herencia [25.10]). Un caso especial es el de disenso acerca de la causa, por ejemplo, si se entrega dinero a título de donación y el adquirente lo recibe a título de préstamo:

D. 41, 1, 36 (Juliano, 13 *dig.*)

Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.

Si hemos acordado acerca de la cosa que se entrega, pero disentimos acerca de la causa de tal entrega, no advierto por qué la entrega puede ser ineficaz. Por ejemplo, si yo creyese que estoy obligado por causa de una disposición testamentaria a entregarte un fundo y tú creyese que te lo debo a causa de una estipulación. Porque si te diese una suma de dinero por causa de donación y tú la recibieses como mutuada, no hay duda de que la propiedad se te transmite sin que lo impida el hecho de que no estemos de acuerdo acerca la causa de dar y de recibir.

En el caso existe un disenso entre tradente y adquirente sobre la causa de la obligación. Sin embargo, este disenso no impide la adquisición de la propiedad, porque la transferencia se hace, de cualquier forma, para cumplir, *solvendi causa*, respecto de lo cual las partes están de acuerdo. Puede discutirse si acaso la decisión de Juliano presupone que la obligación del testamento o la de la estipulación son eficaces. El que la existencia de una obligación fuera irrelevante para la adquisición del dominio puede conjeturarse sobre la base de que los juristas romanos aceptaron en varios casos la posibilidad de solicitar la restitución con la *condictio*, en el supuesto de que un bien hubiera sido entregado por el propietario *solvendi causa* pero la obligación no hubiese existido (por ejemplo, Gai. 3, 91; Gai. D. 44, 7, 5, 3; Inst. 3, 14, 1). Si en estos supuestos los juristas hubieran negado la adquisición de la propiedad, habría sido pertinente la *rei vindicatio* en lugar de la *condictio*.—En el segundo caso, más difícil, el problema no es acerca de si una deuda ha sido extinguida, sino de si había fundamento para ella. El mutuo se perfecciona cuando el dinero se entrega *credendi causa*; la donación, cuando se entrega *donandi causa*; la obligación de devolver surge sólo en el primer caso. En este caso, la disensión sobre la causa debería impedir la transferencia de la propiedad. Pero Juliano podría haber argumentado que tanto la donación como el préstamo implican un cambio de propiedad, que en el disenso hay un mínimo común denominador, esto es, el consenso sobre la transferencia de la propiedad. Esto sería el reconocimiento de aquella *traditio* abstracta que Savigny extrajo de este texto. Por supuesto, también es muy posible que Juliano asumiera que había tenido lugar un mutuo, lo que se parece seguirse de D. 12, 1, 18, en que Ulpiano afirma que Juliano declara no haber donación (aunque Ulpiano no especifica cuál es el supuesto al que se refería la decisión de Juliano). Quizá, amparándose en la máxima según la cual lo mayor contiene lo menor (*in maiore minus inest*, Paul. D. 50, 17, 110 pr.), Juliano pudo suponer que la voluntad de donar, al ser menor que la voluntad de mutuar (lo que no se aplica a la inversa a quien quiere recibir en mutuo), está incluida en ésta y que, por lo tanto, en subsidio, existía un acuerdo sobre la *causa credendi* que fundaba la transferencia de la propiedad. Si bien desde la perspectiva de Ulpiano no se podía suponer ni el acuerdo sobre el mutuo ni la transferencia de la propiedad, en su opinión, el que había dado no tenía derecho a reclamar la devolución del préstamo: si bien tenía a su disposición la *condictio* por haber consumido el dinero el adquirente, dicha consumición era coherente con su voluntad como donante. Por ello, según Ulpiano, el adquirente podía defenderse mediante la *exceptio doli*.—Después de que Savigny y los pandectistas que le siguieron hubiesen visto en D. 41, 1, 36 la confirmación de la transferencia abstracta como indicador del desarrollo progresivo del derecho, el texto desempeñó un papel nada despreciable en la recepción del principio de abstracción (*Abstraktionsprinzip*) en el BGB (Cfr. los anteproyectos editados por W. SCHUBERT Bd. III/1, 1982, 760; *Motive*, Bd. 3, 1888, 7). **Lit.:** FLUME, 54; M. SCHERMAIER, «Auslegung und Konsensbestimmung», SZ 115 (1998) 254; H. H. JAKOBS [24.17]; MEISSEL [24.17]; M. LABORENZ, «Idee vecchie e nuove sull'antinomia Iul. 13 dig. D. 41,1,36 – Ulp. 7 disp. D. 12,1,18 pr.», QuLup. 2 (2012) 141; EL MISMO ([24.17], 35: Juliano lo fundaría en un *consensus in corpore*, no sobre la

causa, luego, en virtud de una convención real); Chr. KRAMPE, «Julian im Dialog über *mutuum*, *traditio* und *causa*», *Fundamina* 20-1 (2014) 489.

Si una cosa se entrega al comprador en virtud de una compra, el derecho más antiguo exigía (además de la validez de la compra) que se pagase el precio o que éste se prometiese de forma vinculante (por ejemplo, por medio de una estipulación; véase, por ejemplo, Varro *de re rust.* 2, 1, 15). Entre los clásicos se menciona frecuentemente este requisito (no en Gai. 2, 20), pero se ve debilitado en cuanto la garantía del pago (*fidem sequi*) se coloca al mismo nivel que éste (Pomp. D. 18, 1, 19; Inst. 2, 1, 41). **Lit.:** [24.17]; SÖLLNER [3.16], 24.

Sobre la disposición de las XII Tablas que exige el pago, o bien la garantía de pagarlo (Inst. 2, 1, 41), *vid.* [41.26].—Algunos pactos contienen una *reserva de dominio*, conforme a la cual, hasta la verificación del pago íntegro del precio la cosa se considera entregada arrendamiento o en *precarium*, es decir, no a título de compra (Paul., Iav. D. 19, 2, 20, 2 a 22 pr.; Ulp. D. 43, 26, 20); *vid.* [19.14]. **Lit.:** R. KNÜTEL, «Kauf und Pacht bei Abzahlungsgeschäften im römischen Recht, en *Studien im römischen Recht. Max Kaser zum 65. Geburtstag gewidmet von seinen Hamburger Schülern*, Berlin, 1973, 33; J. F. STAGL, «Der römischen Eigentumsvorbehalt als Vorbehalt des Besitzes», *SZ* 132 (2015) 181; *vid.* [41.16].

4. La adquisición de bienes por subrogación (de *subrogare*, en el lugar de alguien o algo), en la cual, por ejemplo, la cosa comprada ocupa el lugar del precio de compra, se reconoce en varias leyes antiguas, pero en el derecho romano se encuentra solo en especiales supuestos, como por ejemplo, en el caso de una donación entre cónyuges (cuya sanción es la nulidad [59.4]), en la que el predio que el marido adquirió con el dinero donado por la mujer, toma el lugar de éste, como si la mujer se lo hubiera donado directamente (*cf.* Iav. D. 24, 3, 66, 1; Paul. D. 24, 1, 55). Además, una adquisición subrogada también está cubierta por la acción hereditaria [75.8], por ejemplo, la cosa adquirida por el poseedor de la herencia con los fondos de ésta (Ulp. D. 5, 3, 20 pr., 1; coherente con § 2019 I BGB). Se debe también considerar la práctica de la pignoración en el caso de un préstamo marítimo.

Lit.: KASER, *RPr.* II, 279 y nn. 45, 46; K. MISERA, «Akzession und Surrogation», *SZ* 103 (1986) 383; F. J. ANDRÉS SANTOS, *Subrogación real y patrimonios especiales en el Derecho romano clásico*, Valladolid, 1997 (rec. G. WESENER, *SZ* 117 [2000] 535); EL MISMO [39.8].

V. EL DERECHO POSCLÁSICO

1. El derecho *prejustiniano*, tras la desaparición de la *mancipatio* y de la *in iure cessio*, no solo contempla a la *traditio* para la transferencia de la propie-

dad, sino que permite que ésta se transmita también, directamente, en virtud de la **compra, donación** y así otras más, negocios que en esta época, al igual que en el derecho antiguo, se consideran *manuales* (de ejecución inmediata). Por consiguiente, la compra y la donación no solo dejan de ser relaciones jurídicas obligacionales que sirven de causa para la transferencia, sino que ellas mismas son actos transmisivos de *efectos reales*. Ya se ha hablado de las formalidades introducidas por Constantino para las ventas de predios y para las donaciones [7.28]. Para la adquisición de la propiedad por **compraventa** se exige, tanto en la parte oriental del imperio como en la occidental, el pago del precio.

La entrega (*traditio*) pierde parte importante de su importancia en la compra. Así y todo, en Occidente se considera que cuando el precio se paga por alguien distinto de aquel individualizado como comprador en el documento, se convierte en dueño aquel a quien se entregue la cosa.

- 15 2. a) Por otra parte, Justiniano, retorna a la concepción clásica y la *traditio* vuelve a transferir la propiedad. La compra, la donación, etc., se entienden, de nuevo, como meras causas de transmisión de la propiedad. Si la adquisición de ésta depende o no de la existencia de una causa válida, es algo que no está claramente resuelto.

Después de todo, la doctrina de la *abstracción*, según la cual la voluntad de transferir la propiedad (*animus transferendi dominii*) es suficiente, parece prevalecer. Probablemente, ella también se desprende de Inst. 2, 1, 40–41. En consecuencia, Justiniano habría adoptado muchos textos clásicos que trataban de la *mancipatio* (abstracta), interpolando *traditio* en lugar de aquélla, pero sin hacer mención a la causa. El concepto de «*contrato real abstracto*» se encuentra inequívocamente en el derecho bizantino, solo a partir del siglo XI, en Constantinus Nicaeus, escolio 3 de *Bas.* 23, 1, 18 (HEIMBACH II, 613 = SCHELT. B IV 1539 Nr. 4, *cfr.* [1.50]), *vid.* KASER, *RPr.* II, 283, especialmente, n. 72; F. BRANDSMA, «The Usefulness of the Byzantine Tradition to the Interpretation of the Corpus Iuris Civilis», en Lokin – Stolte [1.26], 681.

- 16 b) Para la transmisión por causa de *compra*, subsiste la exigencia, ya extendida en el derecho posclásico, del pago del precio. Pero Justiniano devalúa este principio, en cuanto mantiene la regla de que la garantía del precio equivale al pago [24.13].
- 17 En el *ius commune* se sostuvo que la adquisición derivativa de la propiedad (entre vivos) opera mediante una transferencia causal. Se distingue, así, entre título de adquisición (*titulus adquirendi* como fundamento de posibilidad de la adquisición, en particular la compra) y modo de adquirir (*modus adquirendi*, es decir, el hecho que produce la adquisición de la propiedad, principalmente la tradición en el sentido de una transferencia real). El ABGB sigue este modelo: «No se puede adquirir ninguna propiedad sin título y sin un modo de adquirir apropiado» §§ 380 y 423 ss.

En la época del derecho natural, Hugo Grocio (*De iure belli ac pacis*, 1625, II, cap. 12, § 15) subrayó que, al comprar, hay que tener en cuenta que, incluso sin entrega, la propiedad podría transferirse al momento de la celebración del contrato, y esta sería también la forma más sencilla. Los autores del Código civil francés partieron de este punto, y considerando que todo deudor de buena fe desearía cumplir su obligación lo más rápidamente posible, establecieron, en el Art. 1583 Cc fr., que «el comprador adquirirá de derecho la propiedad con relación al vendedor, desde el momento en que exista acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido todavía entregada ni el precio pagado» (el llamado «Principio de unidad»: la voluntad encaminada a la conclusión de la compraventa lleva consigo el convenio real, que podría ser considerado constructivamente como *constituito posesorio* [20.6]). El art. 1138 del Cc fr. enuncia este «principio cardinal» en términos generales: tan pronto como surge legalmente la obligación de entregar, la propiedad se transfiere al acreedor.

Los principios de separación y abstracción en los que se basa el BGB (§§ 929 a 931, *cf.* 398, 873, 925), que separa el contrato real de la obligación, es en sí mismo la solución más avanzada. Fue desarrollado en gran medida por Hugo y Savigny [24.12]. Savigny había sostenido, en contra de las ideas dominantes, que el concepto de contrato no se limitaba a aquéllos «obligatorios», sino que se encontraban en todas las áreas del derecho privado, incluyendo el derecho de propiedad, a propósito del cual se podía hablar de «contratos reales» y donde la *traditio* debía ser clasificada como un verdadero contrato (*System des heutigen römischen Rechts*, 1840, vol. III, 312).

En Suiza, la doctrina del contrato real abstracto fue ampliamente aplicada, al inicio; sin embargo, la OR de 1881 y la de 1911 no contuvieron ninguna reglamentación al respecto. Sin embargo, el § 974 ZGB, de 1907, estableció para la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles algo distinto: los terceros no pueden invocar un derecho inscrito si la inscripción se hizo «sin fundamento jurídico, o bien se basa en un negocio jurídico no vinculante». Por consiguiente, el principio de la adquisición causal de derechos se aplica a los derechos sobre inmuebles desde entonces. En una sentencia de 1929, el Tribunal Federal suizo amplió este principio a la adquisición de bienes muebles (BGE 55 II, 302; confirmado en BGE 72 II, 1946, 240; 78 II, 1952, 210). Son requisitos de la adquisición de la propiedad la existencia de un negocio jurídico y la entrega, *cf.* § 714 I ZGB.

Normas legales: §§ 929–931 BGB; 380, 424ff. ABGB; 714, 922–924 ZGB; arts. 1138, 1583 Cc. fr.; 609, 1461 Cc esp.

Lit.: H. H. JAKOBS, «Gibt es den dinglichen Vertrag?», SZ 119 (2002) 269, 302; además, COING I, 302; II, 232, 393; GORDON [20.1], 97, 136, 159, 172, 179; L. VACCA (a cura di), *Vendita e trasferimento della proprietà*, vol. I, 1999 (con contribuciones acerca de las soluciones en derecho romano, *ius commune*, y derechos austríaco, francés, alemán, polaco, español, neerlandés e inglés); P. LIVER, «Das Eigentum», en *Schweizerisches Privatrecht*, vol. V.1, Basel, 1977, 318; P. CAVIN; «Kauf, Tausch,

Schenkung», vol. VII.1, Basel, 1977, 23; R. MICHAELS, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag: Traditionsprinzip, Konsensprinzip, ius ad rem in Geschichte, Theorie und geltendem Recht*, Berlin 2002; E. SCHRAGE, «*Traditionibus et usucapionibus, non nudis pactis dominia rerum transferuntur*», en *Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquer. Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*, Köln, 2003, 913; K. LUIG, «Das Verhältnis von Kaufpreiszahlung und Eigentumsübergang nach deutschem Recht», y M. MARRONE, «Trasferimento della proprietà della cosa e pagamento del prezzo», ambos en L. Vacca, *Vendita*, vol. I, 225; vol. II, 483 (= APal. 42 [1992] 183); U. HUBER, «Savigny und das sachenrechtliche Abstraktionsprinzip», en *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris*, München, 2007, 471; F.-St. MEISSEL, «Julian und die Entdeckung des dinglichen Vertrages», en *Fälle RG*, 62; Th. RÜFNER, «*Traditio* und Kaufpreiszahlung in *Ius Commune* und Common Law», en Jakab – Ernst [41.1], 233; también sobre derecho actual H. HONSELL, *Norm und Wirkung: Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive: Festschrift für Wolfgang Wiegand*, Berlin, 2005, 349. Considerablemente, ahora, M. LABORENZ, *Solutio als causa: die Frage des Abstraktionsprinzips im römischen Recht*, Köln, 2014 [24.11, 12 i.f.].

§ 25. La prescripción adquisitiva o usucapión

(RPr. §§ 34, 101, 243)

El que ha adquirido una cosa a través de un modo exento de vicios, pero que, a pesar de ello no se ha hecho dueño, no necesita devolverla a su dueño si la ha poseído durante un cierto tiempo. El dueño que no ha cuidado de su propiedad pierde su derecho a ella a causa de su pasividad y parece menos necesitado de protección que el poseedor de buena fe, quien con el transcurso del tiempo podría perder los medios que probarían las circunstancias de su adquisición. Por consiguiente, en un derecho evolucionado, es admisible que el poseedor adquiera originariamente el dominio, en virtud del transcurso del tiempo, y que el dueño anterior pierda su derecho. A diferencia de otras clases de adquisición originaria, la usucapión pertenece al *ius civile* y, por consiguiente, solo pueden disponer de ella los ciudadanos romanos. 1

Sobre el significado práctico de esta «prescripción adquisitiva» en el derecho romano, *vid.* [24.3; 27.4; 27.6]. Sobre estas dos formas de prescripción, la *longi temporis praescriptio* (de efecto impeditivo), por oposición a la *usucapio* (adquisitiva), *vid.* [4.14; 25.15; 25.18].

I. DERECHO ARCAICO

1. La Ley de las XII Tablas (6, 3) establece: *Usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annuus (esto)* («La garantía [a cargo del enajenante] por el uso [por el adquirente] debe durar dos años para un fundo y un año para las otras cosas»). De este texto el derecho clásico concluye que quien posee (ininterrumpidamente) un fundo durante dos años, y cualquier otra cosa durante uno, adquiere el dominio, con independencia del anterior fundamento de la adquisición. 2

Antes de la expiración del plazo, el poseedor que ha adquirido la cosa de otra persona a través de *mancipatio*, en el contexto de un proceso reivindicatorio (*rei vindicatio*) continúa dependiendo de la garantía (*auctoritas*) de su predecesor [27.4]. Éste, para probar su dominio, debe probar que él y, si es necesario, los dueños que le precedieron, adquirieron la cosa en virtud de actos de enajenación válidos. De ello se sigue que aquél que por causa de una compra ha adquirido en virtud de *mancipatio*, se podrá valer de la obligación de garantía del enajenante, lo que significa que éste deberá de- 3

fender procesalmente al adquirente, si un tercero reivindica contra éste, y si el adquirente no prevalece en el proceso, deberá responder ante éste en virtud de la *actio auctoritatis* [7.7; 41.27]. Sin embargo, esta garantía por el uso (*usus auctoritas*; la expresión *usus* debe entenderse aquí como «posesión») queda limitada, de acuerdo con el precepto decenviral, a un año o dos. Antes del transcurso del plazo, la *mancipatio* confiere al adquirente solo una protección «relativa», porque durante él existe la posibilidad de que un tercero de mejor derecho reivindique exitosamente la cosa [22.4]. Quien, por el contrario, posea la cosa por dos años, habrá obtenido entonces una posición «absolutamente» segura [22.7], puesto que ya no requerirá probar el negocio en virtud del cual ha adquirido, lo que significa que se libera de la *auctoritas* de su predecesor. Sin embargo, ya en época *preclásica*, se aplicaba la regla del *usus auctoritatis* a toda adquisición de derecho (privado), tanto de *res Mancipi* como *nec Mancipi* y se interpretaba en los siguientes términos: con el transcurso del plazo de un año o del de dos, se adquiría la propiedad (absoluta). De este modo, el significado del precepto de la Ley de las XII Tablas pasó del derecho procesal al derecho privado; la regla era entendida ahora como la adquisición la propiedad por usucapión. **Lit.:** M. KASER, «Altrömisches Eigentum und *usucapio*», SZ 105 (1988) 122; BRÄGGER [41.25] 35, 136; G. D'ANGELO, «XII Tab. 3.6 nelle testimonianze di Cicerone», SCDR 23/24 (2010/11) 237.

2. Excepciones a la regla *usus auctoritas*

- 4 a) Las XII Tablas (3, 7) establecen: *Adversus hostem aeterna auctoritas esto* («Ante el extranjero la garantía debe ser indefinida»). La regla según la cual a continuación del transcurso del tiempo se adquiere una propiedad inatacable, oponible a cualquiera, no beneficia a quien no es ciudadano. La adquisición del extranjero depende, indefinidamente, de la garantía (*auctoritas*) que el enajenante debe al adquirente. En razón de la *mancipatio*, sin embargo, ella incumbe a aquellos peregrinos que tienen atribuido el *commercium* con los romanos. Por consiguiente, quienes no son ciudadanos no pueden usucapir. Es decir, lo que evidentemente se persigue es evitar que el patrimonio romano vaya a parar, irremediabilmente, a manos extranjeras. Este precepto caería, posteriormente, en desuso.
- 5 b) La *lex Atinia* (de fines del s. III o inicios del II a. C.; *vid.* CRAWFORD, II, 745) amplió un precepto similar de las XII Tablas (8, 17), relativo a las cosas hurtadas: *quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto* («Sobre la cosa que ha sido sustraída la garantía debe ser indefinida») (Gell. 17, 7, 1). Las cosas hurtadas, hasta que son devueltas al propietario, se ven privadas de la propiedad absolutamente inatacable en virtud del transcurso del tiempo; es decir, no son usucapibles.

Lo mismo vale para los bienes enajenados por una *mujer sin la autorización* 6 de su tutor (Gai. 2, 47), así como en algunos otros casos, como la entrega de un instituido libre bajo condición (que no hace mención a esta condición) (Iul. D. 21, 2, 39, 4).

II. USUCAPIO

L. VACCA, *Possessio e tempo nell'acquisto della proprietà. Saggi romanistici*, Padova, 7 2012.

En el derecho clásico, la adquisición de la propiedad según el *ius civile*, llamada *usucapio*, se funda en la regla *usus auctoritas* de la ley decenviral y sus excepciones. Los dos supuestos más importantes (otros en [25.9]) en los que no se adquiere el dominio *quiritario* son el de la adquisición de una cosa de manos de un no-dueño y el de la *traditio* de una *res mancipi* (realizada por el dueño); Gai. 2, 41; 43–44; *cf.* Inst. 2, 6 pr. Al igual que en el derecho *preclásico*, rigen estrictos requisitos, los que resumidamente se expresan en un antiguo hexámetro como *res habilis, titulus, fides, possessio, tempus* (cosa usucapible, causa de adquisición, buena fe, posesión, tiempo). El hexámetro mismo, sin embargo, no es de origen romano y no refleja con precisión el punto de vista de los juristas clásicos sobre los requisitos de la usucapición. **Lit.:** E. J. H. SCHRAGE, «*res habilis, titulus, fides, possessio, tempus*. A medieval mnemonic hexameter?», en F. Sturm *et al.* (Hrsg.), *Liber Amicorum Guido Tsuno*, Frankfurt an Main, 2013, 341.

1. Son **usucapibles** solamente las cosas que pueden ser objeto de propiedad 8 quiritaria. Asimismo, después de la *lex Atinia* [25.5] dejan de ser usucapibles las cosas *hurtadas* (*res furtivae*), a las que las leyes *Iulia* y *Plautia* (s. I d. C.) equiparan a las cosas *robadas* (Gai. 2, 45; 49-51); Inst. 2, 6, 2. En época imperial se añaden las cosas que pertenecen al *fisco*. *Vid.* Gai. 2, 50; Inst. 2, 6, 3 – 6.–Otros casos en [25.19]. **Lit.:** A. CALZADA, «*Reversio in potestatem* de las *res furtivae et vi possessae*», SD 78 (2012) 167.

2. Se requiere, además, haber adquirido la posesión de las cosas usucapibles. 9 La posesión debe fundarse en una justa causa de posesión (*iusta causa possessionis*), y debe haberse adquirido sin error [19.9]. Son causas de posesión todos los antecedentes que justifican poseer la cosa a nombre propio, es decir, que habrían servido para justificar la adquisición derivativa de la propiedad si ella no hubiera fallado por carecer el enajenante del derecho (sobre la cosa), o por la realización de una *traditio* en lugar de una *mancipatio*, es decir, compra, do-

nación, constitución de dote, legado, pago, etc. [25.10]. Sin embargo, la usucapión tiene lugar también en aquellos casos en los cuales no hay adquisición derivativa de la propiedad. De este modo, en ciertos casos las cosas abandonadas no son adquiridas en virtud del acto de apropiación posesoria, sino por usucapión; en tales supuestos, la causa de usucapión es el abandono o derelicción. También se admite la *usucapio* de cosas que han sido tomadas de una herencia yacente por quien sabe que no es heredero. En este caso la causa de adquisición es la simple pertenencia de la cosa a la herencia. Gayo encuentra el origen de esta modalidad de adquisición en la presión que el heredero experimentaría por aceptar la herencia, al tener a la vista la peligrosa *usucapio* a favor de terceros. Sin embargo, Gayo también informa que al verdadero heredero se le permitió, mediante un senadoconsulto de época adrianea, exigir la restitución del usucapiente de mala fe, aunque ya hubiese usucapido íntegramente los bienes (Gai. 2, 55-57; [72.4]).—Así como la posesión exenta de defectos es designada con un título de posesión [19.9] que hace referencia a la causa por la cual se adquirió, del mismo modo, la posesión adquirida sin vicios, en el caso especial de estar dirigida a la usucapión, se designa con un título de ésta. La posesión que, existiendo los demás requisitos, conduce a la usucapión, es, por consiguiente, *pro emptore*, *pro donato*, *pro dote*, *pro legato* (concretamente, el legado vindicatorio), *pro soluto* (por ejemplo, en el caso de una estipulación o en el de un *legatum per damnationem*), *pro derelicto*, *pro herede*. Por el contrario, el título *pro possessore* es título de posesión, pero no de usucapión, puesto que aquí no existe fundamento para la adquisición de la posesión [19.9].

- 10 Mientras que, de acuerdo con el derecho antiguo, el poseedor que había cumplido el plazo prescrito por la Ley de las XII Tablas solo tenía que probar su adquisición (y la de quienes le habían precedido en ella) si la cosa le era hurtada [25.5], ahora el poseedor debía probar siempre su adquisición (pero no la de sus predecesores).—En la casuística de la época clásica, solo excepcionalmente se relaja el requisito de la *iusta causa*, en particular en aquellos casos en que el adquirente suponía la existencia de un fundamento de adquisición que, en realidad, no existía; *cfr.* Ulp. D. 41, 4, 2, 15 s.; diversamente, Cels—Ulp. 41, 3, 27; Herm. D. 41, 8, 9 y Paul. D. 41, 8, 2. Para estos y otros casos se crea el título *pro suo*, a modo de complemento de los anteriores. Al igual que en la *traditio* [24.12], el título *pro soluto* tiene una posición especial en la *usucapio*: incluso, si la posesión se adquiere en razón de haberse pagado erróneamente una deuda inexistente, es decir, *solvendi causa*, ésta será el título de dicha posesión (Paul. D. 41, 3, 48; D. 41, 4, 2 pr.; Herm. D. 41, 3, 46), de modo tal que, cumpliéndose los demás requisitos, se adquirirá la propiedad de acuerdo con el derecho civil, al cabo de un año. **Lit.:** Th. MAYER-MALY, *Das Putativtitelproblem bei der usucapio*, Köln – Graz, 1962; H. H. JAKOBS, «*Error falsae causae*», en *Festschrift für Werner Flume*, Köln, Bd. 1, 1978, 73, K. BAUER, *Ersitzung und Bereicherung im klassischen*

römischen Recht und die Ersitzung im BGB, Berlin 1988; FLUME, 53; E. H. POOL, *Een kwestie van titels: causa van bezit, verjaring en eigendom naar klassiek Romeins recht*, Amsterdam, 1995 (especialmente sobre la doble *causae possessionis*, hay un resumen traducido al alemán, sobre el cual *vid.* Th. MAYER-MALY, TR 64 [1996] 411); J. MIQUEL, «La antítesis *usucapio pro emptore/usucapio pro soluto*», SCDR 18 (2005) 189 (acerca de Paul. D. 41, 3, 48; D. 41, 4, 2 pr.); J. D. HARKE [33.3] p. 54.

3. La *usucapio* se vio limitada en razón del requisito de la buena fe (*bona fides*), que en los primeros años de la República se desarrolló en conjunto con la *iusta causa*. Incluso en época altoclásica algún jurista exige este requisito para la adquisición misma de la posesión: así, quien sabe que ha comprado a un no-dueño no adquiere la posesión *pro emptore*, sino *pro possessore*, de modo que no posee para usucapir (Iul. D. 41, 3, 33, 1). Más adelante, por el contrario, la posesión *pro emptore* parece independizarse de la buena fe y ésta aparece como requisito autónomo de la *usucapio* (Paul. D. 41, 4, 2, 1). En determinados casos, puede prescindirse de la buena fe, como en el de la *usucapio pro herede*, en la que se carece de la condición de heredero (Gai. 2, 50). Igualmente, el conocimiento de que la *res Mancipi* ha sido simplemente entregada no obsta a la *usucapio*. 11

La *bona fides* no coincide del todo con la buena fe moderna (ni en el sentido del § 932 II ni del 937 II BGB), aunque ha servido de modelo para ella. *Mala fides* suele estar presente cuando el adquirente es consciente de la circunstancia que se interpone en su camino a la adquisición de la propiedad, por ejemplo, la carencia de dominio del predecesor. Sin embargo, no están de mala fe, por ejemplo: el propietario «pretorio», que ha recibido una *res Mancipi* del propietario quirritario solo a través de *traditio*; además, el que ha tomado una cosa perteneciente a una herencia (yacente), aunque sabe que no está llamado a la sucesión (*vid.* [72.3-4]); quien ha ocupado un objeto abandonado por su dueño [26.4]; aquel a quien sin formalidades se le restituye una cosa que él ha transferido fiduciariamente (*usureceptio*, *vid.* [31.7-8]).

La *bona fides* es siempre necesaria en el momento de la *traditio*. 12

A propósito de la compraventa existió una discusión, producto de una opinión divergente, que exigía *bona fides* tanto en la conclusión del contrato como en el momento de la entrega» (se debe mantener las cursivas para «*bona fides*») (Paul. D. 41, 4, 2 pr., frente a Ulp. D. 41, 3, 10 pr.). La *mala fides* sobreviniente no afecta (*mala fides superveniens non nocet*), lo que implica que el poseedor *ad usucapionem* adquiere una posición que solo puede verse afectada por el dueño.—En el derecho canónico se exige la buena fe hasta el momento en que se consuma la adquisición (*mala fides superveniens nocet*). El § 937 BGB contiene una solución de compromiso entre ambas regulaciones; 1463, 326 ABGB; 728 ZGB, art. 2269 Cc fr.; 435 Cc esp.—Si el desconocimiento se basa en un error de derecho, no es posible la usucapión (Pomp. D. 22, 6, 4; 41, 3, 31 pr.). **Lit.:** H. HAUSMANINGER, *Die bona fides des Ersitzungsbesitzers im klassischen*

römischen Recht, Wien, 1964; SÖLLNER [33.7], 15, 40 (contra: M. V. SANSÓN RODRÍGUEZ, [33.7]); A. BIGNARDI, «Brevi considerazioni sulla funzione della buona fede nell'usucapio», en *Atti Burdese I*, 208; O. BEHREND, «Zum Beispiel der gute Glaube!», en *Spuren des römischen Rechts. Festschrift für Bruno Huwiler*, Bern, 2007, 13.

- 13 4. Los plazos de usucapión, siguiendo lo dispuesto por la ley decenviral, son de dos años para los inmuebles y de uno para las demás cosas. La *pérdida de la posesión* interrumpe la *usucapio* (*usurpatio*, Paul. D. 41, 3, 2), pero no así la muerte del poseedor, porque su heredero agrega a la suya la *possessio ad usucapionem* iniciada por aquél (*successio in possessionem*; Ner. D. 41, 3, 40), como tampoco la interrumpe la acción intentada contra el poseedor, no obstante que, en caso de ser vencido, la cosa deberá ser restituida al propietario, Gai. D. 6, 1, 18. En cambio, quien adquiere la posesión de un sucesor a título singular, es decir, en virtud de una *enajenación*, debe comenzar una nueva usucapión. Sin embargo, el derecho imperial de época tardoclásica le permite sumar el tiempo de posesión del enajenante (*accessio temporis*). Cfr. Inst. 2, 6, 12/13. **Lit.:** C. SÁNCHEZ-MORENO ELLART, «La «*accessio possessionis*» en el derecho romano clásico. Contribución al estudio de la «*accessio possessionis*» en la usucapión, Bull. 98–99 (1995–1996) 455; S. LOHSSE, «Die Ersitzung im Spannungsverhältnis des *ius postliminii* und der *fictio legis Corneliae*», en *Fs. Knüttel*, 667 (sobre Paul. D. 41, 3, 15 pr.).

III. LONGI TEMPORIS PRAESCRIPTIO

- 14 Tratándose de los *fundos provinciales* (que no pueden ser objeto de *usucapio*) y, posteriormente, de las cosas muebles, se desarrolla en el derecho imperial, a partir de los Severos (fines del s. II d. C.), una protección de la posesión de larga duración a través de una *praescriptio longi temporis* (prescripción, o excepción, de largo tiempo; cfr. BRUNS n. 87 (p. 260 = Berl. Griech. Urk. I 267) und n. 192 (p. 418 = Pap. Straßb. n. 22). **Lit.:** D. NÖRR, *Die Entstehung der longi temporis praescriptio. Studien zum Einfluss der Zeit im Recht und zur Rechtspolitik in der Kaiserzeit*, Köln, 1969.
- 15 Quien puede apoyarse en un *iustum initium possessionem* («justo inicio de la posesión»), es decir, quien ha obtenido la posesión *ex iusta causa* y, probablemente también, *bona fide*, una vez transcurrido un cierto tiempo de posesión, puede, ante el ejercicio de una acción similar a la *rei vindicatio* [22.10 y 27.32], defenderse con esta prescripción (equivalente, aquí a excepción) de largo tiempo y mantenerse en la posesión. Si el poseedor y el propietario han convivido en la misma comunidad, es decir, *inter praesentes* (Justiniano exige que sea en

la misma provincia) el plazo es de diez años; caso contrario (*inter absentes*), de veinte. Derivada de esta excepción (*praescriptio, exceptio*), se desarrolla, con la transformación del concepto de dominio propia del derecho vulgar de época posclásica, una prescripción adquisitiva. Ella no opera sobre el litoral: ciertamente, cualquiera puede construir sobre éste, en cuyo caso tanto la edificación como el solar pertenecerán al constructor, pero, si se destruyese la edificación, entonces el solar volverá a su condición original (es decir, litoral) al cabo de veinte años (Ner. D. 41, 1, 14, 1; Marci. D. 1, 8, 6 pr.; Inst. 2, 1, 5), de tal modo que cualquier otro podrá volver a instalar algo, Pap. D. 41, 3, 45 pr., *vid* SCHERMAIER [18.6].

IV. EL DERECHO POSCLÁSICO

1. En el derecho vulgar de época posclásica los conceptos de la prescripción adquisitiva, *usucapio* y *longi temporis praescriptio*, que habían sido transmitidos, se pierden a lo largo del siglo IV. Su lugar es ocupado por la *praescriptio* de cuarenta años y, posteriormente, de treinta, que no exige más requisito que la posesión. Teodosio II, en el siglo V, la transforma en una acción de prescripción extintiva [4.12]. **Lit.:** P. BIANCHI, «Sulla *praescriptio* Costantiniana. P. Col. VII 175», AARC 17 II, 2010, 707. 16
 2. a) Justiniano, produce la unificación de la *usucapio*, con lo que vuelve al régimen clásico, y la diferencia de la prescripción extintiva. Si se refiere a cosas muebles, se llama *usucapio*, si de inmuebles, *longi temporis praescriptio*. Se exige posesión sobre una cosa usucapible, *iusta causa, bona fides* y un plazo de tres años para las cosas muebles, de diez para los inmuebles *inter praesentes*, y de veinte *inter absentes* [25.15], C. 7, 31, 1; Inst. 2, 6 pr. 17
 - b) Junto a ello, Justiniano transforma la prescripción extintiva de la vindicación, de treinta y, en ocasiones, de cuarenta años, en una prescripción adquisitiva *extraordinaria* (*longissimi temporis praescriptio*), la cual exige *bona fides*, pero no *iusta causa*, y es también aplicable a cosas hurtadas (C. 7, 39, 8, 1). 18
 - c) Las *excepciones* de la *usucapio* se multiplican fuertemente en la legislación posclásica, por ejemplo, para los *bona materna* [60.20]. Otras cosas dejan de estar sujetas a la prescripción ordinaria y pasan a estarlo respecto de la extraordinaria, como ocurre con las cosas de las iglesias y de los claustros [4.13]. 19
- Sobre el desarrollo posterior, *vid*. [4.14]; COING I, 183; II, 389. Las condiciones actuales del régimen jurídico de la prescripción («§§ 900, 937 ss. BGB; 1452, 1460 ABGB; 661, 728 ZGB; 1940 ss. Cc esp.>) tienen escasa importancia práctica, puesto que, al 20

■ § 25. LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA O USUCAPIÓN

mismo tiempo, se reconoce la buena fe. En lo esencial, ellas comprenden los casos de la prescripción extraordinaria justiniana y hacen posible, lo mismo que en ésta, la adquisición de la propiedad sin *iusta causa* y sobre cosas hurtadas. En Roma, en cambio, la prescripción ordinaria protegió el tráfico jurídico, función que hoy desempeña la adquisición de buena fe [25.1]. En Francia, en virtud de la prescripción, se adquiere retroactivamente el derecho, solo si el poseedor la alega en su favor (art. 2223 Cc fr.); además, el poseedor puede renunciar a la prescripción. Todavía es posible advertir la conexión con la prescripción extintiva romana.

§ 26. Los modos «naturales» de adquirir el dominio

(RPr. §§ 35, 102, 244)

Lit.: H. HAUSMANINGER [20.1], casos 94–120; R. KNÜTEL, «Von schwimmenden Inseln, wandernden Bäumen, flüchtenden Tieren und verborgenen Schätzen», RGuPD, 549 = RH 76 (1998) 187 (en francés).

Se compone este grupo (junto con la *traditio* [24.10]) de actos que los juristas 1 los atribuyen a la *ratio naturalis* y al *ius gentium*. Por lo mismo, son accesibles a los peregrinos. Se trata de casos de adquisición originaria de derechos.

I. OCUPACIÓN

1. Quien se apodera de una cosa que carece de dueño, en virtud de la **ocupa- 2**
ción (*occupatio*) se hace dueño de ella: *res nullius cedit primo occupanti* (la cosa que no pertenece a nadie se hace del que primero la ocupa), Gai. D. 41, 1, 3 pr.; Inst. 2, 1, 12. Evidentemente, se trata del modo de adquirir más antiguo. Su requisito es la obtención de un poder de hecho y ello vale para toda clase de cosas. Tratándose de las muebles (perlas recogidas en la orilla del mar, Flor. D. 1, 8, 3; Inst. 2, 1, 18) no se presenta problema alguno; pero tratándose de aquellas semovientes, como los animales salvajes, se plantean algunas controversias (algunas de las cuales perviven en los códigos actuales), acerca de cuándo se constituye ese poder fáctico. Justiniano, en cambio, sigue la estricta doctrina de Trebacio, según el cual el animal debe ser efectivamente aprehendido, *quia multa accidere possunt ut eam (sc. bestiam) non capias* («porque muchas cosas pueden impedir que captures ese animal») (Inst. 2, 1, 13; Gai. D. 41, 1, 5, 1). Si varios concurren a la ocupación, la cosa pertenecerá a aquel que la haya controlado primeramente; sin embargo, deberá responder, por medio de la *actio iniuriarum*, si hubiese obstruido injustamente a los demás (Ulp. D. 47, 2, 13, 7). Esta doctrina, que combina equilibradamente aspectos reales y obligacionales, es eficaz incluso hoy, sea a propósito de la caza de ballenas, el descubrimiento de un tesoro, o bien acerca de la disputa de una pelota lanzada en un juego de baseball, con la que se marca un nuevo récord.—Se pierde, a su vez, la propiedad sobre el animal salvaje cuando éste recupera su libertad y se le persigue infructuosamente, y sobre el animal domesticado, cuando pierde la

costumbre de volver (*animus revertendi*) a un lugar determinado; en cambio, no se pierde la propiedad de los animales domésticos que se extravían, como tampoco sobre los cerdos que huyen del lobo (Pomp.—Ulp. D. 41, 1, 44).—Gai. 2, 67 y 68; Gai. D. 41, 1, 3, 2 y 5; Inst. 2, 1, 12 y 15.

Lit.: R. KNÜTEL, «Der Wettlauf der Okkupanten», en H.-P. Haferkamp – T. Repgen, *Usus modernus pandectarum: römisches Recht, deutsches Recht und Naturrecht in der frühen Neuzeit. Festschrift für Klaus Luig*, Köln, 2007, 75; Th. FINKENAUER, «D. 41, 1, 44: Das Schwein im Wolfsmaul», en *Fälle RG*, 45 (p. 57 sobre un pescador que con un pescado pesca un pescador); F. MUSUMECI, «Proc. 2 epist. D. 41, 1, 55: su un caso particolare di danno sanzionato con un' *actio in factum*», en *Mél. Humbert*, 585.

Puesto que el mundo se encuentra repartido, la isla nacida en el mar (*insula in mari nata*) sirve como ejemplo para el principio de que una adquisición por ocupación también se aplica respecto de inmuebles (Gai. D. 41, 1, 7, 3; Inst., 2, 1, 22). Resultan de interés las excepciones que se desarrollaron para otras islas [26.12].—928 II, 958, 960 BGB; 381–384 ABGB; 656, 658, 718, 719 ZGB; art. 371, 373 Cc esp.

- 3 El derecho romano no conoce la existencia de reservas de caza o pesca.—La adquisición por apoderamiento de cosas del enemigo [15.16] no está excluida, ni por la prohibición del pillaje ni por las órdenes de entrega dadas por los generales. Si las cosas son reconquistadas, la anterior propiedad revive, en parte, gracias al *postliminium* [15.17] (Gai. 2, 69; Gai. D. 41, 1, 5, 7; Inst. 2, 1, 17).
- 4 **2.** Las *res derelictae*, esto es, aquellas cosas que su anterior dueño ha abandonado conscientemente (*animus derelinquendi*), simplemente tirándolas o, en el caso de inmuebles, desocupándolos de manera definitiva, se adquieren dominicalmente, por regla general, por quien las ocupa o toma; excepcionalmente, puede requerirse *usucapio*.

El dominio preexistente de las cosas abandonadas se extingue, en opinión de los *proculeyanos*, cuando tiene lugar el apoderamiento de la cosa; en tanto que los *sabinianos* y los juristas posteriores, piensan que se produce con el abandono (Ulp. D. 47, 2, 43, 5; Paul. D. 41, 7, 2, 1). Se requiere *usucapio* cuando el ocupante sabe que la cosa ha sido abandonada, pero no sabe por quién (Paul. D. 41, 7, 4), o bien cuando él estima erróneamente que ha sido su dueño el que la ha abandonado. Si, en cambio, el ocupante cree abandonada una cosa que, en realidad, no lo ha sido, queda excluida la posibilidad de que adquiera el dominio de ella (Iul. D. 41, 7, 6). Es posible que, en el supuesto de uno que ocupa una *res Mancipi* abandonada por su dueño, para que no sea pasado por alto el rito de la *mancipatio*, se adquiera solo el dominio bonitario y, a partir de la *usucapio*, el quiritarario. **Lit.:** L. VACCA, *Derelictio e acquisto delle res pro derelicto habitae. Lettura delle fonti e tradizione sistematica*, Milano, 1984 (rec. H. WIELING, SZ 103 [1986] 556); H. ANKUM, «Die occupatio einer res Mancipi derelic-

ta», SZ 103 (1986) 248; EL MISMO, «Das Verlassen von Liegenschaften», SZ 114 (1997) 402 (rec. a SOLIDORO MARUOTTI); R. KNÜTEL, «Dereliktion zur Aneignung?», en *Tradition mit Weitsicht. Festschrift für Eugen Bucher*, Zürich–Bern, 2009, 351 (Jüdisches, römisches, preußisches, argentinisches und deutsches Recht) = Index 43 (2015) 195 (versión en italiano) [24.5].

3. El **tesoro** (*thesaurus*) es un objeto de valor que ha estado oculto (por regla general, en un predio) tanto tiempo que su dueño no consta. El tesoro corresponde, en principio, al *dueño del predio*. Adriano concede a la mitad del tesoro a éste y la otra mitad al *descubridor*, en copropiedad. Justiniano vuelve también a este régimen, después de varias soluciones provisionales; Inst. 2, 1, 39; Tryph. D. 41, 1, 63; Leo C. 10, 15, 1 (de 474).—El reparto se explica como solución intermedia (*media sententia*). A favor del descubridor juega el principio de la ocupación, porque el tesoro es una cosa independiente, no una parte del predio; a favor del dueño del predio, en cambio, juega la regla *accessio cedit principali* («lo accesorio sigue el destino —jurídico— de lo principal»). La aplicación de ambos principios atenta contra el hecho de que el tesoro no es una cosa sin dueño, sino que pertenece a alguien que se desconoce, lo que en la práctica equivale a la ausencia de dueño. Entre ambas soluciones, aquejadas de la misma debilidad, se impone la *media sententia*. Que en este punto radica la explicación de ambas mitades es algo que se sabe desde hace tiempo, *cf.* J. A. T. KIND, *Quaestiones forenses* II, 1807, cap. 82, 415.

Lo anterior ha sido adoptado en la mayoría de los códigos, a saber, § 984 BGB; 339, 401 ABGB; art. 716 Cc; 351 II Cc esp.; 1093 gr.; 932 II Cc it.; 241 Cc jap.; 254 Cc cor.; 3420 Cc Luisiana; 626 Cc ch.; 2556 Cc arg.; 935 Cc pe.; 1264 Cc br. 2002; *cf.* también 723 III ZGB (una compensación adecuada hasta la mitad del valor, lo que se entiende como una «concesión a la transferencia»). La relación jurídica similar a la gestión negocial en que consiste el hallazgo de cosas perdidas (con gratificación, adquisición del dominio, etc.), según § 965 ss. BGB; 388 ss. ABGB; 720 ss. ZGB. se origina en el derecho alemán y carece de modelo en el derecho romano.

La normativa que en la Antigüedad tardía aparece entre los ostrogodos y que se expande en la alta Edad Media, en el sentido que un tesoro en su totalidad o en parte pertenece al soberano, se ha mantenido en Inglaterra como una «prerrogativa» de la Corona. **Lit.:** D. NÖRR, «Ethik v. Jurisprudenz in Sachen Schatzfund», Bull. 75 (1972) 11; Th. MAYER-MALY, «Der Schatzfund in Justinians Institutionen», en P. G. Stein – A. D. E. Lewis (Hrsg.), *Studies in Justinian's Institutes. In memory of J. A. C. Thomas*, London, 1983, 109; KNÜTEL [26.1], 569; EL MISMO, (sobre «tesoro escondido en el campo», Mateo, 13.44), JuS 1986, 950; G. KLINGENBERG, «Der “Angeber” beim Schatzfund, Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly, Wien – New York, 2011, 237.

II. ADQUISICIÓN DE FRUTOS

- 6 Los frutos naturales y otras partes que se han separado pertenecen al *propietario*, a menos que otro tenga preferencia, como ocurre con el *enfiteuta* y el *poseedor* de buena fe *ex iusta causa*, que adquieren el dominio sobre los frutos en razón de su *separación* de la cosa fructuaria, sin importar cómo ello ocurra. Para el poseedor de buena fe se explica que «por causa de la razón natural (se decidió) que los frutos fuesen suyos por el cultivo y el cuidado», puesto que estas medidas redundan en interés del propietario, cuya tierra se dañaría si no fuese cultivada. De ahí el aforismo *bonae fidei possessor fructos suos facit* («el poseedor de buena fe hace suyos los frutos»), Iul. D. 22, 1, 25, 1 y 2; Iul.–Paul. D. 7, 4, 13; Paul. D. 41, 1, 48 pr.; *cf.* [11.7].—Posteriormente, la adquisición de frutos del poseedor de buena fe se limita a los aquéllos consumidos (*fructus consumpti*) definitivamente, es decir, sin obligación de restitución; los frutos aún existentes (*fructus exstantes*) debe el poseedor devolverlos al propietario, junto con la cosa, Diocl. C. 3, 32, 22; Inst. 2, 1, 35.

Esta regla sobre el poseedor se ha adoptado en la mayoría de los códigos civiles, a saber, § 955 BGB; 330 ABGB; 938 ZGB; 549 Cc fr.; 451 Cc esp.; 1066 Cc gr.; 1148 Cc it.; 189 Cc jap.; 486 Cc Luisiana; 907 Cc ch.; 2324 Cc arg.; 1214 Cc br. 2002. El derecho inglés no la conoce. **Lit.:** G. THIELMANN, «Produktion als Grundlage des Fruchterwerbs», SZ 94 (1977) 76; P. APATHY, «Das Recht des redlichen Besitzers an den Früchten», Jur. Bl. 1978, 517; CARDILLI [18.16].

- 7 El *arrendatario* y el *usufructuario*, en cambio, adquieren los frutos cuando éstos llegan a sus manos, es decir, cuando se apoderan de ellos (percepción). Si otro ha obtenido los frutos, entonces éstos se hacen, primeramente, propiedad del dueño de la cosa fructuaria (o, en su caso, del enfiteuta o del poseedor de buena fe, *vid.* [26.6]) que ha arrendado la cosa o ha constituido un usufructo sobre ella: a éste debe demandar el arrendatario o el usufructuario (con la *actio conducti*, o bien, con la *vindicatio ususfructus*). *Cfr.* D. 39, 5, 6; Pomp. D. 19, 5, 16 pr. **Lit.:** M. KASER, «Zum Fruchterwerb des Usufruktuars», *Schr.*, vol. II, 145.
- 8 Es probable que en el derecho *antiguo* la situación fuese otra, por lo cual los frutos, sin consideración a la propiedad sobre la cosa fructuaria, fuesen atribuidos a aquel que los había producido (por labranza, cría de animales, etc.), como en el derecho alemán se dice que «el que siembra, cosecha» y siempre con la separación (*cf.* Pomp. D. 22, 1, 45). Este «principio de producción» fue reemplazado por el «principio de la sustancia», según el cual se limita la adquisición de los frutos solo al grupo de no-propietarios antes mencionado,

porque solo para ellos vale afirmar que se encuentran *domini loco*, es decir, que derivan su derecho a los frutos del dueño o de aquél que actúa como tal.

III. UNIÓN, MEZCLA, ESPECIFICACIÓN

Los supuestos en que cosas que pertenecen a distintos dueños se unen entre sí, o bien, aquellos en que ellas, siendo líquidas o sólidas, se mezclan, son agrupados por los romanos bajo la denominación (atécnica) de *accessio*. Para estos casos, así como para aquellos supuestos de utilización y tratamiento de materiales ajenos, los juristas tardorrepúblicanos y los clásicos desarrollaron reglas, en las que se observa una mayor influencia de doctrinas filosóficas que de puntos de vista prácticos. 9

1. Si cosas *muebles* quedan unidas a un **inmueble**, de modo tal que constituyen una unidad [18.14], toda ella pasa a ser del dueño del inmueble. Rige la regla *superficies solo cedit* («lo construido sobre el suelo pertenece al dueño de éste»). El dueño del predio, por consiguiente, se hace dueño del árbol que se planta en él, incluso si otro lo ha plantado (sobre la edificación, *vid.* [26.14]). 10

Específicamente: las semillas, una vez sembradas, pasan a ser del dueño del terreno. Plantas ajenas y árboles, en cuanto echan raíces en el suelo (*inplantatio*), pertenecen también al dueño del suelo. Si se trata de predios contiguos y no es claro a cuál pertenece el árbol, la decisión se basará mayoritariamente no en el lugar desde donde sale el tronco, sino en el lugar en que se encuentran las raíces. En este «caso límite», el principio *superficies solo cedit*, en atención a que las raíces extraen su vigor del suelo, se ve restringido por el principio de compensación, según el cual, aquel que soporta lo desventajoso, debe también tener lo ventajoso [26.12]. Gai. 2, 74–75; Gai. D.41, 1, 7, 10 y 13; D.41, 1, 9 pr. = Inst. 2, 1, 29 y 31–32; Paul. D.41, 1, 26, 1.

Se explica, igualmente, que tratándose de una isla nacida en un río (*insula in flumine nata*), no rige el principio de ocupación, sino el de compensación, según el cual, a quien soporta el riesgo le corresponde la ventaja: *commodum eius esse debet, cuius periculum est*, Inst. 3, 23, 3. El dueño del predio ribereño debe soportar el riesgo de la cosa, especialmente la erosión provocada por el río, pero adquiere para sí la ventaja que representan los incrementos producidos por la sedimentación aluvional (*alluvio*) el aumento a causa de desplazamientos de porciones de tierra (*avulsio*), y la isla nacida en el río. Puesto que todos los vecinos del río están expuestos al riesgo, ellos obtienen, como corresponde a la proximidad de su predio, según una objetiva fórmula de reparto la propiedad sobre la nueva isla: a través de la isla se traza una línea que se determina con base en el medio del río y se extienden desde ambas orillas los deslindes del predio hasta la 11

línea media. Las superficies determinadas conforme a este método pertenecen a cada uno de los dueños del predio ribereño en copropiedad (*pars pro diviso* [23.23]). Gai. 2, 70–72; Gai. D. 41, 1, 7, 1–3; Inst. 2, 1, 20–22; Ulp. D. 43, 12, 1, 6.–La situación es, de nuevo, distinta tratándose de las islas flotantes, un fenómeno no muy raro en el mundo antiguo. Puesto que ellas, hasta cierto punto, son un subproducto del agua y debe seguir su suerte, pertenecen –conforme al principio *accessio cedit principali* («lo accesorio sigue el destino de lo principal»)[26.5]– al dueño de las aguas (y no al primer ocupante) [26.2]. Si ha aparecido una isla, los incrementos aluvionales de ella corresponderán, por causa de *accessio*, a su dueño, no a predios vecinos superior e inferior, Proc. D. 41, 1, 56 pr. (igualmente, 556 Cc fr., interpretable a la luz de este fragmento; BGHZ 92, 326, de 1984 [sobre lo cual *vid.* B. KUPISCH, «Eine Moselinsel, Kaiser Napoleon und das römische Recht, JZ 1987, 1017] y 1903 de la öOGH GIUNF Nr. 2262 zu 411 ABGB). **Lit.:** KNÜTEL [26.1], 550; EL MISMO, *Est. Miquel*, 544; J.-F. GERKENS, «*Insula quae in mari nascitur*», en *FHI*. vol. IV, 2177 (sobre la isla Ferdinanda, aparecida y sumergida, EL MISMO, *Fs. Knütel*, 359); S. BARBATI, «Riflessioni sull’alluvione e sugli altri fenomeni fluviali, anche a margine della riforma apportata dalla l. 37/1994», *Index* 43 (2015) 218.

- 12 **2.** Si cosas **muebles** se unen entre sí, conformando **una sola**, será propietario de ésta aquel cuya cosa haya contribuido decisivamente a la creación de la nueva especie.

En esta materia se decide con base en consideraciones poco prácticas, que atienden menos al valor o significación de las cosas que a la forma externa de ellas. Sin embargo, domina la perspectiva naturalista, que atiende a cuál es la cosa principal, es decir, aquella sin la cual la accesoria no puede subsistir. Así ocurre con la coloración (*tinctura*) en que la púrpura preciosa es accesoria a la lana (Paul. D. 41, 1, 26, 2); en la escritura, lo escrito es accesorio al pergamino. A propósito de la pintura, una parte de los sabinianos (no, en cualquier caso, Gayo), consideran que lo pintado pertenece al dueño de la *tabula*, mientras que otros sostienen que pertenece al pintor; esta última opinión es la que sigue Justiniano (Inst. 2, 1, 34) con el argumento *ad absurdum*, de que sería risible que una pintura de Apeles o de Farrasio se considerase accesoria de una tabla sin valor. Apeles (s. IV d. C.) fue el pintor más famoso de la Antigüedad, como gráficamente informa Plinio el Viejo (en su *Historia natural*, 35, 79 ss.), autor al que se atribuyen los aforismos *nulla dies sine linea* («Ni un día sin una línea») y *ne sutor supra crepidam* («Zapatero, no más arriba del zapato»). Farrasio (s. V d. C.) fue el primero en utilizar la simetría en la pintura, y alcanzó un alto grado de perfección al dibujar las siluetas de los cuerpos. *Cfr.* G. 2, 78; Gai. D. 41, 1, 9, 1–2; diversamente, Paul. D. 6, 1, 23, 3. **Lit.:** O. BEHREND, «Das Kunstwerk in der Eigentumsordnung», en *Gedächtnisschrift für Jörn Eckert*, Baden–Baden, 2008, 65; A. PLISECKA, *Tabula picta. Aspetti giuridici del lavoro pittorico in Roma antica*, Padova, 2012 (rec. M. Schermaier, *SZ* 132 [2015] 600); M. RIZZI, «*Accessio cedit principali*: Die Fälle der *scriptura* und *pictura*», en *Princ. gen.*, 361.–§ 947, 950 I 2 BGB; 414 – 416 ABGB; 727 ZGB; arts. 375–383 Cc esp.

En la atribución de la pintura al pintor subyace una aproximación al reconocimiento de la propiedad intelectual.—Con mayor claridad se ve tal enfoque en la literatura latina, frecuentemente en la obra de Marcial (ca. 40 – 103 d. C.) el cual entendía que los pequeños libros que daba a su publicación (*libelli*) eran como libertos, de modo que a aquel que se jactara de ser editor, lo tildaba de *plagiator* (secuestrador) (*Epigramas* 1,52; *vid.* también 1, 29; 1, 38; 1, 53). Vitrubio (s. I d. C.), en el prefacio a su séptimo libro sobre arquitectura, cuenta acerca de un certamen entre poetas, en la Alejandría de época ptolemaica. En ella, el muy leído Aristófanes, aparte de uno que era efectivamente *poeta*, demostró que todos los participantes habían recitado como propias obras ajenas (*ceteros aliena recitavisse*), por lo cual el rey ordenó que fueran acusados por hurto (*cum his agi furti*). Sea verídica o no la historia, ella da cuenta sin embargo de que la noción de hurto de creaciones del intelecto estaba presente antes de un cambio de época, cuando apenas se podían extraer consecuencias de él.

Lit.: K. VISKY, *Geistige Arbeit und die artes liberales in den Quellen des römischen Rechts*, Budapest, 1977, 104; K. SCHICKERT, *Der Schutz literarischer Urheberchaft im Rom der klassischen Antike*, Tübingen, 2005; M. J. SCHERMAIER, «Borrowed Plums and Robbed Freedmen: Some Aspects of Plagiarism in Roman Antiquity», *Mem. Rodger*, 237.

3. La unión de una cosa a otra **compuesta** (una casa, una nave) deja subsistente el dominio anterior, de modo que cada propietario puede exigir a aquel que posee la totalidad de la cosa, la separación de su parte (a través de la *actio ad exhibendum*) y, a continuación, reivindicarla. **13**

Así, por ejemplo, tratándose del brazo unido a la estatua por medio de soldadura con plomo (*adplumbatio*) cuya juntura permanece visible; pero es distinto tratándose de una fusión de ambas partes al fuego (*ferruminatio*), porque de ella surge una sola cosa; Paul. D. 6, 1, 23, 5; Pomp. D. 41, 1, 27, 2.—Es compatible con ello que la compuesta pueda reivindicarse como un todo orgánico [18.14].

Las **edificaciones** pertenecen al dueño del solar, de acuerdo con la regla *superficiis solo cedit*, y conforman junto con éste una sola cosa. Por tal motivo, el propietario de un terreno sobre el cual otro ha edificado, que quiere obtener la posesión del edificio (incluidos los materiales de construcción ajenos), puede vindicar éste junto con el predio (Gai. 2, 73; Gai. D. 41, 1, 7, 10 a. 12; Inst. 2, 1, 29 u. 30). **14**

En los edificios (en cuanto cosas que constituyen una unidad) se da, sin embargo, la situación especial, de que no obstante la construcción, e incluso considerando su accesión al predio, el tercero conserva la propiedad sobre los bienes de construcción (con excepción de la edificación con materiales propios en un predio cuya ajenidad se conoce), de modo que quedan sujetos a reivindicación. Sin embargo, interviene aquí una norma especial de la ley decenviral (Tab. 6, 7) relativa a la conservación del edifi-

cio, que niega al dueño la posibilidad de separar y vindicar la viga (*tignum iunctum*) en tanto se conserve la edificación. En compensación, se le concede la *actio de tigno iuncto* (acción por la viga utilizada en la construcción; comprende a toda clase de materiales de construcción), contra el dueño del terreno, que en cuanto acción penal condena al doble del valor del material utilizado en la construcción y que se basa en el hecho de que el dueño del predio sabía que los materiales eran ajenos. Si el dueño de éstos no ejercita la acción, entonces su dominio «duerme», hasta que la destrucción o la demolición de la casa lo despierta. Cfr. § 94, 946, también 923 BGB; 417–421 ABGB; 671, 678 ZGB. **Lit.:** J. P. MEINCKE, «*Superficies solo cedit*», SZ 88 (1971) 136; F. MUSUMEGLI, «Vicenda storica del *tignum iunctum*», Bull. 81 (1978) 201; H. HINKER, «*Tignum iunctum*», SZ 108 (1991) 94; H. H. JAKOBS [1.25], 206.

- 15 4. En razón de una **mezcla** de líquidos o de metales fundidos (*confusio*) surge una copropiedad proporcional a las cantidades, en tanto la mezcla no pueda separarse, por ejemplo, si se mezcla el vino de A con el vino de B, o bien se funden la plata de uno con la plata del otro. Lo dicho vale cuando se trata de una mezcla en la que ambos dueños han consentido, o cuando se trata de una que ocurre por accidente, pero teniendo en cuenta que el dominio anterior, igual que en el condominio por cuotas, se mantiene y que a la parte que no posee se le da una *vindicatio pro parte* contra la parte poseedora. Es posible que, en su lugar, se haya concedido la acción divisoria.—Si una cosa nueva surge de la mezcla, por ejemplo, el *mulsum*, que corresponde a la mezcla de vino y miel, si ella se hace voluntariamente por ambos dueños, surgía copropiedad por causa de mezcla; pero si ésta la hace un tercero, ella surge por causa de especificación ([26.17–18], además de una posible consecuencia derivada del hurto). Cfr. Gai. D. 41, 1, 7, 8–9; Inst. 2, 1, 25 y 27; Pomp.—Ulp. D. 6, 1, 3, 2; Paul. D. 6, 1, 4.

Por la **mezcla** de masas sólidas (*commixtio*), por ejemplo, granos, surge copropiedad, en el caso de haberse consentido en ella. Pero si dicha mezcla ocurre accidentalmente, se conserva la propiedad sobre los granos (se considera que éstos son individualizables; caso paralelo: la reunión del ganado de distintos dueños en un solo). A causa de la imposibilidad práctica de separar por cada dueño los granos respectivos, se concedió al dueño no poseedor una *vindicatio pro parte*, o sea, una acción real, por todo lo que en aquel montón aparezca como propio de cada cual. El juez puede tomar en cuenta la diferente calidad del grano. Cfr. Pomp.—Ulp. D. 6, 1, 3, 2; D. 6, 1, 5 pr.; Inst. 2, 1, 28.

Según el § 415 ABGB; 948, 947 BGB; 727 ZGB; 573, 574 Cc fr.; 939 Cc it. así como según el art. 245 Cc jap.; 1272 Cc br. 2002; 514 Cc Luisiana, 381–382 Cc esp., de la mezcla inseparable surge copropiedad entre los titulares anteriores. **Lit.:** I. CROMME, *Vindicatio incertae partis. Ihre Bedeutung für die Erkenntnis der geschichtlichen Entwick-*

klung des klassischen dinglichen Verfahrens, Bamberg, 1971; M. J. SCHERMAIER, *Materia*, 1992, 163; EL MISMO, «Teilvindikation oder Teilungsklage?», SZ110 (1993) 124.

En el caso del dinero hay regla especial, por lo que las monedas de distintos dueños que (con o sin intención) se mezclen y vuelvan indistinguibles, se hacen propiedad exclusiva del que las posea (Iav. D. 46, 3, 78). **Lit.:** A. WACKE, «Die Zahlung mit fremdem Geld», Bull. 79 (1976) 49; S. E. WUNNER, «Rechtsfolgen der Konsumtion fremder Sachen», en *Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel*, Frankfurt a. M., 1984, 583; K. HASLER, *Studien zu Wesen und Wert des Geldes in der römischen Kaiserzeit von Augustus bis Severus Alexander*, Bochum, 1980; K. BAUER [25.10], 153. 16

5. Hablamos de **especificación** (*specificatio*) cuando alguien, a partir de materiales ajenos, crea una cosa nueva, por ejemplo, de las uvas hace vino, con unas maderas hace una nave, o con oro hace un vaso. El que una cosa sea nueva se sigue del hecho de que tiene una denominación propia (*transire in nomen proprium*). Puesto que detrás de la denominación hay una concepción acerca del tráfico, la cuestión de la identidad se decide conforme a un criterio objetivo. Sobre los efectos jurídicos de la especificación se desarrollaron tres posturas. Los sabinianos entendieron que la cosa subsistía, por lo que atribuyeron el dominio de ésta al dueño del material. Los proculeyanos consideraron que el especificador era el dueño. Una doctrina intermedia, surgida en época tardoclásica, y a la que adhirió Justiniano, consideraba como criterio de decisión la determinación de si la cosa podía volver al estado de antes. Gai. 2, 79; Gai. D. 41, 1, 7, 7; Inst. 2, 1, 25; Paul. D. 41, 1, 24–26 pr. 17

La solución de los sabinianos se apoya en la distinción estoica entre la sustancia indiferenciada, y los atributos que esta sustancia obtiene por la infusión de corporeidad por parte de la razón divina y por la cual quedan determinados todos los niveles de su existencia. Esta sustancia, para transformarse en objeto del derecho de propiedad, debe obtener atributos que le otorguen concreción, es decir, una cierta forma. La especificación es, por consiguiente solo un cambio de forma de la cosa que sirve como materia, como por ejemplo, la lana para un vestido. Así las cosas, las transformaciones posteriores de un material ya creado y susceptible de numerosos cambios no constituye fundamento para admitir que se pierda la propiedad por parte del dueño de dicho material, por lo que continúa siendo dueño de la nueva especie. El *ordenamiento jurídico*, al igual que lo que ocurre con el hurto, no premia la apropiación unilateral del especificador con la adquisición del dominio. Los proculeyanos argumentan, en cambio, que, puesto que con la especificación surge una nueva especie, se extingue la antigua, así como el dominio sobre ella. La nueva especie, en un principio, no pertenece a nadie; el especificador adquiere el dominio sobre ella en virtud de *occupatio*. 18

La *media sententia* (lo mismo que a propósito del descubrimiento del tesoro) proviene fundamentalmente de la doctrina proculeyana, pero favorece al dueño de los materiales, porque se refiere a algo valorado en el pensamiento moderno, como lo es el reci-

claje de las materias primas tanto como sea posible. Así, quien haga un vaso de oro perteneciente a otro, no se hace dueño del vaso; por el contrario, quien obtiene aceite de unas aceitunas, sí. Detrás hay un principio general, el de la *prevalencia de la fuerza superior* (principio de prevalencia), que también se manifiesta en la regla jurídica *accessio cedit principali* [26.5]. La fuerza superior se explica a partir del hecho de que si las cosas pueden volver a su estado original, es porque ellas no pueden sustraerse a la fuerza de dicho estado. Todo lo fabricado con oro queda sujeto a la fuerza superior de su estado original, porque en cualquier momento puede volver a dicho estado y convertirse en otra cosa. Paulo resalta que aquellas cosas que, por su naturaleza, pueden ser restablecidas a su estado primitivo repetidas veces, están sujetas a la potencia de su materia; nunca pueden sustraerse a su fuerza. Su dominio sobre la cosa principal no se ha modificado, porque la materia original se conserva en la cosa especificada. Por consiguiente, la cosa nueva no carece de dueño al convertirse en otra. En materia de especificación, por consiguiente, la *media sententia* restringe el principio general de ocupación por medio del de prevalencia, de tal manera que se excluyen de él los supuestos de restablecimiento al la condición original.

- 19 Se critica que las soluciones romanas fueran, desde el punto de vista de la política jurídica, insatisfactorias, primeramente, al no considerar el valor que una cantidad de trabajo agrega a una cosa; seguidamente, porque el restablecimiento al estado anterior haría depender la adquisición de la propiedad a la naturaleza accidental del objeto y, finalmente, porque dicho restablecimiento importaría eliminar el aumento de valor (así KASER, 16.^a ed. de este manual). Sin embargo, se trata de una solución general y no de una reconversión material. La opinión intermedia no puede considerarse insatisfactoria solo porque conduce a una protección aún mayor del dueño. De hecho, la idea de tener en cuenta la remuneración de la mano de obra en la especificación debió surgir solo a partir del s. XVIII.—§§ 950, 951 BGB; 414, 415 ABGB; 726 ZGB; arts. 570, 571 Cc fr.

Lit.: G. THIELMANN, «Zum Eigentumserwerb durch Verarbeitung im römischen Recht», en *De iustitia et iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow*, Berlin, 1980, 187; SCHERMAIER [26.15, Mat.], 191; EL MISMO, «An eadem res sit quaeritur. Änderungen der Sachidentität als Problem des römischen Rechts», en *St. Talamanca*, vol., VII, 279; O. BEHREND, «Die Spezifikationslehre, ihre Gegner und die *media sententia* in der Geschichte der römischen Jurisprudenz», SZ 112 (1995) 195; A. PLISECKA, «Accessio and specification reconsidered», TR 74 (2006) 45; Chr. KRAFT, «*Bona fides* als Voraussetzung für den Eigentumserwerb durch *specificatio*», TR 74 (2006) 289; JANSEN [3.6], 501; H. ELBERT, *Die Entwicklung der Spezifikation im Humanismus, Naturrecht und Usus modernus*, Köln, 1969.

- 20 6. El que ha perdido su propiedad por causa de unión, mezcla o especificación puede exigir una indemnización; si él es el poseedor de la cosa, puede valerse del derecho de retención, en virtud de una *exceptio doli* contra la *rei vindicatio*

[27.21]; de lo contrario, ya en el derecho clásico, por medio de una *rei vindicatio utilis*. Puede ejercitar una *condictio* con ocasión de un hurto (*furtum; condictio ex causa furtiva*), si es que la otra parte lo ha cometido por medio de una especificación. Gai. 2, 76–78; Gai. D. 41, 1, 7, 12 y 9 pr.–2; Paul. D. 6, 1, 5, 3; Inst. 2, 1, 32–34.—§§ 951 BGB; 415 ABGB; 726 III ZGB; art. 383 Cc esp.

§ 27. La protección del dominio

(RPr. §§ 32, 103, 104, 245; KASER – HACKL §§ 14, 47 III, 48)

I. REI VINDICATIO

- 1 **1.** Para la protección de la propiedad *quiritaria* se estableció desde antiguo la *rei vindicatio*. En el derecho *clásico* ella es la acción del propietario *quiritario* no poseedor contra el no-propietario poseedor, ejercitada con una doble finalidad: constatar la propiedad del actor y conseguir, o bien la *restitución* de la cosa, o bien, la condena del demandado a una determinada *suma de dinero*. **Lit.:** G. SANTUCCI, «Die *rei vindicatio* im klassischen römischen Recht – ein Überblick», *Fundamina* 20-2 (2014) 833.
- 2 **2.** Antes del derecho clásico hubo un largo desarrollo, en el transcurso del cual este instituto sufrió importantes transformaciones. Después de una historia inicial opaca, en la cual la persecución de la propiedad se confundía con la del hurto, conservamos como un primer y esclarecedor esbozo, la fórmula de la *legis actio sacramento in rem*, tal como fue su redacción en la época de las XII Tablas. Característico de ella es que ambas partes declaran ser dueñas [22.4] y que ella se dirige a la simple constatación de quién sea el dueño. En un principio, el proceso estaba, probablemente limitado a las *res Mancipi* [25.3].
- 3 **3.** Descrito brevemente, se trataba de lo siguiente (*cf.* Gai. 4, 16 s.): Frente al magistrado y en presencia del demandado, el demandante vindica la cosa litigiosa (o algo que la simbolice [6.1]). Él toma el objeto, lo toca con una varilla (*festuca, vindicta*) y declara formalmente: *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio, secundum suam causam, sicut dixi, ecce tibi, vindictam inposui* («Declaro que este esclavo es mío por el derecho de los quirites, según su causa; así como lo afirmo, lo someto a mi vara»). El demandado, que quiere defender la cosa, debe contestar esta *vindicatio* del demandante con una *contravindicatio*, de modo que realiza el mismo ritual, con la misma fórmula [22.4]. El magistrado prohíbe entonces que realicen actos posesorios a través de la orden *mittite ambo hominem* («Dejad uno y otro al esclavo»). Sigue entonces la pregunta del actor por el *fundamento* de la defensa de la cosa: *postulo, anne dicas, qua ex causa vindicaveris* («Te pido que digas sobre qué fundamento has vindicado»), la cual es contestada por el interpelado con la invocación de su derecho: *ius feci, sicut vindictam inposui* («He actuado conforme a derecho, según el cual he impuesto mi vara»). La expresión *iniuria vindicavisti* («Has vindicado contra derecho») con que el demandante responde no se debió entender como el reproche de un delito, sino como

la sola discusión del derecho alegado por el demandado. Continúa, entonces, el proceso con la afirmación bajo juramento de las declaraciones de ambas partes, el *sacramentum*, y la decisión acerca de cuál de ambos juramentos era correcto (más detalles y literatura en [81.2-3 y 5]).

Si el demandante prueba los fundamentos de la afirmación de su dominio, el demandado podrá defender la cosa por una de las siguientes vías: a) en la mejor posición está quien ha conseguido una propiedad inatacable en virtud de una adquisición *original* (según el § 26), o bien quien por uno o dos años ha poseído, de acuerdo con la regla *usus-auctoritas* de las XII Tablas [25.3-4].-b) Si obtuvo la cosa en razón de una *compraventa*, por medio de una *mancipatio* (y no tiene a su favor el plazo antes mencionado), él puede convocar a su antecesor en la cosa: indica al demandante quién le enajenó la cosa (*auctor*) e intima a éste a presentarse en el juicio como su garante. Si el que le vendió la cosa se presenta, entonces debe asistir al demandado en su defensa de la cosa, probablemente, incluso actuando como parte del juicio. Si él también compró y recibió por *mancipatio* la cosa, puede también invitar a su propio antecesor en ella, y así sucesivamente. Si la defensa tiene éxito, la acción es rechazada; caso contrario, triunfa el actor. El demandado que pierde la cosa puede, sin embargo, ejercitar la *actio auctoritatis* contra su antecesor y exigirle el doble del importe que pagó en su momento por la cosa (y el enajenante puede hacer lo propio con quien le vendió la cosa); *vid.* [41.26-27].-c) Si el demandado obtuvo la cosa por algún otro modo (por ejemplo, por *mancipatio*, pero por causa de donación, dote, etc., o bien en virtud de *in iure cessio* o de *traditio*), entonces él puede (en un nivel más avanzado), defender *por sí mismo* la cosa, es decir, aportar directamente la prueba de su dominio (y, en cualquier caso, el dominio anterior de quien lo antecedió).

Puesto que en Roma el poseedor aún no respondía personalmente por la restitución de la cosa (*vid. supra* [4.3]) se requería de una regla especial para que la parte vencedora que no tenía la cosa pudiese conseguirla. Durante el proceso la cosa no quedaba necesariamente en manos del demandado, sino que el magistrado podía asignar la *posesión interina* de ella a una de las partes. Ésta debía ofrecer a la contraria *fiadores* (*praedes litis et vindiciarum*), que garantizaban que si la sentencia acerca de la propiedad era favorable a quien no poseía la cosa pudiera obtenerla. Estos fiadores respondían ante la parte vencedora por causa de la cosa misma. Además, la parte vencida respondía, de acuerdo con la ley decenviral (Tab. 12, 3), por el delito de *vindicia falsa* («falsa contienda»), pagando el doble del valor de los *frutos* indebidamente percibidos (*fructos duplio*; sobre el punto, M. Kaser, SZ 100 [1983] 94).

3. En el derecho *clásico* triunfa como *actor* el **dueño quiritario**. A él incumbe la *prueba* de su dominio, la que (puesto que no hay adquisición de buena fe de un no-dueño) se dificulta con frecuencia por la necesidad de probar también el dominio de su antecesor, hasta llegar a aquél que la hubo usucapido, o adquirido por algún modo originario (*supra* §§ 25, 26). Sin embargo, en la práctica, esta estricta prueba del dominio (que en la Edad Media fue experimentada

como una verdadera *probatio diabolica*), fue relajándose con el tiempo, motivada por la libre apreciación de la prueba [84.3].

- 7 Si el actor probaba, sin embargo, que él (o uno de sus antecesores) había cumplido los requisitos de la *usucapio*, prevalecía, incluso si él en virtud de la entrega, ya había adquirido la propiedad. Si la prueba del dominio es difícil, puede, en lugar de la *rei vindicatio*, intentar con la *actio Publiciana* [27.28].
- 8 4. a) Del **demandado** no se exige que afirme su dominio, pero debe ser **poseedor interdicial** o, al menos, *detentador* [19.17–18]; Ulp. D. 6, 1, 9.

El *detentador* no era, en principio, legitimado pasivo. Si él derivaba su detentación del *demandante* (como su arrendatario, depositario, etc.), parece haber sido admitido por algunos juristas que, en tanto en cuanto él aceptaba intervenir como demandado, se transformaba en poseedor en nombre propio. Si él derivaba su detentación de un *tercero*, entonces solo éste podía ser demandado (puesto que, por regla general, estaba mejor informado acerca de la procedencia de la cosa, además de que tenía mayor interés en defenderla). Sin embargo, en el derecho tardoclásico se admite la posibilidad de la defensa por parte del detentador, en la medida que a éste le es posible fáctica y jurídicamente restituir, lo que supone que el poseedor detrás del detentador debe aceptar la defensa de la cosa en el proceso restitutorio y la restitución misma (Ulp. D. 6, 1, 9 *i.f.*).—En el derecho posclásico el detentador debe nombrar al poseedor, el cual debe contestar la demanda. **Lit.:** M. MARRONE, *La legittimazione passiva alla rei vindicatio*, Palermo, 1970 (*Corso*); M. KASER, «Nochmals über Besitz und Verschulden bei den *actiones in rem*», SZ 98 (1981) 77, 89, 95; *vid.* también [75.3 – 5]; *RPr.* II, 594 (103 A.8).

- 9 b) La *posesión* del demandado fue en todas las épocas —desde la arcaica hasta la justiniana— presupuesto de su legitimación pasiva. En el derecho arcaico este supuesto se satisfacía con el hecho de que la cosa debía estar ante el magistrado. En el proceso formulario clásico, la presencia de la cosa no era una exigencia, pero incumbía al juez verificar la posesión del demandado en el decisivo momento procesal de la *litis contestatio*.
- 10 En la época clásica los requisitos del poseedor, sin embargo, se atenúan: los proculyanos se contentan con que el demandado sea poseedor, al menos, en el momento de la sentencia; en esta disputa entre escuelas ellos se imponen ante los sabinianos (Proc.-Paul. D. 6, 1, 27).—Debido al desarrollo impulsado por el *SC Iuventianum* (129 d. C.) a propósito de la acción hereditaria [75.5], se utilizó la ficción *dolus pro possessione est* (Paul. D. 501, 17, 131), es decir, el dolo y la posesión se equiparan. De este modo, la legitimación pasiva se amplía a no-poseedores, los llamados *ficti possessores*, es decir, poseedores ficticios, a saber: al que habiendo poseído antes de la *litis contestatio*, deja dolosamente de poseer (*qui dolo malo desiit possidere*); al que no habiendo poseído, se deja demandar como si efectivamente poseyese (*qui liti se optulit*

quasi possideret; Paul. D. 6, 1, 27 pr.). Los poseedores ficticios actúan dolosamente; la mayoría de las veces su objetivo es permitir al verdadero poseedor adquirir por usucapión.

La más importante fuente acerca de la posesión ficta es:

D. 6, 1, 27, 3 (Paulo, 21 *ad ed.*)

Sed et is, qui ante litem contestatam dolo desiit rem possidere, tenetur in rem actione: idque ex senatus consulto colligi potest, quo cautum est, ut diximus, ut dolo praeteritus in hereditatis petitionem veniat: cum enim in hereditatis petitione, quae et ipsa in rem est, dolo praeteritus fertur, non est absurdum per consequentias et in speciali in rem actione dolum praeteritum deduci.

También responde ante una acción real quien deja de poseer antes de la litiscontestación: y esto puede colegirse del senadoconsulto en que se previno, como dijimos, que el dolo anterior se comprenda en la *petitio hereditatis*. Porque, si en la *petitio hereditatis*, que es una acción real, se comprende el dolo anterior, no resulta absurdo, en consecuencia, deducir el dolo en en la acción real, en particular.

Se trata del *SC Iuventianum*, una fuente de la mayor importancia desde el punto de vista del desarrollo jurídico, porque crea las condiciones para el paso de la *actio in rem* de efectos reales a una acción dirigida exclusivamente a la indemnización de perjuicios (*cfr.* la responsabilidad por daños en el § 990 BGB; 337 ABGB; 940 ZGB; art. 457 Cc esp.). Hasta hace poco tiempo, sin embargo, el fragmento era sospechoso de haber sido interpolado por Justiniano. El principal argumento contra la clasicidad radica en que el tránsito evolutivo, en lo que se refiere a la desnaturalización de la *actio in rem*, no sería compatible con la concepción clásica de ésta; si la acción real debe ser entendida en Roma como «dirigida a la cosa», entonces ésta debe estar en manos de la parte contraria. Con todo, este argumento no es más que una *petitio principii*. **Lit.:** KASER [27.8], 110, 140; Y. GONZÁLEZ ROLDÁN, «*Dolo desinere possidere*» *fra editto del pretore e scienza giuridica*, Bari, 2010; además, [75.1; 75.5].

5. Puesto que de acuerdo con la concepción romana el poseedor *no* está obligado a restituir la cosa al dueño (en virtud de una acción real) [4.3], del mismo modo éste no puede forzar al poseedor, como lo haría un acreedor (en virtud de una acción personal contra su deudor) a hacerse parte en el proceso iniciado por la acción real (Fur. Anth. D. 6, 1, 80 Anf.; Ulp. D. 50, 17, 156 pr.: *invitus nemo rem cogitur defendere*; «nadie es obligado a defender una cosa si no lo desea»). Luego, si el demandado no se hace parte, no colabora en la litiscontestación [82.18 y 22], por lo que la *rei vindicatio* no tiene lugar. En tal caso, el pretor pone la cosa a disposición del demandante por otros medios: tratándose de cosas *muebles*, a través de la *actio ad exhibendum* (personal) [27.13]; tratándose de *inmuebles*, por medio del *interdictum quem fundum* [27.14] y todo ello sin que sea necesario probar la propiedad del actor. **Lit.:** KASER [27.8], 86.

11

12

- 13 a) Quien desea ejercitar una acción real, o una acción noxal, o el interdicto *utrubi*, puede solicitar, por medio de la *actio ad exhibendum* (acción de exhibición; Ulp. D. 10, 4, 1 ss.) a aquél en cuyo poder la cosa se encuentra, que la exhiba ante el pretor. Si el demandado no está llano a defenderse de la *actio in rem*, el pretor, sin requerir prueba alguna, instruye al demandante para que tome la cosa para sí (la mayoría de las veces, lo hace ante el pretor). El demandante obtiene, sin embargo, solo la posesión; la cuestión acerca del dominio permanece abierta, de modo que si la parte contraria quiere recuperar la cosa, podrá ejercitar la acción del dominio. Si el demandado no exhibe, es condenado al mismo monto que si hubiese sido vencido por la *rei vindictio*; lo mismo ocurre si hubiese dejado dolosamente de poseer. **Lit.:** M. MARRONE, «*Actio ad exhibendum*», APal. 26 (1958) 177.
- 14 b) El interdicto (restitutorio) *Quem fundum* se dirige contra aquel que posee el inmueble que el demandante quiere vindicar, o bien contra el que ha dejado dolosamente de poseer (Ulp. fragm. Vindob. 4, *vid.* FIRA II 306). En razón de este interdicto se ordena al demandado la *restitución* al solicitante del interdicto; si no obtempera, es condenado a la misma suma que lo sería en virtud de una *rei vindictio*.
- 15 c) Bajo Justiniano, si el demandado no acepta el juicio de la *actio in rem*, las cosas tanto muebles como inmuebles son transferidas al demandante con el auxilio de la fuerza policial (*manu militari*) (Ulp. D. 6, 1, 68 itp.). El interdicto *Quem fundum* será derogado (por innecesario); por el contrario, la *actio ad exhibendum* quedará como la acción general de exhibición (*cf.* §§ 809, 810 BGB; arts. 497-502 (antigua redacción), 328, 441.4 LEC).
- 16 6. Para llevar a cabo el proceso reivindicatorio es posible elegir, en la época clásica, entre el proceso *per sponsionem*, o bien el procedimiento formulario (*agere per formulam petitoriam*).
- a) Para llevar adelante el proceso *per sponsionem* prejudicial es necesario que la cuestión acerca del dominio sea zanjada previamente como si fuera el asunto sobre el cual versa una *stipulatio*: el demandante, para satisfacer una necesidad formal, se hace prometer por el demandado una suma de dinero, para el caso de que la cosa pertenezca al primero. Por ejemplo: «¿Prometes que se me darán 25 sesteracios si el esclavo acerca del cual se trata aquí, es mío conforme al derecho de los quirites?» (Gai. 4, 92). Si esta cantidad de dinero es demandada, la sentencia judicial que se dicte decidirá indirectamente acerca de una cuestión acerca del dominio del demandante. Puesto que esta sentencia solo resuelve acerca de quién es el dueño, se debe garantizar que el demandado (quien, durante el proceso, ha conservado la posesión) restituya la cosa al demandante en caso de ser vencido. Por este motivo el demandado debe prometer, al momento de otorgar la caución con fiadores relativa a la posesión interina de la cosa litigiosa (*cautio pro praede litis et vindictiarum*), que si él, una vez vencido en el procedimiento *per sponsionem*, no restituye debidamente la cosa *in natura*, deberá pagar la suma de dinero equivalente a la restitución. *Cfr.* Gai. 4, 89; 91–95.

b) En el proceso de acción petitoria del procedimiento formulario (fórmula de la acción en [83.18]), se reúnen ambos objetivos: decidir acerca de la propiedad del actor y permitirle obtener la restitución de la cosa. En el procedimiento formulario todas las sentencias condenatorias lo son a una suma de dinero, de modo que el actor podría verse privado de la restitución de la cosa. Por este motivo, la *formula petitoria* de la *rei vindicatio* es una **actio arbitraria**: el juez, que ha constatado la propiedad del demandante, dicta una resolución provisional de constatación (*pronuntiatio*) por la que propone al demandado restituir la cosa al demandante (*iussum de restituendo*), más sus frutos y, si procede, una indemnización por los daños (*vid.* más detalles en [27.18–20]). Si el demandado accede a lo propuesto, será absuelto en la sentencia definitiva. En caso contrario, será condenado a pagar una suma de dinero, y en caso de dolo, a la cantidad que el demandante en su juramento hubiese estimado el valor de la cosa (*iusiurandum in litem*) [83.18]. Además, el juez puede aquí, como también en otros casos, hacer depender la condena, bien la absolución, del otorgamiento de cauciones, o del desistimiento de acciones, o de la cesión de éstas (p. ej., Paul. D. 6, 1, 21), todo lo cual es impuesto a las partes en litigio. **Lit.:** S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo nelle formule del processo privato romano*, Napoli, 2012.

7. El **contenido** de la prestación del demandado consiste en **restituere**, es decir, poner al demandante en la misma situación en que se hallaría si la cosa vindicada por él se le hubiese restituido al momento de la *litis contestatio* (Paul. D. 50, 16, 35). Sin embargo, este principio no fue aplicado rigurosamente, ni en la época clásica ni en la de Justiniano. En particular, se aplica en los siguientes casos:

a) Si la cosa era **dañada o destruida** antes de la *litis contestatio*, el derecho clásico no daba pie a considerar tal daño, atendido el carácter estrictamente real de *rei vindicatio*. En tal situación, el perjudicado debía ejercitar la acción de la *lex Aquilia*. En el derecho justiniano se permite que, en el marco de la *rei vindicatio*, se haga responder al poseedor de mala fe (*mala fidei possessor*) por dolo [27.10] y culpa.—Tratándose de daños o deterioros producidos después de la *litis contestatio*, el demandado responde por *dolo* o *culpa*. Si el demandado invoca la pérdida posterior de la posesión, solo necesitará probar que tal pérdida ha ocurrido sin su *dolo*, a partir de lo cual el demandante deberá probar la *culpa* del demandado, si pretende lograr una sentencia condenatoria. Las escuelas jurídicas discutieron si se podía perseguir la responsabilidad por caso fortuito (*casus*); los proculeyanos estuvieron a favor; los sabinianos, en contra (Ulp. D. 6, 1, 15, 3; sobre *hereditatis petitio* [75.12]. **Lit.:** KASER [27.8], 102; M. WIMMER, *Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten*, Köln – Weimar, 1995; LOHSE [37.8], 167, 173.

b) Los **frutos** percibidos por el demandado antes de la *litis contestatio* y aún existentes, en tanto pertenezcan al demandante (*vid.* detalladamente, en [26.6–7]) pueden ser reivindicados junto a la cosa fructuaria o independientemente de ella. En el derecho justiniano, el poseedor de mala fe responde por todos los frutos, tanto los perci-

bidos como aquellos que por su culpa no se han podido percibir.—En el derecho clásico, el demandado responde por los frutos producidos después de la *litis contestatio*, por aquellos percibidos, como aquellos que el demandante hubiese podido percibir desde la *litis contestatio*. El principio de *restituere* encuentra aquí una específica concreción [27.18].—*Cfr.* Inst. 4, 17, 2.

- 21 c) Si antes de la *litis contestatio* el demandado ha realizado **impensas** (*impensae*) necesarias o *útiles* (que aumentan el valor) en la cosa, y es poseedor de buena fe, tiene, en el derecho clásico, derecho al reembolso, el cual puede hacer valer a través de la *exceptio doli* como defensa ante la *rei vindicatio* (Pap. D. 6, 1, 48; 65 pr. Sobre la renuncia a la *exceptio doli* y sobre la indemnización por las impensas, incluso a favor del poseedor de mala fe en la acción hereditaria, *vid.* [75.11]). Todo poseedor conserva el derecho a separar y llevarse las cosas (*ius tollendi*) que se encuentran unidas a la cosa reivindicada, siempre que el hacerlo represente alguna utilidad. El demandante puede reemplazar este derecho a separar y retirar las cosas por una indemnización (Cels. D. 6, 1, 38; *cfr.* [4.15]).
- 22 8. A partir de Juliano, al demandado que es condenado pecuniariamente, se le pone en el mismo nivel que si hubiese comprado la cosa al demandante. El demandado que posee la cosa se transforma, en virtud de la condena, en poseedor *ad usucapionem pro emptore* y, en el supuesto que el demandante haya sido propietario, el demandado queda como propietario pretorio. Bajo Justiniano, también adquiere el condenado la propiedad en este supuesto.

Sobre desarrollos ulteriores, *vid.* COING I, 295; II, 387, 398; N. JANSEN, *Theologie, Philosophie und Jurisprudenz in der spätscholastischen Lehre von der Restitution. Außervertragliche Ausgleichsansprüche im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs*, Tübingen, 2013.—§§ 985 ss. BGB; 366 ss. ABGB; 641 II, 938 ss. ZGB; art. 348 II Cc esp.

II. ACTIO NEGATORIA

- 23 Varias acciones tienen en común que por medio de ellas el dueño quiritario rechaza la pretensión del demandado de tener sobre la cosa una *servidumbre*, un usufructo, o bien otro derecho similar a intervenir sobre ella (como, por ejemplo, el derecho a la inmisión; *cfr.* [23.14]). A partir de aquí se desenvuelve un reconocimiento general del derecho a defenderse de intervenciones no autorizadas o desproporcionadas, las cuales se producen a consecuencia de que, por ejemplo, el «perturbador» construye instalaciones u obras en su predio, las que se proyectan sobre el del vecino; o bien edifica de tal modo que termina por inmiscuirse en éste; o bien se comporta desconsideradamente con su vecino, por ejemplo, echando humo proveniente de su fábrica de quesos (Aristo—Ulp. D. 8, 5, 8, 5).—El nombre común para estas acciones es **actio negatoria**, probablemente clásico, y proviene de que en la fórmula de ellas se expresa que

un derecho es inexistente, es decir, se niega que al demandado le asista un derecho (*Si paret N.º N.º ius non esse...*). Cfr. Ulp. D. 7, 6, 5, 6; 8, 5, 2 pr.; Inst. 4, 6, 2.

Estas acciones son, exactamente, lo opuesto a aquellas que sirven para la protección de las servidumbres, el usufructo, etc. [28.20; 29.15]. La finalidad de las acciones negatorias es de dos clases: la liberación de la propiedad de las limitaciones que se pretendía sobre ella y la determinación del estado en que ella se encontraría si la intromisión o perturbación hubiese cesado al momento de la *litis contestatio*. Vale para estas acciones lo dicho a propósito de las *actiones in rem* en lo relativo a la libertad del demandado para aceptar el juicio [27.12]. Además, el juez puede imponer la caución contra futuras perturbaciones (*cautio de non amplius turbando*), Iav. D. 8, 5, 12; Paul. D. 8, 5, 7.

Lit.: RODGER [23.10], 90; EL MISMO [28.20], 211; P. Chr. VAN ES, *De actio negatoria. Een studie naar de rechtsvorderlijke zijde van het eigendomsrecht*, Nijmegen, 2005 (rec. Chr. SCHNABEL, SZ 127 [2010] 629); FINKENAUER, *Stip.*, 286; E. NICOSIA, *Actio negativa e actio negatoria*, Iura 61 (2013) 258.

Cfr. §§ 1004 BGB; 523 ABGB; 641 II ZGB.

III. ACTIO PUBLICIANA

La *actio Publiciana* es una acción *pretoria*, creada en el último siglo de la República, que protege a determinados y cualificados poseedores que pierden la posesión frente a «peores» poseedores (por lo general, contra cualquier tercero), y que busca darles la misma protección que un propietario obtendría de la *rei vindicatio*. La acción corresponde al poseedor *ad usucapionem*, es decir, al poseedor cualificado que, de buena fe y *ex iusta causa*, adquiere una cosa usucapible y al que, para adquirir la propiedad, solo le falta el transcurso del tiempo. Tales poseedores son: a) quien tiene la cosa «entre sus bienes» (*in bonis*), por ejemplo, quien ha recibido una *res Mancipi* de su dueño quirritario por medio de simple *traditio* (a quien se equipara [26.4 y 27.22]; y b) quien ha adquirido una cosa usucapible, *bona fide* y *ex iusta causa* de manos de un *no-dueño*. Cfr. Ulp. D. 6, 2, 1 pr. ss.; Gai. 4, 36; Inst. 4, 6, 3–4.–Sobre la fórmula de la acción, *vid.* [83.19].

En los casos a los que se refiere a) (cuya importancia práctica culmina con la desaparición de la *mancipatio*), el pretor protege al demandante como propietario *bonitario*, incluso contra el quirritario; no, en cambio, en el caso b).

Si el que ha adquirido una *res Mancipi* de un dueño quirritario por simple *traditio*, ejerce la *actio Publiciana* contra éste último (actual poseedor), frente a la

exceptio iusti dominii («excepción de dominio civil») ejercitada por el demandado, dispone de la *replicatio rei venditae et traditae* («réplica de cosa vendida y entregada»), o bien de la *replicatio doli*, de modo de que el propietario bonitario prevalezca en el juicio. –Si la *actio Publiciana* la ejercita el que ha adquirido la cosa de un no-propietario y se encuentra en vías de usucapirla, contra el dueño quiritalario que posee nuevamente la cosa, el pretor protege a este último a través de la *exceptio dominii* (en contra de la cual no procede una réplica por parte del demandante, puesto que el dueño civil no es quien le entregó la cosa). En época de Justiniano, solo el segundo grupo de demandantes subsiste (a consecuencia de la desaparición de la *mancipatio*). Cfr. D. 6, 2, 1, pr. ss.

- 27 La introducción de esta acción fue necesaria, al restringirse el concepto de propiedad a los supuestos de un derecho absoluto, oponible a todos [22.4.; 22.7], para ofrecer una protección igualmente «relativa» al mejor poseedor contra el peor, tal como ocurría originalmente con la *rei vindicatio*. Esto se vuelve interesante en dos grupos de casos, que contraponen Juliano:

D. 6, 2, 9, 4 (Ulpiano, 16 *ad ed.*)

Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is cui priori res tradita est an is qui tantum emit. et Iulianus libro septimo digestorum scripsit, ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit cui priori res tradita est, quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis. quae sententia vera est.

Si se vendiese por separado a dos personas una misma cosa y ésta fuese comprada de buena fe, veamos quién puede valerse de la Publiciana, si aquél al cual la cosa le fue entregada antes, o bien aquel que solo la compró. Juliano, en el libro séptimo de los digestos escribió que, si ellos hubiesen comprado a quien no era dueño, estará en mejor posición aquél al que se le hubiese entregado la cosa antes, pero que si a diversos distintos no dueños (les hubiesen comprado la cosa), es mejor la posición del que posee que del que demanda. Respuesta que es muy cierta.

Si ambos han adquirido de distintos vendedores no dueños, de acuerdo con la regla *melior est causa possidentis* («es mejor la posición del que posee»), aquél de los dos que actualmente posee goza de una mejor posición. En cambio, si ambos han comprado al mismo vendedor, entonces vale el principio de prioridad, de modo que es más fuerte la posición de aquel que primero adquirió el dominio bonitario por causa de *traditio*. Puesto que este primer adquirente podría demandar al vendedor por medio de la *actio Publiciana*, si éste obtuviese nuevamente la posesión (y, en cuanto poseedor, podría defenderse exitosamente del vendedor [27.31]), el que adquiere con posterioridad no puede obtener una posición jurídica mejor (contra el primer adquirente) que aquella que tenía el vendedor, ni siquiera de buena fe. Cfr. Iul.–Pomp. D. 21, 3, 2; Iul.–Ulp. D. 44, 4, 4, 32; Ulp. D. 6, 1, 72 y Ner. D. 19, 1, 31, 2. Lit.: A. WACKE [47.1] p. 464.

La *actio Publiciana* también beneficia al propietario civil, que con ella evita las difíciles exigencias probatorias de la *rei vindicatio*. Si el propietario pierde la posesión, de acuerdo con el principio de la economía de medios de protección, primero deberá demandar en términos posesorios, por medio del interdicto correspondiente y, posteriormente, lo hará en términos petitorios (Ulp. D. 6, 2, 7, 6) con la *actio Publiciana* y, finalmente, también en términos petitorios, con la *rei vindicatio*. 28

La *actio Publiciana* tiene una fórmula ficticia, en la que se finge que el plazo de usucapión ya ha transcurrido; *cfr.* [83.19]; en lo demás, sigue el modelo de la *rei vindicatio*. Conforme a lo anterior, vale lo dicho a propósito de la *rei vindicatio*, en lo relativo a la libertad del demandado de no aceptar el juicio, a la forma de proceder y a la finalidad de esta acción. *Cfr.* para el derecho moderno los §§ 1007 BGB; 372–74 ABGB; 934–936 ZGB (*‘Besitzesrechtsklage’*); en el derecho español lo admite cierta jurisprudencia con base en los arts. 445 Cc esp. y 1658 LEC (antigua redacción). **Lit.:** P. APATHY, «Schutz des Ersitzungsbesitzes durch die *actio Publiciana*?», en *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, vol. I, Catania 1982, 21 (*cfr.* [sobre § 372 ss. ABGB] EL MISMO, *Die publizianische Klage. Das relative dingliche Recht des rechtmässigen Besitzers*, Wien, 1981); SÖLLNER [3.], 10. 29

IV. *EXCEPTIO REI VENDITAE ET TRADITAE*

Quien ha comprado una *res Mancipi* de un dueño quirritario y le ha sido entregada por *traditio*, si el enajenante ejercita en su contra la *rei vindicatio*, se puede defender con la *exceptio rei venditae et traditae* (excepción de cosa vendida y entregada). Con ella su dominio bonitario se vuelve más fuerte que el quirritario [27.26]. La excepción se extiende a sus sucesores, sea que los beneficie o no: 30

D. 21, 3, 3 (*Hermogeniano, 6 ad ed.*)

Exceptio rei venditae et traditae non tantum ei cui res tradita est, sed successoribus etiam eius et emptori secundo, etsi res ei non fuerit tradita, proderit: interest enim emptoris primi secundo rem non evinci. 1. Pari ratione venditoris etiam successoribus nocebit, sive in universum ius sive in eam dumtaxat rem successerint.

La excepción de cosa vendida y entregada no solo aprovecha a aquél al que le fue entregada la cosa, sino a sus sucesores, lo mismo que al segundo comprador, aunque la cosa no le hubiese sido entregada a él, porque interesa al primer comprador que no le sea evicta la cosa al segundo. (1) Por idéntica razón perjudica a los sucesores del vendedor, sean éstos a título universal o a título singular.

En efecto, según el texto, la *exceptio* no pasa al segundo comprador porque el primer vendedor no le ha vendido y entregado la *res Mancipi*. Sin embargo, el vendedor debe

■ § 27. LA PROTECCIÓN DEL DOMINIO

atender al interés de su comprador por no verse obligado a pagar al segundo comprador el doble del precio, a causa de la evicción. Además, se produciría un movimiento circular sin sentido si el vendedor reivindicara con éxito: el comprador podría exigir reiteradamente la entrega, y luego (y en tanto no se hiciera valer la responsabilidad por evicción) su comprador respecto de él. Puesto que la excepción perjudica a los sucesores del vendedor, por ejemplo, al legatario vindicatorio, se confirma que la propiedad bonitaria se impone ante la quiritaria [27.26].—Se debe poner de relieve que el Tribunal Superior de Alemania (RGZ 105, 19) en 1922 un caso del § 986 BGB, que corresponde al caso principal, resolvió, luego de haber invocado el *pr.* (del fragmento citado), en el mismo sentido; sobre el § 1 el paralelo moderno lo constituyen los §§ 90, 269 BGHZ.

- 31 **31.** Si la cosa no ha sido vendida, sino donada o transferida en razón de alguna otra causa, en lugar de la *exceptio rei venditae et traditae*, sirven *exceptiones in factum* adaptadas al hecho, o bien la *exceptio doli*, de carácter general.—Con Justiniano persiste la *exceptio rei venditae et traditae* solo para la protección de quien ha obtenido una cosa de un no-dueño, cuando éste se hace dueño con posterioridad (convalecencia, *vid.* [9.5]); más lógicamente habría debido permitirse al adquirente hacerse dueño, de modo que no hubiese necesitado la excepción; Iul.-Pomp. D. 21, 3, 2; Ulp. D. 6, 1, 72; 44, 4, 4, 32.
- 32 **32.** Para la protección de la posesión y disfrute similares al dominio, sobre los **predios provinciales** [22.10] sirvió una acción modelada según la *rei vindicatio*.

C. DERECHOS REALES LIMITATIVOS

§ 28. Servidumbres

(RPr. §§ 38 II, 105, 246)

Lit.: B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano*², Milano, (1954, reimp. 1969); G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969; A. RODGER, *Owners and Neighbours in Roman Law*, Oxford, 1972; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana*, Milano, 1976; M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht*, Graz, 1987; M. F. CURSI, *Modus servitutis. Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Napoli, 1999 (rec. H. STIEGLER, SZ 121 [2004] 600); C. MÖLLER, «Servituten im römischen Recht und in der Rechtsprechung des Reichsgerichts», en A. Schmidt-Recla *et al.* (Hrsg.), *Sachsen im Spiegel des Rechts. Ius commune propriumque*, Köln, 2001, 127; LA MISMA, «Via publica und via privata im römischen Deliktsrecht», en *Ars Iuris. Festschrift für Okko Behrends*, Göttingen, 2009, 421; LA MISMA, *Die Servituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstücksvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht*, Göttingen, 2010 (rec. D. SCHANBACHER, SZ 130 [2013] 664); F. TUCCILLO, *Studi su costituzione ed estinzione delle servitù nel diritto romano. Usus, scientia, patientia*, Napoli, 2009 (rec. J. M. RAINER, SD 78 [2011] 690).

I. ESENCIA, TIPOS Y REQUISITOS

1. Una cosa –por regla general, un inmueble– puede verse gravado a favor de otro, de modo tal que su dueño se encuentre obligado a *soportar* una intromisión sobre la cosa, o a abstenerse de realizar determinadas actuaciones sobre ella. 1

Ejemplo: el insuficiente abastecimiento de agua de Italia central hacía deseable gravar –en virtud de una disposición negocial– al inmueble que dispusiera de una fuente abundante, con un derecho a extraer aguas en favor de los predios vecinos que la necesitaran, de modo tal que esta carga de soportar la extracción de agua no solo recayese sobre el actual propietario, sino también sobre *los venideros*. Del mismo modo, el derecho no solo beneficiaba a los actuales dueños de predios carentes de agua, sino a cualquiera que fuese el dueño de tales predios.

- 2 Tanto en el derecho arcaico como en el clásico se comprende bajo el concepto de *servidumbres*, o bien, *iura praediorum* al gravamen que afecta un *predio*, que confiere la titularidad de ese derecho al dueño de *otro predio*. Para graficar esta relación se recurre, desde antiguo, a la imagen de un predio que *sirve* a otro (*servitus, servire*); hasta el día de hoy nos referimos a estos derechos como *servidumbres*, y llamamos a los predios involucrados *sirviente* y *dominante*. Puesto que solo un sujeto de derecho puede ser titular del derecho, éste se ejercita ante el dueño actual.
- 3 Justiniano incluye en el concepto de servidumbre (probablemente, por influjo de modelos anteriores; *cf.* Marci. D. 8, 1, 1) al usufructo y a derechos relacionados con éste (*vid.* § 29), que corresponden solo a determinadas personas. Desde entonces, tanto en el derecho común como en los códigos modernos, el concepto genérico de servidumbres se clasifica en **reales** (prediales) y **personales**. §§ 1018 ss., 1090 ss. BGB; 472, 473 ss., 478 ABGB; 730 ss., 745 ss., 781 ZGB; arts. 531, 543 ss. Cc esp.
- 4 **2.** Los juristas de la época clásica distinguen entre *iura praediorum rusticorum* (servidumbres rústicas) y *iura praediorum urbanorum* (servidumbres urbanas), según sus finalidades. *Cfr.* Gai. 2, 14; Inst. 2, 3 pr.-2.
- 5 a) Pertenecen a las servidumbres rústicas, primeramente, la antiguas servidumbres de *paso* y de sacar agua, según si el dueño del fundo dominante puede hacer uso de un camino instalado en el fundo sirviente, o si puede utilizar la fuente de agua que se encuentra en él. Con posterioridad se agregan otros tipos de derechos. Las servidumbres rústicas son *res Mancipi* (incorporales), Gai. 2, 17.

Las servidumbres rústicas más antiguas son *iter*: el derecho de paso; *actus*: el derecho de paso de ganado; *via*: derecho de paso para todo uso; *aquaeductus*: derecho de conducir agua (sobre el fundo ajeno). La extensión que deba darse a estos derechos se determina conforme a la interpretación del negocio constitutivo de la servidumbre. De este modo el *iter* comprende el derecho de ir a caballo (Mod. D. 8, 3, 12), o a ser trasladado en una litera, porque en tal caso «se dice que él va, pero no que conduce» (*quia lectica vehitur, ire, non agere dicitur*, Paul. D. 8, 3, 7 pr.; *cf.* §§ 492, 493 ABGB). El derecho más amplio es el de *via*, ya que no solo permite ir por el predio en un vehículo, especialmente transporte de carga, sino también para ir dentro de él, o para llevar animales o arrastrar cargas (como maderas o piedras). La servidumbre de *actus* incluye la de *iter*; Paul. cit.; Inst. 2, 3 pr. Finalmente, el *aquaeductus* es el derecho de conducir agua sobre la superficie de un fundo ajeno, Ulp. D. 8, 3, 1 pr. Estos antiquísimos derechos no se entendían en el derecho arcaico como derechos reales sobre cosa ajena, sino como una *propiedad* funcionalmente limitada (junto a la del dueño gravado) al camino de uso común o a la conducción de agua [22.3]. Las servidumbres rústicas más recientes son las de *aquae haustus* (de sacar agua), la servidumbre *pecoris ad aquam appellendi* (de llevar el ganado a abrevar), y el *ius pascendi* (derecho a llevar ganado a pastar), entre otras.

b) Las servidumbres urbanas son más recientes y *res nec mancipi*, Gai. 2, 14a. 6

Son servidumbres urbanas los siguientes derechos: permitir que el agua lluvia se escurra sobre el predio vecino (*servitus stillicidii*), desviar el agua a través de tuberías (*servitus fluminis*); apoyar las vigas de la propia casa en la del vecino (*servitus tigni immittendi*); apoyar la propia edificación sobre instalaciones del predio vecino; prohibir al vecino la elevación de su propio edificio (*servitus altius non tollendi*); derechos de vista, de ventanas, etc. *cfr.* Gai. D. 8, 2, 2; Inst. 2, 3, 1.–§ 115 EGBGB.

El círculo de supuestos no estaba cerrado, y era posible concebir servidumbres atípicas. Justiniano, sin embargo, lo amplió, abarcando ciertas limitaciones a la propiedad de los predios vecinos como servidumbres legales [23.10].

3. Los clásicos derivan de la esencia de las servidumbres ciertos **requisitos** 7
generales, pero sin interpretarlos rígidamente. El predio sirviente debe prestar *utilidad* al predio dominante y no obedecer a un mero interés del dueño de éste; Paul. D. 8, 1, 8 pr. De ello se desprende que los predios deben ser *vecinos* (*vicinitas*, Paul. D. 8, 3, 7, 1), y que el ejercicio del derecho depende del tipo de servidumbre. Así, el derecho de paso no es posible si entre el predio sirviente y el dominante se interpone un predio ajeno no gravado; lo que es distinto a lo que ocurre con el derecho a no elevar el edificio (Paul. D. 8, 3, 7, 1; D. 8, 4, 7, 1). Además, la servidumbre debe ser, si no ininterrumpida, al menos *duradera* y no simplemente por un tiempo limitado (las servidumbres de aguas continuas o periódicas exigen, por ejemplo, *perpetua causa*; Paul. 8, 2, 28).

Cfr. §§ 1019 BGB; 473 ABGB; 730 ZGB; art. 530 Cc esp. **Lit.:** J. K. LEE, «Paul. D. 8, 4, 7, 1: Bestellung und Bestand von Dienstbarkeiten in Fällen unbelasteter Zwischengrundstücke», SZ 117 (2000) 216.

La constitución de una servidumbre durante un tiempo limitado no es posible. Sin 8
embargo, si se añaden tales pactos, el pretor concede al dueño del predio gravado, una vez transcurrido el plazo (dispuesto en el pacto) una *exceptio pacti* o *doli*, Pap. D. 8, 1, 4 pr.

La servidumbre solo puede consistir en **soportar** o en una **abstención**, pero no en un 9
hacer: *servitus in faciendo consistere nequit*, Pomp. D. 8, 1, 15, 1. Sin embargo, esto no se observa rígidamente. En la *servitus oneris ferendi* [28.6] se admite la posibilidad de imponer al gravado la conservación del edificio a su propia costa, Ulp. D. 8, 5, 6, 2; igualmente, en otras servidumbres se establece la reparación (*refectio*).–§§ 1022 BGB; 482, 483 ABGB; 730 II, 741 ZGB. **Lit.:** S. MASUELLI, *La refectio nelle servitù prediali*, Napoli, 2009 (rec. J. M. RAINER, SZ 131 [2014] 501).

Las *cargas reales* que obligan al dueño del predio gravado con prestaciones periódicas 10
(pagos, otras entregas, servicios) son desconocidas para el derecho privado clásico y el justiniano. Se encuentra, sin embargo, en la práctica jurídica posclásica, además de en el derecho público de todas las épocas. *Cfr.* §§ 1105, 1108 BGB.

- 11 Se deriva de la esencia de las servidumbres que nadie puede tener una sobre una cosa propia (*nulli res sua servit*; «a nadie sirve la cosa propia»; Paul. D. 8, 2, 26). De la inherencia al fundo dominante se sigue que la servidumbre no se puede independizar de éste, es decir, no puede ser enajenada o gravada con prescindencia de éste. (Paul. D. 33, 2, 1: *servitus servitutis esse non potest*; «no puede haber servidumbre de servidumbre»). Ella es, además, *indivisible* y no puede constituirse a favor ni como gravamen de una cuota de condominio.

Si el fundo dominante se divide, la servidumbre subsiste a favor de todas las partes (Paul. d. 8, 3, 23, 3). Si el predio sirviente es dividido, el juez que realiza la división puede limitar el gravamen a determinados segmentos de la superficie (Cels. D. 8, 6, 6, 1 a–c). Bajo Justiniano tienen lugar otras excepciones a este principio.

II. CONSTITUCIÓN Y EXTINCIÓN

- 12 1. a) aa) Las servidumbres rústicas se **constituyen**, en cuanto *res mancipi*, por *mancipatio* o *in iure cessio*; todas las demás, por *in iure cessio*. El enajenante de un predio puede *reservar* una servidumbre a favor de otro predio suyo (*deductio servitutis*) en la *mancipatio* o en la *in iure cessio*. Se retiene así para su predio, como dominante, una servidumbre sobre el predio transferido. No debe entenderse lo dicho en el sentido que, primeramente se transfiere la propiedad y, a continuación, el adquirente de ésta constituye una servidumbre a favor de enajenante. Por el contrario, se da la *unitas actus*, es decir, ambos actos constituyen uno solo: el enajenante transfiere la propiedad deduciendo la servidumbre, la que por consiguiente retiene por derecho propio. Lo mismo ocurre en el derecho moderno (RGZ §§ 148, 324, de 1935: transmisión de cosas muebles a título de donación al menor con reserva del usufructo, 324: «no es posible separar ambos causantes»; *cf.* BayObLG DnotZ 1979, 543, 547; 1999, 589, 592; BGH NJW 2005, 415. **Lit.:** R. LA ROSA, «Nota minima su D. 8, 3, 30», en *FHI*. vol. IV, 2767.
- 13 Una servidumbre puede constituirse en virtud de un legado vindicatorio o de una adjudicación judicial de un juicio divisorio (*adiudicatio*).—Desde la época altoclásica se protegió, caso a caso —como lo demuestra Th. FINKENAUER, *Stip.*, 331—, la constitución de servidumbres mediante pacto no formal (*pactio*) de servidumbre (Iul. D. 8, 5, 16), o por estipulaciones, o a través de la concesión del ejercicio de hecho (*traditio*; Ulp. D. 6, 2, 11, 1), o bien por medio de la simple tolerancia (*patientia*, Gai. D. 8, 4, 16). Estas formas se ofrecían en los supuestos en que una parte era *peregrina*, o cuando un predio enfiteútico o un edificio debía ser gravado con servidumbre en virtud del derecho de superficie. La protección se efectúa por medio de una *exceptio* ante una *actio negatoria* del

dueño, o bien con la *actio Publiciana* (Ulp. D. 6, 2, 11, 1) o, en su caso, con una *actio utilis*. A partir de ahí se desarrolló una servidumbre pretoria de efectos reales (*servitus praetorio iure*). Las fuentes sobre el usufructo (cfr. Ulp. D. 7, 4, 1 pr.) corroboran esta afirmación [29.10]. *Vid.* TUCCILLO [28.1].

Sobre los fundos provinciales se constituyen servidumbres por medio de *pactiones et stipulationes*, es decir, por medio de pactos no formales (de efecto real), reforzados por la promesa del constituyente de que ni él ni sus herederos obstaculizarán su ejercicio; G. 2, 31; Paul. D. 45, 1, 2, 5 s.; Theoph. 2, 3, 4. Sin embargo, la constitución de servidumbres sobre predios itálicos también debió ser posible de la misma forma (*pactiones et stipulationes*); FINKENAUER, 343. **Lit.:** R. BASILE, «*Pactionibus et stipulationibus id efficere*», en *FHI*. vol. I, 335; MÖLLER [28.1; 2010], 330; FINKENAUER, *Stip.*, 333, 356. **14**

bb) Justiniano adopta, para toda clase de predios, la constitución a través de *pactiones et stipulationes*, además de la reserva en la transmisión (la que ahora se realiza a través de *traditio* [24.7; 24.15]) y a través de *traditio et patientia*, es decir, mediante un contrato no formal, el cual reconoce el ejercicio de hecho y promete tolerarlo. **15**

b) La prescripción adquisitiva de las servidumbres fue suprimida por una *lex Scribonia* (de los primeros tiempos de la República, con la finalidad de asegurar la libertad del dominio (Paul. D. 41, 3, 4, 28). Sin embargo, hacia fines de la época clásica, tratándose de los predios provinciales, se admitió una *longi temporis praescriptio* también de las servidumbres (después de diez años *inter praesentes* y veinte *inter absentes* [25.15]), la que Justiniano generalizó para toda clase de predios (C. 7, 33, 12, 4). La *lex Scribonia* por consiguiente, perdió vigencia. Cfr. §§ 900 II BGB; 731 III ZGB; 537-540 Cc esp. **16**

No tiene relación con la *usucapio* el que, ya en época clásica, aquellas servidumbres ejercitadas desde tiempo *inmemorial*, se considerasen válidamente constituidas, a pesar de que el acto que las originó no pudiese ser probado (Ulp. D. 8, 5, 10 pr.; 39, 3, 1, 23). Con posterioridad, se confunde con la *longi temporis praescriptio*.

Lit.: L. CAPOGROSSI COLOGNESI [22.2], 91 (= EL MISMO [42.6], 139; sobre la *lex Scribonia* y la usucapión de cosas incorporales); J. M. RAINER, «Die Überwindung des Ersitzungsverbots von Dienstbarkeiten der *lex Scribonia* durch Ulpian», en *Liber amicorum Christoph Krampe*, Berlin, 2013, 279.

2. En el derecho clásico, las servidumbres se **extinguen** mediante una *in iure cessio* tramitada según el modelo de la *actio negatoria*, por medio de la cual el titular del derecho **renuncia** a éste ante el gravado. En presencia del pretor, el **17**

dueño del predio gravado declara ante el titular del derecho: «Afirmo que no tienes el derecho de pasar por mi predio, o de conducir», ante lo cual el titular del derecho guarda silencio y el pretor pronuncia su asentimiento [7.16–18]. Desde Justiniano es suficiente una renuncia formal (*concessio*); Pomp. D. 8, 2, 21 (*concessero* por *in iure cessero* itp., según opinión dominante, pero dudoso).—§§ 875 BGB; 524, 1444 ABGB; 734, 964 ZGB; art. 546 Cc esp.

- 18 La libertad del predio sirviente del gravamen de la servidumbre puede, además, ser **usucapida** en el transcurso de dos años. Para ello se requiere, en las servidumbres rústicas, el mero no uso (*non usus*); en las urbanas, se requiere que una situación opuesta a la servidumbre (por ejemplo, la elevación de una edificación, contra la *servitus altius non tollendi*) haya alcanzado el tiempo necesario para usucapir (*usucapio libertatis*), Gai. D. 8, 2, 6; Paul. D. 8, 6, 18, 2. Justiniano exige también aquí el plazo de diez o veinte años de la *longi temporis praescriptio*.

La determinación de cuándo se daba el cese en el ejercicio era, la mayor parte de las veces, dudosa. En Marcell. D. 8, 6, 11 pr. el dueño del predio sirviente ha conducido más vehículos de los que le estaba permitido. Marcellus reflexiona si se trata de un uso distinto (*aliud*) junto a la consecuencia: no uso o bien un uso excesivo (*plus*). Piensa que este último es, sin embargo, todavía un uso.—Más detalladamente sobre la diferencia entre las consecuencias jurídicas del no uso (un tipo de preclusión; según el § 1451 ABGB prescripción extintiva) y la *usucapio* de la libertad del gravamen en WINDSCHEID – KIPP [1.57; 9. A.), vol. I, 1100 y n. 2; O. BEHREND, «Die lebendige Natur eines Baumes und die menschliche Struktur eines Bauwerks. Eine dualistische Entscheidungsbegründung aus dem vorklassischen Servitutenrecht und ihre theoretische Begründung nebst dem klassischen Gegenbild», en *Quaestiones iuris: Festschrift für Joseph Georg Wolf*, Berlin, 2000, 1 (sobre Pomp. D. 8, 2, 7); G. D'ANGELO, «Un'ipotesi sull'origine del non usus», APal. 55 (2012) 293.—Cfr. §§ 901, 1028 BGB; 1488 ABGB, art. 546-2.º Cc esp., véase también [29.13].

- 19 Las servidumbres también se extinguen por la reunión de la propiedad de ambos inmuebles en una mano (*confusio*), por exclusión de uno de los predios del tráfico jurídico-privado y, finalmente, en razón del cese de la utilidad, no obstante que —en principio, de forma casuística y, bajo Justiniano, en general— se admite que la servidumbre renazca al reaparecer su utilidad.—Vgl. §§ 889 BGB; 526 ABGB; 735 ZGB; art. 546-1.º Cc esp. **Lit.:** P. KIESS, *Die confusio im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1995, 36.

III. PROTECCIÓN

- 20 El titular del derecho de servidumbre tiene, conforme al *ius civile* una *actio in rem*, la *vindicatio servitutis*, que ya en el derecho clásico es denominada, en

ocasiones, *actio confessoria* (como opuesta a la *actio negatoria*, la acción del propietario contra la atribución jurídicamente infundada de una servidumbre [27.23–24]). La fórmula de su acción establece el derecho del titular de la servidumbre: «Si resulta que es *ius* para A.º A.º pasar o conducir por el fundo» (*Si paret A.º A.º ius esse per eum fundum ire agere...*), Gai. D. 8, 5, 2 pr., 1; Inst. 4, 6, 2. En principio, esta acción se dirige solo contra el dueño del predio sirviente (Ulp. D. 8, 5, 6, 3), pero se concede también, si se requiere, contra otro poseedor de este inmueble (Ulp. D. 8, 5, 10, 1). El objetivo de la acción es la constatación de la servidumbre y colocar a su titular en la situación en la que se encontraría si se le hubiese reconocido el ejercicio de ella a contar de la *litis contestatio*.—A. RODGER, «*Actio Confessoria* and *Actio Negatoria*», SZ 88 (1971) 184.—Cfr. §§ 1027 BGB; 523 ABGB; *vid.* § 737 I ZGB.

El ejercicio *de hecho* del contenido de una servidumbre (p. ej., el uso de un camino, o la conducción de agua, etc.) es protegido a través de una serie de *interdictos* prohibitorios (p. ej., *de itinere actuque privato*, sobre la servidumbre privada de paso y de conducción [D. 43, 19]; *de aqua cottidiana et aestiva*, sobre la recogida de agua diaria y estival [D. 43. 20]). Estos *interdictos* no suponen la existencia de la servidumbre, de modo que quien no es titular de ella también resulta favorecido por ellos; exigen, mayoritariamente, que el ejercicio de la servidumbre esté exento de vicios (*nec vi nec clam nec precario*; cfr. [21.6]), y sirven para la preparación de la *vindicatio servitutis*, al igual que los *interdictos* posesorios lo hacen con la *rei vindicatio* [21.10]). Los juristas, al referirse al ejercicio de una servidumbre por parte del titular, hablan de *quasi possessio*. Justiniano, probablemente con precedentes clásicos, entiende el ejercicio de un no-titular como una *possessio iuris* («posesión de derechos») [19.20]. **Lit.:** L. CAPOGROSSI COLOGNESI [22.2], 129, 239; V. MANNINO, «Il possesso dei diritti nell'esperienza romana e secondo alcune soluzioni codicistiche», en *FHI*. vol. V, 3162; R. Basile, *Usus servitutis e tutela interdittale*, Padova, 2012. 21

El derecho de servidumbres adquiere una gran importancia práctica en la época del *ius commune*, porque sirve como modelo para un amplio número de derechos de larga data, los que son comprendidos en el concepto de *iura in re*, como los diezmos, las recaudaciones obtenidas a título de regalías y otros. Asimismo, el concepto de servidumbres recibe aplicación en el Derecho internacional público, por ejemplo, en el modo en que a un territorio se le impone la carga de reclutar soldados a favor de otro. 22

Lit.: COING I, 310; II, 404; WESENBERG – WESENER, 126; G. WESENER, «Zur Dogmengeschichte des Rechtsbesitzes», en *Festschrift zum 60. Geburtstag von Walter*

■ § 28. SERVIDUMBRES

Wilburg, Graz, 1975, 453 = abreviado en *RRMA*, 187; J. M. RAINER, «Zum Typenzwang der Servituten: Vom römischen Recht zum BGB», en *Ét. Ankum*, vol. II, 415; C. MÖLLER [28.1], 365.

§ 29. Usufructo y otros derechos personales de disfrute

(RPr. §§ 38 III, 106, 247)

I. USUFRUCTO (*USUSFRUCTUS*)

Lit.: G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*², Torino 1958.

1. El *usufructus* da a una persona determinada un derecho que recae sobre la cosa gravada, a *usarla* y a recoger sus *frutos*, de modo tal que no altere su sustancia (Paul. D. 7, 1, 1 = Inst. 2, 4 pr.: *Usus fructus est ius alienis rebus utendi salva rerum substantia*; «el usufructo es el derecho a usar de una cosa ajena y recoger sus frutos, conservando su sustancia»), siendo indiferente quién sea el dueño. Este derecho corresponde a la persona del usufructuario y solo a él, porque es *personalísimo*, es decir, no puede ser transferido ni transmitido por sucesión hereditaria. G. 2, 30.—Cfr. §§ 1030, 1059, 1059a BGB; 507, 509 ABGB; 745, 755, 758 ZGB; arts. 582, 595 (transferibilidad) Cc fr.; 467 Cc esp.

2 El usufructo aparece, aproximadamente, en el s. III a. C., antes del declive de la economía agrícola, para permitir la manutención de ciertos sucesores pertenecientes a la familia, como la viuda, o la hermana no casada, que, habiendo sido desheredadas, recibían un legado de usufructo. Esta finalidad de manutención explica el carácter personalísimo de este derecho. Solo con este límite temporal se considera soportable que la propiedad del gravado (*dominus proprietatis*) quede reducida, en virtud de un derecho de la amplitud del que tiene el usufructuario, a una mera *nuda proprietas*. Los juristas clásicos no se propusieron una construcción teórica del usufructo; ante todo, es claro que no lo concibieron, realmente, como una parte jurídicamente independiente de la propiedad (la comparación con la *pars domini* es solo un modelo, carente de cualquier función en la construcción dogmática).

3 Los juristas clásicos repararon acerca de la cercanía entre el *usufructo* y las *servidumbres*. En el derecho justiniano, se ve al usufructo como una *servidumbre personal*, atendido el hecho de la amplitud alcanzada por el concepto de servidumbre [28.3].

4 2. En cuanto a su objeto, el usufructo no restringió al *fundo* la noción típica de cosa fructuaria, sino que ésta se extendió a esclavos, animales, etc. Ya en los últimos tiempos de la República (en Cicerón) existe el usufructo sobre un *patrimonio* íntegro, lo que implica que incluye cosas *muebles* y ciertos derechos. También es posible el usufructo sobre edificios, naves, toneles o vestidos, los

que, si bien no producen frutos naturales, su uso puede ser objeto de disfrute, por ejemplo, mediante su arrendamiento, en virtud del cual el usufructuario percibe el dinero (fruto civil) por el uso de éste. Sobre el usufructo sobre dinero y cosas consumibles, *vid.* [29.17]. El usufructo puede ser constituido a favor de varias personas sobre la misma cosa, como también sobre una cuota de copropiedad (Ulp. D. 7, 1, 13, 3; Pomp. D. 7, 1, 13, 3). La propiedad sobre los frutos separados se adquiere solo a partir de la aprehensión de éstos (percepción [26.7]).

- 5 Las facultades que, de acuerdo a su **contenido**, tiene el usufructuario, comprenden el uso y la adquisición de los frutos, a condición de que no se menoscabe la esencia de la cosa ni se altere su forma. Estas limitaciones fueron objeto de una rica casuística.

Así, el usufructuario puede, manteniéndose dentro de los límites a los que esté sujeto, hacer lo mismo que un hombre justo (*vir bonus*) (sobre lo cual, *vid.* [29.8]), o mejorar la condición de la propiedad (pero no puede finalizar algo ya iniciado; Ner. D. 7, 1, 61, discutible), por ejemplo, plantar un viñedo productivo en una huerta, o explotar una cantera o una mina de hierro en una finca rústica, en tanto no afecte la agricultura (Ulp. D. 7, 1, 9, 2–3; D. 7, 1, 13, 5). Cosa distinta ocurre con el solar destinado a descanso y esparcimiento, porque, en tal caso, el usufructuario debe respetar la destinación dada a la propiedad; lo mismo ocurre en el caso del esclavo copista de libros, al que no se le puede destinar exclusivamente a faenas agrícolas; y con el esclavo luchador, al que no se puede emplear solo en limpiar letrinas (Ulp. D. 7, 1, 13, 4; D. 7, 1, 15, 2). Si es un usufructo de vestidos, no puede arrendarlos, puesto que «un hombre justo no haría esto», pero sí, en cambio, si es que se trata de trajes escénicos (Ulp. D. 7, 1, 15, 4–5). El riesgo de perecimiento no obsta al uso de acuerdo a lo previsible. Por tal razón, el usufructuario puede echar a la mar una nave, pero no puede hacer combatir a un esclavo si éste no quiere; «las naves son construidas para navegar; pero a un esclavo lo podríamos usar de otro modo» (Ulp. *vat.* 72.2; D. 7, 1, 12, 1). Cuando el usufructo contiene un esclavo, se adquiere todo lo que el esclavo consigue o adquiere por su actividad, o con medios del usufructuario. Lo adquirido a través de medios que pertenecen al dueño recae también en éste, Gai. 3, 164, 165. **Lit.:** F. STURM, «Skla-venkasse entscheidet über Eigentumserwerb», en *Symp. Wieling*, 223.–*Cfr.* §§ 1036 II, 1037 BGB; 511 ABGB; 755, 756 ZGB.

- 6 El derecho del usufructuario se extiende a todas las ampliaciones de la cosa (p. ej., por causa de aluvión), pero no a la isla nacida en el río [26.12], o a la mitad que corresponde al dueño del terreno por el descubrimiento del tesoro [26.5], porque estas cosas son independientes y no son frutos. El hijo de la esclava (*partus ancillae*) no es fruto [18.16], como se admite desde Junius Brutus (pretor el 142 a. C.), «porque sería absurdo que un ser humano perteneciera a los frutos, ya que la naturaleza ha creado los frutos a causa del ser humano»

(Gai. D. 22, 1, 28, 1; Inst. 2, 1, 37 y otros pasajes más). Además, si fruto es solo aquello que ha sido hecho para el disfrute del ser humano (Iav. 33, 2, 42) y el aprovechamiento de un ser humano por parte de otro se reduce a su fuerza de trabajo (según la doctrina estoica, Cic. *de off.*, 1, 7, 22), entonces al usufructuario solo puede pertenecer aquello que se origine en su fuerza de trabajo (Cfr: [11.7].—§§ 1040 BGB; 511 ABGB; arts. 596, 598 Cc fr.; 471, 475 Cc esp.

Respecto de la cosa, el usufructuario es mero *detentador* [19.17]; sin embargo, el pretor protege su aprovechamiento (el *uti fruti*) por medio de interdictos especiales, que toman por modelo a los interdictos posesorios [19.20; 29.15]. 7

Antes de la entrega de la cosa al usufructuario, éste debe prometer tres cosas al propietario por medio de una *cautio usufructuaria*, a saber: que aprovechará la cosa según el arbitrio de un hombre honrado, que al término del usufructo devolverá lo que subsista de la cosa y que no actúa ni actuará con dolo, Ulp. D. 7, 9, 1 pr. [41.31]. De esta promesa (impuesta por el pretor, en caso de ser necesario), especialmente de su primera cláusula sobre la forma de aprovechamiento de la cosa, los juristas derivaron las obligaciones del usufructuario ante el propietario, las cuales hoy en día son decisivas en la regulación legal de la relación entre ambos. Si el usufructuario infringe alguna de estas obligaciones, por ejemplo, cultivar el terreno, volver a plantar árboles o mantener el edificio a sus expensas (sin que él deba reconstruir el edificio destruido a causa de terceros o de fuerza mayor), entonces el propietario ejercita la acción fundada en la estipulación para la indemnización, varias veces si es necesario (Ulp. D. 7, 1, 7, 2–3 y D. 7, 9, 1, 5–6; Gord. C. 3, 33, 7), o bien, ejercitando una *actio arbitraria* prometida en el edicto [83.18], la restitución natural (en lugar de la condena en dinero), Ulp. 7, 1, 13, 2.—Sobre la cláusula de dolo, *vid.* [8.35].—Cfr. §§ 1036 II, 1041, 1051 BGB; 513, 520 ABGB; 755, 760 ZGB; arts. 601 ss., 605–607 Cc fr.; 491-2.º, 494-497 Cc esp. 8

En cambio, si el propietario se excede en el ejercicio de su facultades, responde por la *vindicatio ususfructus* [29.15] o bien por el negocio causal en que se funda la constitución del usufructo (p. ej., si es un legado damnatorio, por la *actio ex testamento*) y, subsidiariamente, por la *actio de dolo* (Ulp. D. 7, 4, 5, 3; *vid.* también Paul. D. 8, 5, 9 pr.). 9

3. a) El usufructo se **constituye** muy frecuentemente por legado vindicatorio [29.2]; también por *in iure cessio* (Gai. 2, 30), por *reserva* del enajenante cuando la cosa se transfiere por *mancipatio*, *in iure cessio* o legado vindicatorio *deducto usu fructu* [28.12]; finalmente, por *adiudicatio*, es decir, por sentencia en juicio de división. Cfr: Paul. vat. 47–47a. Sin embargo —a remolque del desarrollo de las servidumbres [28.13]— se concede protección pretoria mediante *exceptio*, *actio Publiciana* o *actio utilis* al usufructo fundado en un 10

acuerdo no formal, en la concesión de un ejercicio de hecho (*traditio*), en la tolerancia (*patientia*) del uso y disfrute, o en una estipulación (Gai. D. 7, 1, 3 pr.; Ulp. D. 7, 1, 25, 7; D. 7, 9, 9, 1). *Vid.* FINKENAUER, *Stip.*, 341, 369.

- 11 El usufructo sobre predios *provinciales*, lo mismo que las servidumbres, se constituye por *pactiones et stipulationes*, Gai. 2, 31.

b) Justiniano permite la constitución a través de legados, reserva del enajenante, *adiudicatio, pactiones et stipulationes* y, finalmente, mediante *traditio* y *patientia* [28.15]. *Vid.* Inst. 2, 4, 1.

- 12 c) Parece haber sido imposible una *usucapio* del usufructo, en tanto no es posible la posesión de cosas incorpóreas [18.3]. Justiniano permite, lo mismo que en las «demás» servidumbres, [28.16] la *longi temporis praescriptio* de diez o veinte años.—*Cfr.* §§ 1033 BGB; 480 ABGB («prescripción extintiva»); *vid.* art. 2228 Cc fr. **Lit.:** G. WESENER, «Zur Frage der Ersitzbarkeit des *ususfructus*», en *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, t. 1, Torino, 1968, 201.

- 13 4. El usufructo se **extingue** por renuncia a través de *in iure cessio* (Gai. 2, 30; *vid.* [28.17]; en Justiniano, por medio de una renuncia no sujeta a formalidades (en el derecho clásico esta clase de renuncia servía solo para fundar la *exceptio doli* contra una *vindicatio ususfructus*; Ulp. D. 44, 4, 4, 12); además, en virtud de la pérdida de la libertad o de la ciudadanía, según el derecho clásico también en virtud de un cambio en el *status familiae* (*capitis deminutio minima*, *vid.* [13.3]; y en virtud de la consolidación (*consolidatio*) del usufructo con la propiedad de una persona. Coherentemente, con la originaria finalidad de manutención del usufructo, la muerte del usufructuario produce la extinción de aquél (si el usufructuario es un municipio, el usufructo se extingue al cabo de 100 años, Gai. D. 7, 1, 56; *vid.* [4.13]; en contra, Pap. D. 31, 66, 7). Además, el no-ejercicio del usufructo (*non usus*) durante dos años, tratándose de un inmueble, y de uno, tratándose de otras cosas conduce a su extinción [28.18]. Bajo Justiniano, los plazos de extinción son los mismos que los de prescripción adquisitiva [25.17]. Para la protección del usufructuario, los requisitos exigidos para considerar a un ejercicio como obstativo de la prescripción son mínimos; por ejemplo, el arado de un terreno estéril, Ulp. D. 7, 1, 12, 3. **Lit.:** R. KNÜTEL, «Zwei Klauseln aus dem Nießbrauchsrecht», SZ 119 (2002) 354 (sobre nueva constitución cautelar, para el caso de extinción); Th. FINKENAUER, «*Diversi sint fructus*. Ein vererblicher Nießbrauch in der römischen Spätclassik», en *Ess. Sirks*, 241.

Sobre muerte y consolidación, *vid.* §§ 1061, 1063 BGB; 529, 526 ABGB; 749 ZGB; art. 617 Cc fr.; 513 Cc esp. Junto a la dependiente (con la eventual usucapión de la propiedad) prescripción de la libertad del gravamen, del § 945 BGB, es también reco-

nocida como evidente la autónoma prescripción de la libertad por el propietario, sin embargo, solo como *usucapio libertatis* (es decir, dándose los requisitos de la prescripción adquisitiva), no ya a consecuencia del mero no-ejercicio por el titular. *Vid.* [28.18].

Finalmente, la *desaparición* de la cosa gravada o su *transformación* en otra distinta (p. ej., por desecación del estanque surge un campo, Ulp. D. 7, 4, 10, 3), provoca la desaparición del usufructo. Si sobre el solar dado en usufructo se construye un edificio, se extingue el derecho, pero reaparece en el supuesto de demolición del mismo, dentro del plazo de prescripción (Marcell. D. 7, 1, 71; Iul. D. 7, 4, 7). A la inversa, si la casa sobre el predio cultivado objeto del usufructo se destruye, entonces se extingue el usufructo también sobre el predio y no reaparece con su reconstrucción (Iul.-Afr. D. 7, 1, 36 pr.; Ulp. D. 7, 4, 5, 2; Ulp. D. 7, 4, 10, 1 y 10, 7), porque con la destrucción se pierde la unidad física «casa del inmueble».—Diversamente, en el caso de reconstrucción, § 525 ABGB, 750 II ZGB, art. 469 Cc esp. *i. f.*, y, acertadamente (en razón de §§ 946, 947 BGB) el BGH en JZ 1964, 369, el cual, con posterioridad a la segunda guerra mundial, a propósito de frecuentes problemas sobre derecho real de habitación (§ 1093 BGB), resuelve, en una jurisprudencia constante, en el sentido de la solución romana (BGHZ 7, 268 hasta BGH NJW 1980, 179 s.). Véase también los arts. 623, 624 Cc fr.

5. Para la **protección** del usufructo se utiliza una ***vindicatio ususfructus***, emparentada con la acción de la servidumbre [28.20] que, al igual que ésta, se denomina ***actio confessoria***. Al principio, ella se dirige solo contra el propietario, y ya en el derecho clásico, también contra el poseedor (Ulp. D. 7, 6, 5, 1); persigue la declaración del usufructo y el restablecimiento de este derecho a la situación correspondiente. La participación en el juicio de la parte contraria se constriñe por medio del interdicto *Quem usumfructum* (vat. 92), el cual tiene por modelo al interdicto *Quem fundum* [27.14].—*Vid.* §§ 1065 BGB; 523 ABGB; 755 ZGB.

El ejercicio del *uti frui* se protege mediante el interdicto prohibitorio *uti possidetis utile*, en el supuesto que él se realice *nec vim nec clam nec precario* [21.6] (vat. 90), además del interdicto restitutorio (equivalente al *unde vi*) *si uti frui prohibitus esse dicetur* (vat. 91). *Vid.* [21.7] y 13.—Justiniano considera al que ejercita de facto el *uti frui* como un *poseedor del derecho (iuris possessor)* [28.21].

6. Un caso especial lo constituye el usufructo sobre **dinero** y otras cosas **consumibles**. Los juristas clásicos lo reconducen a un senadoconsulto del año 33 d. C., que trata sobre el usufructo sobre un patrimonio (Ulp. D. 7, 5, 1). Sobre el dinero y las cosas consumibles el usufructuario tendría la *propiedad* íntegra y responde ante el reclamante por la devolución de la misma suma o cantidad del mismo género, como asimismo por la caución usufructuaria [29.8]. Si no se rinde la caución, se concede la *condictio* (Ulp. D. 7, 5, 5, 1; 7, 9,7 pr.). Sin embargo, Gayo pone de relieve que este senadoconsulto «no hizo

esto», es decir, que recayese sobre dinero un usufructo propiamente tal, porque la naturaleza de la cosa no puede modificarse por la autoridad del Senado (*nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit*), pero a partir de él es posible hablar de un *quasi ususfructus* (Gai. D. 7, 5, 2, 1; Inst. 2, 4, 2). Éste no es un derecho real limitativo sobre cosa ajena, sino una relación crediticia. **Lit.:** S. LONGO, «Sul *legatum ususfructus* di cose «consumabili»: *cautio senatusconsulti*, Index 42 (2014) 261.

El usufructo sobre *derechos* (p. ej., sobre el crédito, cuyos intereses retiene el usufructuario; *vid.* Ulp. D. 7, 5, 3, pasaje en el cual se lega el usufructo de crédito; Pap. D. 33, 2, 24 pr.), en rigor, tampoco es un derecho sobre una cosa; en época tardoclásica, también vale como *quasi ususfructus*.—*Vid.* §§ 1067, 1068 ss. BGB; 510 ABGB; 772, 745, 773 ZGB; art. 587 Cc fr.; 482 Cc esp. **Lit.:** G. CRIFÒ, *Studi sul quasi-usufrutto in diritto romano*, Milano 1969; NELSON – MANTHE III 3, 298.

- 18 **7.** En el **derecho vulgar de época posclásica**, el *usufructo* es, en cuanto al contenido, una *propiedad* limitada, que brota del amplio concepto de propiedad de esta época [22.11]. Entre estos derechos limitados de disfrute hay que agregar (además del *usufructo* constituido a partir de un negocio jurídico) los múltiples derechos de aprovechamiento de *leyes* relativas al *derecho de familia*, especialmente, el del *paterfamilias* sobre los *bona materna* [60.20].

Justiniano, por el contrario, restablece la contraposición entre propiedad y *usufructo* e incorpora a los derechos de aprovechamiento jurídico-familiares (con algunas diferencias) entre los casos de usufructo.

- 19 **8.** Tanto en sus principios como en muchos aspectos específicos, el derecho de usufructo fue ampliamente recibido desde el *ius commune* hasta las codificaciones. **Lit.:** COING I, 311; M. HEGER, *Der Nießbrauch in usus modernus und Naturrecht*, Berlin, 2004; Ph. HELLWEGE, «Die Erhaltung der Nießbrauchssache: Römisches Recht, gemeines Recht und schottischer Recht, TR 79 (2011) 81.

II. EL *USUS* Y OTROS DERECHOS PERSONALÍSIMOS DE DISFRUTE

- 20 El *usus* es solo una subespecie del *usufructo*, el cual, según una controvertida casuística clásica, admite un aprovechamiento «moderado» para cubrir las necesidades del usuario; *vid.* Ulp. D. 7, 8, 2, 1; Ulp. D. 7, 8, 12, 1 s.; Paul. D. 7, 8, 15; Inst. 2, 5 pr. —4. En medida importante, el *usus* sigue el modelo del *usufructo*.
- 21 Si se lega un un derecho real de habitación (*habitatio*) o un derecho real sobre la los *servicios* de *esclavos* o de *animales* (*operae servorum vel animalium*), se discute en el derecho clásico si éste debe ser visto como *usufructo* o como *usus* (Ulp. D. 7, 8, 10

pr. ss.). Justiniano crea, a partir de ahí, servidumbres personales independientes, C. 3, 33, 13. La posibilidad de que se hubiese podido constituir derechos personalísimos con el contenido de servidumbres prediales (servidumbres personales irregulares) es discutida. **Lit.:** Th. RÜFNER, «Wohnrecht für Paccia Trophime. Juristisches und Philologisches zu D. 33, 2, 34 pr.», en *Zivilrecht und Steuerrecht, Erwerb von Todes wegen und Schenkung. Festschrift für Jens Peter Meincke*, München, 2015, 321 (sobre D. 33, 2, 34 pr.).

§ 30. Enfiteusis. Superficie

(RPr. §§ 107, 248, 249)

I. ENFITEUSIS

Lit.: L. MITTEIS, *Zur Geschichte der Erbpacht im Altertum Geschichte und Urkunden*, Leipzig, 1901; M. ROSTOWZEW, *Studien zur Geschichte des römischen Kolonates*, Leipzig, 1910, reimp. 1970, 390; D. SIMON, «Das frühbyzantinische Emphyteuse-recht», *Symposium 1977* (1982) 365; S. LONGO, *Locare «in perpetuum». Le concessioni in godimento di ager municipalis*, Torino, 2012; LA MISMA, «Gai. 3, 145 e la locatio in perpetuum degli agri vectigales municipum», *SD 78* (2012) 255.

1. El *ager vectigalis* son extensiones de las tierras cultivables destinadas a la agricultura –en el Principado lo son también las tierras yermas–, propiedad del Estado romano o de un municipio, que se entregan en *enfiteusis* a cambio del pago de un *vectigal*.

El arrendamiento rústico es competencia de los censores, en representación del Estado romano, y puede tener una duración determinada o indeterminada, la que en el primer caso es prorrogable. El terreno arrendado por el Estado romano puede ser revocado en cualquier momento por éste [19.7].

2. El enfiteuta recibe la *posesión interdictal*, la que puede ser objeto de transmisión hereditaria [19.13]. Si bien no puede usucapir la cosa, según una opinión compartida, puede enajenarla y pignorarla. En el edicto se contemplaba una *actio in rem* pretoria, basada en la *rei vindicatio*, dirigida contra poseedores carentes de titularidad, para obtener la restitución de la cosa (Pap. D. 21, 2, 66 pr.; Ulp. D. 6, 3, 1; Ulp. D. 30, 71, 5-6).
3. 2. Desde el s. III d. C. se multiplican los arrendamientos de larga duración, para permitir a los emprendedores solventes poseer numerosas tierras públicas improductivas. Junto al arrendamiento temporal (*locatio conductio*) aparece la *enfiteusis* (*emphyteusis*) como arrendamiento a largo plazo sobre las tierras pertenecientes al patrimonio del príncipe (*fundi patrimoniales*). Sobre los *fundi rei privatae*, es decir, los inmuebles pertenecientes a la «Corona», inherentes a la función imperial, aparece el *ius perpetuum*, el arrendamiento indefinido y solo excepcionalmente revocable, que en el siglo IV d. C. es desplazado por la enfiteusis. Estas relaciones jurídicas son también subsumidas en el amplio e ilimitado concepto de propiedad del derecho vulgar.

Mientras en *Occidente*, donde el nombre de *enfiteusis* desaparece, la propiedad útil se convierte, definitivamente en la propiedad del derecho vulgar; en *Oriente*, una ley del emperador Zenón (segunda mitad del s. V) sobre el *contractus emphyteuticarius* es considerado un derecho distinto a la propiedad y al arrendamiento, enajenable y pignorable, a la vez que protegido por una *actio in rem*, que toma por modelo a la *rei vindicatio* (vid. C. 4, 66, 1; Inst. 3, 24, 3). El enfiteuta soporta el gravamen de la cosa y debe pagar al dueño de ésta el importe convenido (*canon, vectigal*). 4

Para la enajenación se exige el consentimiento del dueño, el cual puede exigir a cambio del otorgamiento de éste, el pago de hasta un 2% del precio de venta o del valor de la enfiteusis. Respecto de la venta el propietario tiene un derecho de prelación [23.9] sobre cuyo ejercicio dispone de dos meses para pronunciarse, los que se cuentan desde la notificación que el enfiteuta debe practicar, acerca de la venta que pretende realizar. Éste *pierde* su derecho si se retrasa tres años en el pago del canon o de los impuestos públicos, o bien si no realiza la notificación a la que está obligado, en caso de una venta. Vid. *Justiniano* C. 4, 66, 2–4. **Lit.:** A. BOTTIGLIERI, *La nozione romana di enfiteusi*, Napoli, 1994; M. FUENTESECA DEGENEFFE, *De emphyteutico iure*, Madrid, 2003. 5

II. DERECHO DE SUPERFICIE

1. Tempranamente, se dio a los privados la autorización para tener un *edificio* sobre suelo *estatal*, a cambio del pago de un canon (*vectigal*), mediante un arrendamiento público (*locatio*). En época clásica ya es posible tal derecho a mantener edificaciones, ahora sobre tierras de particulares; el canon se pasa a llamar *solarium* (de *solum*, suelo) y el edificio (pero no así el derecho sobre él) toma el nombre de *superficies*. El titular de este derecho, *superficiario*, no es poseedor interdictal, pero protege el disfrute (*uti frui*) que por disposición contractual tiene sobre este edificio mediante el *interdicto de superficiebus*, cuyo modelo es el *uti possidetis* (Ulp. D. 43, 18, 1 pr.). Se discute si el superficiario pudo usucapir, enajenar o pignorar su posición. La protección por medio de la *actio in rem*, basada en la *rei vindicatio*, se concedió, como *actio in factum*, caso a caso (Ulp. D. 43, 18, 1 pr.). 6

2. En época posclásica, quien ha construido un edificio sobre un terreno público y ha pagado el canon, obtiene una propiedad en el sentido jurídico-vulgar. Quien construye sobre un terreno privado con autorización del dueño puede ser, según el derecho vulgar de Occidente, propietario del edificio (contra la regla clásica *superficies solo cedit* [26.10]). 7

■ § 30. ENFITEUSIS. SUPERFICIE

Justiniano comprende el derecho sobre el edificio, ora como derecho especial, ora como servidumbre, ora como enfiteusis. El derecho es enajenable, transmisible hereditariamente, susceptible de gravamen y protegido por medio de una *actio in rem*.

Lit.: F. SITZIA, *Studi sulla superficie in epoca giustiniana*, Milano, 1979; F. PASTORI, *Prospettiva storica della superficie nel sistema dei diritti*, Bologna, 1988 (*Corso*).

§ 31. Relaciones pignoraticias

(RPr. §§ 38 IV, 108 – 111, 250 – 252)

Lit.: H. DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, 2 vols., Leipzig, 1860–64; M. KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht*, Napoli, 1982 (= TR 44 [1976] 233–289; TR 47 [1979] 195–234, 319–345; SD 45 [1979] 1–92; SZ 99 [1982] 249–277, con apéndices y suplementos); D. SCHANBACHER, «Zu Ursprung und Entwicklung des römischen Pfandrechts», SZ 123 (2006) 49 *vid.* [31.20]; HAUSMANINGER [20.1], casos 155 –185.

I. ESENCIA Y TIPOS

1. Para que un acreedor pueda asegurarse de que su crédito será satisfecho, existen en el derecho romano, así como en otros derechos, principalmente dos medios: o bien la responsabilidad del deudor se refuerza por medio de otras responsabilidades personales, de modo tal que otros salen *fiadores* por él, o bien por medio de cosas, de modo que se constityen garantías reales. De forma diferente a lo que se hace hoy, los romanos, prefirieron hasta el Principado los créditos con garantía personal antes que con garantía real. Sin embargo, durante el Principado, el derecho de prenda adquirió rápida importancia económica y llegó a ser la más importante institución de aseguramiento de los créditos.

2 La preferencia por la garantía personal se explica, ante todo, por el destacado papel que jugaron las numerosas relaciones de confianza y vínculos de amistad que en la realidad social, especialmente de la Roma republicana, así como las estrechas, así como por el rigor del procedimiento ejecutivo dirigido contra la persona del deudor, primeramente contra su cuerpo del deudor y, posteriormente, sobre todo su patrimonio (dependiendo del tipo de concurso. En la época del Principado, la ejecución sobre algunos elementos del patrimonio es excepcional, pero se transforma en regla general en la última parte del período.

3 2. Tanto en el derecho preclásico como en el clásico existen, para la realización de los fines de la garantía real, dos tipos de pignoración, la *fiducia* (*cum creditore contracta*), en cuanto transferencia en garantía, y el *pignus*, prenda en sentido estricto, sobre la cual el titular adquiere un derecho real limitativo sobre una cosa ajena.

4 Tanto en Roma, como en los derechos griegos y en el germánico, los *inicios* de estas relaciones pignoraticias se refieren a la responsabilidad real. Ella no presupone, toda-

vía, un *crédito* por el cual el deudor deba responder directamente, como tampoco al acreedor le significa la adquisición de una responsabilidad adicional, sino que se agota en la colocación de una propiedad *redimible*. De este modo es conjeturable que, en la *fiducia* la cosa fuese mancipada a cambio de un precio en dinero, que éste se entendiese prestado, pero sin que quien su adquirente asumiese una responsabilidad personal. El acuerdo fiduciario tendría, entonces, por contenido, que el que recibía el dinero estaba autorizado para recibir la cosa transferida, a cambio de la devolución de ese dinero. Es decir, una suerte de pacto de retrocompra, por el cual el adquirente de la cosa se obligaba a remanciparla a cambio de recibir la suma de dinero entregada (con un recargo, en todo caso, a modo de importe global de intereses).

- 5 Del desarrollo del *pignus* podría decirse algo similar, solo que aquí la cosa suele ser una *res nec mancipi*, que se entrega sin formalidades y que es devuelta del mismo modo. A propósito del *pignus* surge el principio de que se requiere de un crédito que sea asegurado, de modo que el régimen jurídico del *pignus* dependerá de la existencia y del contenido de dicho crédito (*accesoriedad* [31.21]). Esto se explica a partir del principio según el cual, si la suma debida no se paga, la prenda se entiende incorpora al patrimonio del acreedor en lugar de la suma de dinero [31.33].
- 6 Junto a las prendas de derecho privado existen desde antiguo otras jurídico-públicas, las que no siguen las reglas del derecho privado y que, más específicamente, no dan lugar a las acciones pignoraticias [31.39] que pueden ejercitarse en el proceso civil. A éstas pertenece la antigua *pignoris capio* (toma de prenda por el magistrado) medio coacción, además de la pignoración de inmuebles (sin posesión) a favor del Estado (*praediatura*). Sobre los prendas judiciales *vid.* [31.25].

II. FIDUCIA

Lit.: KASER [31.1], TR 47, 327; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Amsterdam, 1999; R. Fercia, «*Fiduciam contrahere*» e «*contractus fiduciae*». *Prospettive di diritto romano ed europeo*, Napoli, 2012; F. BERTOLDI, *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena, 2012.

- 7 **1.** En la *fiducia cum creditore contracta* [7.10, 24.8] se transfiere una *res mancipi* a través de *mancipatio* o *in iure cessio* a un acreedor (fiduciario), por parte de quien otorga la garantía (llamado fiduciante, normalmente, el mismo deudor, pero también puede ser un tercero). Por medio de un pacto fiduciario (*pactum fiduciae*) se acuerda que el fiduciario la retransmitirá por *remancipatio* o *in iure cessio*, cuando el crédito garantizado sea satisfecho o extinguido de cualquier otra forma.
- 8 Puesto que el fiduciante puede transferir *solo a un* acreedor la cosa, una transferencia múltiple en garantía a varios acreedores no es posible (a causa de la animadversión

hacia las condiciones de la *mancipatio* y de la *in iure cessio*, tampoco bajo condición suspensiva).—La *fiducia* se constituía frecuentemente sin posesión, es decir, sin transmisión de ésta al acreedor. Al fiduciante que conserva la posesión, se le facilita la usucapión de regreso (*usureceptio ex fiducia*): al extinguirse la deuda, él readquiere la propiedad en el término de un año, sin título y no obstante saber que no es dueño; incluso si la deuda subsiste, salvo que él posea a título de arrendatario o precarista y que derive este poder de hecho de su acreedor; Gai. 2, 59–60. **Lit.:** G. M. OLIVIERO, «Questioni testuali e terminologiche in tema di *usureceptio*», en *FHI*. vol. V, 3891.

La *fiducia cum creditore contracta* comparte con el *pignus* la función de servir como negocio pignoraticio; por consiguiente, en el período clásico ambos negocios tienden a asimilarse. Al final de este período la *fiducia* desaparece y su mención es interpolada en las fuentes clásicas por Justiniano, quien en su lugar escribe *pignus*. 9

2. Si la deuda no es extinguida, el acreedor puede utilizar la cosa para satisfacer su crédito. En el derecho antiguo, la cosa, sencillamente, **se hacía propiedad** del acreedor. Esta prenda comisorias, que para el acreedor en ocasiones representaba menos, y, en otras, más que el valor del crédito, perdió terreno en la República tardía ante el pacto *de distrahendo* (*pactum, ut vendere liceat*) que autorizaba al acreedor a vender la cosa y a pagar su crédito con lo obtenido producto de la venta. Este pacto evoluciona hasta transformarse en una cláusula habitual del pacto de prenda, al punto que en el derecho clásico se la sobreentiende, incluso si no consta expresamente. *Vid.* Pomp. D. 13, 7, 6 pr. y 8, 4 s. (¿se refería originalmente a la *fiducia*?); BRUNS n. 135. 10

Por regla general, el fiduciario se reserva la autorización para vender, sin garantizar al comprador la responsabilidad por los defectos jurídicos [41.25–33] (lo que rebaja el precio obtenido). Si el precio de la venta no cubre el crédito, subsiste el crédito residual (*residuum*) [31.12]. Si, en cambio, lo obtenido supera el monto del crédito, el saldo restante (*superfluum*) se entrega al fiduciante [31.12]. De no haber comprador para la cosa, el fiduciario es autorizado, en virtud de una decisión discrecional del emperador, a quedarse definitivamente con la cosa, en función de pago [31.34]. **Lit.:** M. KASER [31.1], TR 44, 244; 47, 208. 11

3. El fiduciante tiene contra el fiduciario la *actio fiduciae*, la que en primer término solo se basa en la *fides* (en cuanto deber de honrar la palabra empeñada). En época clásica ella se cuenta entre los *bonae fidei iudicia* [33.7] y, por lo mismo, forma parte del *ius civile*. De la *fides* el acreedor se obliga a comportarse con la cosa transferida dominicalmente como simple fiduciario, es decir, a resguardarla (si es que tiene la posesión) de daños y en ningún caso a enajenarla o gravarla. Si la deuda es extinguida (o bien reemplaza a la *fiducia* otra garantía, o bien el fiduciario ha incurrido en mora de aceptación), el fiduciante puede con esta acción obtener la retransmisión de la cosa. Si la deuda no ha 12

sido extinguida y la cosa ha sido vendida, la acción sirve para la restitución del excedente, PS 2, 13, 1. Si el fiduciario no puede retransmitir la cosa, o solo puede hacerlo entregando una cosa deteriorada, o bien él ha obrado incorrectamente en la venta, debe responder por *dolo* [36.14]. La condena de la *actio fiduciae* lleva aparejada la nota de infamia [13.13].

- 13 Para el reembolso de las *impensas* que haya realizado en la cosa, así como para otras reclamaciones (p. ej., de daños provocados por el fiduciante), el fiduciario dispone contra el aquél de una *acción contraria* (*actio fiduciae contraria*), la que se configura también como *bonae fidei iudicia*, PS 2, 13, 7.

Vide (sobre la transmisión de garantías) §§ 216 II, 930 BGB; 10 III öKO, pero también 717 ZGB; art. 1528 Cc esp.

III. PIGNUS

Lit.: M. KASER [*ante* 31.1], TR 44, 237; SD 45, 1; SCHANBACHER [*ante* 31.1]; M. BRAUKMANN, *Pignus. Das Pfandrecht unter dem Einfluss der vorklassischen und klassischen Tradition der römischen Rechtswissenschaft*, Göttingen, 2008 (rec. crítica de KNÜTEL, Iura 58 [2010] 303; D. SCHANBACHER, SZ 127 [2010] 443 y SZ 128 [2011] 736); J. de CHURRUCA, «Pignus», en *Homenaje Murga*, 333; J. D. HARKE (Hrsg.), *Facetten des römischen Pfandrechts*, Heidelberg, 2015.

- 14 **1.** La prenda (*pignus*) es un derecho real, limitado y autónomo que recae sobre una cosa, y es en el derecho clásico y justiniano un instrumento jurídico unitario, siendo indiferente si al constituirse ella se transfiere la posesión de cosa (*pignus datum*) al acreedor, o bien si queda en manos del pignorante (prenda sin posesión; *pignus obligatum*; expresión latina atécnica). Para designar a esta última, en época clásica surge el nombre de *hypotheca*.—Debe distinguirse entre el *pignus* como objeto, sobre el cual existe un derecho real (y al cual se dedica el libro 20 del Digesto), y el *pignus* como relación jurídica entre el pignorante (o deudor prendario o pignoraticio) y el pignoratario (o acreedor prendario o pignoraticio). Sobre esta relación jurídica trata el título 13, 7 del Digesto. En el caso de la prenda posesoria, este contrato se cuenta entre los reales [39.22]. Es comparable al usufructo y la relación jurídica derivada de la caución usufructuaria entre usufructuario y dueño [29.8].
- 15 Una equivocada etimología deriva la palabra *pignus* de *pugnis* (puño) (Gai. D. 50, 16, 238, 2), de donde proviene la voz alemana *Faustpfand* (prenda de puño). Es más correcto derivar *pignus* de *pangere* (fijar, clavar en tierra, hincar).—Sobre *hypotheca* vid. Ulp. D. 13, 7, 9, 2; Inst. 4, 6, 7 *i.f.*, pero también Marci. D. 20, 1, 5, 1: *Inter pignus*

autem et hypothecam tantum nominis sonus differt («Entre prenda e hipoteca la diferencia es solo nominal»). Solo a partir de Juliano hay testimonios del uso de *hypotheca*, que se apoyan en la práctica documental de las provincias orientales. La prenda sin posesión, romana es, sin embargo, distinta de la griega ὑποθήκη (una relación de pura responsabilidad real [31.4–5]). Los juristas romanos la entienden como prenda posesoria, que el acreedor cede al pignorante en calidad de *precario* o a través de *locatio conductio*. La utilización de expresiones griegas tales como *hypotheca*, *hyperocha* (para referirse al *superfluum*), *antichresis* [31.32] tiene su explicación en modelos extraídos de los derechos helenísticos, seguidos solo parcialmente por los romanos.

Las reglas relativas a la **constitución** de la prenda jurídico-privada surgen en el contrato de prenda y solo posteriormente se extienden a la prenda legal y a la judicial. 16

a) La *pignoración* de una cosa, sea ésta *mancipi* o *nec mancipi* exige, en el derecho clásico: aa) que la cosa al tiempo de su pignoración se encuentre *in bonis* del pignorante, es decir, comprende tanto la propiedad civil como la pretoria [22.9]; bb) que las partes acuerden sin necesidad de formalidades un contrato sobre la pignoración; cc) que exista un crédito que sea garantizado por la prenda.

Respecto de aa): Si el pignorante adquiere el derecho sobre la cosa solo *después* de su pignoración, el acreedor dispondrá de la acción real de la prenda [31.40] como *actio utilis*, porque la cosa no se encontraba *in bonis* del pignorante (Diocl. C. 8, 15, 5). Si se pignora una cosa fructuaria, en el derecho tardoclásico y en el justiniano, los frutos se entienden «tácitamente» pignorados junto a la cosa (Alex. C. 8, 14, 3; diversamente, PS 2, 5, 2).—Si el pignorante no tiene la posesión *ad usucapionem*, se establece entre él y el acreedor una relación jurídica de carácter personal (*actio pigneraticia* [31.36; 39.22]), pero el acreedor no adquiere en ningún caso una protección real. **Lit.:** D. SCHANBACHER, *Die Konvaleszenz von Pfandrechten im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1987; A. WACKE, «Die Konvaleszenz von Pfandrechten», SZ 115 (1998) 438; H. ANKUM, «Spätclassische Problemfälle bezüglich der Verpfändung einer *res aliena*», en *Fs. Knütel*, 35; H. VERHAGEN, «The (Lack of) Protection of *bona fide* Pledgees in Classical Roman Law, *Fundamina* 20-2 (2014) 982*vid.* [31.26]. 17

Sobre bb): De acuerdo con la opinión dominante, la prenda tenía, originalmente, carácter *posesorio*, en cuanto al momento de la conclusión del contrato al acreedor le era entregada la *posesión interdictal* [19.15]. Si bien esto es posible, las fuentes transmitidas admiten que desde los primeros años de la República era habitual que el *arrendatario* de un predio agrícola pignorara al arrendador, a fin de garantizar su crédito sobre el canon de arrendamiento, etc., las cosas él introducía en él (según una cláusula de la práctica cautelar, los llamados *invecta, inlata, inportata*, es decir, las cosas que se conducía, cargaba o 18

llevaba al predio, y que, seguramente, quedaban ahí) y que se encontraban inventariadas, así como los frutos adquiridos, etc. (*vid.* Cato, *De agri cultura* 146, 5; 149, 7; 158, 2 [42.2]). El colono conserva la posesión. Lab. D. 20, 6, 14; Afr. D. 47, 2, 62, 8 (al comienzo). El arrendador (pignoratario) no posee las cosas pignoradas, puesto que el arrendatario las necesita para su actividad económica o para su uso personal, de modo que no puede prescindir de ellas. El pacto pignoraticio llega a ser una cláusula inherente al contrato de arrendamiento de predios rústicos.

- 19 En los contratos de arrendamientos urbanos se incluyó también una prenda sin posesión sobre las cosas que habían sido introducidas en ella. Ya hacia principios del s. II d. C. se admite que no es necesario un acuerdo expreso: Ner. D. 20, 2, 4 pr.: «En nuestro derecho se acepta que las cosas que han sido introducidas en los inmuebles urbanos se entienden tácitamente pignoradas; todo lo contrario se observa respecto de los predios rústicos». La voluntad tácita de pignorar no deriva de que ella corresponda a una necesidad imperiosa del arrendatario, sino porque en la sobrepoblada Roma de época imperial, el dueño de un edificio de viviendas de alquiler no habría contratado si no hubiese contado con esta garantía. Este derecho, ya consagrado tanto en Roma como en Constantinopla (la «nueva Roma»), es extendido por Justiniano a las provincias en el año 529; C. 8, 14, 7; *vid.* [31.38].—Aquí es posible observar cómo un convenio específico deviene en una cláusula contractual típica, al modo de unas condiciones generales de los contratos.—Tratándose del arrendador de predios rústicos se desarrolla, en cambio, el derecho a que los frutos producidos se tengan por pignorados tácitamente a su favor.—Pomp. D. 20, 2, 7 pr., *vid.* Afr. D. 47, 2, 62, 8.—§§ 562, 583, 592, 704 BGB; 1101, 970c ABGB; 272, 286 III, 491 OR (Derecho de retención), 895 I, 898 ZGB; art. 1864 Cc esp. **Lit.:** R. MENTXAKA, *La pignoración de colectividades en el derecho romano clásico*, Bilbao, 1986; sobre lo cual, H. WAGNER, «Grundfragen der Verpfändung von Sachmehrheiten», Bull. 89 (1986) 491; KNÜTEL [31.38]; sobre pignoración de cosas depositadas, *vid.* E. CHEVREAU, «La pratique du gage dans les *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*», *Fs. Knütel*, 183 (especialmente sobre TPSulp. 79 [1.46]; CAMODECA I, 181) = TPN 69 [WOLF, 104]; *vid.*, además (Pignoración en garantías mutuas) TPN 43 y 44 (WOLF, 75, 78); JAKAB [3.14], 447; B. ABATINO, «*Pignoris arrabonisve nomine*» in TPSulp. 51 (TPN 43), TR 80 (2012) 311; F. KLINCK, «Verpfändung und Speichermiete in den *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*», en Harke [*ante* 31.14], 55; D. SCHANBACHER, «Vorausverpfändung und Erbfolge – D. 20,1,34 pr.», *ibid.*, 75.
- 20 **20.** Un simple *contrato de prenda*, sin transmisión de la posesión o contribución, obtiene protección real por medio de la extensión de la *actio Serviana* [31.39–40], probablemente ya en el s. I d. C. (*vid.* Cato *de agr.* 146, 5; 149, 7; Serv.[?] – Alf.–Paul. D. 13, 7, 30 así como [del s. I d. C.] Cass.–Paul. D. 13, 7, 18, 3 y [37 d. C.] TPSulp. 51, 52 y 45). Por el contrario, se carece de indicios suficientes para aceptar la tesis desarrollada por KUNKEL, en cuanto a que el contrato de prenda sin posesión habría tenido

como antecedente una *prenda substitutiva (aestimatum)*, en la cual el acreedor habría permitido por adelantado al deudor pagar con una cosa en lugar de la suma de dinero adeudada, cosa cuyo valor se habría determinado por la avaluación que hicieran las partes. La aceptación de este estadio intermedio de la prenda tiene por base, además, la suposición, refutada por TPSulp., de que al comienzo del Principado no existía aún la prenda no-posesoria. **Lit.:** KASER [ante 31.1], TR 44, 237, 250; SD 45, 7, 10; W. KUNKEL, «Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts», SZ 90 (1973) 150; G. KRÄMER, *Das besitzlose Pfandrecht (Entwicklungen in der röm. Republik und im frühen Prinzipat)*, Köln, 2007; D. SCHANBACHER [ante 31.1], 49 (origen en el derecho griego como contrato de prenda, cuya constitución funda al mismo tiempo la posesión interdicial y la prenda del acreedor); EL MISMO, «Verpfändungspraxis und Pfandrecht», en UAJR, 191.

Acerca de cc): la prenda es *accessoria* desde antiguo, es decir, depende de la existencia del *crédito* garantizado. Sin tal crédito no hay prenda, si éste se extingue, desaparece aquélla. **21**

Se entiende que la prenda comisoría, por causa de *datio in solutum* [31.33] supone un crédito válido. Este puede ser contra el pignorante o contra un tercero, debe ser en dinero o consistir en una prestación avaluada en dinero (Marci. D. 20, 1, 5, pr.-2). La obligación natural contraída por un hijo de familia o por un esclavo es válida como obligación condicional. La pignoración a favor de un crédito sujeto a condición conserva su prelación, en el supuesto de que el deudor se haya obligado, si el cumplimiento de la condición no depende de la voluntad de éste (Iul-Afr. D. 20, 4, 9 pr.-1). Si la deuda se extingue solo parcialmente, la prenda, o bien todas las cosas que hayan sido pignoradas, subsisten en su totalidad a favor del resto de la deuda (Pap. D. 21, 2, 65: *propter indivisam pignoris causam*, «por ser indivisa la causa de la prenda», es decir, responde por la parte del crédito aún no extinguida). **Lit.:** A. WACKE, «Ungeteilte Pfandhaftung», Index 3 (1972) 454; J. L. ALONSO, «Sull'accessorietà del pegno», en *FHI*. vol. I, 77.

Además de las cosas, también es posible pignorar créditos (*nomina*), el *usufructo*, las servidumbres rústicas y el derecho de enfiteusis. Igualmente, es posible pignorar una cosa ya pignorada (*pignus pignoris*, *subpignus*, prendas sucesivas; pero no así el derecho como tal) y como «derecho de prenda general», todo un *patrimonio* (Ulp. D. 20, 1, 6; *vid.* [31.24]). **22**

De la prenda del crédito surge para el pignoratario una acción a imitación de la pignoratia (*actio Serviana*, *vid.* [31.39]). Si del crédito garantizado obtiene el importe de éste, hay satisfacción; si obtiene otras cosas, éstas se tienen a título de prenda, *vid.* Paul. D. 13, 7, 18 pr. En el *subpignus* el acreedor del pignoratario puede, cuando a éste el pignorante le adeuda una suma de dinero, cobrarla y liquidar su crédito contra el pignoratario; si a causa del crédito pignorado se debe una cosa, cuando el deudor paga, ésta queda para el segundo acreedor en el lugar de la prenda, Pomp.-Marci. D.

20, 1, 13, 2. **Lit.:** Chr. BALDUS, «*Iura in iuribus alienis?*» Zu D. 20,1,31 (Scaevola 1. resp.)», en *Ess. Sirks*, 61.

- 23 b) Desde época tardoclásica y en el derecho imperial existe el derecho de prenda **legal**.

Se desarrollan en parte por causa de las preferencias de ciertos acreedores en el procedimiento de ejecución. Por ejemplo, sobre el edificio, tratándose del préstamo para su construcción (sc. bajo Marco Aurelio, Pap. D. 20, 2, 1); a favor del pupilo por las cosas compradas con el dinero tutelar (A. Severo, Ulp. D. 27, 9, 3 pr.); otros casos, a partir de Justiniano.

- 24 En época posclásica adquieren gran importancia las **hipotecas generales** de carácter legal sobre el *patrimonio*; con ellas el crédito queda gravemente perjudicado.

Sus *orígenes* se encuentran, en parte, en la pignoración contractual de la totalidad de un patrimonio, ya existente en época clásica. Aunque parcialmente, en los derechos helenísticos se encuentran los modelos relativos a las facultades, tanto prendarias, como aquellas similares a éstas, por las que los Severos gravaron el patrimonio de los deudores del Fisco, a favor de los créditos estatales, por impuestos o por prestaciones derivadas de contratos.—Ejemplos de hipotecas legales generales: desde Constantino, para todas las pretensiones de los pupilos contra el tutor sobre su patrimonio; desde Justiniano, a favor del legatario por todo aquello que el gravado con tal legado obtiene de la herencia; a favor de la mujer sobre el patrimonio del marido a causa de su derecho a la restitución de la *dote*, las *donaciones nupciales* y los *bienes parafernales*; a favor del marido sobre el patrimonio de aquel que se ha obligado a constituir la *dote*. **Lit.:** H. WAGNER, *Die Entwicklung der Legalhypothen am Schuldnervermögen im römischen Recht*, Köln, 1974; E. KOOPS, «Moschi's case. On the execution of fiscal debts and the *beneficium excussionis*», TR 80 (2012) 279 (sobre Paul. D. 49, 14, 47 pr.).

- 25 La prenda **judicial** se desarrolló a partir del procedimiento *cognitorio* clásico, de donde surge la ejecución sobre cosas singulares (en lugar del anterior procedimiento concursal). Esta prenda constituida por el juez (*pignus in causa iudicati captum*) adquiere a partir de época posclásica, una forma más definida [87.12]. Aquí están las raíces del embargo ejecutivo (*Pfändunspfandrecht*).—§§ 804, 930 ZPO; 87ff., 249ff. öEO; 89ff. schwSchKG; 585 LEC.

- 26 **3.** La pignoración **plural** de la misma cosa no es posible, conforme al principio de que la prenda no pagada se hace del acreedor [31.5; 31.33]: sobre una cosa solo puede otorgarse una titularidad. En época clásica se admite la prenda sucesiva a favor de un segundo acreedor, solo si lo es bajo la condición suspensiva de que la primera prenda se extinga (Afr. D. 20, 4, 9, 3; Gai. D. 20, 1, 15, 2).

D. 20, 1, 15, 2 (Gayo, *lib. sing. de form. hypoth.*)

Qui res suas iam obligaverint et alii secundo obligant creditori, ut effugiant periculum, quod solent pati qui saepius easdem res obligant, praedicere solent alii nulli rem obligatam esse quam forte Lucio Titio, ut in id quod excedit priorem obligationem res sit obligata, ut sit pignori hypothecaeve id quod pluris est: aut solidum, cum primo debito liberata res fuerit. de quo videndum est, utrum hoc ita se habeat, si et conveniat, an et si simpliciter convenerit de eo quod excedit ut sit hypothecae? et solida res inesse conventioni videtur, cum a primo creditore fuerit liberata, an adhuc pars? sed illud magis est, quod prius diximus.

Quienes habiendo obligado sus cosas las obligasen a favor de un segundo acreedor, para evitar el riesgo que suelen soportar quienes obligan con frecuencia la misma cosa, suelen manifestar que ésta no está obligada a favor de otro más que de Lucio Ticio, para que en aquello que exceda a la primera obligación, la cosa quede obligada, de modo que sirva para prenda o hipoteca lo que vale de más, o toda ella, una vez que la cosa se libere de la primera deuda. Sobre lo cual se ha de ver si esto será así si se conviniere, o si simplemente se hubiere convenido, que aquello que exceda quede en hipoteca; y se considera que toda la cosa está comprendida en la convención, si la cosa se libera del primer acreedor. ¿Acaso una parte de la cosa? Pero es más cierto lo que antes hemos dicho.

Este interesante texto muestra, en primer lugar, que los riesgos de la prenda sin posesión se derivan de la falta de publicidad (quien quiere conceder a otro un crédito contra garantía prendaria no podría saber si la cosa ya ha sido pignorada), pero en la práctica romana no debió ser tan así: la draconiana pena del *stellionatus* (*vid.* Ulp. D. 47, 20, 3, 1), la que llegaba a los trabajos forzados en las minas (*opus metalli*) si se trataba de plebeyos y hasta la deportación, si se trataba de los que gozaban de alguna dignidad, debió ser intimidatoria.—Gayo discute dos posibilidades para convenir la pignoración múltiple; la primera, que se pignore la cosa en este sentido: en aquella parte de su valor que exceda el crédito del primer acreedor; la segunda, que se pignore condicionalmente la totalidad de la cosa. El jurista acepta que cuando se conviene solo lo primero, lo segundo se conviene tácitamente, desde el momento en que se satisface al primer acreedor (por lo general, de parte del deudor), de modo que el segundo acreedor obtiene una prenda por la totalidad de la cosa. Esto vale también cuando el segundo acreedor paga al primero; en razón de su propio crédito, tiene una prenda por toda la cosa; en razón de su pago al primer acreedor, carece, en cambio de prenda (porque no se reconocía la cesión, menos una por el solo ministerio de la ley), pero está facultado para satisfacer su crédito con lo obtenido, en el primer lugar, de la misma forma en que lo hubiese hecho el acreedor ahora sustituido. La primera cláusula no daba origen a una prenda sobre la cosa (*vid.* [23.23], ni a un derecho especial sobre una parte de ella), sino solo al excedente obtenido de la venta de la prenda. Solo la segunda cláusula daba al segundo acreedor una expectativa sobre la cosa.

A continuación de este estadio intermedio, en la etapa siguiente de su evolución, se acepta que el segundo acreedor obtiene con la prenda un derecho puro y simple y, con ello, la acción pignoratícia real (Marcell. D. 44, 2, 19). Pero ésta no puede prosperar ante la excepción de prenda más antigua (*exceptio rei sibi ante pignorate*) del acreedor de mayor rango (Marci. D. 20, 4, 12 pr.). Si se extingue el primer derecho de prenda (a consecuencia de la antigua concepción) el segundo acreedor asciende al mismo **rango** que el primero, el tercero al del segundo, etc. El rango se determina según el orden en que las prendas han sido constituidas (principio de prioridad); de acuerdo con el aforismo del rescripto del emperador Antonino (Caracalla) C. 8, 17, 3: *Si fundum pignori accepisti, antequam rei publicae obligaretur, sicut prior es tempore, ita potior iure* («Si aceptaste un fundo pignorado que antes lo fue a favor de la República, así como eres primero en el tiempo, preferido eres en el derecho»).

Lit.: Vid., primeramente, la literatura de [ante 31.17], y, además: M. KASER, «Über mehrfache Verpfändung im römischen Recht», Schr. II, 427; P. GRÖSCHLER, «Pfandrecht und Nießbrauch. Mehrfachbestellung und Konvaleszenz beschränkter dinglicher Rechte im römischen, im gemeinen und im geltenden Recht», en Harke [ante 31.14], 39 y en Fundamina 20-1 (2014) 357 (también sobre D. 20, 1, 15, 2); D. SCHANBACHER, «Hypothekarische Sukzession», TR 84 (2016) 149 ('Incorporación' en el derecho de prenda de un nuevo acreedor con cuyo dinero el anterior acreedor y poseedor de la prenda se paga).

- 27 Solo el primer pignoratario está legitimado para la *venta* de la cosa pignorada. Sin embargo, todo acreedor posterior puede *ofrecer* al primero la satisfacción de su crédito; al pagar éste (o al depositar, *vid.* [53.16]), ocupa el orden o rango del primer acreedor, adquiriendo así el derecho a vender la cosa pignorada (puede, incluso, obtener una ganancia que también cubra su crédito de rango posterior) y con el producido de la venta, a resarcirse del costo de obtener el rango del primer acreedor (*ius offerendi et succedendi*, Marci. D. 20, 5, 5 pr.).
Lit.: Chr. EMUNDS – J. D. HARKE, «Das *ius offerendi et succedendi* des nachrangigen Pfandgläubigers», en Harke [ante 31.14], 15.
- 28 Puesto que con la venta se extinguen todos los derechos de prenda, se acostumbra convenir al constituir una prenda posterior, que el excedente obtenido en la venta de la cosa pignorada sea pignorado a favor del pignoratario sucesivo (Gai. D. 20, 1, 15, 2; [31.26]). Una vez que el primer acreedor ha vendido la cosa pignorada, el segundo acreedor, el tercero, etc., puede exigir de aquel la parte debida del *superfluum* por medio de la correspondiente *actio Serviana* modificada [31.39].
- 29 El rango pignoraticio, que rige desde el momento de la constitución del derecho de prenda es superado por los **privilegios**, de efectos nocivos para el crédito, y que aumentan en época posclásica.

Los derechos de prenda que garantizan créditos mutuarios pertenecen a esta clase, cuando el dinero prestado para gastarlo en la cosa pignorada se usa para comprarla o para extinguir de un derecho de prenda anterior. Además, los derechos de prenda legales, desarrollados a partir de privilegios concursales, disfrutan de primacía [31.23], y lo mismo cabe decir de las prendas a favor de deudas consignadas documentalmente (desde el emperador León C. 8, 17, 11, 1; 472 d. C.). De los derechos generales de hipoteca, uno de los privilegiados es el de la mujer para exigir la restitución de la dote. Es posible que existiese una *modificación de los rangos* en determinados casos.

El derecho de prenda **se extingue**: por desaparición de la cosa; en razón de su 30
 accesoriedad, por la pérdida del crédito garantizado, o por la constitución de una garantía diferente, por la mora del acreedor, en tanto el deudor deposita (Diocl. C. 8, 13, 20); también en razón de la venta de la cosa pignorada [31.27–28] o por la reunión del derecho de prenda con el dominio en una sola persona (*confusio*; aunque hay limitaciones, *vid. Alex. C. 8, 19, 1, 1*). La renuncia sin formalidades a la prenda por parte del acreedor funda una *exceptio (doli o pacti*; Gai. D. 20, 6, 7, 2). El derecho de prenda se extingue, además, cuando el pignorante, con la anuencia del acreedor, vende la cosa pignorada, en la medida que éste no haya reservado la continuidad del derecho de prenda (Marc. D. 20, 6, 8, 6 ss.). Una prescripción adquisitiva de la liberación de la prenda se desarrolla a partir de la *longi temporis praescriptio* del derecho clásico provincial bajo Justiniano y se eleva a la condición de instrumento general (C. 7, 39, 8; *vid. 25.14–15*).

Lit.: D. SCHANBACHER, «Gefahrtragung im Pfandverhältnis: Lysias VIII, 10», TR 74 (2006) 319; H. ANKUM, «Consequences of a Pledge Extinguished by Merger in Classical Roman Law», en *Ess. Pool*, 1; EL MISMO, «*Pignus et confusio* (D. 36, 1, 61 pr.)», en *FHL* vol. I, 151; G. KLINGENBERG, «Geplanter pfandfreier Erwerb», *Liber amicorum Christoph Krampe*, Berlin, 2013, 193.

5. a) En razón de su **contenido**, el derecho de prenda da al acreedor, antes 31
 del vencimiento del crédito, una *seguridad* (de protección real) y, luego del vencimiento, un derecho a la *satisfacción* de su crédito, a cuya disposición está la cosa pignorada.

El que el acreedor reciba la posesión de la cosa pignorada al momento de la constitución de la prenda dependerá de si la prenda incluye tal posesión, o no. Al producirse el incumplimiento, el acreedor que carece de la posesión puede pedirla, a fin de emplear la cosa pignorada para la satisfacción de su crédito.

El acreedor puede *usar* la cosa o recoger los *frutos* solo si el pignorante lo autoriza; tal 32
 es la *antichresis* importada de los derechos helenísticos, donde gozó de un extendido uso (hoy en el § 1213 BGB, severamente limitada en los §§ 459 y 1372 ABGB; 892 II

ZGB; 45 SchlussTitZGB; art. 1881 Cc esp.). En la anticresis se pacta que el acreedor pueda imputar el valor de los frutos, primeramente, a los intereses y, una vez pagados, al capital del crédito (en el alemán jurídico la expresión *Totsatzung* designa a la amortización, en tanto que el concepto *Ewigsatzung* expresa que no se da la imputación), de modo que debe entregar al pignorante solo el excedente. Sin embargo, se puede también pactar que el acreedor tenga los frutos en lugar de los intereses; sobre la cosa entregada a él no habría entonces prenda (excluye la realización de ésta), sino solo un derecho de retención. *Vid.* Marci. D. 20, 1, 11, 1; en sentido contrario Marci. D. 13, 7, 33. **Lit.:** KASER [31.1], SD 45, 80; H. KUPISZEWSKI, «Antichrese und Nutzpfaud in den Papyri», en *Iuris professio. Festgabe für Max Kaser*, Wien, 1986, 133.

- 33 b) aa) Si la deuda no ha sido satisfecha ni extinguida de ninguna otra forma, verificado que sea el incumplimiento, el acreedor puede obtener satisfacción de su crédito con la cosa pignorada. Esta «realización de la prenda» se lleva a cabo desde antiguo (lo mismo que en la *fiducia*) por medio del **decomiso** de la cosa pignorada por parte del acreedor, todo lo cual subsiste en el derecho clásico, aunque con una apariencia distinta [31.5].

En esta época, ante el caso de que la deuda no se satisfaga, se echa mano de pactos accesorios a la pignoración por medio de los cuales el acreedor, o bien la adquiere *en lugar del pago* (*datio in solutum* [53.11]) (Diocl. C. 8, 13, 13), o bien se queda con la cosa pignorada queda como *vendida*, supuesto en el cual la liberación de la deuda equivale al precio (Pap. vat. 9).

Ante la escasez de créditos del período posclásico, aumentan los abusos mediante prácticas usurarias, de modo que al acreedor se entregaban en prenda comisorias cosas cuyo valor excedía largamente el importe del crédito, de modo de apropiarse de ellas en caso de no poder el deudor pagar la deuda. Una ley de Constantino del año 320 d. C., prohibió el pacto comisorio (*lex commisoria*, una *lex contractus*, es decir, una cláusula contractual), y Justiniano conservó la prohibición. **Lit.:** KASER [31.1], TR 44, 244; 47, 208; F. PETERS, «Der Erwerb des Pfandes durch den Pfandgläubiger im klassischen und nachklassischen Recht», *Studien Kaser*, Berlin, 1973, 137; A. WACKE, «Max Kasers Lehren zum Ursprung und Wesen des römischen Pfandrechts», SZ 115 (1998) 169; H. L. E. VERHAGEN, «Das Verfallpfand im frühklassischen römischen Recht. Dingliche Sicherheit im Archiv der Sulpizier», TR 79 (2011) 1; EL MISMO, «The evolution of *pignus* in classical Roman law. *Ius hororarium* and *ius novum*», TR 81 (2013) 51.

- 34 bb) En los primeros años de la República se suele pactar que el acreedor obtenga satisfacción de su crédito por medio de la **venta de la cosa pignorada**. Este *pactum de vendendo* se entiende incorporado tácitamente al contrato, por lo que no requiere de mención expresa; Ulp. D. 13, 7, 4; Pomp. D. 13, 7, 5.

Se debe avisar de la venta al deudor; en época posclásica, se exige que esta *denuntiatio* se haga tres veces (PS 2, 5, 1; 2, 13, 5).—El propietario no puede comprar válida-

mente la cosa (Pap. D. 13, 7, 40 pr.). Tal como ocurre con la *fiducia* [31.11] es usual que el comprador renuncie a la obligación de otorgamiento de garantía por los vicios jurídicos del vendedor (Alex., Gord. C. 8, 45, 1 s.). Pero si el comprador ha sido perjudicado por esta deventaja puede demandar (por medio de una *actio utilis*) al deudor liberado (Ulp. D. 13, 7, 24 pr.; Tryph. D. 20, 5, 12, 1). El convenio entre vendedor y comprador de permitir al pignorante recuperar la cosa devolviendo al comprador el precio de la compra tiene precedentes clásicos (Ulp. D. 13, 7, 13).—Del mismo modo que en la *fiducia*, si no se encuentra comprador interesado en la cosa pignorada, entonces al acreedor puede serle otorgada la propiedad por una decisión del emperador (*impetratio dominii*, Alex. C. 8, 33, 1).

El acreedor pignoraticio enajena la cosa como *no-dueño*; pero se entiende que al pignorarse la cosa por su dueño, éste da su *consentimiento* para su posterior enajenación [11.15], de modo que el comprador de ella adquiriera la propiedad pretoria sobre las *res nec mancipi* y *mancipi* (Gai. 2, 64). Al pagarse el precio se entiende extinguida la deuda hasta el monto de éste; lo que no queda cubierto (*residuum*) continúa adeudándose. 35

Si el derecho de prenda se extingue, en particular por medio de la satisfacción de la deuda, el acreedor debe restituir la cosa al pignorante, para lo cual dispone de la *actio pigneraticia*, una acción personal nacida del contrato de prenda (detalles en [39.22–23]). En caso de venderse la cosa, la acción sirve al pignorante para exigir al acreedor la devolución del excedente de lo obtenido por la venta de la cosa pignorada, deducido el importe del crédito garantizado (el llamado *superfluum* o *hyperocha*). 36

6. Para la protección del derecho de prenda, existen, desde los primeros tiempos de la República, medios *pretorios*; la toma de prenda por propia mano (*pignoris capio*) se admite solo cuando al acreedor se le hubiese autorizado en el mismo contrato de prenda. 37

a) En el que probablemente sea el caso más antiguo de un derecho de prenda sin posesión, esto es, el *arrendatario* de predios rústicos que pignora a favor del arrendador su inventario para garantizar la deuda del arrendamiento [31.18], el pretor concede a este último el **interdicto Salviano** (prohibitorio), para la adquisición de la posesión. En principio, éste se dirige solo contra el arrendatario, pero más adelante puede dirigirse contra cualquier poseedor (Iul. D. 43, 33, 1 pr.–1, correspondientes al *interdicto Salviano*).

En el arrendamiento de inmuebles urbanos la relación es inversa: en este caso, cuando su crédito arrendaticio no ha sido satisfecho, el arrendador puede, autónoma y discrecionalmente, cercar los bienes inventariados y pignorados. 38

- 39 La *actio Serviana* fue concebida como una acción de carácter general (aunque pretoria, probablemente fue creada por el jurista Servio Sulpicio Rufo). Al principio estuvo restringida al caso del derecho de prenda del arrendador, Inst. 4, 6, 7. Frente al *interdicto Salviano*, ella tenía la ventaja (junto a otras de carácter procesal) de que no solo era apropiada para obtener la posesión por primera vez, sino para la recuperarla cuando se perdiese. En época altoclásica está a disposición de todo acreedor pignoraticio como *vindicatio pignoris* y para todo poseedor para la obtención o recuperación de la posesión.
- 40 Otros nombres de esta acción general son *actio pigneraticia* (*in rem*; no confundir con la acción de [31.36]), *actio hypothecaria*, *actio quasi Serviana*. Se requiere para su ejercicio que el actor tenga un derecho de prenda válido sobre una cosa y que ésta, al momento de la pignoración, estuviese *in bonis* del pignorante (Gai. D. 20, 1, 15, 1; para su extensión como *actio utilis*, *vid.* [31.17]); además, se requiere que el crédito no haya sido redimido ni garantizado de otro modo, ni que el acreedor esté en mora de recibir. En lo demás, esto es, en la participación del demandado en el proceso, en la restitución, en su contenido y efectos, sigue el modelo de la *rei vindicatio*. Según Ulp. D. 20, 1, 21, 3 el acreedor solo puede exigir que el deudor sea condenado hasta el importe del crédito; de un tercero poseedor, en cambio, puede exigir el valor íntegro de la cosa, lo que se explica porque el acreedor es responsable ante el deudor por el *superfluum* (en sentido diferente Marci. D. 20, 1, 16, §§ 3, 4, 6, sobre prenda sin posesión). Justiniano amplía también aquí la legitimación pasiva a los *ficti possessores* ([27.10], *vid.* Marci. D. 20, 1, 16, 3, parcialmente itp.).—Si la cosa pignorada se encuentra en poder de un tercero al cual el deudor se la hubiese vendido, dicho tercero no puede oponerse al acreedor, sino que debería más bien intentar obtener satisfacción del patrimonio del deudor. Esto, en razón de que el deudor no puede empeorar la situación jurídica del acreedor (enajenando la cosa), Diocl. C. 8, 13, 14 y 15. Por el contrario, Justiniano concede (Nov. 4, 2) al tercero poseedor el beneficio de excusión, es decir, exigir al acreedor que ejercite la acción y la ejecución, primeramente, contra el deudor, o contra los fiadores (*beneficium excussionis personalis*).—*Vid.* § 1227 BGB. **Lit.:** [31.37–40]: KASER [*ante* 31.1], TR 44, 239; SD 45, 11, 62; EL MISMO, «Die *vindicatio pignoris* zwischen *ius civile* und *ius praetorium*», en *Festschrift für Heinz Hübner*, Berlin, 1984, 63; F. WUBBE, «Der Streitwert bei der *actio Serviana*», en *Festschrift Max Kaser*, München, 1976, 179; E. KOOPS, *Vormen van Subsidiariteit. Een historisch-comparatistische Studie*, Den Haag, 2010 (sobre prenda, hipoteca y fianza; historia de los dogmas).
- 41 En el derecho alemán alto y bajomedieval la prenda de cosas muebles es, por regla general, «prenda de puño», en la cual las cosas entregadas, especialmente tratándose de cosas unitarias, podían ser adquiridas por su inscripción en el registro del magistrado. En época moderna, con la recepción del derecho romano, el derecho de prenda sin posesión alcanzó primacía. La conmoción que ello causó al crédito real condujo a la legislación territorial del s. XVIII a resucitar la separación de la prenda sobre inmue-

bles de la prenda sobre muebles, siendo modelo de lo primeramente Prusia, que desde 1722 mantuvo libros de registro de hipotecas y suelos. Para esto se volvió al principio de la «prenda de puño», el que se estableció plenamente en el siglo XIX y se consagró en la Ordenanza concursal de 1877 a favor de los legitimados a una satisfacción por separado. **Lit.:** COING I, 319; II, 207, 215, 414, 417; W. HROMADKA, *Die Entwicklung des Faustpfandprinzips im 18. u. 19. Jahrhundert*, Köln, 1971.

CAPÍTULO IV

DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

A. ESENCIA, CLASES Y CONTENIDOS DE LAS OBLIGACIONES

§ 32. Esencia e historia de las obligaciones

(RPr. §§ 39, 40, 112, 113 I, III, IV, 253, 254)

I. EL CONCEPTO DE OBLIGACIÓN

La *obligatio* –cuyo nombre deriva de *ligare* (sujetar, unir, atar)– es, tanto en el derecho clásico como en el justiniano, lo mismo que en el derecho actual, una *relación jurídica* por medio de la cual un *deudor (debitor)* se *obliga a una prestación* a favor de su *acreedor (creditor)*, quien, en caso de no cumplirse esta prestación, puede demandar al deudor con una acción personal (*actio in personam*) y, fundándose en una sentencia condenatoria, ejecutarlo. El acreedor tiene contra su deudor un *derecho de crédito* nacido de esta obligación (pretensión autónoma, *vid.* [4.5]).

Ejemplo: Si uno da en mutuo una suma de dinero a otro, en razón de este contrato el primero adquiere contra el segundo un crédito para exigir la restitución de la suma recibida. Aquel cuya cosa ha sido culpable e injustamente dañada adquiere contra el hechor un crédito a causa de este hecho ilícito (*delictum*); específicamente (en Roma), el derecho a una pena pecuniaria, en la que frecuentemente va incluida la indemnización de perjuicios.–La más conocida definición de obligación, llamativa por su singu-

laridad, se encuentra en Inst. 3, 13 pr.: *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura* («La obligación es un vínculo jurídico, por el cual somos constreñidos a dar cumplimiento a una prestación [sería más correcto decir: para resolver un asunto del cual se deriva una obligación], según los derechos de nuestra ciudad»). Difícilmente esta definición puede ser el producto de una escuela jurídica de época posclásica; representa, más bien, el eco de tiempos lejanos, en que la obligación suponía la sujeción del deudor a la fuerza del acreedor (*rem solvere* tiene el sentido especial de un asunto que resolver, principalmente de carácter financiero). La Glosa proporcionó un ejemplo en relación con este texto: *ut enim boves finibus visualiter ligantur, sic homines verbis ligantur et intellectualiter*, («así como puede verse a las ovejas que han sido atadas, así también los seres humanos son atados, imaginariamente, a sus palabras»).

Lit.: A. GUARINO, «*Obligatio est iuris vinculum*», en *St. Talamanca*, vol. IV, 343; J. GAUDEMET, «Naissance de la notion d'obligation», *ibidem*, 135; ZIMMERMANN, 1; G. FALCONE, *Obligatio est iuris vinculum*, Torino, 2003; L. CAPOGROSSI COLOGNESI – M. F. CURSI, *Obligatio – Obbligazione. Un confronto interdisciplinare*, Napoli, 2011 (sobre lo cual G. FALCONE, «Sistematiche gaiane e definizione di obbligatio», *ibidem*, 17, y CARDILLI [33.7] y REGEN [34.24]).

II. HISTORIA

- 2 El concepto clásico de obligación es ya una figura *avanzada*, a la que precede un largo desarrollo, en cuya reconstrucción no se va más allá de hipótesis generales. Hay dos preguntas diferentes, como ya se anticipó. La primera es si en un principio fueron los hechos ilícitos, o bien los lícitos, como una promesa formal, los que se consideraron relevantes desde un punto de vista jurídico. La segunda pregunta, si la figura jurídica de la obligación se desarrolló primero a propósito de los delitos, o bien de los contratos, es una muy discutida. En efecto, habla a favor (de la primera pregunta), que los delitos produjeron efectos jurídicos antes de que lo hicieran los contratos; sin embargo, estas consecuencias no fueron más allá de que el hechor «debía» algo a la víctima. Todavía más, o se exponía el autor de un delito a la venganza de la víctima, o se imponía el talión [32.4–5]; incluso las XII Tablas contienen solo lineamientos acerca de una obligación nacida de un delito. Por el contrario, la *sponsio-stipulatio* –la promesa formal originaria– hasta donde es reconocible, contiene, antes de la ley decenviral una promesa de prestación, y esta podía exigirse, con toda probabilidad, en el más antiguo procedimiento de la *legis actio sacramento in personam*, al igual que la responsabilidad nacida de un delito. Por lo mismo, que la obligación se haya desarrollado a partir de esta promesa, como suele ser

mayoritariamente aceptado, no es en modo alguno menos probable que el hecho de haber tenido su origen en los delitos.

Lit.: W. WALDSTEIN, «Haftung und *dare oportere*», en *Vestigia iuris romani. Festschrift für Günther Wesener*, Graz, 1992, 519; M. TALAMANCA, s.v. «Obbligazioni (storia), Diritto romano», en *ED.* 29, 1979, 1; A. MAGDELAIN, «Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome», *RIDA* 27 (1980) 205, 217.

1. Las raíces más antiguas se encuentran en la **responsabilidad personal**, es 3
decir, en el hecho de que una persona está sujeta, para determinados fines, al poder de aprehensión de otra. La finalidad más antigua de este poder debió ser la expiación a causa de un **delito**, es decir, del hecho antijurídico que una persona comete contra otra. Los romanos distinguen entre los actos criminales, cometidos contra la colectividad (el pueblo, la ciudad) (*crimina publica*; *vid.* [50.1] y los perjuicios contra particulares, su familia o sus bienes (*delicta privata*). Solo estos agravios contra particulares pertenecen al derecho privado y pueden ser perseguidos en un proceso civil iniciado por la víctima. Sin embargo, el proceso criminal de derecho público de la mayoría de los crímenes no son instruidos de oficio por órganos estatales, sino a partir de la denuncia de la víctima o de otro que está legitimado para ello.

En el derecho antiguo, quien había cometido un agravio privado quedaba 4
entregado a la venganza de la víctima, que tenía el derecho de aprehender el cuerpo del hechor para vengarse, agotándose el derecho en esta facultad. El objetivo de la venganza, en épocas pretéritas, podía alcanzar hasta la muerte, pero se comprende que estas gravísimas consecuencias no podían prosperar. De ahí que se fueran atenuando las facultades de la víctima, además de impedir la realización de actos abusivos contra el hechor.

2. a) El derecho de la víctima a dar muerte se suaviza, en primer lugar, 5
mediante el **Talión** (probablemente proveniente de *talis*, semejante o igual), que para determinados hechos, como las fracturas corporales más graves (*membrum ruptum*, mutilación de un miembro) ofrece como sustitución que al hechor no se le pueda provocar, a título de expiación, un daño corporal mayor al que él mismo cometió [51.19].

b) Tempranamente, el derecho a la venganza que tenía la víctima se volvió 6
redimible, en cuanto ésta puede y debe renunciar a su derecho a cobrar venganza en el cuerpo del hechor, a cambio de una *dación expiatoria*. Para salvar al hechor, sus parientes y los pertenecientes a la misma *gens* ofrecen una prestación expiatoria, la que debiese evitar la venganza. Si la víctima está dispuesta a ven-

der su facultad para vengarse a cambio de una suma, y a qué precio, es algo que queda a su arbitrio. Pero la comunidad política interviene, como lo atestigua la ley decenviral, favoreciendo esta renuncia a la colectividad. Se establecen cantidades suficientemente determinadas o bien determinables, según determinados mecanismos, que guardarían relación con aquellos establecidos por la práctica.

Las daciones expiatorias consisten, originalmente, en cabezas de ganado. La palabra *pecunia* (de *pecus* = ganado) evoca este contexto. No es difícil imaginar una cuantía que tuviese al ganado (dinero, a estos efectos) como objeto de las entregas, pero difícilmente éste pudo llegar ser un medio general de intercambio. En la ley decenviral se establece que se ha de pagar en «dinero» (contabilizado en libras de cobre). **Lit.:** J. G. WOLF, «Bussen, Einkommen und Preise», en *SD*. 78 (2012) 1 (en las leyes municipales); *vid.* también, D. EFFER-UHE, «Zum Verhältnis der *leges Aternia Tarpeia*, *Menenia Sestia* und *Iulia Papiria*», *SZ* 130 (2013) 385.

- 7 Si a la víctima le es ofrecida una multa reparatoria (*poena*), el magistrado la constriñe a conformarse, de modo que si la rechaza éste le deniega la aprehensión sobre la persona del hechor (*vide* a continuación). La muerte expiatoria se conserva, en la Ley de las XII Tablas, en la última parte del procedimiento de ejecución, pero tiene lugar solo cuando todos los intentos por redimir hubiesen fracasado.

De forma excepcional subsiste, para los delitos de mayor gravedad, la dureza propia del derecho de las primeras épocas: para el hurto flagrante (*furtum manifestum*) las XII Tablas establecen la pena de muerte, sin contemplar una opción para redimirla [51.2]. En caso de mutilación (*membrum ruptum*), la pena del talión es redimible, pero queda librado al acuerdo de las partes el monto de la multa [51.19].

- 8 En el derecho más arcaico la *legis actio sacramento in personam* era el procedimiento mediante el cual se hacía valer esta responsabilidad delictiva (*vid.* [81.4], como también [27.2–4], sobre la *l.a. sacramento in rem*). En ella el actor afirmaba, conforme a una fórmula preestablecida, que el demandado había cometido el delito, lo que era disputado por éste («*aio te mihi furtum... fecisse*»; «*nego me tibi furtum... fecisse*»; «digo que este hurto contra mí...has cometido...», «niego que contra ti ese hurto...haya cometido»). La sentencia que se pronunciaba sobre este asunto declaraba cuál de los dos juramentos era conforme a derecho y cuál no [82.5], con lo que se respondía a la pregunta de si el demandado era o no «culpable». La multa con la que él podía extinguir su responsabilidad se derivaba directamente de la ley, principalmente de la Ley de las XII Tablas. Si se discutía el monto, se podía incoar un procedimiento estimatorio (*arbitrium liti(s) aestimandae*).

- 9 3. a) Ya que la responsabilidad delictiva era, en el primitivo derecho de venganza, redimible a cambio de una multa en la mayoría de los casos, la noción de una venganza material, es decir, física, quedó relegada. *Responsabili-*

dad significa, a partir de ahora, que un *persona* que se encuentra subordinada, por haberse establecido así judicialmente, al *poder de aprehensión* de otro, puede liberarse de ella redimiéndola. El pago de la suma no es, en principio, objeto de una obligación del responsable, sino una simple «carga», es decir, un instrumento para evitar la amenaza de aprehensión.

b) Este poder de aprehensión redimible y de carácter pignoraticio pudo ser elaborado artificialmente mediante **negocios creadores de responsabilidad**. Así, quien debía realizar una *prestación*, quedaba sujeto a la aprehensión de aquel que debía recibirla, en el supuesto de que ella no tuviese lugar. Si cumplía la prestación, se redimía del poder de aprehensión; pero si no la cumplía, se podía establecer mediante un juicio su responsabilidad personal, de modo similar a como se hacía con los delitos. Estos negocios creadores de responsabilidad fueron escasamente conocidos en el derecho *arcaico*: el *nexum*, negocio libral creador de responsabilidad [32.15; 39.1–2] para el mutuo y otros fines; el *legado per damnationem* [76.5], también de carácter libral; asimismo, la declaración de existir un determinado *modo agri* (cabida del terreno) en la mancipación del predio [41.36] y la liberación del responsable por la actuación de uno que adquiere la aprehensión del liberado (*solutio per aes et libram*) [52.5–7; 57.20].

c) Por el contrario, para el caso de la *sponsio–stipulatio* (promesa unilateral de realizar una prestación) no hay suficientes testimonios que permitan concluir que el receptor de la promesa, en caso de no cumplirse la prestación, hubiese tenido derecho a una aprehensión [32.2]. Cosa distinta es el hecho de que en razón de la demanda por una *sponsio–stipulatio*, se hubiese condenado y, en el contexto de una ejecución forzosa, se llegase al apoderamiento del acreedor.

4. La aprehensión de la persona del responsable se somete tempranamente a *formas rituales* (en los casos normales). Se le debe ejecutar con la *manus iniectio*, una imposición de la mano de carácter formal, que va acompañada de la dicción de una fórmula preestablecida, en la que se simboliza la aprehensión de la persona por un acto de fuerza privada. Este acto de ejecución personal queda sujeto inmediatamente a supervisión estatal, en la persona del magistrado (pretor), para ser ejecutado (como *legis actio per manus iniectioem*; [81.10]), lo que exige la confirmación (*addictio*) de éste.

Esta confirmación se concede cumpliéndose tres requisitos: a) primeramente, la legitimación del actor a la aprehensión debe ser **indiscutible**. Tal carácter indiscutible se adquiere:

aa) cuando, como es la regla general, el derecho a aprehensión queda establecido en un proceso judicial contencioso. Para este objetivo sirve, en época

antigua, el procedimiento de la *legis actio sacramento in personam*; en tiempos de las XII Tablas y, con posterioridad, también otros procedimientos [81.6 y 8]; o bien,

- 14 bb) cuando el responsable ha **reconocido** ante el pretor el derecho del actor (*confessio in iure*); o bien,
- 15 cc) cuando el supuesto sobre el cual se funda la aprehensión es manifiesto, es decir, resulta indiscutible, sin necesidad de prueba: se trata, entonces, de una ejecución inmediata, sin acción y sin sentencia.

Tales casos de «ejecución inmediata» se dan en ciertos supuestos, en los que la rendición de prueba y la dictación de sentencia por parte de un juez resultaban prescindibles, porque el pretor se hallaba en posición de determinar la situación de responsabilidad y decidir el juicio de modo definitivo. Así, podía autorizar la ejecución personal por *manus iniectio* «como si hubiese sentencia» (*pro iudicato* [81.11]). Se procedía así, sobre todo, cuando la responsabilidad se derivaba de un acto *per aes et libram* [7.2; 7.14], es decir, que exigía la intervención de al menos cinco testigos, a los que el pretor (*in iure*) podía interrogar. A esta clase de actos librales pertenecen el *nexum*, el legado damnatorio y el *depensum* [57.20]; es dudoso si, originalmente, se incluía la declaración sobre *modus agri*. Algunos otros casos que se añaden son materia de regulación legal. Sin embargo, se exigió también, para las pretensiones de actos librales generadores de responsabilidad (aparte del *nexum*, que desaparece posteriormente), a saber, *actiones ex testamento*, *depensi*, *de modo agri*, el ejercicio de una acción sobre la que debía recaer una sentencia, de modo de hacer posible un examen más riguroso por parte del juez. **Lit.:** M. KASER, «Unmittelbare Vollstreckbarkeit und Bürgenreiß», SZ 100 (1983) 80.

- 16 b) En segundo lugar, la *manus iniectio* solo es admisible, cuando la suma objeto de la prestación, es decir, el importe por cuyo pago el responsable puede ser liberado, está fijada *cuantitativamente*. En el caso contrario, es decir, cuando el valor de una multa debe ser calculado según el de la cosa, o cuando la responsabilidad derivada de un negocio no tiene al dinero por objeto, se requiere, antes de proceder a la *manus iniectio*, de un procedimiento estimatorio, en el que se decide no «si» (se debe), sino solo «cuánto».
- 17 c) En tercer lugar, debe transcurrir el plazo para pagar la condena de 30 días (*dies iusti*, Tab. 3,1), sin que se haya producido resultado alguno. El plazo sirve a la finalidad de enervar la *manus iniectio* en caso de pago, transacción o remisión de la deuda.
- 18 Una vez iniciada la *manus iniectio* el ejecutado ya no puede oponerse a ella. Solo un *tercero*, presentándose como *vindex* –esto es, un interviniente del procedimiento de ejecución que acude en defensa del ejecutado– puede actuar para apartar ritualmente la mano impuesta (*manum depellere*). Esto se traduce en una controversia jurídica con

el ejecutante, en la que se decide sobre el derecho de éste a aprehender al responsable. Si el *vindex* prevalece, el ejecutado queda libre; si es vencido, entonces se produce la **litiscrescencia**, esto es, aumenta al doble la cantidad reclamada: *infitiando lis crescit in duplum* («por la negación aumenta al doble la cosa *litis*»). No puede actuar como *vindex* del propietario de inmuebles (*asiduus*) uno que carezca de ellos (*proletarius*), Tab. 1, 4. En los primeros años de la República se autoriza al ejecutado para que, en determinados supuestos, aparte de sí la mano, de modo que el *vindex* deja de ser necesario. La litiscrescencia subsiste en el derecho clásico respecto del monto fijado en la condena (en el procedimiento de la *actio iudicati* [85.3, 4]); y en otros casos, a menos que la deuda haya sido reconocida por *confessio in iure* (sobre la *lex Aquilia*, *vid.* [51.13]); también, en algunos supuestos del derecho arcaico ya mencionados, en los cuales se daba la «ejecución inmediata» (sin acción ni sentencia); Gai. 4, 9 y 171. Justiniano amplía la litiscrescencia y la califica como sanción impuesta a los litigantes temerarios (*poena temere litigantium*); Inst. 4, 6, 26; 4, 16, 1.

Si la deuda no es pagada y no comparece *vindex* alguno, prosigue el procedimiento de ejecución. Para más detalles sobre la *legis actio per manus iniunctionem*, *vid.* [81.10–12]. En esta etapa del proceso la ley decenviral prevé medidas que favorecen la redención del ejecutado y que impiden, de esta forma, el paso a la última etapa de la ejecución personal, esto es, la muerte o la caída en esclavitud. Inmediatamente después de la Ley de las XII Tablas se admite que el ejecutado, en cuanto *esclavo de la deuda* (en virtud de un *nexum* concluido *nummo uno*) pague con trabajo al ejecutante. 19

5. El pago de la condena no es en principio, como se ha visto, una obligación jurídica, sino un simple medio para la liberación de la responsabilidad (una «carga»). Sin embargo, tempranamente aparece, junto a la **responsabilidad** –entendida como la sujeción al poder de aprehensión– la noción de **deuda**, es decir de un *deber de prestación*: el ejecutado no solo es liberado por el pago, sino que él *debe* liberarse *a sí mismo*, es él quien está *obligado* a la prestación a la que el otro tiene derecho. Particularmente, en la responsabilidad negocial, creada por mor de una prestación [32.10], se pone al «deber de prestación» en un primer plano, en tanto que la responsabilidad –el derecho a constreñir a la contraparte– se pone en marcha cuando la prestación se incumple, o cuando no se cumple de la forma debida. Igualmente, tratándose de la responsabilidad derivada de delitos, la concepción de que el hechor «debe» la sanción correspondiente (penal), pero expresada en dinero (es decir, una multa), relega progresivamente el concepto originario de venganza. La aparición de esta idea se refleja, desde luego, en el carácter del pago de las penas (pecuniarias, aunque de origen penal) incluso en el derecho ya desarrollado. Así como originalmente lo fue el Talión, la sanción penal pecuniaria (multa) que es debida hace las veces de una venganza privada por el agravio sufrido, pero ella no comprende la indemnización del daño. En el derecho clásico se distingue entre la acción dirigi- 20

da a imponer una pena (dineraria, es decir, una multa) y aquella dirigida a obtener una indemnización a causa de la merma patrimonial sufrida [34.30]. **Lit.:** N. JANSEN, *Struktur des Haftungsrechts. Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*, Tübingen, 2003, 191.

- 21 **6.** Con el reconocimiento del deber de prestación –como muy tarde, en los primeros tiempos de la República– surge el concepto de *obligatio*. Puesto que tanto en este concepto como en el de responsabilidad se comprende el de «deuda», la expresión (menos definida) de *debitum* incluye ambos conceptos. El verbo *obligari* (obligarse, resultar obligado) surge para las obligaciones del *ius civile*, y ya en la época clásica se aplica también a las del *ius honorarium*.
- 22 **III.** La **responsabilidad** es, por regla general, ilimitada. Sin embargo, de forma excepcional, el deudor demandado es condenado solo a lo que puede pagar (*quod facere potest*), es decir, a cuanto dispone (expresado en dinero) en su patrimonio, al tiempo de la condena, de modo que él pueda pagar el importe de ésta (inmediatamente calculada); *vid.* Ulp. D. 42, 1, 16 ss. Con ello evita la ejecución en su persona y en su patrimonio, con toda la deshonra y demás desventajas que trae aparejadas. Es posible que ya en época clásica se dejase al deudor también los medios necesarios para su manutención (Paul., Pomp., D. 42, 1, 19, 1 y 30); de ahí que desde el s. XVI se llame a esta institución *beneficium competentiae* (beneficio de la necesidad), que se concede a ciertos parientes próximos, a los socios entre sí y al que ha prometido una donación (rescripto de Antonino Pío, Ulp. D. 23, 3, 33 = D. 50, 17, 28). **Lit.:** A. WACKE, «Zum Schulden-Abzug bei der Verurteilung in das Erschwingliche (*in id quod facere potest*) und vom Vorteil des Eherkommenden im Zivilprozess (*melior est condicio occupantis*)», en *Fs. Knütel*, 1325, 1342, 1349; EL MISMO, «Zur Einrede des Notbedarfs (*ne egeat*) bei Schenkungsversprechen und im Dotalrecht», en *St. Metro*, vol. VI, 447; B. DE LOYNES DE FUMICHON, «Le bénéfice de compétence, une exceptio pétrie de bons sentiments», en *Mél. Humbert*, 495.
- 23 En la práctica del antiguo derecho común surgió la opinión de que al donante le debería corresponder, incluso en la donación ya realizada, un beneficio de necesidad. Por tal motivo, y con fundamento en la grave ingratitud en que incurriría el donatario que no asistiera al donante en apuros, éste, si estuviese empobrecido, tendría derecho a ser alimentado por el donatario, siendo revocable la donación en caso de negarse a ello. La ALR concedió al donante empobrecido, por un lado, el derecho al 6 % anual del valor de lo donado y, por otro, al donatario, el derecho a devolver lo que subsistiese de la donación o su valor «para la alimentación del donante» (§§ 1123, 1126 I 11). Sobre ello vuelve (recogido en la ley solo en la etapa final) el derecho de reclamación del donante a causa del empobrecimiento (§ 528 BGB), lo cual al día de hoy es importante sobre todo la institución de la seguridad social y su derecho a recurso.–§§ 519 BGB; 947 ABGB; art. 250 OR (excepción, pero sin derecho de reclamación); arts. 955 Cc fr.; 801, 437 Cc it.

IV. Sobre el desarrollo que tuvo a continuación, *vid.* COING I, 393; II, 430; ZIMMERMANN, 1; F. WIEACKER, «*Contractus und obligatio* im Naturrecht zwischen Spätscholastik und Aufklärung», en *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano, 1973, 223; HKK-DORN, § 241 [6 – 30]. 24

§ 33. Obligación y *actio*. Clases de obligaciones

(RPr. §§ 113 I-II, 114 I-II, 254 I, 255 I; KASER – HACKL § 22 II 1)

I. OBLIGACIÓN Y *ACTIO*

- 1 1. Para que el titular de derechos subjetivos pueda hacerlos efectivos tiene a su disposición acciones (*actiones*). Para los derechos absolutos están las acciones reales (*actiones in rem*); para las obligaciones entendidas como derechos de crédito, las personales (*actiones in personam*) [4.2–8]. A cada *obligatio* le corresponde una *actio in personam*, y no obstante que la *actio* es solo el medio procesal que permite concretar una posición jurídica, los juristas romanos individualizan las obligaciones del derecho arcaico y del clásico, particularmente, desde la perspectiva de las acciones correspondientes a cada una. Ello es posible porque a cada acción le corresponde una fórmula (*formula*, vid. § 83) propia, redactada con precisión, que señala con más o menos detalle los presupuestos de condenación, como también los supuestos de hecho de la correspondiente obligación. La causa y el contenido de las obligaciones pueden ser leídos, en medida importante, en la fórmula de las acciones, así como en el derecho moderno pueden serlo a partir de los fundamentos legales de la pretensión. Los modelos de las fórmulas se encuentran en el edicto de los pretores y de los ediles. Entre los supuestos de las fórmulas destaca la *causa*, el fundamento de la obligación (tal como compra, testamento, hurto); ella da a la *obligatio* y a la *actio* su nombre (por ejemplo, *emptio venditio* para la compraventa, *actio empti* para la acción del comprador; *actio venditi*, para la del vendedor; *furtum* para el hurto, *actio furti* para la acción contra el ladrón).
- 2 2. Las **relaciones obligacionales**, como también sus respectivas **acciones**, se pueden clasificar en distintas **clases**, conforme a diferentes criterios. En el derecho moderno domina en este sentido la clasificación según el *fundamento que da origen* a la obligación, a saber, obligaciones contractuales y extracontractuales, la que aparece en primer lugar en la obra de Gayo [38.1]. En el derecho romano comparecen criterios sistematizadores que reflejan, por un lado, los diferentes niveles jurídicos y, por otro, sobre todo las ya mencionadas conexiones entre derecho sustantivo y su ejercicio procesal. De este modo, y dependiendo del *nivel jurídico* en el que encuentra reconocimiento en la obligación, se distingue entre obligaciones civiles y honorarias [33.5–8]. En rela-

ción con el contenido, las obligaciones y acciones se diferencian según la amplitud del arbitrio que posee el juez para la determinación de la fuente de la deuda, el *quantum* de la prestación y la extensión de la condena correspondiente; en este sentido se distingue entre relaciones obligacionales y acciones más o menos estrictas y más o menos libres [34.1–19]. Puesto que este arbitrio depende de las acciones y de sus fórmulas, esta diferenciación se traduce, en la tradición escolástica romana, como una clasificación específica de las *actiones* (vid. Inst. 4, 6, 28 y 30). Sin embargo, el punto en el que radica esta diferenciación es solo cuestión de perspectiva. Puesto que ella influye en el contenido de la relación obligatoria, es aconsejable no adoptar aquí solo el punto de vista procesal. Desde esta última perspectiva quedan sin describir aquellos criterios sistemáticos relevantes para la construcción de la fórmula de las acciones, principalmente, pero que no influyen particularmente en el contenido de la relación (sobre las acciones concebidas *in ius* e *in factum* y sobre *actiones útiles* vid. [83.3–5]).

3. Puesto que el grupo de *actiones* reconocidas es *cerrado* casi por completo, domina en el derecho romano de obligaciones (como regla) la *tipicidad negocial*: las partes no pueden, en general, crear ninguna obligación fuera de aquellas para las que ya existe una acción. En este sentido, podría pensarse que el derecho de obligaciones clásico no habría conocido la libertad contractual, entendida en el sentido moderno –esto es, que las partes podrían, sin más, crear nuevos tipos contractuales protegidos por acciones–. Sin embargo, una afirmación como esa olvida lo esencial. El predominio de la tipicidad negocial solo será superado por el influjo del derecho canónico y del derecho natural [38.18]. En la práctica cotidiana de Roma cualquier prestación permitida podía ser reclamable bajo cualquier condición que fuese lícita, bastando para ello que fuese prometida como estipulación, de sencilla accionabilidad [7.22]. Este *numerus clausus* de negocios jurídicos se atenuó desde que se permitió a los pretores crear acciones a partir de otras para casos particulares (*actiones in factum*). De aquí en más se hizo uso, principalmente, en sede de contratos de intercambio que no encajaban claramente en alguno de los tipos contractuales conocidos (*contratos innominados* [45.1 y 7]). Puesto que había, sin más, libertad de partes, de conclusión y (en el contexto de los tipos conocidos), libertad de contenido, existía en la práctica **libertad contractual**. En aprovechamiento de esta libertad, la práctica del derecho desarrolló, diferenciadamente, formularios y cláusulas contractuales relativos a las circunstancias e intereses de las partes, muchos de los cuales fueron conservados hasta nuestra época, encontrando incluso acogida en la ley (p. ej., venta a prueba, retrocompra, derecho de prenda del arrendador [41.49, 51; 31.19]). En el derecho de las es-

tipulaciones encontramos formularios muy bien trabajados, p. ej., Paul. D. 12, 1, 40 (*vid.* [7.22; 40.3, 9]) o Scaev. D. 32, 37, 3 (sobre lo cual, *vid.* R. KNÜTEL, «Ein vorsichtiger Schenker», SCDR 20–21 [2007–08] 257).

Observemos la libertad de testar, ampliamente reconocida [65.9, 10; pero también 58.25; 71.11], la libertad de dominio [22.1; 23.1, 9] y la libertad en la organización jurídico-familiar (*vid.* [60.32, adopción]; ella no conoció el matrimonio entre personas del mismo sexo: el espacio de libre disposición de la autonomía privada que dejaba el ordenamiento jurídico a los ciudadanos romanos, durante la República y el Principado, con todas sus posibilidades y peligros (p. ej. [42.12, 19]), era más amplio que el espacio de libre disposición de los actuales ciudadanos, ahora amenazado por normas de protección al consumidor y por la ley de igualdad de trato de 2006. En lo demás, se debe recordar la completa inversión de las relaciones en el Estado autoritario de la Antigüedad tardía [1.15, 16].

Lit.: Th. MAYER-MALY, «Privatautonomie und Vertragsethik im Digestenrecht», *Iura* 6 (1955) 128; EL MISMO, «Privatautonomie und Selbstverantwortung», *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 14 (1989) 268; M. KASER, «Der Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre», en *RRQ.*, 65, *vid.* también U. v. LÜBTOW, *Studien zur Rechtsgeschichte*, vol. I, Rheinfelden, 1997, 78 («Die Freiheit, dargestellt am Beispiel vom Aufstieg und Niedergang Roms»); W. SCHERRER, *Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit*, Basel, 1948; É. JAKAB, «Vertragsformulare im Imperium Romanum», *SZ* 123 (2006) 71; Chr. BALDUS, «Römische Privatautonomie», *AcP* 210 (2010) 2; J. D. HARKE, *Studien zu Vertrag und Eigentumserwerb im römischen Recht*, Berlin, 2013, 17; V. GIUFFRÈ, *L'autonomia dei privati. Prospezioni e prospettazioni futuribili*, Napoli, 2013; además, STAGL [2.8], 456 (que apunta a las numerosas limitaciones legales de la autonomía privada en el «derecho de las relaciones de *status* en el derecho dotal y en el sucesorio», *vid.* [58.25 –28; 71.11]).

- 4 4. En época posclásica se pierde la unidad del sistema obligacional, producto de la desaparición del procedimiento formulario y del fin de la conexión con el edicto. Mientras el *derecho vulgar* llega a una más completa libertad contractual, Justiniano aspira a una vuelta al clásico esquema de acciones. Entiende éste solo como un marco flexible de pretensiones (*actiones* en el sentido jurídico-privado) y subraya su naturaleza propia (*natura actionis*), al igual que la del contrato (*natura contractus*).

Lit.: COING I, 398; II, 434; B. SCHMIDLIN, «Zum Gegensatz zwischen römischer und moderner Vertragsauffassung: Typengebundenheit und Gestaltungsfreiheit», en E. Spruit (Hrsg.), *Maior viginti quinque annis*, Utrecht, 1979, 111; M. T. FÖGEN, «Vom «Typenzwang» des römischen Rechts am Beispiel des Realvertrages», en *Spuren des römischen Rechts. Festschrift für Bruno Huwiler*, Bern, 2007, 249; H. DILCHER, «Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht», *SZ* 77 (1960) 270.

II. OBLIGACIONES CIVILES, OBLIGACIONES HONORARIAS

1. a) La distinción entre obligaciones civiles y honorarias (*vid.* Inst. 3, 13, 1) y sus correspondientes acciones (Inst. 4, 6, 3) se relaciona con los diferentes fundamentos de cada una [2.7–17]. El fundamento material de las obligaciones civiles, por lejos el más importante, es el *ius civile*. Respecto de estas obligaciones la actividad del pretor se limita, principalmente, a poner a disposición las acciones respectivas, para hacer prevalecer el derecho civil. Las fórmulas de estas acciones civiles facultan al juez para decidir si y hasta qué monto está *obligado* el demandado ante el actor, según el *ius civile*. Las fórmulas señalan la *causa*, como presupuesto de esta prestación, salvo que la fórmula sea abstracta, como ocurre con la *condictio* [48.3]. La expresión *oportere* sirve para designar que se trata de una obligación de acuerdo con el *ius civile*. Si la fórmula de la acción no especifica con precisión los presupuestos, el contenido o el *quantum* de la prestación, será el juez quien deba aclarar qué significa, en este sentido, *ius civile*. Muchas de estas obligaciones civiles se remontan al derecho arcaico, de modo que para determinar el supuesto y la extensión de la obligación habrá que remitirse a la ley de las XII Tablas, a leyes especiales y la *interpretatio* de los juristas, en cuanto fuentes del derecho. 5
- b) Al *ius civile* se agregan con el transcurso del tiempo –probablemente desde los últimos tiempos de la República– las acciones de buena fe (*bonae fidei iudicia*), como también acciones cuyos fundamentos materiales no se encuentran, originalmente, en el mismo *ius civile*, en cuanto núcleo tradicional del ordenamiento jurídico, sino en la actividad del pretor. Estas importantes acciones, que se insertan en medio de la vida del derecho, tienen su origen tanto en las relaciones entre *ciudadanos* romanos, como en el tráfico jurídico entre éstos y los *peregrinos* [3.12–16], por cuanto la *fides*, es decir, el deber de respetar la palabra dada, constituía el fundamento de la obligatoriedad de todos los seres humanos, sin distinción de nacionalidad. Cuando el pretor admite que la venta sin formalidades, tanto entre ciudadanos como entre peregrinos, puede demandarse con acciones de buena fe (*ex fide bona*), vuelve sobre este doble origen. Otras obligaciones basadas en la *fides* tienen, por el contrario, unas raíces estrictamente romanas. Esto se ve con claridad en aquellas obligaciones que quedan fuera del tráfico jurídico (*tutela*) o aquellas de las que se excluye a quienes no son ciudadanos (*fiducia*). La creación del pretor consiste en que al agregar *ex fide bona oportere* a todas estas acciones se remite a la *bona fides* como fundamento de la obligación. El hecho de que los *bonae fidei iudicia* se incorporen progresivamente al *ius civile* se debe a que la *bona fides* se considera tan obligatoria como las fuentes tradicionales del *ius civile*. La importancia del *ex fide bona oportere* experimenta un cambio: éste 6

(*oportere*) remite ahora al *ius civile* como fundamento de la obligación; la *bona fides*, de ser un fundamento independiente de las obligaciones, pasa a ser la medida según la cual el juez debe evaluar la relación jurídica. Esta medida trae consigo, sobre todo, un amplio ámbito de ponderación [34.10–16].

- 7 El grupo de las obligaciones amparadas por *bonae fidei iudicia* comprende, en la República tardía (Cic. *de off.* 3, 70) la compraventa, el arrendamiento (de cosas, de servicios y de obra), la sociedad, *fiducia*, mandato tutela, gestión de negocios, y pronto también, el depósito, la acción para la restitución de la dote (*actio rei uxoriae*) y las acciones de las figuras que se transformarán en contratos innominados [45.4]. Las acciones del comodato y de la prenda, lo mismo que las acciones divisorias, no aparecen en el edicto del pretor bajo la rúbrica *De bonae fidei iudiciis* (vid. LENEL, *EP*, 288–302). Sin embargo, atendido el hecho de que estas acciones dan al juez un amplio ámbito de ponderación, ellas son atraídas por los juristas hacia los *bonae fidei iudicia* y pueden recibir el añadido *ex fide bona* en la práctica tardoclásica, no obstante que posiblemente ello no fuera así en el edicto adrianeo. Bajo Justiniano se agrega la acción de la estipulación, solo si se usa como acción dotal, y la acción de petición de herencia (*actio hereditatis petitio*). Vid. Gai. 4, 62 e Inst. 4, 6, 28.

Lit.: KASER, «*Oportere und ius civile*», SZ 83 (1966) 1; R. CARDILLI, «Archetipi dell’*oportere* nell’*oportere ex sponsione*», en CAPOGROSSI COLOGNESI – CURSI [32.1], 1; L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, Milano, 1961; A. CASTRESANA, *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*, Madrid, 1991; D. NÖRR, *Die Fides im römischen Völkerrecht*, Heidelberg, 1991, 42, 58; A. SÖLLNER, «Bona fides – guter Glaube?», SZ 122 (2005) 1 (contra: M. V. SANSÓN RODRÍGUEZ, «*Bona fides y usucapio*», en *FHI.*, vol. VII, 4971); A. FÖLDI, «Osservazioni intorno al c.d. dualismo della *bona fides*», en *St. Metro*, vol. II, 483; R. CARDILLI, «La buona fede come principio di diritto dei contratti», en *Atti Burdese*, vol. I, 283 = EL MISMO, *Bona fides tra storia e sistema*³, Torino, 2014 (con extensos estudios, p. ej., sobre la *laesio enormis*); D. NÖRR, *Fides Punica – Fides Romana*, en *Atti Burdese*, vol. II, 497 = *Schr.*, 263; M. J. SCHERMAIER, *Bona fides im römischen Vertragsrecht*, en *Atti Burdese*, vol. III, 387; M. TALAMANCA, «La buona *fides* nei giuristi romani: «Leerformel» e valori dell’ordinamento», en *Atti Burdese*, vol. IV, 1– 312 (en particular, sobre las valoraciones y su realización en el derecho de contratos); J. PLATSCHEK, «Zur Rekonstruktion der *bonae fidei iudicia*», SZ 127 (2010) 275.–Sobre desarrollos posteriores, vid. HKK-DUVE, § 242 [4 ss.]; RANIERI [5.1], 1802.

- 8 **2.** Las obligaciones honorarias son, a diferencia de las del derecho civil, aquellas para las cuales el **pretor** o los **ediles** no solo proponen acciones, sino que establecen, además, sus fundamentos jurídico-materiales. Para ello, a la fórmula que servirá de modelo le antecede una promesa de protección referida a los presupuestos materiales indispensables [2.15]. A estos fundamentos honorarios de

la *prestación* se refieren también las acciones que el pretor o los ediles ponen a disposición para hacerla efectiva (*actiones honorariae*). Estas acciones pueden basarse en una acción civil, por lo que, o bien se prescinde de los presupuestos del *ius civile*, o bien se añaden otros (*actiones utiles* [83.3]). Sin embargo, puede ocurrir también que cada uno de sus extremos sea de creación pretoria. La fórmula, en este caso, remite al juez, pero, a diferencia de las acciones civiles, no menciona un *oportere* relativo al ejercicio de un derecho existente, sino que enumera cada uno de sus *elementos típicos* (*actiones in factum* [83.4]); en este caso, en la fórmula se muestra claramente que la prestación es una creación del pretor. Con el paso del tiempo, numerosas relaciones obligatorias honorarias son sumadas al *ius civile* y, por lo mismo, amparadas por acciones civiles [33.6].

III. *NATURALIS OBLIGATIO*

A partir de Juliano, los juristas se refieren como «naturales» (equivalente, aquí, 9 a «impropias») a ciertas obligaciones para las que no se dispone de acción o, al menos, carecen de ejecutividad, las cuales, sin embargo, sí pueden producir sus efectos en otras relaciones.

Naturalis, por oposición a *civilis*, significa aquí (lo mismo que a propósito de la *naturalis possessio* [19.17]) que algo en los hechos parece una obligación, pero que jurídicamente no lo es. Es probable que el concepto de *naturalis obligatio* proceda de la doctrina filosófica según la cual todos los seres humanos nacen libres [3.17], de modo que «por naturaleza» no solo el esclavo no puede deber nada a su dueño (Gai. 3, 119a, *i. f.*), sino que tampoco el dueño a su esclavo (*natura debere*, Lab.–Iav. D. 35, 1, 40, 3; *vid.* WALDSTEIN [33.11; Tryph. D. 12, 6, 64]).

Las deudas contraídas en negocios jurídicos por los *esclavos* y, en parte, por el 10 hijo de familia, constituyen el punto de partida. Los esclavos no son responsables (según el *ius civile*) y, por lo mismo, no pueden ser demandados. Lo dicho precedentemente para el esclavo vale para las *hijas*, y también para los *hijos de familia in mancipio* [7.6; 16.17]. No obstante, las deudas de estos sometidos a potestad pueden ser garantizadas mediante fianza o prenda; una vez cumplida la prestación objeto de ellas, ya no es posible reclamarlas mediante *condictio* alegando que ellas carecían de fundamento. La obligación natural puede ser *novada* y *compensada* (*vid.*, especialmente, sobre la *actio de peculio* [49.5–7]).

Vid. Ulp. D. 44, 7, 14; G. 3, 119a; Iul. D. 46, 1, 16, 3f.; Paul. D. 12, 6, 13 pr.; Ulp. D. 46, 2, 1pr.–1; D. 16, 2, 6. Los *hijos de familia* pueden ser demandados, y, si son vendidos, en tanto carecen de patrimonio propio, según la opinión dominante, no pueden 11

ser demandados ejecutivamente [60.14]. Los créditos y deudas entre ellos y su *paterfamilias* tienen carácter de *obligaciones naturales*, solo si ellas no son reclamables judicialmente (Afr. D. 12, 6, 38 pr.-1; *vid.* [49.6]). Estas obligaciones continúan existiendo con posterioridad a la *emancipatio*. Son también obligaciones naturales los *créditos* del esclavo contra su dueño [49.6], como asimismo contra terceros (Ulp. D. 44, 7, 14).—La opinión dominante entre los clásicos incluye, además, entre las *obligaciones naturales*, la contraída por el *pupilo* sin la autorización del tutor (Pomp. D. 46, 1, 2; Paul. D. 12, 6, 13, 1; en sentido diferente, Lic. Ruf. D. 44, 7, 58). Ya en época clásica se amplía el número de supuestos de *naturalis obligatio*, p. ej., a la obligación contraída por mutuo, en contravención al *sc. Macedoniano* (Paul. D. 14, 6, 10), o bien la promesa no formal de pagar intereses (Ulp. D. 46, 3, 5, 2). Por consiguiente, como lo pone de manifiesto este último ejemplo, también en los casos en los cuales el defecto se halla en la causa de la obligación y no en la persona. En los casos de obligaciones impuestas por la costumbre (p. ej., la correspondencia a una donación, o la donación de la legítima), solo adquieren el carácter de naturales a partir de época posclásica.—Arts. 2034 Cc it.; 402–404 Cc port.; 6.1.1.3–5 Cc Países Bajos. **Lit.:** BUTI [5.8], 223; ZIMMERMANN, 7; H. HONSELL, «*Naturalis obligatio*», en *St. Talamanca*, vol. IV, 2001, 365; S. LONGO, *Filius familias se obligat? Il problema della capacità patrimoniale dei fili familias*, Milano, 2003; LA MISMA, «D. 46, 1, 16, 3–4 (e D. 44, 7, 10), ancora una riflessione» en *FHI.*, vol. V, 2933; W. WALDSTEIN, «Iav. D. 35, 1, 40, 3 u. Ulp. D. 12, 4, 3, 7 als Beispiele für den Einfluss der griechischen Philosophie auf die römische Rechtswissenschaft», *OIR* 9 (2004) 221; L. DI CINTIO, *Natura debere. Sull'elaborazione giurisprudenziale romana in tema di obbligazione naturale*, Catanzaro, 2009; L. WAELKENS, «L'origine romaine des obligations naturelles», *RH* 90 (2012) 311.

§ 34. La extensión de las obligaciones

(RPr. §§ 114 III–V, 115 III, 117, 255 II, 256 I, 257; KASER – HACKL § 46 II)

I. AMPLITUD DEL ARBITRIO DEL JUEZ: ACCIONES DE DERECHO ERICTO Y *BONAE FIDEI IUDICIA*. ACCIONES RESPECTO DE UN *CERTUM* O DE UN *INCERTUM*

1. Las distintas acciones ofrecen al juez diferentes grados de arbitrio para la apreciación de la causa de la obligación, de todo aquello que comprende la prestación, y de la extensión que puede darse a la condena. Según la amplitud que alcance este *arbitrio* se puede distinguir entre acciones *strictas* y *libres* y, a partir de aquí, relaciones obligatorias que se aprecian más estricta o más libremente. En este sentido, los clásicos examinan de forma predominantemente individual cada acción. Por el contrario, Justiniano, siguiendo en esto a las escuelas jurídicas orientales, reúne las acciones en *grupos*, contraponiendo a las acciones de buena fe (*bonae fidei iudicia*), que son resueltas según la equidad, las acciones de derecho *estricto* (*iudicia stricti iuris*) (Inst. 4, 6, 28). Sin embargo, algunas acciones no son completamente subsumibles en esta clasificación, ya que entre ambas categorías existen acciones que conceden margen, al menos hasta cierto punto, a la *bona fides*.

2. Entre las acciones de derecho **estricto**, en las cuales el arbitrio del juez es muy limitado, se cuentan las acciones de la estipulación (*condictio; actio ex stipulatu*) y la del legado damnatorio (*actio ex testamento* [40.2; 40.3; 76.5 y 6]). Son acciones de derecho estricto, porque ellas se fundan en un negocio obligacional formal, cuya interpretación se ciñe a principios rigurosos [8.7]. La *condictio*, que puede fundarse en causas distintas a la estipulación (como el mutuo, la retención injustificada de bienes patrimoniales ajenos), es además de derecho estricto porque con ella (en general) solo puede reclamarse, exactamente, lo que fue transmitido. La obligatoriedad en razón de la forma y el carácter estricto se corresponden con el hecho de que todas las acciones de derecho estricto pertenecen al *ius civile*.

3 a) Para la calificación de la **causa negocial** de las acciones de derecho estricto el juez carece de arbitrio alguno. Más aún, en la prueba de los supuestos de hecho de la obligación él debe ceñirse a la fórmula de la acción, especialmente a aquellos que resultan de la remisión al *ius civile*, a causa de la presencia

(en la fórmula) del *oportere* [33.5]. El juez no puede someter a consideración, por ejemplo, que la obligación es el producto del dolo o de la amenaza del actor; una objeción de ese tipo solo puede ser considerada si el demandado, en la etapa *in iure*, ha incluido la excepción correspondiente en la fórmula [34.18].

- 4 b) Por el contrario en las acciones de derecho estricto, existe cierta libertad para que el juez determine el **quantum de la prestación y los límites de la condena**. La amplitud de esta libertad dependerá de si la acción disponible para la *obligatio* se dirige respecto de un objeto de la prestación determinado (*certum*) o de uno indeterminado (*incertum*). Estos principios serán observados, sin embargo, solo en el procedimiento formulario, el cual sujeta al juez al tenor literal de la fórmula y, también aquí, sólo al principio.
- 5 aa) La prestación se determina estrictamente, cuando ella se dirige al pago de una suma de dinero (***certa pecunia***). La fórmula solo permite al juez, o bien condenar a una cantidad fija, o bien a absolver.

Así, en la acción (derivada de una estipulación) cuyo objeto es *certa pecunia* (sobre la tipología de acciones, *vid.* [40.2]), en la *actio (certae pecuniae) ex testamento* y en la *condictio certae pecuniae* (*vid.* fórmulas en 83.12).—Si el demandado debía, pero menos de aquello por lo cual se le demandó, deberá sin embargo ser absuelto por el juez; una segunda acción, esta vez, correcta (en cuanto al monto), fracasará a causa de la consumición de la acción [82.25]. Esta consecuencia de la ***pluris petitio***, severidad propia de la interpretación de las fórmulas de derecho estricto y, al mismo tiempo, una sanción procesal, fuerza al actor a limitar su demanda. En el procedimiento posclásico la *pluris petitio* ya no representa un obstáculo para que el juez condene al demandado a la cantidad que sea la efectivamente debida; ella se sanciona solo como infracción procesal. *Vid.* Gai. 4, 53 ss., Inst. 4, 6, 33; Inst. 4, 13, 10.—Lit. G. SACCONI, *La «pluris petitio» nel processo formulare. Contributo allo studio dell'oggetto del processo*, Milano, 1977; W. WIEGAND, *Plus Petitio*, Berlin, 1973 (sobre el desarrollo posterior a Roma).

- 6 bb) Además de dinero, también es ***certum dari*** la transferencia de una *cosa determinada*, o bien (tratándose de deudas de género), una cantidad *determinada* de cosas *fungibles*; en cualquier caso, lo es la constitución de un usufructo. En estos supuestos el juez solo puede decidir si se debe el *certum* reclamado o no; en este sentido, al menos dispone de latitud para calcular en dinero el valor del *certum*, con miras a la condena. El hecho de no poder condenar a realizar la prestación como tal es una consecuencia de la *condemnatio pecuniaria* [34.22–23; 35.5].

Aquí se incluyen la acción nacida de la estipulación de una *certa res*, la *actio (certae rei) ex testamento*, la *condictio certae rei* y la *actio operarum* [16.15], ya que los servicios (*operae*) son considerados un *certum*. Si se debe menos de lo que se demanda, persiste el peligro de la *pluris petitio* [34.5].

cc) Si la fórmula de la acción tiene por objeto un *incertum*, entonces el arbitrio judicial no se refiere solo a la valoración de la prestación en dinero, sino al objeto de ésta. En la fórmula de la acción se pone de manifiesto que el juez debe condenar a «todo aquello que el demandado debe dar o hacer a favor del demandante» (*quidquid...dare facere oportet*), la llamada *formula incerta*. Pero también en este caso el juez debe decidir sobre la causa de la prestación según criterios estrictos. 7

Se conceden tales acciones de derecho estricto respecto de un *incertum* cuando la obligación en la que se basan tiene un objeto que es determinable, pero que no está aún determinado. Un ejemplo es la estipulación de cosa futura (Ulp. D. 45, 1, 75, 4), o la estipulación para responder por los perjuicios (Ulp. D. 45, 1, 38, 20), o bien la prestación de garantía de los defectos (Ulp. D. 21, 2, 31). Como *incertum* se cuenta además la obligación de *facere*. Cuál sea el objeto de la prestación debida, es lo que el juez debe averiguar en todos estos casos; la *pluris petitio* queda excluida (Gai. 4, 54 [83.6]). A propósito de la expresión «todo lo que el demandado está obligado a hacer», deberá el juez averiguar el interés del acreedor a la prestación (Ulp. D. 21, 2, 31) y condenar al deudor al valor de este interés. Si el deudor desea fijar desde el comienzo un monto máximo, debe ofrecer la promesa de una suma determinada como estipulación penal. A tales promesas de un *certum* como estipulación penal puede atribuirse el hecho de que solo con el transcurso del tiempo se haya reconocido la accionabilidad de obligaciones de derecho estricto respecto de un *incertum* [7.21].

3. Más allá de las acciones de derecho estricto respecto de un *incertum*, existe también una mayor amplitud para la determinación del *quantum* de la prestación en caso que no haya tenido lugar la restitución de una cosa (determinada) (*certam rem redditam non esse*), como en el caso del depósito, el mutuo o la prenda. En el cálculo del monto al que se tiene que condenar al demandado el juez puede tener en cuenta, no solo el valor de la cosa que se debía restituir, sino también el de los frutos adquiridos por el demandado (Paul. D. 22, 1, 38, 10). 8

El alcance de la prestación puede ampliarse de forma similar cuando el deudor está obligado a un *restituere*. El acreedor, al menos en principio, debe ser puesto en la misma situación en que se encontraría si la prestación se hubiese cumplido en un determinado momento (*vid.* sobre la *rei vindicatio* [27.20]), o bien si un delito no hubiese sido cometido (p. ej., Ulp. D. 4, 2, 12 pr.). Sin embargo, el principio nunca fue observado estrictamente, sino que debió ser suficiente, para el *restituere* y el *reddere*, la libre apreciación judicial de la determinación del *quantum* de la prestación.

En tanto estas acciones tienen una *formula arbitraria*, que posibilita al actor no simplemente una condena en dinero del demandado, sino una satisfacción *in natura*, el juez es inducido a ofrecer al demandado, antes de la emisión de la condena, la restitu- 9

ción de la cosa. Si éste la realiza, es absuelto; caso contrario, puede ser condenado al valor en que el demandante haya estimado la cosa (*iusiurandum in litem*) [27.17]. A este grupo pertenecen, además de las acciones reales, la acción exhibitoria, la de dolo, la *actio quod metus causa*, la acciones que dan origen al procedimiento *ex interdicto*, y otras más.

Una amplia libertad de determinación del alcance de la prestación exhiben además determinadas acciones que no se dirigen a la restitución (sean ellas penales o no penales), cuya fórmula ordena al juez a condenar a *quanti ea res est* («a cuanto la cosa valga»), o bien a *quanti (actoris) interest* (en todo lo que interese al actor) [34.38].

- 10 4. El **más amplio** arbitrio lo tiene el juez en las acciones que le ordenan condenar «a todo lo que el demandado deba dar o hacer según la *buena fe*» (*quidquid...dare facere oportet ex fide bona*). Estas acciones **de buena fe**, originalmente honorarias, tienen por objeto siempre un *incertum* [34.7]; la buena fe es, ante todo, una medida según la cual el juez debe apreciar la obligación, libertad que se extiende no solo al *quantum* de lo debido, sino que concierne también a la causa de la deuda, de modo de evaluar la situación en toda su integridad. Puede tomar en cuenta el comportamiento de las partes, tanto al momento de la conclusión del contrato como durante su ejecución, y no se halla sometido a una determinada solicitud del demandante sino que puede determinar conjuntamente la responsabilidad del demandado ante el actor, ponderando todas las circunstancias de acuerdo con la *bona fides*. **Lit.:** [33.7].

En esta amplia consideración, como también en sus prudentes restricciones de lo que exige la buena fe, por decirlo en términos actuales, estriba una de las contribuciones más importantes para el desarrollo posterior que nos legaron los juristas clásicos y preclásicos. El resultado es una ordenación adecuada, firme y dúctil para un extenso sector de la vida jurídica, que hasta el día de hoy coincide en buena parte con nuestro sentido del derecho.

- 11 a) En la apreciación de la culpabilidad, el juez tiene que tomar en cuenta, en el caso de las acciones de buena fe, si el acreedor o el deudor han actuado con dolo (*dolus malus*) o mediante *fuerza* o *coacción* (*vis metusve*). Si se trata de dolo o coacción del *acrededor*, las excepciones de dolo y *de metus causa* se entienden comprendidas en los *bonae fidei iudicia* (en el sentido que les son inherentes). El demandado no necesita pedir, en la etapa *in iure*, la inclusión de estas excepciones para que ellas sean tenidas en consideración (Ulp. D. 24, 3, 21). Lo mismo puede decirse respecto de la *exceptio pacti* surgida de los pactos informales de no pedir o de aplazamiento (Ulp. D. 2, 14, 7, 5 s.)
- 12 b) Tratándose del alcance de la prestación debida, se debe tomar en consideración todo lo que las partes hayan convenido en la conclusión del contrato, como también aquello que sin tales pactos o acuerdos sería debido bajo deter-

minadas circunstancias, según la *bona fides*. Asimismo, pueden ser tomados en cuenta los usos del lugar y las exigencias del tráfico jurídico. Los factores que el juez puede y debe tener en consideración dependen del caso y no pueden ser, aquí, enumerados exhaustivamente. Algunos que son característicos de la apreciación judicial pueden ser, sin embargo, tipificados, a saber:

aa) las *prestaciones accesorias*, como los intereses, los frutos, etc., pueden ser exigibles con mayor flexibilidad que en las acciones de derecho estricto (*vid.* Ulp. D. 16, 3, 1, 23–4). Así, la *bona fides* es el fundamento de que a partir de la mora se deban intereses, sin importar que ellos no hayan sido expresamente pactados (Marci. D. 22, 1, 32, 2); en tanto que, tratándose de obligaciones protegidas por acciones de derecho estricto, los intereses deben ser objeto de una estipulación específica. Al mismo tiempo, puede limitarse la operatividad de la *bona fides*, como ocurre con los intereses, que no pueden reclamarse antes de la mora (Pap. D. 16, 3, 24). 13

bb) *Pacta adiecta* (pactos añadidos), mediante los cuales las partes se reservan o conceden ciertas facultades (*vid.*, en especial, a propósito de los pactos en la compraventa [41.50]; KNÜTEL [53.23, 1968], 61, 70, 77), que forman parte del contenido del contrato y se comprenden en la acción de éste, a condición de que ellos hayan sido acordados *al momento* de la conclusión del contrato principal (*in continenti*). En cambio, no pueden considerarse a favor del actor los pactos acordados informalmente *con posterioridad* al contrato (*ex intervallo*). Al contrario de lo que ocurre con los pactos celebrados al momento del contrato, los posteriores a éste podrían modificarlo, pero para ello sería indispensable que adoptasen la forma de un contrato. Los pactos posteriores tampoco podrían fundar una obligación más allá de las relaciones contractuales: la regla formulada por los juristas romanos es que un pacto no puede originar una obligación (y ninguna acción), sino solo una excepción (*nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*; Ulp. D. 2, 14, 7, 4–5; Pap. D. 18, 1, 72 pr.). Como demandado, y mediante una excepción, una de las partes puede invocar un pacto posterior; a su vez, la excepción correspondiente en los *bonae fidei iudicia*, se contiene en el *officium iudicis* [34.11]. 14

cc) Al igual que a propósito culpabilidad, también en el examen de *quantum* de la responsabilidad se ha de tener en cuenta si el demandado ha incurrido en **dolo**, porque éste es contrario a la *bona fides* [36.14]. Por esto, el dolo presente en las tratativas contractuales (*dolus* –no simple culpa– *in contrahendo*, *vid.* 41.18]) puede ser considerado para fundar una indemnización de perjuicios, comprendida en la acción correspondiente a las respectivas relaciones obligatorias de buena fe (Ulp. D. 19, 1, 1, 1; Ulp. D. 19, 1, 13, 14; *vid.* [41.18]). 15

Tratándose de los demás contratos, el dolo puede ser reclamable de forma independiente mediante la *acción de dolo* [8.35] (Paul. D. 4, 3, 18, 3). Asimismo, por medio de la *actio empti*, por ejemplo, es posible reclamar la responsabilidad del vendedor por los perjuicios ocasionados por el ocultamiento doloso de los vicios de la cosa [41.31]. La flexibilidad de la acción de buena fe llega aún más lejos: permite comprender los deberes de veracidad y protección que se impone al deudor en la obligación, debido a cuya infracción son exigibles con la correspondiente acción indemnizatoria [37.5]. Tratándose de los vicios de la cosa, en la época clásica se comprende en la *actio empti* ya no solo la responsabilidad por los perjuicios dolosamente causados, sino que se incluye la responsabilidad por culpa, propia de los remedios de la redhibición y de la rebaja de precio, los cuales originalmente fueron desarrollados por los ediles curules [41.45–48]. Por causa de *dolus in contrahendo* se concede la acción de la relación obligatoria, hacia fines de la época clásica, incluso en los casos en que la obligación no es válida (Mod. D. 18, 1, 62, 1).

- 16 dd) Mientras las obligaciones de derecho estricto son unilaterales, las de buena fe son **bilaterales**. Éstas pueden encontrarse en relaciones de intercambio (como la compraventa), pero no es necesario que sea así (p. ej., en el depósito [83.15] o en el comodato [39.12]). Pero la obligación bilateral resulta inevitable: si una parte quiere obligarse solo eventualmente a prestaciones accesorias, estará de todas maneras obligada a lo que exija la *bona fides*, que, por ejemplo, le exige responder por su dolo al momento de la conclusión del contrato [34.15]. Pero la apreciación de la obligación según la *bona fides* da al juez, sobre todo, la posibilidad de tomar en cuenta ambas prestaciones, incluso en el caso en que solo una de ellas haya sido reclamada por la acción: el juez puede, al condenar al demandado, compensar automáticamente los créditos de éste contra el demandante, originados en la misma relación obligatoria [53.27].
- 17 Un arbitrio similar al concedido por las acciones de buena fe la tiene el juez en aquellas acciones cuya fórmula le permite condenar según lo que le parezca *bonum et aequum* (bueno y justo) o *melius aequius* (más equitativo). A esta clase pertenecen la acción (no penal) para la restitución de la dote y la acción (penal) por las injurias.
- 18 5. En las acciones a las que la *exceptio doli* no es inherente, la inclusión de esta excepción da origen a una importante ampliación de la libertad de apreciación del juez. De acuerdo con el tenor literal de la excepción «*si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat*» («si en este asunto nada se ha hecho o se haga con dolo malo de A.º A.º») (Gai. 4, 119; *vid.* [83.26]), incluye dos supuestos: en el primero se trata del dolo preprocesal (*factum sit*), que el deudor reprocha al acreedor, especialmente, al momento de la conclusión del

contrato; en el segundo caso (*fiat*) se trata del dolo, entendido en sentido amplio como *mala fe*, en el que se incurre con motivo de la presentación de la demanda, que en las acciones de derecho estricto proporciona al juez, en la apreciación de la conducta del demandante, la misma libertad de la que disfrutaría en las *bonae fidei iudicia* respecto de la de ambas partes.

Al ejercitar su acción el actor vulnera la *fides*, p. ej., cuando reclama algo que él, en razón de otra causa ha de restituir («*dolo facit, qui petit quod redditurus est*»; Paul. D. 44, 4, 8 pr. = D. 50, 17, 173, 3).— En el primero (de los supuestos comprendidos en la excepción de dolo) se habla de *exceptio doli praeteriti (specialis)*, en el segundo, de *exceptio doli praesentis (generalis)*. Esta segunda hipótesis se ha extendido, en la actualidad, a una «excepción del ejercicio ilegítimo de un derecho», que, por regla general, los magistrados deben tener en cuenta, de oficio.— Es de origen medieval la distinción entre *dolus causam dans*, es decir, el dolo por el cual se induce a la otra parte a concluir el contrato y que, en cuanto resulta probado, produce su ineficacia; y el *dolus incidens*, sin el cual la otra parte habría concluido igualmente el contrato, aunque diferentemente, y contra el cual se protege a la parte que resultó engañada. Sobre esta distinción y su desarrollo, *vid. supra* [8.37]. Sobre la prohibición de comportarse en contradicción con la propia conducta, *vid. P. CERAMI*, «D. 1, 7, 25 pr. e il brocardo *venire contra factum proprium*», en *Princ. Gen.*, 855.

Lit.: A. WACKE, «La *exceptio doli* en el derecho romano clásico», en *Homenaje Murga*, 977, además de las dieciocho contribuciones reunidas en L. GAROFALO (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 2006, dentro de la cual, *vid. D. NÖRR*, «*Exceptio doli und clausula doli*», 363 = *Schr.*, 471; B. KUPISCH, «*Exceptio doli generalis und iudicium bonae fidei. Zur Frage der Inhärenz bei Verträgen nach Treu und Glaube*», en *Festschrift für Ulrich Huber*, Tübingen, 2006, 401. *Vid.* [6.4].

II. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

1. En el *derecho moderno* la indemnización de perjuicios es una consecuencia derivada de, o bien actos ilícitos, o bien del incumplimiento obligaciones derivadas de fuentes distintas a los delitos. En parte importante, los códigos modernos se abstienen de establecer reglas unitarias sobre los tipos penales y son especialmente cuidadosos en no establecer una obligación uniforme de indemnizar perjuicios derivados de un delito o de un contrato, de tal modo que cualquier daño ocasionado ilícita y culpablemente dé origen a la obligación de indemnizar. Pero, al menos por el lado de las consecuencias jurídicas, la indemnización de perjuicios es entendida como un fenómeno unitario. Es lo que ponen de manifiesto las determinaciones del derecho de daños general, en los

§§ 249 ss. BGB. Estas concepciones modernas son considerablemente diferentes del derecho *romano*.

- 21 2. a) En primer término, a los *romanos* no solo les resulta ajena una genérica *obligación de indemnizar los daños*, sino también un **concepto general de indemnización de perjuicios**. Los detrimentos patrimoniales, que en el derecho desarrollado deben ser, por regla general, indemnizados (en tanto que no se trata ya de expiación, *vid. infra* [34.30]), el derecho romano los entiende como consecuencias derivadas de *específicos* hechos dañosos, que son, además, apreciados de manera diferente. La extensión de la condena no siempre se refiere al daño individual del perjudicado, sino que depende del tipo de acción.
- 22 b) Por otro lado, son fundamentalmente distintas las concepciones de indemnización de perjuicios cuando éstos no provienen de actos ilícitos, sino del **incumplimiento de una obligación**. Ante tales incumplimientos, el derecho moderno establece, como prestación secundaria y autónoma, la obligación a indemnizar, en lugar de la prestación primaria, o anexa a ella. Este tránsito, que va desde una prestación primaria a una secundaria, que aparece, precisamente, como consecuencia del incumplimiento de una prestación, resulta ajena al derecho romano. Esto último se relaciona con el principio de la **condemnatio pecuniaria**, según el cual en el procedimiento formulario las sentencias relativas al cumplimiento de las prestaciones deben estar expresadas en sumas de dinero (Gai. 4, 48). Una condena al cumplimiento una prestación primaria no tiene lugar; de hecho, con la sentencia toda obligación se convierte en un deber consistente en pagar una suma de dinero. Históricamente, este principio se explica porque la prestación es, originariamente, la extinción de una responsabilidad [32.6], en cuanto aparta al deudor del rigor de la ejecución personal. Por consiguiente, establecida la suma a pagar, quienquiera que la reúna hace posible la liberación del demandado.
- 23 Al juez se le plantea la cuestión de si el demandado debe ser condenado a pagar una suma de dinero y en qué cuantía, en virtud de la *acción típica que corresponde a la relación obligatoria de que se trata*, por ejemplo, de la acción de la compra o del depósito. El demandado puede ser condenado por el incumplimiento de la prestación, o bien porque ésta haya devenido imposible y el demandado deba responder por el acaecimiento de dicha imposibilidad [36.13–23 y 37.1–6]; e igualmente puede ser condenado debido a una prestación imperfectamente cumplida. En el contexto de la acción correspondiente a la respectiva obligación el juez puede tomar en cuenta todos estos puntos de vista, porque el *oportere* lo remite al *ius civile*. Esta remisión le permite incorporar a su decisión todo lo que el *ius civile* prevé sobre continuidad y extensión de la respon-

sabilidad en el incumplimiento de la prestación (sobre los supuestos específicos de incumplimiento, *vid.* § 37). Hasta dónde lleguen estas posibilidades es, a su vez, una cuestión de la libertad de apreciación (*vid.* 34.4–8 y 12–16). El amplio espectro de valoración que abre la remisión a la *bona fides* permite, con el transcurso del tiempo, p. ej., en la *actio empti*, integrar incluso el remedio de la redhibición y de la rebaja del precio (§ 34.15). En sentido opuesto, el dolo en las tratativas precontractuales no es posible tomarlo en cuenta sin más en el marco de las acciones de derecho estricto, por lo que en estos casos es necesaria la *actio de dolo*, es decir, de una acción autónoma (*vid.* [8.35; 34.15]).

En el *procedimiento cognitório* ya no rige el principio de la *condemnatio pecuniaria*, de modo que la condena puede también imponer prestaciones no dinerarias que sean inmediatamente exigibles en el procedimiento ejecutivo [80.21; 81.10, 12]. La progresiva depreciación monetaria, a contar del s. III d. C., condujo, al principio, a la imposición de prestaciones naturales junto a la prestación en dinero, o incluso en su lugar (p. ej., precisamente, en la obligación de indemnizar o de pagar una multa; pero si un esclavo dejó de existir se debe pagar un equivalente aproximado, o doble en el caso de las penas de los delitos). Por el contrario, Justiniano mantiene, la mayoría de las veces, la regla (vigente hasta hoy) según la cual tratándose de una prestación natural se puede condenar a ella y ejecutarla, cuando ella se debe primariamente; Inst. 4, 6, 32; Iust. C. 7, 4, 17; D. 6, 1 68. 24

Entre los juristas medievales se afirma la necesidad de un cumplimiento exacto de las obligaciones de *dare*, lo que se refuerza en razón del principio *pacta sunt servanda*. Tratándose de *obligationes faciendi*, en cambio, rige el principio de que no se puede ser condenado en especie (*nemo potest praecise cogi ad factum*). Incluso después de admitida la obligación del cumplimiento exacto –tardíamente, desde el Derecho natural racionalista– el problema se mantuvo en sede procesal. La cuestión acerca de la transformación jurídico-sustantiva de la acción de cumplimiento en una indemnizatoria fue planteada solo a partir del s. XIX, con la concepción de *Savigny* que daba al acreedor la elección de pedir la indemnización de perjuicios, en caso de imposibilidad del cumplimiento (*vid.* [37.6]. **Lit.:** M. PENNITZ [23.6], 249, sobre el desarrollo posterior, *vid.* H. DILCHER, «Die Geldkondemnation und die Sachkondemnation in der mittelalterlichen Rechtstheorie», SZ 78 (1961) 277; T. REGEN, *Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*, Paderborn, 1994; EL MISMO, «Der Kauf im Schema der Obligationen und die Verpflichtung zu präziser Erfüllung bei Jason de Mayno», en Jakab – Ernst [41.1], 203; EL MISMO, «Die Obligation im Spiegel der Lehre vom Erfüllungszwang in der spanischen Spätscholastik», en Capogrossi Colognesi–Cursi [32.1], 53; ZIMMERMANN, 770; HKK-REGEN, §§ 362 – 371 [5 –13]; HKK-SCHERMAIER, § 275 [31– 35].

El fundamento del **resarcimiento *in natura*** del § 249 BGB tiene sus raíces, fundamentalmente, en el derecho de la Iglesia, cuya doctrina de la confesión lo elevó al rango de postulado y que, en la *regula iuris* 4 del *Liber Sextus V 12* (de 1298; FRIED- 25

BERG II, c. 1122) estableció: *Peccatum non dimittitur, nisi restituatur ablatum* («un pecado no es perdonado, si lo quitado no es restituido»).—§§ 1323 ABGB; art. 43 OR.
Lit.: U. WOLTER, *Das Prinzip der Naturalrestitution in § 249 BGB*, Berlin, 1985; HKK-JANSEN, §§ 249 – 253, 255 [16 – 30].

26 3. En el procedimiento formulario, el criterio conforme al cual se fija la cuantía de la condena, con base en una estimación judicial de la cosa litigiosa (*litis aestimatio*), depende de la fórmula.

a) Si la acción se refiere a un **certum**, se determina el valor *objetivo* del contenido a pagar, es decir, el valor que las cosas tendrían, cualquiera fuese el dueño. En cambio, ahí donde el contenido de la estimación no puede entenderse como *certum*, por estar expresado como *quanti ea res erit*, se observa ya entre los clásicos una tendencia a calcular los *daños* que el demandante respectivo ha padecido.

27 Si solo la cosa principal o también las accesorias, como los frutos, etc., deben ser evaluados, todo ello se rige de acuerdo con la acción (*vid. supra* [34.8]). Si se debe calcular el valor de un esclavo que un testador ha instituido como heredero, entonces al valor del esclavo se suma el de la herencia, porque cualquier propietario de este esclavo podría adquirir esta asignación a través de él (Paul. D. 13, 1, 3).—Si la fórmula contiene la cláusula *quanti ea res est*, la evaluación debe referirse al valor de la cosa al momento de la *litis contestatio*; si contiene la cláusula *quanti ea res erit*, lo será al momento de la sentencia.

28 b) Si la acción se refiere a un **incertum** (con o sin el añadido *ex fide bona*; *vid.* [34.7 y 10]), entonces se da al acreedor el **quod** (o **quanti**) **interest**, es decir, a cuanto ascienda su interés. Así, además del valor de la cosa, se toma en cuenta las circunstancias que causan el perjuicio al acreedor, sin desentender del todo la apreciación de las cosas accesorias.

También se puede tomar en consideración el **lucro cesante** (*lucrum cessans*; Afr. D. 19, 2, 33 *i.f.*; Paul. D. 46, 8, 13 pr.), o bien, el los daños indirectos, como lo sería dar lugar a la pena que el acreedor deberá pagar a un tercero a causa de no cumplirse la prestación (Ulp. D. 12, 3, 3; D. 13, 4, 2, 8).

D. 19, 1, 1 pr. (Ulpiano, 28 *ad Sab.*)

Si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur, hoc est quod rem habere interest emptoris: hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet vel empta est.

Si la cosa vendida no es entregada, se ejercita la acción por lo que importa, es decir, por lo que le interesa al comprador tener la cosa; pero esto excede a veces el precio, si importa más de lo que vale la cosa, o que aquello en que la cosa fue comprada.

El interés no debe entenderse –como lo hace el § 249 BGB– en el sentido de la llamada teoría de la diferencia, de Friedrich Mommsen (1855). No se determina compensando la situación patrimonial hipotética del acreedor al momento del cumplimiento y su situación real producto del incumplimiento.–*Quod mea interest* es habitualmente reducido a *quod in re mea interest (id est in utilitate mea)*, «lo que es importante para mí» (es decir, lo que concierne a mi utilidad), como lo explica el gramático Prisciano (H. KEIL, *Grammatici latini*, Bd. 3, Leipzig, 1859, 159).–§§ 249–252 BGB; 1293, 1323, 1324, *cf.* 1331 ABGB; arts. 42 II, 97, 98, 99 III OR; 1106-1108 Cc esp. **Lit.:** D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Köln, 1962; H. HONSELL, *Quod interest im bonae-fidei-iudicium. Studien zum römischen Schadensersatzrecht*, München, 1969; D. MEDICUS, «*Restituere – quanti ea res est – id quod interest*», SZ 115 (1998) 66; Chr. SCHIEDER, *Interesse und Sachwert. Zur Konkurrenz zweier Grundbegriffe des römischen Rechts*, Göttingen, 2011 (rec. S. LOHSSE, SZ 132 [2015] 639).

c) Justiniano desdibuja los límites establecidos por las fórmulas y privilegia el cálculo del interés, al declarar indemnizables, en cuanto partes de éste, el daño emergente (*damnum emergens*) y el lucro cesante (*lucrum cessans*), con lo que va más allá de la perspectiva clásica. Sin embargo, por otro lado, pone un obstáculo al cálculo: el interés no debería estimarse más allá del doble del valor de la prestación; C. 7, 4, 47, 1 [1.39]. 29

Los glosadores y comentaristas intentan, posteriormente, armonizar las distintas fuentes entre sí. Para ello conectan la distinción introducida en Paul. D. 19, 1, 21, 3 entre *interesse circa rem* e *interesse extra rem* y califican el *lucrum* como parte del *interesse extra rem*. A su turno, este interés debe ser indemnizado en caso de una prestación imperfecta, no así en el caso de incumplimiento (menos reprochable), y en los supuestos de delitos y actuaciones dolosas. Para el cómputo del valor del daño indemnizable distinguen diferentes tipos de evaluación: de *interesse commune*, *singulare* y *conventum*, dependiendo de si debe ser el habitual, uno especial y personal, o bien el convenido. Estas distinciones, así como la idea acerca de una gradación de la responsabilidad según la posibilidad de ocurrencia de los perjuicios y el grado de culpa, se proyectan hacia delante; en el derecho natural surgen importantes innovaciones a consecuencia de la doctrina de la restitución de la Escolástica española, la que se manifiesta a favor de una indemnización integral, sin ir en contra de la doctrina tradicional. Las distinciones pierden su importancia con la teoría de la diferencia de Fr. Mommsen. **Lit.:** HKK-JANSEN, §§ 249 – 253, 255 [6 – 30]; HKK-SCHERMAIER, §§ 280 – 285 [45 – 63]; P. PICHONNAZ, «*Prévisibilité du dommage et damnum extra rem*», *Fundamina* 20-2 (2014) 702.

III. ACCIONES REIPERSECUTORIAS Y PENALES

1. Los principios expuestos en II son válidos solo para aquellas acciones que se dirigen a reparar un perjuicio patrimonial, sea que se ejerciten porque un deu- 30

dor no ha dado cumplimiento a su obligación contractual, o porque ha incurrido de otra manera en responsabilidad en razón de un contrato o de una relación similar, sea porque tiene que indemnizar el daño patrimonial causado por un delito. Sin embargo, en el derecho privado romano, por medio de una acción penal se puede reclamar una *pena (poena)*, es decir, una suma de dinero que, originalmente, debía servir para redimir el derecho de aprehensión del agraviado [32.6]. Al surgir la idea de un deber de pagar, con el transcurso del tiempo se entenderá que esta pena era debida, sin que por ello variase su carácter sancionatorio. La pena puede ser reclamada, entonces, mediante una acción nacida de un delito y por ello el derecho clásico la entiende como la sanción penal debida, que expía el agravio cometido por el hechor contra el agraviado.

- 31 Gayo (Gai. 4, 6–9) clasifica las acciones según estas dos finalidades, si con ellas se persigue la cosa (*rem tantum*), llamadas acciones **reipersecutorias**, o si con ellas se persigue solo la imposición de una pena (*poenam tantum*), llamadas **puramente penales**, o bien si persiguen la cosa y la pena (*rem et poenam*), llamadas acciones penales **mixtas**. Por ejemplo, si se ha cometido un hurto, la acción reipersecutoria que deriva de él es la *condictio (ex causa furtiva)*, o bien la *rei vindicatio*, junto a la *actio furti*, puramente penal. Puesto que los fines de una y otra acción no interfieren entre sí, ambas pueden ser ejercitadas *conjuntamente*. Las acciones mixtas persiguen igualmente la pena pecuniaria, pero el monto de ésta cubre también el daño patrimonial, de modo que no es necesario añadir una acción reipersecutoria [50.11].
- 32 En el derecho posclásico desaparecen las acciones puramente penales, producto de la expansión del derecho penal público (de los *crimina*; *vid. supra* [32.3]).—Justiniano, por el contrario, retorna a la distinción de acciones reipersecutorias y acciones penales. Respecto de las *acciones mixtas*, las descompone, sin embargo, en una pretensión indemnizatoria (*in natura*, o bien en dinero) y en una parte que únicamente persigue la imposición de la pena. *Vid. Inst.* 4, 6, 16–19. Para el punto de vista clásico, *vid. Paul. D.* 44, 7, 34, 2 [51.12]. **Lit.:** P. VocI, «Azioni penali e azioni miste», SD 64 (1998) 1 = *Ultimi studi* [36.6], 193.
- 33 **2.** Los criterios para el cálculo de la pena corresponden a la finalidad penal y son diferentes a aquellos conforme a los cuales se calcula el monto que puede alcanzar la condena en las acciones indemnizatorias [34.26–28]. La pena puede estar fijada de antemano (en varias ocasiones ocurre así en la Ley de las XII Tablas), o quedar entregada lo que en equidad decida del juez (*bonum et aequum*, como ocurre en la *actio iniuriarum*); sin embargo, lo más frecuente, especialmente en los delitos patrimoniales, es que se toma como base el valor de la cosa afectada y se calcula la pena multiplicándolo por dos, por tres o por cuatro. El *quanti ea res est (fuit)* en las acciones penales se determina, en prin-

cipio, según el valor objetivo de la cosa; posteriormente, en especial tratándose de las acciones mixtas, en el sentido del *quod interest* [vid. supra 34.28].

IV. ANEXO: CESIÓN DE ACCIONES

La indemnización de perjuicios únicamente debe reparar la pérdida a la parte 34 que los ha padecido. En los casos en los que un sujeto responde de la pérdida de una cosa ocasionada por un tercero, por ejemplo por hurto, y queda por lo mismo obligada a indemnizar, podría ocurrir que el acreedor, una vez indemnizado, intente reclamar contra el ladrón o contra otro poseedor la cosa, mediante una acción posterior, fundada en su propiedad, o bien que exija el valor de la cosa. Si al recuperarla cesa el daño, aquel que hubiese sido indemnizado por la pérdida de ésta tendría, sin embargo, que restituir la indemnización a quien se la pagó. Si al perjudicado se le indemniza el daño, ya no tiene, por regla general, interés en seguir el rastro de la cosa hurtada, de modo que, en la práctica el tercero la podría conservar. En cambio, el obligado al pago de la indemnización tendrá un evidente interés en localizar al ladrón o al poseedor de la cosa posterior a él.

Los juristas romanos sostuvieron esta posición de interés, de modo que en tales 35 casos hicieron depender la condena del obligado a la cesión de acciones contra el tercero. Esto se mostró ya en la acción restitutoria del dueño [vid. supra 27.17], en caso de Paul. D. 6, 1, 21 y otros tratan un supuesto en el que el poseedor de buena fe de un esclavo fugitivo, que requiere vigilancia, será condenado a causa de la pérdida negligente del poder de hecho a favor del propietario demandante, si éste cede sus acciones a aquél, en particular, la *rei vindicatio* (contra el que posteriormente aparezca poseyendo al esclavo fugitivo). Otros casos se encuentran en materia de contratos, por ejemplo a propósito del tintorero o del sastre por el extravío de los vestidos de cuya custodia responde [42.27]: el dueño debe cederle su vindicación, así como la *condictio (furtiva)* antes o a continuación de ser indemnizado (Lab. D. 19, 2, 60, 2; Gai. D. 19, 2, 25, 8). Lo propio se aplica tratándose de la pérdida de cosas depositadas o prestadas (Marcell. D. 42, 1, 12) y otras.—Vid. también [57.22; además de 51.5].

Esta cesión subyace al § 255 (caso 1) BGB. **Lit.:** J. U. WACKE, *Acciones suas praestare debet. Die Last zur Klagenabtretung an den Ersatzpflichtigen und dessen Eigentumserwerb. Römischrechtliche Grundlagen des Zessionsregresses nach 255 (1. Fall) BGB*, Berlin, 2010; HKK-JANSEN, §§ 249 – 253, 255 [45 – 47].

§ 35. Contenido de la prestación

(RPr. §§ 43 II 4, 115 I–II, 116, 256 II)

I. REQUISITOS GENERALES

Lit.: G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*³, Torino, 1966; ZIMMERMANN (véase Índice).

- 1 **1.** El contenido de la prestación a la que el deudor está obligado, puede consistir, dentro de un amplio marco, en *toda clase de acciones u omisiones*.

Tanto en leyes como en fórmulas de acciones se mencionan como contenidos de la prestación *dare, facere, praestare*. *Dare* es, técnicamente, la producción de la propiedad quirritaria (*vid.* [34.6]); *facere* designa a todo hacer o actuación; *non facere*, la omisión. En las obligaciones de derecho estricto sobre *facere* (en especial, la estipulación) la transmisión hereditaria (pasivamente) y la prestación de terceros estaban expresamente excluidas. *Praestare* proviene de *prae stare*, «salir fiador» y frecuentemente significa la asunción de una garantía, es decir, la responsabilidad derivada de una circunstancia ya producida o que vaya a producirse (como en la antigua fianza de *praedes* [7.21], o posteriormente, en la asunción de la garantía por la ausencia de defectos de la cosa comprada, o por la existencia de especiales propiedades de ella. En el lenguaje de los clásicos, *praestare* se refiere, preferentemente, a la garantía, así como a la obligación de pagar e indemnizar, cuando la se incumple la obligación del deudor (*dolum, culpam, diligentiam praestare*, etc.). Finalmente, se usa la expresión en el sentido de nuestro «conceder» u «obligarse» por cualquier forma de prestación.

Lit.: H. BEIKIRCHER, «Zur Etymologie und Bedeutungsentwicklung von *praestare*», *Glotta* 70 (1992) 88; R. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano, 1995, 109 (rec. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, SZ 115 [1998] 527); EMUNDS [53.4], 295.

- 2 **2.** Para que el contenido de la prestación sea válido debe cumplir con ciertos *requisitos generales*:

a) **No** pertenece a estos requisitos generales el que la prestación sea inicialmente posible. La máxima *impossibilium nulla obligatio est* («sobre lo imposible no puede haber una obligación»; Cels. D. 50, 17, 185) no tiene una vigencia general en el derecho romano. Como suele ser, se debe distinguir si se trata de obligaciones de derecho estricto o de las demás.

aa) *Impossibilium nulla obligatio est* vale solo para las obligaciones de **derecho estricto**, es decir, sobre todo para la estipulación y la obligación derivada del legado damnatorio; *vid.* Gai. 3, 97–99; Inst. 3, 19, 1–2. Estas obligaciones son nulas porque en ellas el cumplimiento de la prestación resulta imposible para uno, sea tal imposibilidad *física* o *jurídica*. Existe imposibilidad física, por ejemplo, cuando la cosa ha perecido o bien no es posible darla (caso del hipocentauro, Inst. 3, 19, 1); algunos juristas ven como imposible la promesa de ausencia de defectos, cuando la cosa tiene de todos modos alguno. Sin embargo, la promesa puede ser entendida como una obligación relativa al interés en que la cosa no tenga defectos (Ulp. D. 21, 2, 31; Ulp. D. 50, 17, 31). Se entiende haber imposibilidad jurídica cuando la cosa que debe entregarse es de aquellas que se encuentran *extra commercium*, o bien cuando ella ya pertenece al acreedor. En la literatura moderna se explica la nulidad de la obligación en el hecho de que sería imposible dictar sentencia, porque una prestación imposible no puede ser evaluada en dinero. Como se sigue de otros casos de imposibilidad, los juristas romanos no debieron asignar importancia a esas razones. Es más probable que la regla se relacione con la *sponsio*, que se encuentra en el origen de la estipulación en [7.21]: en ésta, si se jura una prestación que, inicialmente, es imposible, ello implicaría, inevitablemente, un perjurio.

En cambio, si la prestación es objetivamente posible y resulta imposible para el deudor (es decir, subjetivamente imposible) o le resulta difícil de cumplir, queda igualmente obligado:

D. 45, 1, 137, 5 (Venuleyo, 1 *stipul.*)

Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit. Escribe Sabino que si yo hubiera estipulado de aquel que no puede cumplir, si a otro le fuese posible, la obligación ha nacido conforme a derecho.

bb) En las **demás obligaciones**, la imposibilidad originaria no conduce inevitablemente a la nulidad y, por lo mismo, no obsta a la condena del demandado al pago de una suma de dinero. En ciertas obligaciones, sin embargo, se encuentra la afirmación de que la imposibilidad originaria conduce a la nulidad, aunque formulada de otra manera. Así, se dice que a falta de cosa objeto de la compraventa ésta no puede existir (Pomp. D. 18, 1, 8 pr., *vid.* también Paul. D. 18, 1, 15). Se trata de una cuestión que se relaciona estrechamente con la originaria compraventa al contado y con la *mancipatio*; sin la existencia de la cosa a comprar, no se concibe ni compraventa al contado ni *mancipatio*.

Sin embargo, tratándose de la venta de una cosa que se encuentra fuera del comercio, o de un hombre libre a título de esclavo, algunos juristas concedían al comprador de buena fe una *actio in factum*, y otros, en cambio, concedían la *actio empti* por los

perjuicios causados dolosamente en la celebración del contrato a aquél que los sufrió confiando en su validez. *Vid.* Ulp. D. 11, 7, 8, 1; Iav.–Paul. D. 18, 4, 8 s.; Mod. D. 18, 1, 62, 1; Inst. 3, 23, 5.

§§ 311; diversamente, el 306 (ambos, nueva redacción) BGB; 878, 880 ABGB; art. 20 OR; 1182, 1184 Cc esp.–Chr. WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie. Zur Dogmengeschichte des Rechts der Leistungsstörungen*, Köln, 1970; T. ARP, *Anfängliche Unmöglichkeit*, Paderborn, 1988; D. MEDICUS, «Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im römischen Recht», SZ 86 (1969) 67; ZIMMERMANN, 686; M. PENNITZ, «Anfängliche (Teil-)Unmöglichkeit oder Gefahrtragung im Kaufrecht?», en *St. Talamanca*, vol. VI, 199; J. D. HARKE, «Vorübergehende Unmöglichkeit», SZ 123 (2006) 102; D. NÖRR [3.23, 2009], 1, 4 (imposibilidad transitoria); M. J. SCHERMAIER, «Anfängliche Unmöglichkeit und Kauf», en *Vis ac potestas legum. Liber amicorum Zoltan Végh*, Frankfurt, 2010, 139; HKK–SCHERMAIER, § 275 [13 s.]; V. MAROTTA, «Una nota su D. 45,1,83,5», en *St. Santalucia*, 171; C. CORBO, «Il caso della vendita dell'uomo libero», SD 81 (2015) 155.

- 3 b) La prestación no puede **estar prohibida** y no puede ser contraria a las costumbres [9.7–10].—§§ 134, 138 BGB; 879 ABGB; art. 20 OR; 1184 Cc esp.
- 4 c) La prestación no puede ser completamente **indeterminada**, sino que debe ser, cuando menos, determinable.

Conforme a la opinión clásica, la determinación de la prestación puede quedar sujeta a lo que decida equitativamente un tercero, es decir, puede quedar al arbitrio (no capricho) de un hombre justo (*arbitrium boni viri*); si es preciso, se puede determinar según lo que en equidad estime el deudor o el acreedor. *Vid.* Gai. 3, 140–143; Proc. D. 17, 2, 76 ss.; Pomp. D. 17, 2, 76, 6. **Lit.:** Chr. BALDUS, «Das *arbitrium boni viri* bei Cervidius Scaevola», SZ 133 (2016) 239.

- 5 d) De acuerdo con el principio de la condena a una *suma determinada de dinero* del procedimiento formulario clásico (*condemnatio pecuniaria* [34.22]), la prestación debe ser **avaluable en dinero** (*vid.* Ulp. D. 40, 7, 9, 2).

Sin embargo, una prestación no avaluable en dinero puede demandarse, si para el supuesto de su incumplimiento se estipula el pago de una suma de dinero (pena convencional impropia; *vid.* [4011]).—La consideración de valores ideales de afección fue admitida caso a caso; Pap. D. 17, 1, 54 pr.: *placuit enim prudentioribus affectum rationem in bonae fidei iudiciis habendam* («pareció a los juristas que en las acciones de buena fe debe considerarse el valor de afección»); Pap. D. 18, 7, 7. **Lit.:** PENNITZ [23.6], 249 (*condemnatio pecuniaria*); A. WACKE, «Das Affektionsinteresse: heute und in römischen Rechtsquellen», en *Ars iuris. Festschrift für Okko Behrends*, Göttingen, 2009, 555 (*vid.* SCDR 22 [2009] 515, versión en español); M. KINDLER, *Affectionis aestimatio. Vom Ursprung des Affektionsinteresses im römischen Recht und seiner Rezeption*, Berlin, 2012.

e) En lo fundamental, no se reconoce a los **contratos a favor de terceros**, esto es, aquellos en virtud de los cuales un tercero adquiere, directamente, derechos. La antigua *obligatio* da origen a un vínculo personal a favor de un titular determinado, exclusivamente. Tal titularidad no es transmisible [55.1], de modo que no permite adquisición alguna por medio de otra persona, sean éstas sometidas a su potestad o extrañas (sobre representación *vid.* [11.5]). Sin embargo, el derecho clásico de época imperial conoce excepciones, en las que, por especiales motivos, se concede una acción a un tercero. Justiniano multiplicó estas excepciones.

Vid. Diocl. vat. 286 [10.21]; C. 3, 42, 8; C. 4, 32, 19, 4; Paul. D. 24, 3, 45 (*favor dotis*, *vid.* STAGL [59.9], 140, 146). Se admite el contrato por el cual no el tercero mismo, sino una de las partes, puede exigir a la otra la realización de una prestación a favor del tercero (el llamado contrato a favor de terceros *impropio*) cuando la parte legitimada activamente tiene interés propio, avaluable en dinero, en la prestación a favor del tercero y la acción lo es respecto de la deuda de objeto indeterminado [34.7 y 10]; *cf.* Ulp. D. 45, 1, 38, 20 s.; Pap. D. 39, 5, 28. Con una acción respecto de un objeto cierto (*certum*) la prestación debida a un tercero puede, por el contrario no ser demandable; eso significa la regla *alteri (dari) stipulari nemo potest* («nadie puede estipularse dar algo a otro»), Ulp. D. 45, 1, 38, 17; Inst. 3, 19, 4; 3, 19, 19.

§§ 328, 329 BGB; 881 ABGB; art. 112 OR, 1257 II Cc esp. **Lit.:** G. WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, Weimar, 1949; M. KASER, «Zur Interessenbestimmung bei den sog. unechten Verträgen zugunsten Dritter», en *Festschrift für Erwin Seidl*, Köln, 1975, 75; P. APATHY, «Zur *exceptio pacti* aufgrund eines *pactum in favorem tertii*», SZ 93 (1976) 97; O. BEHRENDTS, «Überlegungen zum Vertrag zugunsten Dritter im römischen Privatrecht», en *St. Sanfilippo*, vol. V, Milano, 1984, 1 = *Behrendts II*, 839; H. LANGE, «*Alteri stipulari nemo potest* bei Legisten und Kanonisten», SZ 73 (1956) 279; FINKENAUER 11.1], 492; COING I, 423; II, 452; H. ANKUM, «Die Verträge zugunsten Dritter in den Schriften einiger mittelalterlicher Romanisten und Kanonisten», en *Festgabe Ulrich von Lübtow*, West-Berlin, 1970, 555 = RRMA, 116; ZIMMERMANN, 34; H. DONDORP, «The Reception of Institutes 3, 19, 19 in France», en *Ess. Pool*, 59; HKK-VOGENAUER, §§ 328 – 335 [5 – 57], así como la contribución en E. J. H. Schrage, *Ius quaesitum tertio*, Berlin, 2008 (desarrollos a partir de la alta Edad Media); FINKENAUER, *Stip.*, 14, 299 entre otras (limitado a Ulp. D. 39, 2, 24, 1a; D. 43, 8, 2, 18); G. FINAZZI, «Il contratto a favore di terzo proprio nella esperienza giuridica romana», en *St. Metro*, vol. II, 423 (dudoso, en parte); TALAMANCA [10.21]; F. LOMBARDO, «La regola e l'eccezione: Il principio *alteri stipulari nemo potest* e la *cautio iudicatum solvi* in età tardoantica», *Iura* 61 (2013) 87.

f) También es ineficaz en el derecho clásico la estipulación de una prestación para el heredero o, en general, **post mortem**, del acreedor o del deudor, conforme

a la regla *generaliter placuit ab heredis persona incipere obligationem non posse* («fue aceptado ampliamente que a partir de la persona del heredero no puede comenzar una obligación»); Gai. 3, 100; 158; *vid.* también [44.5 sobre mandato]. Justiniano acabó con esta limitación, C. 8, 37, 11; C. 4, 11, 1; Inst. 3, 19, 13.

II. OBLIGACIONES ALTERNATIVAS Y GENÉRICAS

- 8 1. a) En la *obligatio alternativa* se deben dos o *más* prestaciones, pero de modo tal que el acreedor solo puede obtener *una*: *duae in obligatione, una in solutione* (dos o más son objeto de la obligación, solo una, del cumplimiento). *Vid.* Ven. D. 45, 1, 138, 1; Paul. D. 18, 1, 34, 6.

Salvo que se acuerde otra cosa, la facultad para elegir corresponde al deudor. Es esto el resultado de la regla *contra stipulatorem* [8.12], atendido el hecho de que la obligación alternativa tiene por fundamento mayoritario una estipulación. Las particularidades y la duración de la obligación alternativa son examinados casuísticamente.

- 9 b) Si una de las prestaciones es *imposible* desde el inicio, o bien se hace imposible después sin culpa del deudor, que ha sido diligente [36.13–18], entonces su obligación se restringe a las prestaciones restantes que sean posibles. (Paul. D. 18, 1, 34, 6; 45, 1, 128, *vid.* también [35.12].

Lit.: G. PESCATORE, *Die Wahlschuldverhältnisse*, München, 1905 (Derecho romano y comparado, BGB); G. GROSSO [35.1], 163; P. ZILLOTTO, *Studi sulle obbligazioni alternative nel diritto romano*, Padova, 2004; P. APATHY, «Wahlschuld und Bürgschaft», en *Fs. Knütel*, 45.

- 10 c) Distinta es la situación de la obligación facultativa (*facultas alternativa*), en la cual *una* prestación es la debida, pero al deudor le es permitido cumplir por medio de otra. En este caso el deudor, ante la imposibilidad de la prestación debida, queda liberado (si es que él no ha dado lugar a dicha imposibilidad, [36.13–18] *Vid.* Ulp. D. 33, 9, 1; Iul. D. 36, 2, 19 pr.
- 11 2. En la **obligación de género** el objeto debido está determinado genéricamente (*genus*), no como especie o cuerpo cierto (*species*), de modo tal que todo individuo perteneciente al género puede ser objeto de la prestación mediante la cual se libera el deudor. Así ocurre, por regla general, cuando lo debido son cosas fungibles, como aceite, granos o ladrillos *Vid. supra* [18.12].
- 12 En la deuda de género, en tanto éste no se agote, no hay imposibilidad de la prestación; pero si las cosas que el deudor destinó al pago de la prestación desaparecen, sin culpa de aquél, deberá entregar otras del mismo género. La diferencia entre obligaciones de género, alternativas y de especie son, por con-

siguiente, de gran importancia para la transferencia del riesgo, así como para el llamado *riesgo de la prestación*. Se trata de decidir si el acreedor pierde su derecho cuando la prestación se vuelve imposible de cumplir por caso fortuito, o bien si (ahora desde la perspectiva contraria) el deudor debe aún cumplir entregando otras cosas, cuando aquellas elegidas por él para dar cumplimiento a la prestación han perecido, por caso fortuito. En la deuda de cosas específicas rige la regla formulada por los juristas medievales, *species perit creditori*, de modo que el deudor quedaría liberado. En las deudas de género rige la regla *genus perire non censetur* («no se admite que el género perezca»), de modo que el deudor debe soportar el riesgo hasta que quede una sola especie de dicho género (a partir de lo cual el riesgo lo soportará el acreedor). Entre ambas se ubica la obligación alternativa. En ella el deudor soporta el riesgo con respecto a todas las cosas alternativamente debidas, hasta que quede una. Puesto que con el perecimiento de la última especie la obligación alternativa se transforma en una específica, el riesgo de esta última lo soporta el acreedor, por lo que Paul. D. 18, 1, 34, 6 afirma respecto de la obligación alternativa: *prioris periculum ad debitorem, posterioris ad creditorem respicit* («el riesgo corresponde, en primer lugar, al deudor; después, al acreedor»). Sobre el riesgo de la cosa, del precio o de la contraprestación, *vid.* [41.20].

A partir de la transmisión del riesgo se explica la muy conocida solución sobre la obligación alternativa: A se ha obligado mediante estipulación con B a cumplir con (x) o (y), a elección de A. Por culpa de A (x) se destruye; seguidamente, (y) perece por caso fortuito. Puesto que con la destrucción de (x) la relación obligatoria se ha restringido a (y), A debería quedar liberado a partir del perecimiento de (y), no imputable a él, de modo que B soportaría el riesgo de la prestación. Sin embargo, Pap. D. 46, 3, 95, 1 concede la *acción de dolo* (puesto que la obligación nacida de la estipulación se ha extinguido) para hacer responder a A de (x) (quizá hasta el mayor valor de (y)). La solución se explica porque A, con la destrucción de (x) ha trasladado la desventaja a B, es decir, el riesgo de la prestación. De ahí que él no deba sacar provecho de la ventaja de la liberación, una vez que este riesgo se haya consumado. La decisión se encuentra recogida en numerosos códigos (p. ej., art. 1193 II Cc fr.; 311 ZGB gr.; 1290 Cc. it.; 1135 Cc. esp.; 6.1.1.1 NBW; 639 Cc. arg.; 254 Cc. bras. 2002) y es aprobado por el § 265 BGB (sobre la opinión dominante, *vid.* R. KNÜTEL [1.35, ZEuP], 265). 13

La prestación puede determinarse genéricamente si se trata de un *género limitado*. Si algunas especies perecen, el deudor debe cumplir con otras, pero queda liberado si todas las existencias perecen. *Vid.* Scaev. D. 33, 5, 22; D. 34, 2, 38; *vid.* también [41.8]. 14

Los juristas clásicos discutieron acerca de la estructura de la obligación de género. Algunos, en especial, Papiniano y, probablemente, también Juliano, la trataron como alternativa respecto de todas las especies existentes del género, de modo que, existía 15

una obligación respecto de cada especie particular. En cambio, otros juristas, *Marcellus*, especialmente, consideraron a la obligación de género como un tipo independiente, en oposición a la obligación alternativa, en la cual solo importa pagar al acreedor con uno de los objetos pertenecientes al género. Según los primeros –probablemente el punto de vista más antiguo– un deudor de género que debe, por ejemplo, diez especies, no puede pagar con aquellas que pertenezcan al acreedor al momento de la conclusión del contrato, como tampoco con las que éste hubiese adquirido posteriormente. Luego, respecto de las cosas que pertenecen al acreedor, la promesa estipulatoria no podría dar origen a una obligación, por existir una imposibilidad jurídica inicial; en relación con las cosas que el acreedor adquiere con posterioridad a la promesa, se extinguiría la obligación respecto de aquéllas, sea en razón del cumplimiento (cuando el deudor ha pagado), sea en razón de una imposibilidad sobrevenida (cuando un tercero paga al acreedor, en cumplimiento su propia obligación). Según la segunda doctrina, nada de lo anterior tendría relevancia. Pap. D. 31, 66, 1–3; Marcell. D. 46, 3, 72, 4; D. 46, 3, 67; *vid.* Paul. D. 45, 1, 128; Pomp. D. 45, 1, 116 pr. **Lit.:** R. Knütel, «In obligatione generis quid est in obligatione?», en *St. Sanfilippo*, vol. III, Milano, 1983, 351.

- 16 El deudor de género podía, en principio, liberarse pagando también con las cosas de menor calidad dentro de un género (Iav. D. 17, 1, 52; Marcell. D. 46, 3, 72, 5), en tanto no pudiese interpretarse algo distinto, como ocurre con el mutuo (Pomp. D. 12, 1, 13: del mismo tipo y calidad que las cosas entregadas) o con el legado (Ulp. D. 30, 37 pr.: *ne optimus vel pesimmus* («ni el mejor ni el peor esclavo»; Afr. D. 30, 110). Justiniano establece la regla de que se debe pagar con las cosas *de mejor calidad*, C. 6, 33, 3, 1b; C. 8, 53, 35, 1–2.

§§ 243, 262 – 265, 279 (redacción anterior), 276 (redacción actual), 2155 BGB; 656 ss.; 906, 907 ABGB; arts. 71, 72 OR; 1022, 1189 ss., 1246 Cc fr.; 1167 Cc esp. **Lit.:** GROSSO [35.1], 231; sobre compraventa de géneros, *vid.* [41.9].

III. OBLIGACIONES DINERARIAS

Lit.: R. WOLTERS, *Nummi signati. Untersuchungen zur römischen Münzprägung und Geldwirtschaft*, München 1999; W. ERNST, «Rationalia ad D. 46, 3, 99», en *Spuren des römischen Rechts. Festschrift für Bruno Huwiler*, Bern, 2007, 233; EL MISMO, «The Glossators' Monetary Law», en J. W. Cairns – P. J. du Plessis, *The Creation of the Ius commune. From casus to regula*, Edinburgh, 2010 (reimp., 2012), 219; B. KUPISCH, «D. 46, 3, 99: Ein Text ohne Sinn oder ein geldrechtlich relevanter Text?», en *Fs. Knütel*, 617; HKK- DORN, §§ 244, 245 [14 – 52] (también sobre desarrollo posterior).

- 17 Como muestran ya los actos librales y se deduce de la denominación de algunas monedas según su peso (p. ej., un *dupondius* por dos *ases*), originalmente

el dinero se pesaba (*vid.* Gai. 1, 122). La unidad de medida fundamental era la libra, que alrededor del s. IV a. C., como *as* de doce partes (*unciae*), se convirtió en el primer valor nominal correspondiente al peso de las monedas acuñadas en bronce, el llamado *aes grave*. Junto a ellas aparecieron monedas acuñadas en plata, que siguieron modelos griegos, con el dracma como unidad básica. Las primeras dos guerras púnicas, sin embargo, forzaron una reducción del metal que ambos tipos de monedas contenían y, finalmente, hacia la mitad de la segunda de estas guerras, se produjo la introducción de una nueva moneda del llamado sistema denarial, cuyo nominal, en cuanto moneda de plata, era el *denario* (*sc. nummus*, es decir, «moneda de diez»).

Al comienzo corresponde a 10 *asses*, a partir del año 141, a 16; son partes de él el *quinarius* (1/2) y el *sestertius* (1/4 *denarius*). Una nueva reforma de tiempos de Augusto estableció, finalmente, el sistema monetario del Principado. El valor nominal más alto era el *aureus* (*nummus*), «la moneda de oro» de 25 *denarii*. Las anteriores partes del *denarius* fueron sustituidos por múltiplos del *as* de latón, específicamente el *dupondius* (dos *asses*) y el *sestertius* (cuatro *asses*). Por otro lado, el *as* —en cuanto nominal inferior— y su cuarta parte, el *quadrans*, se hacían de cobre.

Desde tiempos de la República el dinero ya no se pesa, sino que se cuenta (de ahí la expresión *pecunia numerata*) y forma parte de las *res quae pondere numero mensura constant*. [18.12], Gai. 3, 90, de modo que toda deuda dineraria puede ser cumplida mediante cualquier moneda. No solo las monedas del mismo nominal son intercambiables entre sí, sino todos los nominales del sistema de valor romano, en razón de las relaciones de valor establecidas. Incluso, para la conservación del valor monetario en una estipulación, esta forma de moneda no es decisiva, sino que la promesa estipulatoria de un desembolso es también eficaz, cuando se pregunta si se dará una determinada cantidad de *denarii* y se promete la entrega del mismo valor, pero expresado en *aurei*, Flor. D. 45, 1, 65, 1.

En el tráfico jurídico del imperio aparecen dificultades derivadas de las fluctuantes relaciones de valor, y en los diferentes ámbitos circulan monedas romanas y provinciales. Parece haber sido frecuente que en las cláusulas contractuales se estableciera el tipo de moneda o los tipos equivalentes.

La fragmentación del régimen monetario en la Edad Media trae consigo, por el contrario que el objeto de las deudas dinerarias se determine, en principio, no según el valor nominal del crédito, sino según el contenido metálico del tipo de monedas debido. Las deudas dinerarias son, entonces, obligaciones cuya prestación consiste en una determinada cantidad de metales preciosos. Solo en el transcurso del siglo XIX se retorna definitivamente al principio del valor nominal.

IV. INTERESES

Lit.: G. BILLETER, *Geschichte des Zinsfußes im griechisch-römischen Altertum bis auf Justinian*, Leipzig, 1898, reimp. 1970; S. TAFARO (a cura di), *L'usura ieri ed oggi*, Bari, 1997; St. MROZEK, *Faenus. Studien zu Zinsproblemen zur Zeit des Prinzipats*, Stuttgart, 2001; K. VERBOVEN, «The Sulpicii from Puteoli and Usury in the Early Roman Empire», TR 71 (2003) 7; A. PIKULSKA, «Répression de l'usure à Rome républicaine», en *FHL.*, vol. VI, 4295; A. CHERCHI, *Ricerche sulle usurae convenzionali nel diritto romano classico*, Napoli, 2012.

- 18 **1.** Los intereses (*fenus, usurae*, de *uti*, usados) son, al igual que hoy, una retribución por el uso de un capital ajeno (*sors, caput*), que consiste, principalmente, en dinero y, por excepción, en otro tipo de cosas fungibles. Los intereses se deben además del capital, y su monto se designa como parte de éste, según su cuantía, según lo que dure la privación del capital y según la tasa de interés. La promesa de pagar intereses aparece en el derecho arcaico, a propósito del mutuo; *vid. infra* [35.22; 39.1; 39.6]. Las XII Tablas (8, 18) determinan como interés máximo el *fenus unciarum* y fulminan una pena por el cuádruplo del importe cobrado en exceso.
- 19 *Fenus unciarum* significa «por cada *as* una onza», es decir, la doceava parte del capital, lo que equivale a una tasa de interés anual del 8 1/3. Al regir como *interés mensual*, implicaba el doble del capital al año (como fue parcialmente aceptado) –lo que en la concepción moderna sería usurario–. Esto se explica en razón de la primitiva economía natural y en la desconfianza propia de aquellos tiempos. En el s. IV a. C. la tasa se redujo a la mitad (*fenus semiunciarum*). Posteriormente (342 a. C.), una *lex Genucia* introdujo una *prohibición general de los intereses*, la que (de haber existido realmente), cayó en desuso en los últimos tiempos de la República. **Lit.:** M. KASER [9.7], 35.
- 20 **2.** Desde el inicio de la República, es decir, en la época del tráfico monetario desarrollado, se establece una tasa máxima de *centesimae usurae*, es decir, de un 1% mensual, equivalente a un 12% anual. Esta tasa rige también para aquellos negocios en los que no se establecen intereses, en tanto no vaya contra los usos del lugar.
- 21 En el *préstamo marítimo* (*fenus nauticum*, *vid.* [39.8]) se permite un interés indeterminado, a modo de premio por el riesgo asumido.–No puede exigirse *intereses sobre intereses* (*usurae usurarum, anatocismus*), como tampoco intereses *atrasados*, en cuanto ellos sobrepasen el importe del capital; Ulp. D. 12, 6, 26, 1 (Diódoro 1, 79, 2: en Egipto esto ocurría desde el s. VIII a. C.). La prohibición del anatocismo fue, sin embargo, eludida, por la vía de tomar una y otra vez créditos (que en la Antigüedad eran, sin excepción, a corto plazo) equivalentes a la cuantía excedente de la capitali-

zación de los intereses. La brillante expresión *versuram facere* aludía a las renegociaciones de deuda con cambio de acreedor, en las que el deudor tomaba un préstamo de un nuevo acreedor, liquidando así su deuda con el antiguo. En época *posclásica* –no muy acertadamente– se permite poner fin a este ir y venir de intereses cuando la suma de los que han sido pagados alcanza el monto del capital. **Lit.:** J. HERRMANN, «Zinssätze und Zinsgeschäfte im Recht der gräko-ägyptischen Papyri», JJP 14 (1962) 23, 26; K. WILLE, *Die Versur*, Berlin, 1984; H. P. BENÖHR, «Versura», SZ 107 (1990) 216; J. ANDREAU, «Quelques remarques sur la *uersura*», en *Mél. Humbert*, 1.

La obligación con intereses puede fundarse en: a) un *negocio jurídico*, especialmente, un contrato. En los contratos amparados por *bonae fidei iudicia* basta un pacto de pagar intereses, que no requiere formalidades. En los demás contratos, especialmente en el mutuo, se exige que los intereses sean objeto de estipulación (Afr. D. 19, 5, 24). Si se hubiesen pagado intereses en virtud de un pacto sin formalidades, ellos no pueden repetirse (Sev. C. 4, 32, 3; *vid.* [33.11 y 39.6]. Si tanto el crédito como el pacto de intereses se garantiza con prenda, ésta puede ejercitarse una vez vencidos éstos (Ulp. D. 13, 7, 11, 3).—También pueden deberse intereses por un legado *damnatorio* o por fideicomiso. 22

b) En algunos casos el capital adeudado es aumentado con intereses *ipso iure*, es decir, sin necesidad de pacto (en la tasa antes mencionada). Se trata de los llamados intereses legales (aunque la denominación no es exacta). 23

Esto vale para: aa) la reclamación del *precio* antes de la entrega de la cosa vendida, en razón de la *bona fides* (Pap. vat. 2, y [41-19]), como también para el derecho del *negotiorum gestor* al reembolso de sus gastos e, inversamente, para la restitución del capital ajeno que el tutor o el mandatario han destinado a su uso particular (Ulp. D. 26, 7, 7, 10; D. 17, 1, 10, 3); bb) todos los créditos reclamables (y los del fideicomiso) con *formula incerta* [34.7], por los *intereses moratorios* [37.9]; cc) los casos excepcionales de deudas a partir de la *litis contestatio* y desde la sentencia (en el procedimiento *cognitorio*).

3. En época *posclásica* se introducen varias disposiciones especiales. Justiniano, influido por la doctrina cristiana, contraria al cobro de intereses, aunque no los deroga, reduce su tasa (C. 4, 32, 26, 2): 6% para casos generales, 4% para miembros de las clases superiores, 8% para vendedores y banqueros, 12% para los préstamos marítimos. Además de lo anterior, existen otras tasas especiales. 24

4. En la *Edad Media* se impone, en cambio, el principio tradicional del derecho canónico de la prohibición de los intereses (que se apoya en Éxodo 22, 24; Levítico 25, 36; Deuteronomio 23, 20; Salmos 15, 5; Lucas 6, 35) y, a partir de los glosadores, se impone progresivamente en el derecho occidental. Además de los prestamistas judíos, quedan exceptuados de su ámbito de vigencia ciertos casos especiales, como los intereses moratorios, que no se entienden como intereses propiamente tales, sino como una indemnización de perjuicios global. A contar del s. XVI, en la jurisprudencia 25

■ § 35. CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN

culta, sin embargo, se observa una progresiva flexibilización de la prohibición de los intereses. Bajo el efecto de las consecuencias económicas de la Guerra de los 30 años, la Dieta de Ratisbona de 1654 (§ 174) permite un interés general para los créditos del 5% anual. En cambio, los principios romanos sobre prohibición del anatocismo son conservados, aunque con modificaciones formales, prohibición que es discutida en la legislación hasta el BGB (§ 248 BGB, pero diversamente § 1000 II ABGB); art. 1109 Cc esp. La regla según la cual el cobro de intereses finaliza cuando los intereses atrasados alcanzan el importe del capital solo se deroga en Alemania, definitivamente, con la entrada en vigencia del BGB (diversamente en el § ABGB). **Lit.:** W. ENDEMANN, *Studien in der romanisch-kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre bis gegen Ende des 17. Jahrhundert*, vol. I, Berlin, 1874 (nueva edición, Aalen, 1962); H. SIEMS, *Handel und Wucher im Spiegel frühmittelalterlicher Rechtsquellen*, Hannover, 1992, 500; F. WITTECK, *Geld als Instrument der Gerechtigkeit. Die Geldrechtslehre des Hl. Thomas von Aquin in ihrem interkulturellen Kontext*, Paderborn, 2002, 111; P. L. NÈVE – E. C. COPPENS, «L'usure et le Pape», en *Ess. Pool*, 244; HKK-DORN, §§ 246–248 [10–34]; HKK-LOHSSE, §§ 286 – 292 [22, 29 – 30, 44].

§ 36. Causalidad y culpa

(RPr. §§ 41 I, 54 II, 118, 198 II, 258)

I. GENERALIDADES. CAUSALIDAD

1. La doctrina moderna del derecho civil establece dos requisitos generales para la obligación de indemnizar perjuicios: el autor del daño debe haberlo *causado* con su conducta y –de acuerdo con una regla que, no obstante, tiene varias excepciones– debe haberse comportado *culpablemente*. Este «principio de culpa» se remonta al derecho romano, en el que la responsabilidad concreta varía según el **grado** de culpabilidad, y diferencia sus formas concretas entre *dolo* y negligencia (o culpa). La causación (y la antijuridicidad, *vid. infra* 36.11) constituye la parte *objetiva* del hecho; la culpa, la *subjetiva*.

Nos centramos en el desarrollo de estos requisitos para los casos de *delitos* como para los de supuestos en los que un deudor incumple o cumple imperfectamente las obligaciones que contrajo en virtud de un contrato o de una relación similar a un contrato. *Vid. también infra* § 37.

La distinción entre *delitos* («hechos ilícitos»; *vid. infra* [38.1–3]; *cfr.* §§ 823 ss. BGB, arts. 41 ss. OR; 1902 Cc esp.) e *incumplimiento obligacional* (*Obligationsverletzung*; *vid. infra* § 37, *cfr.* §§ 264, 265, 275 ss., 311a, 323 ss. BGB; arts. 97 ss. OR; 1101 ss. Cc esp.) es extraña al ABGB, que trata unitariamente a ambas clases de supuestos bajo el título de la «indemnización de perjuicios», § 1293 ss.

2. El autor o hechor debe haber **causado** el daño, de modo tal que sin su conducta éste no se hubiese producido. Este requisito de la causalidad fue conocido por los romanos, aunque no llegaron a configurarlo teóricamente. Los juristas examinan el problema de la causación a propósito de la *culpa*, que exige la *lex Aquilia* como elemento de hecho del delito de daño causado en las cosas y en los esclavos. En relación con ello se señala que se requiere, de acuerdo con el principio de exterioridad, que se trate de una *actividad* corporal del agente (una simple abstención, como dejar de dar comida al esclavo, no es suficiente, Ner.–Ulp. D. 9, 2, 9, 2), y un actuar que produzca *inmediatamente* el daño, no por causas intermedias (p. ej., si se corta la cuerda a la que estaba amarrada la nave, de tal modo que ésta es arrastrada por la corriente y se estrella contra una roca, Ulp. D. 9, 2, 29, 5; o bien, el esclavo al que se le quitan sus vestimentas, a consecuencia de lo cual se congela, Ulp. D. 19, 5, 14, 1). Sin

embargo, los juristas clásicos superaron estas restricciones por medio de la concesión de acciones *análogas* (*vid. infra* [36.9; 51.14–15]). Tratándose de las obligaciones contractuales, la causación es examinada menos estrictamente, incluyendo en ella también la abstención.

- 4 Como lo prueba Cicerón (*top.* 17, 65), los problemas de causalidad fueron tratados por los juristas con mayor sutileza que los rétores y los filósofos, con lo cual dieron con cuestiones claves acerca de la causación; así, por ejemplo, sobre la causalidad alternativa, en el caso de que un esclavo muera a manos de varios y no sea posible determinar qué golpes causaron la muerte, todos los demandados responden (Iul.- Ulp. D. 9, 2, 11, 2; D. 9, 2, 51, 1 – sobre lo cual vuelve el § 830 I 2 BGB, *cfr.* §§ 1302 ABGB; BGE 25 II 823 ss.).

Sobre la causalidad interrumpida (quizá mejor, hipotética) es útil hasta hoy, como modelo, la «*lex immortalis*»:

D. 14, 2, 10, 1 (Labeón, 1 *Pith. a Paul. epit.*)

Si ea condicione navem conduxisti, ut ea merces tuae portarentur easque merces nulla nauta necessitate coactus in navem deteriozem, cum id sciret te fieri nolle, transtulit et merces tuae cum ea nave perierunt, in qua novissime vectae sunt, habes ex conducto locato cum priore nauta actionem. Paulus: immo contra, si modo ea navigatione utraque navis periit, cum id sine dolo et culpa nautarum factum esset...

Si tomaste en arriendo una nave para que en ella se transportasen mercancías tuyas y éstas, sin que hubiese necesidad alguna, el marinero las llevó a una nave peor, sabiendo que no querías eso, y se perdieron tus mercancías en aquella nave, dispones contra el primer marinero de la acción de arrendamiento. Paulo: sí, por el contrario, en aquella travesía ambas naves perecieron y esto hubiese ocurrido sin dolo o culpa de los marineros...

Labeón establece la responsabilidad contractual del capitán (lo mismo que del otro contratante) en virtud de una noción que en la Edad Media adquirió la forma del aforismo *versanti in re illicita omnia imputantur quae sequuntur ex delicto* («a quien se mantiene en lo ilícito se le imputa todo lo que causa un delito»), aunque éste ocurriese por caso fortuito. El incumplimiento culpable de una obligación contractual esencial, como aquí se sigue del traslado a una nave peor, en contradicción con lo dispuesto en el contrato, lleva a la responsabilidad por caso fortuito, igual que en el caso de la mora [37.8]. Para Labeón, una vez que se da pie a fundar la responsabilidad por el caso fortuito de un acontecimiento posterior, ya no es posible eludirla (en tanto la carga no sea transportada a la nave que se contrató). Cerca de 150 años después, Paulo contrapone a este razonamiento la noción de causalidad hipotética: si el acreedor habría padecido igualmente el daño, a consecuencia de una cadena causal en la que el comportamiento del deudor conforme a lo establecido en el contrato de nada habría servido (y ya no tuviese acción contra el tercero), entonces sería injusto pretender que el deudor respon-

diese. El juez podía y debía evitar dicha injusticia, en razón del amplio arbitrio que le concedían las *acciones de buena fe* (respecto de la terminología: la cadena causal generada por la colocación de la mercancía en la nave contratada se habría visto *interrumpida* por la cadena causal que puso en marcha el trasbordo de la carga, que impidió que la anterior se completara. La finalidad de la figura jurídica de la causalidad interrumpida es argumentar a favor de la exoneración de responsabilidad de aquel que dio origen a la causalidad suprimida; tal curso de acción no hubiese dado lugar a ninguna responsabilidad y, por lo mismo, ninguna exoneración hubiese sido necesaria).

En los códigos modernos se ha conservado esta concepción en el caso del trasbordo hasta tiempos recientes. Puesto que Lab.-Paul. D. 14, 2, 10, 1 es (junto con Ulp. D. 19, 2, 13, 1) modelo de la prohibición de trasbordo en la redacción anterior del § 565 I HGB (y § 44 BinnSchG, igualmente abolido), en el que la responsabilidad del fletante está excluida en el caso que el daño también se hubiese producido si la carga no hubiese sido colocada en otra nave. Desde la reforma del derecho de comercio marítimo de 2013 el § 531 HGB prevé, a partir de ahora, que un fletante no está autorizado a hacer trasbordo de la carga. En el moderno derecho del transporte marítimo, en el que las naves difieren en mucho menos que las de la Antigüedad, la prohibición de hacer trasbordo es excepcional. **Lit.:** D. NÖRR, «Kausalitätsprobleme im klassischen römischen Recht», en *Festschrift für Franz Wieacker*, Göttingen, 1978, 115; EL MISMO, *Causa mortis*, München, 1986; R. WILLVONSEDER, *Die Verwendung der Denkfikur der condicio sine qua non bei den römischen Juristen*, Wien, 1984; J.-F. GERKENS, *Aequae perituris*, Liege, 1997 (rec. R. WILLVONSEDER, SZ 123 [2006] 427); W. SELB, «Kausalität in der dogmengeschichtlichen Betrachtung», en *Festgabe für Arnold Herdlitzka*, München, 1972, 215; ZIMMERMANN, 976, 988; H. ALTMPEPEN, «Versari in re illicita», en *Fs. Knütel*, 13; A. J. B. SIRKS, «The slave who was slain twice: causality and the lex Aquilia (D. 9, 2, 51)», TR 79 (2011) 313.

Los juristas romanos no concibieron como tal el problema de la *culpa concurrente* de la víctima, sino que centraron sus análisis en la culpa individual alternativa, considerando como autor individual a aquel a quien correspondía la mayor parte de ella. 5

Por lo anterior, el esclavo que atraviesa el campo deportivo donde otros ejercitan el lanzamiento de jabalinas y es atravesado por una de éstas, es el único responsable (Ulp. D. 9, 2, 9, 4; Inst. 4, 3 4; el caso ya había sido discutido, en el s. V a. C. por Antifonte de Ramnunte).—Un barbero que rasura a un esclavo a un costado de un campo deportivo, es golpeado en la mano por una pelota lanzada con fuerza, con tanto infortunio que corta el cuello del esclavo. Mela opina que, de acuerdo con la *lex Aquilia*, debía responder el que resultase culpable. Próculo sostiene que éste es el barbero; Ulpiano, que no es equivocado el punto de vista según el cual el esclavo solo puede culparse a sí mismo si se encomendó a un barbero cuyo sillón estaba colocado en un lugar tan peligroso, Ulp. D. 9, 2, 11 pr. (sobre lo cual *vid.* I. FARGNOLI, «Die durchschnitene Kehle», *Fundamina* 20-1 [2014] 275).

En conexión con una regla cuya interpretación ha sido demasiado amplia, la regla *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire* («si alguien sufre un perjuicio debido a su propia culpa, no se entiende que lo sufre»), se desarrolló a partir de la Glosa la concepción, posteriormente dominante, según la cual la culpa concurrente del perjudicado no daría lugar a un derecho a ser indemnizado, siempre que el autor del daño no hubiese actuado con premeditación (la llamada compensación de culpas). Finalmente, la solución moderna consistente en dividir el perjuicio entre el hechor y la víctima según la ponderación de su contribución a la causación y a la culpa proviene de la filosofía iluminista de Christian Wolff y fue introducida en la legislación por los §§ 1304 ABGB; art. 51 OR 1881, art. 44 OR 1911; § 254 BGB. **Lit.:** Th. MAYER-MALY, «*De se queri debere, officia erga se und Verschulden gegen sich selbst*», en *Festschrift Max Kaser*, München, 1976, 229; Chr. WOLLSCHLÄGER, «Das eigene Verschulden des Verletzten im römischen Recht», *SZ* 93 (1976) 115; K. LUIG, «Überwiegendes Mitverschulden», *Ius commune* 2 (1969) 187; Th. HONSELL, *Die Quotenteilung im Schadensersatzrecht*, Ebelsbach, 1977; ZIMMERMANN, 1010, *vid.* también R. KNÜTEL, «Zu den Gleichnissen des Art. 146 der Peinlichen GerichtsO Kaiser Karls V.», en *Festschrift für Gerd Kleinheyer*, Heidelberg, 2001, 353; CASTRE-SANA [51.10], 74; HARKE [33.3], 46; HKK-JANSEN, § 254 [2–23]; E. G. D. VAN DON-GEN, *Contributory Negligence*, London, 2014 (principalmente, historia dogmática; rec. R. KNÜTEL, Index 44 [2016]).

II. CULPA DERIVADA DE DELITOS. ANTIJURIDICIDAD

- 6 1. En las primeras épocas, todos los pueblos exigen un acto exterior visible, el hecho causante del daño, y lo imputan a aquel que lo ha hecho posible. Esto se basa, desde antiguo, en la experiencia de que determinados actos *típicos* dañosos *tienen la intención*, en su mayoría, de causar el daño; la primitiva responsabilidad por el resultado es, en realidad, una responsabilidad por culpa tipificada. Solo con el tiempo se califica la culpa en cada caso particular, según la intención individual del autor concreto.

Lit.: M. KASER, «Typisierter *dolus* im altrömischen Recht», *Bull.* 65 (1962) 79; P. VOGL, «*Diligentia, custodia, culpa. I dati fondamentali*», *SD* 56 (1990) 29 = P. VOGL, *Ultimi studi di diritto romano*, a cura di R. ASTOLFI, Napoli, 2007, 73; P. GRÖSCHLER, «Zur Problematik der Erfolgshaftung im römischen Recht», *Iura* 61 (2013) 155.

- 7 2. El derecho antiguo distingue entre actos *premeditados* y *no premeditados*. La muerte de un hombre libre constituye un delito de homicidio (*parricidium*), que puede ser expiado con la muerte del autor, si se ha cometido *consciente y deliberadamente*.

Una norma que se remonta al rey Numa establece: *Si qui hominem liberum dolo sciens mortui duit, paricidas esto* («Si uno da muerte a un hombre libre, deliberada y conscientemente, sea homicida»). En cambio, *si telum manu fugit magis quam iecit*, es decir, si el arma (*telum*, especialmente, un arma arrojadiza, como una flecha o un dardo), más que ser lanzada por el autor, se escapa de su mano, en virtud de Tab. 8, 24a, éste se libera entregando a los agnados de la víctima un chivo (expiatorio). En este caso resulta evidente la tipificación de la culpa. De modo similar Tab. 8, 10 distingue, a propósito del incendio, entre aquel que es provocado a sabiendas, de aquel que lo es sin ser consciente de ello.—*Dolus malus* significa, literalmente, malicia, pero con el tiempo se amplía; *vid. supra* [34.18] sobre la *exceptio doli*.

Asimismo, ciertos tipos penales del derecho antiguo, como el *furtum*, la *iniuria*, etc., requieren que el ataque a la esfera jurídica ajena sea *consciente*. También la *lex Aquilia* (286 a. C., *vid.* [51.11]) debió exigir que la muerte del esclavo o animal ajenos, o el daño a determinados bienes solo fuesen castigados cuando ellos fuesen cometidos con *iniuria*, en el sentido de daño *consciente* en los derechos ajenos. 8

3. De la interpretación de la *lex Aquilia* aparece una nueva diferenciación. Los juristas preclásicos incluyen la **culpa** en la *iniuria aquiliana* (Alf. D. 9, 2, 52, 3 s.; Lab.—Iav. D. 9, 2, 57). Por ella entienden, junto a la premeditación o dolo, a la *negligencia*, nociones que, en principio, se mantienen todavía estrechamente ligados a la comisión: solo el daño *directa* y culpablemente causado por un *occidere* (matar; requisito establecido en la ley) o de un *urere frangere rumpere* (quemar, fracturar, romper) constituye un delito. La causación mediata y la producida por omisión no están incluidas en la *culpa* aquiliana; en ésta, causalidad y culpa se encuentran todavía comunicadas [36.3]. Solo a partir de la jurisprudencia clásica, en que el requisito de la causación se atenúa y basta que la causa de la muerte pueda ser establecida (*causam mortis praestare*), se amplían el espectro de hechos a través de la concesión de acciones *análogas* (sobre lo cual, *vid. infra* [51.14]; Cels.—Ulp. D. 9, 2, 7, 6; Gai. 3, 219; Inst. 4, 3, 16). 9

4. El criterio extraído de la interpretación de la *lex Aquilia*, de una responsabilidad por *dolo* y de una por *negligencia* (*culpa*), referido en sus inicios a un hecho positivo, es empleado en el derecho preclásico y clásico más allá responsabilidad derivada de delitos, es decir, respecto de *otros* hechos y, más concretamente, sobre aquellos que quedan fuera de la responsabilidad contractual típica. Nota común a estos casos es que alguien daña una cosa que, al momento de ocurrir el hecho, se desconocía si se debía restituir o no. 10

5. En la medida en que la *culpa* se separa de la *iniuria* de la *lex Aquilia*, *iniuria* significará, en este contexto, solo la **antijuridicidad** [51.11]. La lesión de derechos de otro es, por regla general, siempre antijurídica (lo mismo que 11

hoy), si no existe fundamento jurídico para ella. Éste lo ven los juristas romanos en la defensa ante un ataque injusto (**legítima defensa**; *vim vi repellere licet*, «se permite repeler la violencia con violencia», Cass.–Ulp. D. 43, 16, 1, 27; Ulp. 9, 2, 5 pr.; Inst. 4, 3, 2); también en la autoliberación ante ciertas situaciones de emergencia, como ocurre con el llamado **estado de necesidad defensivo**, en el que la «agresión» proviene de una cosa, como p. ej., de un animal (§ 228 BGB), como también en el llamado **estado de necesidad agresivo** u ofensivo, en el que el amenazado por un peligro ingresa en la propiedad de un tercero para protegerse a sí o a sus bienes; *vid.* Cels.–Ulp. D. 9, 2, 49, 1; D. 43, 24, 7, 4; D. 47, 9, 3, 9 (*vid.* § 904 BGB); finalmente, en los limitados casos en los que se permite actuar la consecuencia jurídica por medio de **autotutela** («ofensiva»). El derecho a la propia defensa se deriva del *ius naturale* y del *ius gentium* (Flor. D. 1, 1, 3; Gai. D. 9, 2, 4 pr.; Paul. D. 9, 2, 45, 4; Ulp. D. 43, 16, 1, 27). Hasta hoy se admite que un derecho a la legítima defensa existe por sí mismo, ahí donde no está contemplado en la ley (§§ 227 BGB; 32 32 StGB; 19 ABGB; 3 öStGB; arts. 52 I OR; 33 schwStGB).

Constituyen limitaciones a la defensa propia la exigencia de igualdad de medios de las acciones de defensa y las de agresión (Ulp. D. 43, 16, 3, 9: *eum qui cum armis venit, possumus armis repellere*, «a quien viene con armas podemos repeler con armas») y del principio de la proporcionalidad. En una constitución de Diocleciano del año 290, recogida en C. 8, 4 1, se dice: *recte possidenti ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatae tutelae moderatione illatam vim propulsare licet* («a quien posee justamente se le permite, en defensa de su posesión exenta de vicios, rechazar la violencia ejercida contra él con una moderación que sea irrepreensible»). Se trataba, como es evidente, de la recuperación violenta de la cosa por aquel que había comenzado lícitamente a poseer y retenía (§ 459 II, III BGB; 344 ABGB; 926 II ZGB; 441 Cc esp.). A partir de Justiniano, y después de una amplia recepción, el principio debió haber establecido que todo lo que excediera la defensa propia sería ilícito; las palabras *inculpatae tutela moderatione* serían interpoladas. **Lit.:** A. WACKE, «Notwehr und Notstand bei der aquilischen Haftung», SZ 106 (1989) 469; O. BEHREND, «Selbstbehauptung und Vergeltung und das Gewaltverbot im geordneten bürgerlichen Zustand nach klassischen römischen Recht», SZ 119 (2002) 44; ZIMMERMANN, 999; H. DILCHER, «Besteht für die Notwehr nach §227 BGB das Gebot der Verhältnismäßigkeit oder ein Verschuldensserfordernis?», en *Festschrift für Heinz Hübner*, Berlin, 1984, 443.

- 12 La autotutela juega un importante papel en el proceso antiguo, en el que la persecución y efectividad de los derechos queda librada a la propia iniciativa de las partes [80.6] en medida mucho más amplia de lo que será posteriormente.—En el derecho clásico la defensa propia es reconocida entre los copropietarios y en algunos otros casos. En cambio, un *decretum divi Marci* (Call. D. 4, 2, 13 = D. 48, 7, 7, Marco Aurelio, s. II d. C.) prohíbe la autotutela del acreedor, consistente en aprehender las cosas del deudor,

sean éstas debidas o no, y la castiga con la pérdida del crédito. Esto significó un avance significativo para limitar la autotutela. Asimismo, se fulmina con sanción penal a los delitos violentos (*crimen vis*). Los emperadores de época posclásica, para asegurar y fortalecer el poder estatal, refuerzan la prohibición de la defensa propia, sobre todo en materia de adquisición de la posesión sin otro título que la propia decisión, sancionándola con penas muy severas. El acreedor no puede tomar autónomamente cosas en prenda ni disponer, sin más, de aquellas pignoradas contractualmente, pero se mantiene la pignoración contra el deudor que se fuga, Ulp. 42, 8, 10, 16. También se restringe la autotutela defensiva en estado de necesidad. **Lit.:** G. WESENER, «Offensive Selbsthilfe im klassischen römischen Recht, en *Festschrift Artur Steinwenter*, Graz – Köln, 1958, 100; A. BÜRGE, «Vertrag und personale Abhängigkeiten im Rom der späten Republik und der frühen Kaiserzeit», *SZ* 97 (1980) 107; EL MISMO, «Zwischen Eigenmacht und Recht: Zur Praxis der *lex Iulia de vi (privata)* von Seneca bis Mark Aurel», en *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly*, Köln, 2002, 65; D. LIEBS, *Vor den Richtern Roms*, München, 2007, 141; V. WANKERL, «Der Kaiser als Richter: Überlegungen zu D. 4, 2, 13/D. 48, 7, 7», *SZ* 129 (2012) 577.

III. RESPONSABILIDAD DERIVADA DE CONTRATOS Y DE RELACIONES SIMILARES A LOS CONTRATOS

1. Los criterios *subjetivos* de la responsabilidad contractual (y cuasicontractual) muestran una fuerte diferenciación según los intereses en juego. Para el pensamiento jurídico romano, orientado al caso, las consecuencias jurídicas no solo se gradúan según las *acciones*, sino también de acuerdo con los grupos de casos integrados en la misma *actio*. 13

Con toda probabilidad, de los *bonae fidei iudicia* [33.6] deriva la inclusión de la responsabilidad por violación de un contrato dentro de la acción contractual –en la cual deberíamos poner en el mismo nivel de la responsabilidad contractual a aquella derivada de relaciones similares a los contratos. La *fides* exige del deudor no solo que cumpla la prestación, sino que además haga todo aquello que sea útil para los fines de la deuda, y que el acreedor pudiese esperar, y que se abstenga de hacer todo aquello que sea contrario a tales fines. Sin embargo, dentro de los *bonae fidei iudicia* existen distintos criterios. **Lit.:** CARDILLI [35.1]; VOCI [36.6], 33 = 77 (*diligentia*); M. SCHERMAIER, «Überlegungen zu den Grenzen der Leistungspflicht im römischen Recht», en *FHI.*, vol. VII, 5081; EL MISMO, «Was schuldet der Schuldner? Die «Pflicht zur Anstrengung» im modernisierten Schuldrecht», en *Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly*, Wien, 2011, 409 (referido a las líneas de desarrollo y trasfondo del cambio, desde un sistema de causas eximentes de responsabilidad a uno de incumplimiento contractual, limitador de la libertad que resucitó con la reforma del derecho de Obligaciones de 2002).

- 14 **2.** En un grupo de relaciones que son protegidas por *acciones de buena fe*, el deudor responde, al menos en principio, solo por **dolo malo**. Bajo este concepto se comprenden todos los actos *conscientemente desleales* como violaciones a la *bona fides*. El *dolo malo* aparece aquí como concepto antitético a ésta, de modo similar a lo que ocurre en la *exceptio doli (praesentis; vid. supra [34.18–19])*.
Se ubican aquí las relaciones obligatorias de las que un deudor resulta con nota de *infamia (infamis)*: sociedad, mandato, depósito y tutela. Quizá pudo, con anterioridad, el comportamiento desleal deliberado constituir un delito, de modo que esta consecuencia no sería más que un relicto de todo aquello (*vid. Mod. Coll. 10, 2, 4*).—Desde los últimos tiempos de la República, sin embargo, esta responsabilidad por *dolo* se flexibiliza al incluir los supuestos de *negligencia grave* dentro de la mala fe, subsumiéndola o equiparándola al *dolo* (*vid. Cic. pro Rosc. Am. 111; Cels. D. 16, 3, 32; cfr. [36.21]*). En época tardoclásica la *culpa* es expresamente mencionada junto al *dolo*, en especial en la acción de la tutela (*actio tutelae*) y en la responsabilidad del socio. **Lit.:** D. NÖRR, «Lex Irnitana c. 84 IX B 9–10: *neque pro socio aut fiduciae aut mandati quod dolo malo factum esse dicatur*», SZ 124 (2007) 1 = *Schr.*, 579, *cfr.* también *Schr.*, 427; F.-St. MEISSEL, «*Quod dolo malo factum esse dicatur. Ein Beleg für culpa-Haftung in der lex Irnitana?*», *Fundamina* 20-2 (2014) 613.
- 15 **3.** El deudor responde por **custodia** en aquellos supuestos en que mantiene en su poder, y para su propio beneficio, cosas del acreedor que deberá restituirlle. Esto significa que el deudor debe resguardarlas y que responde de su pérdida o extravío, así como de determinados daños que se deben a un cuidado o resguardo insuficiente. Se libera de responsabilidad en razón de ciertos supuestos típicos, los que en época tardoclásica se identifican como **fuerza mayor (vis maior; vid. [36.26])**. La responsabilidad por *custodia* incluye, sobre todo, la responsabilidad por el hurto simple de la cosa, como también otros supuestos en que al deudor no cabe culpa alguna. *Vid. Gai. 3, 205–207 = Inst. 4, 1, 15–17 (16 ampliado por Justiniano); Ulp. D. 13, 6, 5, 5.*
- 16 En la responsabilidad por *custodia* podría verse la antigua concepción de la *responsabilidad por culpa típica* [36.6]: los perjuicios se deberían, en su mayoría, y conforme a la experiencia, a una custodia defectuosa y, por ende, a la negligencia. Solo unos cuantos supuestos constitutivos de «fuerza mayor» [36.26] serían admitidos como *eximentes de culpa*. Los clásicos justificaron que perjuicios no culposos fuesen incluidos entre los casos de responsabilidad por *custodia* con base en la *garantía* (aceptada expresa o tácitamente) del resultado de la custodia.—La responsabilidad por *dolo* y *culpa* está incluida en la responsabilidad por *custodia*; ésta va más allá, e incluye también lo que (por oposición a *vis maior*) se denomina el «caso fortuito menor».
- 17 El *círculo* de relaciones jurídicas en las que se responde por *custodia* comprende, con toda seguridad, al comodatario, además de aquellos que, como el tintorero (*fullo*) y el sastre (*sarcinator*), reciben cosas para realizar ciertos trabajos sobre ellas; al capitán

de nave, al hostelero, al dueño de cuadras (*nauta, caupo, stabularius*; *vid. infra* [46.6–8]), al que arrienda silos (Lab.–Iav. D. 19, 2, 60, 9), al *inspector* que recibe en su propio beneficio cosas para su examen (Ulp. D. 13, 6, 10, 1), conjeturalmente también (según algunos juristas), al vendedor antes de la entrega de la cosa y, (en época tardo-clásica), al pignoratario que tiene en su poder la prenda, además del arrendatario de cosas (Diocl. C. 4, 65, 28; Inst. 3, 24, 5); finalmente, al socio que debe intervenir las cosas de otro socio (Ulp. D. 17, 2, 52, 3). Se incluye en la responsabilidad por *custodia* la que corresponde a los daños causados por animales (Paul. D. 9, 1, 2 pr.) y por la fuga de esclavos que requieren vigilancia (Ulp. D. 13, 6, 5, 6). La equiparación de la responsabilidad por daños en las cosas causados por terceros fue discutida entre los clásicos (Ulp. D. 19, 2, 41 con Iul. D. 13, 6, 19). Si el deudor expone la cosa a ciertos riesgos, pero de acuerdo con el contrato (p. ej., en el fletamento marítimo), cesa la responsabilidad por *custodia*. **Lit.:** M. KASER, «Die *actio furti* des Verkäufers», SZ 96 (1979) 99, 105; EL MISMO, «*Furtum pignoris* und *furtum fiduciae*», SZ 99 (1982) 252, 255; ZIMMERMANN, 193, 397, 933, entre otros; VOCI [36.6], 62 = 103; NELSON – MANTHE III 3, 196, 309, 312; M. SERRANO VICENTE, *Custodiam praestare. La prestación de custodia en el derecho romano*, Madrid, 2006.

4. En las acciones civiles de derecho **strictísimo**, las acciones *ex stipulatu*, *ex testamento* y *condictio*, el deudor responde, de acuerdo con una regla tardo-republicana, cuando es «culpable» (*quotiens culpa intervenit*; Paul. D. 45, 1, 91, 3) de que la prestación no se realice debidamente. Los juristas clásicos se valieron de la locución *si per eum stat, quo minus det* («si dependió de él que no haya realizado la prestación»), y expresan con ella no la necesidad de que exista culpa del deudor, sino solo que sobre él deben recaer las consecuencias negativas del incumplimiento. Sin embargo, los clásicos también hablan de *culpa* del deudor como una conducta *conscientemente* contraria a la obligación, o de su *facere*, que puede también incluir una omisión en los mismos términos. A tal conocimiento de deslealtad se denomina a veces **dolo** (malo), el que, en este sentido, no está en contradicción con la *culpa*. **Lit.:** M. KASER, «*Perpetuari obligationem*», SD 46 (1980) 87; VOCI [36.6], 40 = 83. **18**

5. Respecto de la responsabilidad contractual (y cuasicontractual), el muy elástico y extendido tratamiento de los clásicos conoce, en principio únicamente, la alternativa entre responsabilidad por *dolo* [36.14 y 18] y por *custodia* [36.15]. Sin embargo, la responsabilidad por *dolo* surgida de las *acciones de buena fe* muestra, ya en época clásica, la tendencia a ampliarse hacia la **culpa** en el sentido restringido de *negligencia*. Ya hemos visto que la responsabilidad por *custodia* incluye los supuestos de *culpa*. Por consiguiente, sigue el desarrollo de la regla según la cual se responde por **dolo y culpa**, en tanto no concurra una responsabilidad estricta (como la de *custodia*) o una menos exigente (de *dolo*, únicamente). Ya en época republicana, para el caso en que se exigía **19**

diligencia (*diligentia*), se adoptó como criterio lo que un *pater familias diligente* o una persona recta y prudente haría (Serv.–Alf. D. 18, 6, 12; Gai. D. 13, 6, 18 pr.; Ulp. D. 13, 7, 22, 4).

20 6. Ya en época clásica, la regla recién expuesta ha sido modificada por influencia de distintas valoraciones.

a) Se intenta justificar la diferenciación del sistema de responsabilidad en razón de la *utilitas* que reporta a las partes el contrato (el llamado **principio de utilidad**). Según esto, la parte típicamente menos interesada en el contrato responde solo por *dolo*, en tanto que la más interesada en él lo hace por *culpa*. Esta explicación se apoya en que en el contrato gratuito del *depósito* [39.17], que resulta útil para el depositante, solo establece una responsabilidad por *dolo* para el depositario, mientras que en el *comodato* [39.11], que beneficia al comodatario, a éste se le hace responder por *custodia* y por *culpa* (Ulp. D. 13, 6, 5, 2–3; Mod. Coll. 10, 2, 1–3). Pero el principio no se aplica, sin embargo en el supuesto de la gestión (a título gratuito) de los negocios de otro, en cuanto en el caso del mandatario, en el del *negotiorum gestor* sin mandato y en el de la tutela se amplía la responsabilidad a la *culpa*. Sin embargo, esto no fue obstáculo para que los juristas clásicos (cuyo tratamiento de los principios difiere del nuestro) recurriesen complementariamente a la noción de utilidad, de modo de dar con un criterio de responsabilidad en los casos dudosos, como por ejemplo, en el contrato estimatorio, *vid.* Ulp.–Paul. D. 13, 6, 10–12.–art. 99 II OR. **Lit.:** D. NÖRR, «Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht», SZ 73 (1956) 68; ZIMMERMANN, 198, 205; VOCI [36.6], 138 = 174.

21 b) En ocasiones la responsabilidad no se determina en razón del criterio abstracto del *pater familias* diligente, sino en razón de la diligencia que el deudor aplica en sus propios asuntos, la llamada ***diligentia quam in suis rebus adhibere solet (sc. debitor)***, o también, la *culpa in concreto*. Este planteamiento se origina en el esfuerzo de ampliar la responsabilidad por *dolo*. El texto inicial es:

D. 16, 3, 32 (Celso, 11 *dig.*)

Quod Nerva diceret latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit.

Lo que decía Nerva, que el *dolo* es *culpa lata*, no agradaba a Próculo, pero me parece muy cierto. Porque si alguno no es diligente en aquel modo en que la naturaleza requiere de los hombres, no está exento de fraude, a menos que, de la forma en que cuida lo suyo, responda por el depósito: porque con buena fe no pondrá en aquellas cosas menor diligencia que como en sus propios asuntos.

El punto de partida es que el depositario responde por *dolo*, es decir, solo cuando se comporta deslealmente; luego, cuando infringe conscientemente la obligación de cuidado [34.18]. Celso destaca que, en este supuesto, el depositario se comporta con el objeto depositado de forma menos diligente que como lo hace con sus cosas. El depositante elige al depositario, precisamente, teniendo presente el cuidado con el que éste trata sus propias cosas. Incluso, si no es tan cuidadoso con ellas, el depositante puede desprender que el depositario dará a la cosa depositada, al menos, ese mismo cuidado. Si no lo hace, entonces incurre en negligencia grave y, por lo mismo, en un acto desleal. *Culpa latior* no se debe entender aquí en el sentido de una «negligencia burda», o especialmente burda –los juristas clásicos no conocen un criterio estabilizado acerca de la *culpa lata*– sino como una negligencia considerable.

En tanto aquí la noción de *diligentia quam in suis* representa un endurecimiento, ella se atenúa en otros supuestos de responsabilidad, a saber: si alguien escoge como socio (*socius*) a quien en sus propios asuntos no observa la máxima diligencia, solo puede reprimirse a sí mismo si éste, en los asuntos sociales, es menos prudente (Gai. D. 17, 2, 2, 72 = Inst. 3, 25, 9). Lo mismo vale para el caso de la responsabilidad del marido, en relación con la dote (Paul. D. 23, 3, 17 pr.). Esta concepción favorece también a quien, sin su voluntad, se encuentra inmerso en una relación jurídica con un tercero y puede esperar ser considerado tal como es; *vid.* Paul. D. 10, 2, 25, 16 (copropiedad a causa de sucesión hereditaria), Ulp. D. 27, 3, 1 pr. (tutela; diversamente, Call. D. 26, 7, 33 pr.).

En el continente europeo la *diligentia quam in suis* ha encontrado acogida en los códigos por su función moderadora (§§ 277, 708, 1359 entre otros BGB; 7 núm. 3 y núm. 23 II del 4 öEVHGB; 332 III ZGB; art. 538 OR); en Inglaterra, en cambio, ella ha repercutido en su función de ampliación de la responsabilidad.

Lit.: H. HAUSMANINGER, «*Diligentia quam in suis*», en *Festschrift Max Kaser*, München, 1976, 265; EL MISMO, «Rechtsvergleichende Notizen zur *diligentia quam in suis*», en *Festschrift für Hermann Baltl*, Innsbruck, 1978, 283; ZIMMERMANN, 210; VOCI [36.6], 100 = 138; F. MERCOGLIANO, «*Diligentia quam in suis* per i giuristi romani classici», *Index* 19 (1991) 379; L. MAGANZANI, *La diligentia quam in suis del depositario. Dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica*, Roma, 2006 (con historia dogmática; sobre lo cual C. MÖLLER, SZ 125 [2008] 814); A. VÖLKL, «Zur *diligentia quam in suis* des Verwahrers», en *Festschrift Herbert Hausmaninger*, Wien, 2006, 293; G. SANTUCCI, *La diligentia quam in suis*, Trento, 2008; T. WALTER [39.14], 157, 164 (prudente con el fr. 32).

c) La responsabilidad por *culpa lata*, la negligencia grave, como será llamada después, vuelve a la perspectiva clásica. 22

Ella se desarrolla, como la *culpa in concreto*, a partir de la responsabilidad por *dolo*. Por un lado, debió tratarse de un intento por superar las dificultades de orden práctico

que ofrecían los casos de responsabilidad por *dolo* en los que la negligencia del deudor era a tal punto grave, que resultaba verosímil pensar que éste se había comportado dolosamente, aunque no fuese posible probarlo (p. ej., Ulp. D. 47, 4, 1, 2). Por otro lado, se explica la extensión a casos en los cuales el deudor contravenía de modo considerable sus obligaciones contractuales, posiblemente, sin ser consciente de ello; *cfr.* Ulp. D. 17, 1, 8, 10 (uno que ha aceptado el mandato de comprar un esclavo específico, consiente en que otro sea el que lo compre); Ulp. D. 16, 3, 7 pr. (el depositario se compece del esclavo, lo libera de las cadenas y éste escapa); Gai. D. 44, 7, 1, 5 (sobre un grave abandono de los bienes depositados). En este contexto se explican afirmaciones tales como *culpa dolo proxima* (la negligencia es cercana al dolo; Ulp. D. 2 13, 8 pr.; D. 16, 3, 7 pr.), o bien *culpa lata dolo comparatur* (la negligencia grave se asimila al dolo; Ulp. D. 11, 6, 1, 1) y otras de ese tipo. Ellas se insertan en el desarrollo general del concepto de *dolo*, que durante la época clásica fue extendiéndose e instrumentalizándose, al compás de las exigencias de contratos específicos. Los juristas clásicos no llegaron a formular, en términos generales, un criterio de culpa que fuese independiente de la negligencia grave, tal como hoy lo conocemos (Ulp. D. 50, 16, 213, 2; Paul. D. 50, 16, 213, 2).

- 23 d) Además, la responsabilidad por *culpa* es mejor apreciada en supuestos en que debe responder el que, como empresario, recibe un encargo que supone una determinada experticia, porque dispone de ella. La interpretación de su declaración, en el sentido de la asunción de la correspondiente garantía, es justificada, porque asume la prestación contractual como experto. Celso lo expresa en esta síntesis: *imperitia culpa adnumeranda (est)*, es decir, la impericia es imputable a culpa, Ulp. D. 19, 2, 9, 5; Ulp. D. 19, 2, 13, 5; Ulp. D. 17, 2, 52, 2; Gai. D. 50, 17, 132. Esto vale también para los delitos. Ciertamente, ahí cesa la interpretación en el sentido de la asunción de una garantía; sin embargo, se justifica la regla en el caso de la culpa de la que se ocupa Gai. D. 9, 2, 8, 1: si unas mulas, por impericia o por ser insuficientes las fuerzas del mulero, atropellan un esclavo ajeno, responde el mulero, «porque nadie debe pretender hacer aquello en lo que sabe o debe saber que su falta de fuerza puede resultar peligroso para otro». Aquí encuentra su punto de partida la «negligencia objetiva o típica» del derecho civil actual, según la cual se debe responder por la diligencia de un vendedor prolijo (y lo mismo vale para un gerente, un médico, un automovilista, etc). §§ 276 II BGB (nueva redacción); 347 HGB; 93 I AktG; 43 GmbHG; 60 I 2 InsO; 1299 ABGB; 811 öKO; arts. 321e II, 398 I, 538 III OR. **Lit.:** ZIMMERMANN, 386, 464, 1009, pero también, 334; R. CARDILLI, «Gestione empirica dell'imputazione e *culpa adnumeratio* nella riflessione dei giuristi romani», Index 42 (2014) 299.

IV. SOBRE LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD POSCLÁSICA Y EL DESARROLLO POSTERIOR

La romanística del s. XX observa la existencia de numerosas diferencias entre la doctrina de la culpa de los juristas clásicos y la de época posclásica, especialmente tratándose de las escuelas orientales de derecho. Mientras los clásicos comprendieron y ponderaron tipificadamente los conceptos de *dolo* y de *culpa*, la perspectiva posclásica condujo a una subjetivación del criterio de responsabilidad, en el sentido de imputabilidad individual. En sus orígenes, el hecho de fundar toda responsabilidad en la culpa habría obedecido a una tendencia influida por la filosofía griega y por el Cristianismo. 24

Esta fuerte oposición, sin embargo, solo pudo ser «descubierta» gracias la amplia aceptación de la existencia de interpolaciones, cuyos ecos resuenan hasta el día de hoy. Entre otras, se aceptó que la *diligentia* (y con ella el estándar ideal del *diligens paterfamilias*), al igual que el concepto opuesto, *neglegentia*, habría sido introducida en las fuentes por las doctrinas posclásicas y asumida por Justiniano. Sin embargo, esto no se ha mantenido.

De los textos del *Corpus iuris* no es posible reconstruir un sistema de responsabilidad coherente propio de la época posclásica. Las tendencias sistematizadoras de los maestros de derecho orientales [1.19] y sus esfuerzos de inspiración filosófico-teológica por reforzar la validez del principio de voluntad (que, en todo caso, no debía sobrevalorarse), puede ocasionalmente haberse traducido en interpolaciones generalizadoras y, posiblemente, transformado la responsabilidad por *custodia* en una por *diligentia in custodiendo*. Sin embargo, no se puede sostener que en el terreno de la doctrina de la responsabilidad se hayan realizado en época posclásica innovaciones esenciales. **Lit.:** P. VOCI [36.6], 29 = 73; C. CANNATA, «Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano», Iura 43 (1992) 1 (abundante bibliografía en página 78); 44 (1993) 1; ZIMMERMANN, 192 entre otros.

En todo caso, en el desarrollo posterior de los criterios de culpa, a partir de la Edad Media se hace notoria la influencia de la doctrina de la voluntad, propia de la teología moral. Los actos ilícitos son tomados en cuenta, para cuestiones de responsabilidad tanto civil como penal, bajo la perspectiva de la expiación. Por consiguiente, el criterio central para determinar la *culpa* no radica menos en la contravención a la diligencia debida que en la voluntad que existe detrás del acto, fundándose así una culpa derivada de actos voluntarios (*Willenschuld*). Por cierto, se diferencia el *dolo* de la *culpa* en cuanto el primero supone un acto consciente y voluntario, mientras que la *culpa* consiste en negligencia, concibiéndose ésta como un error de la voluntad. Esta perspectiva de la culpa derivada de actos voluntarios se mantiene en la teoría del derecho natural y con la distinción entre ilicitud jurídica, por un lado, y culpa, por otro —por intermedio de Kant, quien en su doctrina jurídica distingue claramente entre

voluntad y deber y entre culpa e ilicitud— prevalece en la Pandectística. **Lit.:** St. KUTNER, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX*, Città del Vaticano, 1935; H. J. HOFFMANN, *Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte. Unter besonderer Berücksichtigung der culpa levissima*, Berlin – Boston, 1968; COING I, 434; II, 462; HKK-SCHERMAIER, §§ 276–278 [26–75].

V. LA RESPONSABILIDAD POR LOS AUXILIARES

- 25 En el derecho romano no se desarrolló conceptualmente una responsabilidad genérica derivada de la culpa de terceros empleados como auxiliares. Los juristas clásicos partieron del principio –también hoy constituye un punto de partida– *factum alterius non nocet (ei qui nihil fecit)* («el acto de otro no perjudica a quien no lo realiza»), Ulp. D. 39, 1, 5, 5. En principio, solo se consideraba la responsabilidad, cuando se trataba de un acto del principal, relacionado con la elección del auxiliar (*culpa in eligendo*) o con su vigilancia, o porque habría hecho intervenir a éste, en contravención a lo dispuesto en el contrato (con lo cual habría incurrido en *causa illicita* [36.4]). La *custodia* conformaba un amplio grupo de supuestos que era causa de responsabilidad para aquellos cuyos dependientes cometían hurtos [36.15]. En algunos casos de importancia práctica, el edicto preveía una responsabilidad propia de los colaboradores, como ocurre en las llamadas acciones adyecticias [49.2] y en la responsabilidad por *receptum* [46.8]. En todas estas materias se observa la tendencia a ampliar la responsabilidad del principal por los auxiliares.

Hay que añadir la *responsabilidad noxal*, según la cual quien tiene la potestad debe responder por los actos delictivos de quien está sujeto a ella, pero puede liberarse por medio de la entrega del autor del delito [50.12]. Los proculeyanos extendieron este modelo a la responsabilidad contractual, de modo que un arrendatario (carente de culpa), cuyo esclavo de forma negligente causó el incendio de la casa arrendada, debe responder, aunque tiene la posibilidad de entregar al esclavo al arrendador, en lugar de pagar la indemnización de perjuicios correspondiente (Ulp. D. 9, 2, 27, 9 y 11 = coll. 12, 7, 7 y 9). Aquí, lo mismo que en otros contextos de responsabilidad derivada de actos de los auxiliares, desempeña un papel, como criterio de valoración adicional, la noción de «ventaja-desventaja», lo que se expresa en la regla jurídica *ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet* («se responde por los actos de aquel por el que se obtiene una ventaja»; Ulp. D. 50, 17, 149). En época moderna se recurre a menudo a ella –en especial el art. 1348 Cc. fr.; *cfr.* 1903 IV Cc esp.– para fundar la responsabilidad por los colaboradores.

El más conocido fragmento sobre el problema de la responsabilidad por los colaboradores («una de las cuestiones más disputadas» en el s. XIX, de acuerdo con *Motive*, vol. 2, 29), es sin embargo el caso del transporte de unas columnas:

D. 19, 2, 25, 7 (Gayo, 10 *ad ed. prov.*)

Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. idem scilicet intellegemus et si dolia vel tignum transportandum ali quis conduxerit: idemque etiam ad ceteras res transferri potest.

El que se obligó (por arrendamiento de servicios) a transportar una columna, si ésta se rompe mientras se carga, transporta o descarga, es responsable de este riesgo, si ello ocurre por su propia culpa o de aquellos de cuyo servicio se vale. Pero estará exento de culpa si todo aquello que otro muy diligente habría tenido en cuenta, hubiese sido hecho. Se entenderá lo mismo, si alguno hubiese tomado en arrendamiento transportar tinajas o vigas. Y lo mismo puede aplicarse también a las demás cosas.

En este contrato resulta decisiva la responsabilidad por *culpa*. La interpretación del mismo plantea exigencias de diligencia muy altas, expresadas a través del criterio del *diligentissimus quisque* (tercero de máxima diligencia), debido al alto valor de las columnas. El punto más discutido es, hasta el día de hoy, si *que* (como partícula de *eorum*) se debe entender como conjunción (como «y») o como disyunción («o»). De acuerdo con la primera interpretación se exige la culpa tanto de los trabajadores como del empresario. Según la segunda, es suficiente la culpa de los primeros. La segunda opción, más convincente, prevaleció en el s. XIX, así como en proceso legislativo, y no es casualidad que la formulación del § 278 BGB (*cf.* 1313a ABGB; art. 101 OR) se apoye en los fragmentos D. 19, 2, 25, 7.—La diferenciación entre el auxiliar al que el deudor utiliza para el cumplimiento de su obligación y aquel que es designado por el principal para ejecutar una tarea distinta a la que estaba obligado para con el perjudicado, fue conocida, aunque no sistematizada, por los juristas romanos. **Lit.:** R. KNÜTEL, «Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht», SZ 100 (1983) 340; ZIMMERMANN, 376, 399, 1118; VOCI [36.6], 104 = 142 (*culpa in eligendo*); H. WICKE, *Respondeat Superior. Haftung für Verrichtungsgehilfen im römischen, römisch-holländischen, englischen und südafrikanischen Recht*. Berlin, 2000; R. FERCIA, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e regime della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, Torino, 2002; HKK-SCHERMAIER, §§ 276–278 [23–25, 39, 46–47, 51–52, 57, 71–75].

VI. CASUS

En tanto no hay culpa, se habla de *casus*, por el cual, en general, no se responde: *casus a nullo praestantur* («por el *casus* nadie resulta obligado»), Ulp. D.

26

50, 17, 23 *i.f.* Se distinguen dos tipos de *casus*: *minor* y *maior* (también llamado *fortuitus*), referido a una fuerza mayor (*vis maior*). Los casos de fuerza mayor son, principalmente, los terremotos, tsunamis (Amiano, *res gestae*, 26, 10, 15–19, informa de uno devastador, el 31 de julio de 365 en el Este del Mediterráneo, que lanzó embarcaciones de gran tamaño sobre las casas de Alejandría), inundaciones, incendios, naufragios, revueltas, atracos de bandas de delincuentes, o invasiones de enemigos, la muerte natural de un esclavo o animal, como también la fuga de un esclavo que no requería vigilancia (Ulp. D. 50, 17, 23; Gai. D. 13, 6, 18 pr.; Inst. 3, 14, 2). Supuestos de un *casus minor* son, principalmente, la pérdida de una cosa por hurto, así como la fuga de un esclavo que requería vigilancia y los daños causados por un animal que ha sido encomendado.

En el marco de la responsabilidad por *custodia* el deudor tiene también que responder por el *casus minor* [36.15–16]. Por fuerza mayor responde, en cambio, cuando se halla en mora [37.8], en los casos comparables de *versari in re illicita* [36.4], así como en la asunción de garantía, como ella era dada, especialmente, en la responsabilidad por *receptum* [46.6].

Ambos tipos de *casus* están comprendidos en el aforismo *casum sentit dominus* («el caso lo soporta el dueño»). Cuando nadie responde por la pérdida o el daño de la cosa, o el autor no puede ser descubierto, el dueño soporta la pérdida.—§§ 678, 848, 644 I 3, 732 II BGB; 978, 979, 965, 1168 a II, 1311 ABGB; arts. 306 III, 474 II OR; 1881 Cc fr.; 1805 II Cc it.; 1744 Cc esp. **Lit.:** A. WACKE, «Gefahrerhöhung als Besitzverschulden», *Festschrift für Heinz Hübner*, Berlin, 1984, 669, 681, 689; VOCI [36.6], 125 = 162; R. KNÜTEL, «Zum Zufall in § 287 S. 2 BGB», *NJW* 1993, 900; W. ERNST, «Wandlungen des *vis maior*-Begriffes in der Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft», *Index* 22 (1994) 293; J. D. HARKE, «*Casum sentit dominus?*», *OIR* 9 (2004) 33; J. F. GERKENS, «*Vis maior and vis cui resisti non potest*», en *Ess. Pool*, 109.

§ 37. El incumplimiento de las obligaciones

(RPr. §§ 119, 259)

I. INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL DEUDOR

Si el deudor incumple su obligación para con el acreedor y debe responder por ello, según lo que se expone en el § 36 para las distintas relaciones obligatorias y criterios de responsabilidad, entonces se dice que responde por el incumplimiento (*cfr. supra* [36.1 *i. f.*]). La estimación del hecho, así como las consecuencias del mismo, se siguen según el carácter *stricto* o *libre* de las acciones.

1. En las acciones estrictísimas –p. ej., de la estipulación, de legado y en la *condictio*– cuyo objeto es transmitir la propiedad de una cantidad de dinero cierta (*certa pecunia*) o de especies ciertas (*certae res*) genéricamente determinadas, no hay margen para una violación de la relación obligatoria con consecuencias jurídicas importantes. La prestación continúa siendo objetivamente posible y una indemnización de los perjuicios derivados de la mora puede no ser exigible con estas acciones tan férreamente limitadas.

2. En las obligaciones *strictas*, de *dare* o *reddere* (restituir) una *certa res individualmente* determinada [34.6], el deudor debería quedar liberado en el supuesto del perecimiento de la cosa, porque la obligación jurídico-civil consistente en el *dare oportere* de la fórmula presupone que la cosa que ha de darse existe. Los juristas tardorrepublicanos se sirvieron de la ficción de haberse producido la *perpetuatio obligationis*, es decir, el efecto de continuar existiendo esta obligación, cuando el deudor es culpable [36.18] de que la cosa haya perecido o de que el perecimiento se haya producido durante su mora [37.8]. Se procede entonces como si la cosa existiese realmente al momento de la *litis contestatio*, de modo que pueda afirmarse en dicho momento el *dare oportere* de la fórmula. Consecuentemente, el deudor será condenado al valor de la cosa [34.26]. *Vid.* PS 5, 7, 3 (principio); Paul. D. 45, 1, 91, 3.

Esta «perpetuación de la relación obligatoria» admite, por consiguiente, solo dos supuestos de incumplimiento obligacional: la ulterior *imposibilidad* objetiva del deudor (el meramente subjetivo «no poder» del deudor no se considera) y la imposibilidad, con o sin culpa del deudor, después de incurrir éste en mora. Que el deudor en mora se libera cuando la cosa hubiese perecido igualmente en el supuesto de haberse cumplido a tiempo la prestación, fue probablemente reconocida de forma excepcional (Ulp. D. 30, 47, 6; *vid.* [37.8]).–Estas acciones no permiten reclamar una indemniza-

ción de perjuicios. Si la prestación tuvo lugar, pero la cosa objeto de ésta se encontraba en un estado defectuoso, desde Juliano, la diferencia de valor se reclama con acciones de derecho estricto (lo mismo ocurre cuando la prestación es incompleta). Los *veteres* remiten a la *actio de dolo*. Cfr. Lab.-Ulp. D. 4, 3, 7, 3, diversamente, Iul. D. 30, 84, 4; 46, 3, 33, 1). Las acciones cuyo objeto es un *reddere* se justifican en tales casos con la ficción de que la cosa que se devuelve deteriorada, no es devuelta (*res deterior reddita non est redita*); Ulp. D. 13, 6, 3, 1; 16, 3, 1, 16). **Lit.:** M. KASER, «*Perpetuari obligationem*», SD 46 (1980) 87.

- 5 3. a) En las acciones con *formula incerta* [34.7 y 10] –tuviesen o no el agregado *ex fide bona*– no es necesaria la ficción de la *perpetuatio obligationis*, porque la desaparición del objeto debido primariamente no extingue la obligación. Si el deudor, debido a una circunstancia por la que, según el criterio de responsabilidad respectivo, debe responder no cumple en la forma prevista, particularmente en el supuesto de que el objeto debido haya *perecido* o se haya *dañado*, entonces responderá ante el acreedor indemnizando el interés de éste. Cfr. Proc. D. 45, 1, 113, 1; Ulp. D. 45, 1, 114. Asimismo, comprenden en estas acciones la responsabilidad por indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento parcial o defectuoso de la prestación.
- b) En las *acciones de buena fe* el acreedor conserva, además, la indemnización por los demás daños que deba soportar a consecuencia del incumplimiento del deudor de sus deberes de lealtad y diligencia derivados del vínculo obligacional (*vid.* Ulp. D. 17, 2, 52, 11; 19, 2, 13, 6) o que ha provocado dolosamente [34.15].
- 6 4. Al desaparecer en época posclásica los estrictos vínculos con la fórmula, la *perpetuatio obligationis* resulta innecesaria. El deudor responderá, en lo sucesivo, de la indemnización de perjuicios en sustitución de su incumplimiento. En todas las acciones es importante delimitar entre el caso (*casus*) que exime de responsabilidad y los distintos criterios de responsabilidad [36.24]. Tal situación se mantiene en la ciencia jurídica medieval; sin embargo, en los contratos innominados se desarrolla, como recurso adicional, el derecho de resolución del acreedor. La conceptualización de la imposibilidad como el elemento central de las reglas sobre incumplimiento de la prestación, aparecerá solo a partir del s. XIX. Si ella había sido hasta ese momento –en cuanto accidental– solo uno de varios fundamentos para la exención de responsabilidad, Savigny la utilizará –en la medida que fuese imputable– a partir de ahora, para fundar, desde una perspectiva sustantiva, la transición que va desde el deber de realizar la prestación a la indemnización del interés. FRIEDRICH MOMMSEN quería verla en la forma de una imposibilidad casual «verdadera», que fuese entendida como elemento central de liberación de la obligación, por lo que se opuso. También el legislador del BGB era de la idea de que la imposibilidad sobrevenida imputable al deudor no

conducía a la reparación del derecho a la prestación de la cosa en virtud de un derecho a indemnización de perjuicios; más aún, el derecho a la indemnización de perjuicios surgiría de la obligación original. Puesto que el legislador renunció a la puntualización que habría cabido, desde la entrada en vigencia del BGB, se impuso la opinión de que la imposibilidad sobrevenida imputable constituía un fundamento autónomo de la responsabilidad (§§ 280, 325 BGB redacción anterior); por lo mismo, que se debía limitar la exención de responsabilidad dispuesta en el § 275 BGB a la prestación primaria y a suprimir la limitación del § 275 al caso de la imposibilidad no imputable.

Al igual que esta perspectiva, el desarrollo provocado por el supuesto descubrimiento de H. STAUBS acerca del «violación positiva del crédito» (*Forderungsverletzung*) es un ejemplo de que el BGB solo se entiende correctamente si se hace a la luz del derecho que le precedió. En la repetida idea de que el BGB, en la regulación del incumplimiento de la prestación, se habría orientado no por las *acciones de buena fe*, sino por las obligaciones de derecho estricto y que ello habría tenido por resultado una laguna acerca de la llamada «violación positiva del contrato» (*Vertragsverletzung*) (así se afirma en la 16.^a edición de este manual) subyace una interpretación demasiado estrecha de la ley, demasiado atenta al tenor literal. Los autores de la ley regularon la responsabilidad por *culpa* por incumplimiento de las obligaciones contractuales fuera de los casos de imposibilidad y de mora del deudor, en el § 276 I 1 BGB (versión antigua), el cual debería ser no solo criterio de responsabilidad, sino también «fundamento de la pretensión» (*cf.* § 425 II [culpa!]) y el tratamiento del § 1664 como fundamento de la pretensión ante el incumplimiento de los deberes derivados de cuidado parental). Con detalle lo trata S. WÜRTHWEIN, *Zur Schadensersatzpflicht wegen Vertragsverletzungen im Gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts*, Berlin, 1990; U. HUBER, *Leistungsstörungen. 2. Die Folgen des Schuldnerverzugs. Die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit*, vol.1, Tübingen, 1999, 88–92; HKK-SCHERMAIER, anterior § 275 [13–55, 63–64]; § 275 [30]; §§ 276–278 [80–81].

II. MORA DEL DEUDOR

Lit.: H. H. JAKOBS, «*Culpa und interpellatio bei der mora debitoris nach klassischem Recht*», TR 42 (1974) 23; ZIMMERMANN, 790; J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2005, 11; EL MISMO, *Schuldnerverzug. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung*, Berlin, 2006; P. PICHONNAZ, «The Evolving Function of Interpellatio in Case of Default», en *Ess. Thomas*, 274; EL MISMO, «Demeure e interpellation», en *Mél. Humbert*, 655.

Entre los elementos del incumplimiento obligacional por parte del deudor, la mora de éste (*mora debitoris, mora solvendi*) cuenta con requisitos y consecuencias específicamente reglados.

- 7 1. Se requiere la existencia de una obligación vencida, cuya prestación sea aún posible, y que exista respecto de ésta un *retardo consciente* por parte del deudor (es decir, cuando ha dependido de él que ella no se cumpla, *si per eum stat, quo minus solvat*, Pomp. D. 12, 1, 5; *vid. supra* [36.18]). Este conocimiento de su deber de realizar una prestación inmediata [53.12, 13] se da por sentado cuando el acreedor ha intimado al deudor del vencimiento de la deuda (*interpellatio*, Marci. D. 22, 1, 32 pr.).

El deudor interpelado no puede alegar desconocimiento una vez que la deuda existente ha vencido. Se examina casuísticamente si es que la interpelación no resulta necesaria, por tratarse de deudas que están sujetas al vencimiento de un plazo (*dies interpellat pro homine*, «el plazo interpela en lugar de la persona [del acreedor]»); *cfr.* § 286 II n.º 1 (*redacción antigua*) BGB; 1334 ABGB; art. 102 OR; 1100 II Cc esp.— En los *delitos* que suponen apoderamiento de cosas, como p. ej., el *furtum*, el autor del hecho queda inmediatamente en mora: *fur semper in mora* («el ladrón está siempre en mora»; Ulp. D. 13, 1, 8, 1; Tryph. D. 13, 1, 8, 1; *vid.* 848 BGB).— Asimismo, en otros casos se admite, por mor de protección, que las consecuencias de la mora se produzcan por sí mismas, es decir, sin necesidad de interpelación (*mora in re*), p. ej., en el fideicomiso de entregar una suma de dinero destinada a los menores de edad (manutención, *vid.* [61.2]), o en el fideicomiso de libertad, de modo que la esclava traiga al mundo un hijo que nazca libre, incluso cuando la manumisión concedida por medio del fideicomiso y deseada por ella, no se haya producido aún (*favor libertatis*, Ulp. D. 40, 5, 26, 1; *cfr.* Paul. D. 31, 87, 1; Ulp. D. 34, 4, 3, 2).

- 8 2. a) En tanto rige la *perpetuatio obligationis*, la mora del deudor *ocasiona* que éste deba responder, incluso en caso de la imposibilidad de la prestación ocurrida sin culpa de su parte —lo que quiere decir, incluso en el evento de un *casus* [37.3–4]. Lo mismo vale para las acciones que tienen por objeto un *incertum*.

El texto más conocido es

D. 30, 47, 6 (Ulpiano, 22 *ad Sab.*)

Item si fundus chasmate perierit, Labeo ait utique aestimationem non deberi: quod ita verum est, si non post moram factam id evenit: potuit enim eum acceptum legatarius vendere.

Asimismo, si un fundo (objeto de un legado damnatorio) hubiese perecido por hundimiento, dice Labeón que no se debe su estimación. Es verdadero, pero a condición de que no hubiese ocurrido después de la mora, porque el legatario pudo venderlo una vez aceptado.

Labeón asigna al perecimiento de la cosa un efecto liberatorio general; Ulpiano (o quizá Sabino), por el contrario, se lo asignan antes de que se incurra en mora. Incurrida ésta, el deudor responde (aquí se trata del heredero a cargo de un legado) incluso por fuerza mayor. Con claridad, Ulpiano argumenta que esta responsabilidad no cesa si, habiéndose cumplido oportunamente la prestación y producido el mismo evento, la cosa hubiese perecido igualmente en manos del acreedor, es decir, cuando la mora no es causa del daño producido en la cosa. Sirve de fundamento la consideración de que el acreedor hubiese dispuesto oportunamente de la cosa antes de la ocurrencia del daño, habría podido venderla y con ello habría podido trasladar el riesgo al comprador [42.41].— No se pone en discusión el hecho de que durante el tiempo por el que se extiende la mora el acreedor/legatario hubiese podido vender la cosa; el argumento de esa venta sirve exclusivamente para justificar la responsabilidad por el *casus*. Es diferente cuando se trata de la responsabilidad a causa del perecimiento accidental ocurrido con posterioridad a la *litis contestatio* [27.19]. En tanto se admite que el acreedor tendría que quedar en los mismos términos que si se le hubiese entregado la cosa al momento de la *litis contestatio* (Gai. D. 6, 1, 20), es posible desarrollar hipotéticamente lo que ocurre a partir de ella. Para impugnar el argumento del demandado, en el sentido de que la cosa incluso estando en poder del demandante habría perecido, el actor debería demostrar su propósito de vender y la posibilidad de haberlo hecho, *vid.* Ulp. D. 6, 1, 15, 3; D. 4, 2, 14, 11; diversamente, en Paul. D. 5, 3, 40 pr.—En la historia del derecho privado, a contar del s. XVI, se asumió progresivamente que en la mora debía suponerse la posibilidad del acreedor de vender la cosa, siendo posible al deudor probar que ello no hubiese ocurrido. El fragmento fue un modelo para el § 287 2 BGB (sobre el cual la opinión mayoritaria admite que el deudor debería saber que el acreedor, hasta la ocurrencia del evento hipotético de daño, habría tenido la cosa y no la habría enajenado); *vid.* art. 103 OR; § 929 ABGB.—*Vid.*, además, Pomp. D. 45, 1, 23; Paul. D. 24, 3, 25, 2; Ulp. D. 45, 1, 82, 1; consecuentemente, el vendedor soporta el riesgo en cuanto incurra en mora, Gord., Diocl. C. 4, 48, 4 u. 6. **Lit.:** KASER [37.4], 139; J. D. HARKE, *Mora debitoris* [37.7] p. 17; S. LOHSSE, «“Sowieso-Untergang» und hypothetischer Verkauf bei Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 1, 15, 3 u. Paul. 20 *ad ed.* D. 5, 3, 40 pr.», en P. Buongiorno – S. Lohsse (a cura di), *Fontes Iuris. Atti del VI Jahrestreffen Junger Romanistinnen und Romanisten*, Napoli, 2013, 161, 167, 173.

b) En las acciones que tienen por objeto un *incertum* el deudor tiene que 9
restituir, además, los frutos separados durante la mora (Paul. D. 22, 1, 38, 8; Gai. 2, 280). En las prestaciones que tienen por objeto una cantidad de dinero, ocupan el lugar de éstos los intereses moratorios (Gai. 2, 280; Marci. D. 33, 1, 32, 2; *vid. supra* [35.23]).—Se discute si en el derecho clásico el deudor debe indemnizar los perjuicios originados por el retardo en el cumplimiento de la prestación. En principio, se orientaría en tal sentido la condena del deudor moroso, p. ej., del vendedor, hacia el valor de la cosa; en el caso de mercan-

cías, por aquellas de mayor valor (a elección del comprador) al momento de incurrirse en la mora, o bien al momento de la *litis contestatio*. Solo en algunos casos se concedió la indemnización por los daños consecuenciales, como la ganancia perdida o los daños provocados por hacer exigible una estipulación penal o por hacer realizables garantías reales (que se realizan porque el comprador, a causa de la mora del vendedor, no puede entregar la cosa a su adquirente), Pomp. D. 19, 1, 3, 3, y Ner. D. 19, 1, 31, 1; Ulp. D. 12, 3, 3; Pap. D. 45, 1, 118, 2. **Lit.:** HONSELL [34.28], 3, 18; HKK-LOHSSE, §§ 286 – 292 [10] (1320).

- 10 **3.** La mora del deudor culmina (excepto en razón de la extinción de la deuda) en virtud de su purga, es decir, porque el deudor ha hecho todo lo necesario de su parte (*purgatio morae* o *enmendatio morae*; vid. Paul. D. 45, 1, 91, 3).

Si se trata de una obligación de *dare* el deudor debe poner a disposición (*offere*) del acreedor la cosa, en las condiciones en que la debía; no es relevante si éste la acepta o no. Con ello se producen, en lo fundamental, las consecuencias de la mora del deudor (Paul. D. 45, 1, 73, 2; D. 24, 3, 26; Marcell. D. 46, 3, 72 pr.). Si, en cambio, la obligación tiene por objeto un *facere* que el deudor puede realizar sin la intervención del acreedor, p. ej., construir una casa, entonces debe realizar ese *facere*. Es decir, la purga de la mora se produce, en estos casos, en razón del cumplimiento (Paul. D. 45, 1, 84; Ven. D. 45, 1, 137, 3 *i.f.*). Si el deudor incurre en mora porque no ha cumplido el día previsto para la prestación, el pretor lo protege mediante una *exceptio doli* si él con posterioridad ofrece transferir la cosa al acreedor y ésta perece por una circunstancia no imputable al deudor, o si aún así realizó la prestación de hacer; todo esto, sin embargo, solo en caso de que los intereses del acreedor no se hayan visto afectados de forma esencial en virtud del vencimiento del plazo (Ulp. D. 13, 5, 17). **Lit.:** R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, Köln, 1976, 185; HARKE [37.7], 74; I. REICHARD, «Die Verzugsbereinigung bei Marcellus und Papinian», en *Fs. Knütel*, 909 (purga de la mora en razón de término de una estipulación novatoria condicionada).

- 11 Hoy en día: §§ 280 II, 286 – 288 (redacción antigua) BGB; 918, 1333, 1334 ABGB; art. 102 OR; 1176 Cc esp. **Lit.:** (al mismo tiempo sobre incumplimiento de la prestación en su desarrollo): H. DILCHER, *Die Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, Frankfurt am Main, 1960; H. H. JAKOBS, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, Bonn, 1969; Chr. WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie. Zur Dogmengeschichte des Rechts der Leistungsstörungen*, Köln, 1970; EL MISMO, «Die willenstheoretische Unmöglichkeitstheorie im aristotelisch-thomistischen Naturrecht», en *Symptica Franz Wieacker*, Göttingen, 1970, 154; R. FEENSTRA, «*Impossibilitas* and *Clausula rebus sic stantibus*», en *Daube noster. Essays in legal history for David Daube* [3.17], Edinburgh, 1974, 77; ZIMMERMANN, 783; COING I, 434; II, 461.

III. MORA DEL ACREEDOR

Lit.: ZIMMERMANN, 817; P. APATHY, «*Mora accipiendi* und Schadenersatz», SZ 101 (1984) 190; J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2005, 74; M. PENNITZ, «Zu den Voraussetzungen der *mora accipiendi* im klassischen römischen Recht», SZ 123 (2006) 152.

1. El acreedor puede perjudicar su propio derecho de crédito si por una circunstancia imputable a él impide el correcto cumplimiento de la prestación que se le ofrece; en especial, si no la acepta. Esta mora del acreedor (o mora de aceptar; *mora creditoris*, *mora accipiendi*) no implica, a diferencia de la mora del deudor, ninguna clase de violación de la obligación: el acreedor no está obligado a aceptar la prestación, y por actuar así no responde por perjuicios ante el deudor. En casos de mala fe en la no aceptación de la prestación, el deudor puede, sin embargo, reclamar al acreedor una indemnización por los daños que le sean imputables, p. ej., a causa del esfuerzo que implica la alimentación de los esclavos vendidos (Cels. D. 19, 1, 38, 1), o por la paralización de una cantera, a causa de las piedras no recogidas (Pomp. D. 19, 1, 9). Pero ello ocurre solo si el deudor ha hecho todo lo necesario de su parte, siendo indiferente si el acreedor es o no responsable de rehusar su colaboración. 12

La mora del acreedor *presupone* que la prestación le sea *ofrecida* tal como le es debida (*offerri*). 13

Cuánto se requiera aquí, depende de las circunstancias. Por regla general, es insuficiente que el obligado a la prestación declare su disposición a cumplir; debe comportarse diligentemente y ponerla a disposición del acreedor; tratándose de obligaciones de género y de dinero, debe provisionar las cantidades debidas. Si la prestación se debe llevar hasta donde está el acreedor, debe hacerlo así. Si, en cambio, el acreedor debe colaborar para que tenga lugar la prestación, por ejemplo, recoger algo, basta con una oferta verbal. También ésta es prescindible si se ha convenido un día específico para la realización de la prestación *Vid.* Cels. D. 19, 1, 38, 1; Pomp. D. 19, 1, 3, 4; Paul. D. 18, 6, 5.

Además, la prestación debe ser frustrada por un comportamiento del acreedor (*per eum stare, quo minus accipiat*); sin embargo, incurre en mora también cuando, sin culpa de su parte, se le impide aceptar o retirar las cosas.—§§ 293–299 BGB; 1419 ABGB; arts. 91, 96, OR; 1176–1181 Cc esp. 14

2. La mora de recibir no implica que el deudor quede completamente liberado, sino que su situación se ve mejorada. a) Si ha estado sujeto a responsabilidad estricta, a partir de ahora, tratándose de acciones libres, responderá solo 15

por *dolo*, y quedará liberado cuando la prestación de una cosa específica se haga imposible, sin concurrencia de *dolo* (Pomp. D. 18, 6, 18 al comienzo; diversamente, para las obligaciones estrictas, Marcell. D. 46, 3, 72 pr.). b) En las obligaciones genéricas y de dinero, queda protegido por la *exceptio doli*; cuando la cosa ofrecida perece sin *dolo* de su parte (Marcell. D. 46, 3, 72 pr.).—§§ 300 BGB; 1419 ABGB.

16 c) El deudor puede sellar el dinero ofrecido en vano y *consignarlo* (*vid. infra* [53.16]); en tal caso, quedará eximido de responsabilidad por la destrucción no dolosa de las monedas (en el derecho posterior, en ocasiones, también sin tal destrucción).—§ 372 BGB; 1425 ABGBM; art. 92 OR.

17 d) Incluso, el abandono de las cosas debidas no siempre es dolosa.

El hecho de que el vendedor que necesita los toneles esté autorizado para derramar el vino que no sea retirado podría encontrar su justificación en las cláusulas contractuales que prevén que no se recoja el mosto prensado al momento de la cosecha, por lo que no parece que sea generalizable. En todo caso, se recomienda al vendedor poner a la venta el vino a cuenta del comprador (Ulp. D. 18, 6, 1, 3, *cf.*: Pomp. D. 33, 6, 8).—§§ 303, 383 BGB; 93 OR. **Lit.:** É. Jakab, «*Vinum effundere* in Ulp. D. 18, 6, 1, 3», SZ 116 (1999) 71; LA MISMA [41.1]), 182.

18 e) Algunos juristas conceden que, a partir de la mora del acreedor, dejen de correr los intereses moratorios; lo mismo que a partir del depósito de lo debido dejan de correr intereses (*vid.* Marcell. D. 26, 7, 28, 1; Pap. D. 22, 1, 7).—f) Una indemnización por los perjuicios padecidos por el deudor debido a la mora del acreedor (p. ej., costos por la ampliación de la conservación) la puede conseguir mediante la retención de su prestación hasta el reembolso de estos gastos (*derecho de retención*, que por regla general, se operacionaliza a través de la *exceptio doli*; *vid.* [38.22]).—*Cfr.* §§ 301, 304 BGB.

IV. LITISPENDENCIA

19 Al producirse la *litis contestatio* (*vid.* [82.19 y 27]), la responsabilidad del deudor se ve, en todo caso, agravada (si es que ella se encontraba más atenuada): el demandado deberá *restituirla* al actor, lo que significa llevarlo a la situación patrimonial en la que estaría si la prestación se hubiese cumplido al momento de la *litis contestatio* [27.18]; en las acciones penales, a la situación en que se encontraría si el delito no se hubiese cometido [34.8].

20 Lo anterior solo vale respecto de las acciones cuyo objeto es un *incertum*, de las *actiones arbitrariae*, y de las acciones estrictas cuyo objeto es un *dare* o un

reddere, después de que se impusiera la doctrina de los sabinianos, puesto que los proculeyanos limitaban la prestación a la debida al momento de la *litis contestatio*. Del *restituere* se sigue, sobre todo, que el actor recibe los frutos de la cosa debida (Paul. D. 22, 1, 38, 7; intereses por las deudas de dinero solo en casos especiales). Además, es consecuencia del *restituere* que el deudor se libera en virtud del cumplimiento posterior a la *litis contestatio* (esto es lo que implica la regla sabiniana *omnia iudicia absolutoria sunt*, que todos los procesos conducen a una absolución si el actor, antes de dictarse la sentencia ve satisfecha su pretensión, Gai. 4, 114; Inst. 4, 12, 2). En cambio, el *restituere* no se aplica rigurosamente a la medida de la responsabilidad. El demandado responde, por regla general, solo por *dolo* y *culpa*; en cambio, si, al momento de la *litis contestatio* hubiese retardado dolosamente la prestación, responderá por todo perecimiento o por todo daño, si estas circunstancias no hubiesen afectado el objeto, de haberse cumplido oportunamente la prestación.

B. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES. OBLIGACIONES EN PARTICULAR

§ 38. Clasificación de las obligaciones

(RPr. §§ 121–123, 260, 261)

**I. OBLIGACIONES NACIDAS DE CONTRATOS (*EX CONTRACTU*)
Y DE DELITOS (*EX DELICTO*). OTROS GRUPOS**

Lit.: KASER, RRQ., 155 (también [38.6–11]), sobre lo cual NELSON – MANTHE III 2, 466.

- 1 **1.** Para Gayo (3, 88, *cf.* Inst. 3, 13, 2) la clasificación de las obligaciones entre aquellas *ex contractu* y *ex delicto* constituye la *summa divisio*. El *contrahere* no se restringe, en esta bipartición, a los contratos, sino que significa, en principio, toda conducta *generadora de responsabilidad*, o bien, si se contrapone a los delitos, toda conducta permitida. *Contrahere* se asocia, esporádicamente, con *delictum* y *crimen*, pero también y, en todo caso, con la gestión de negocios sin mandato, la tutela y el pago indebido, ninguno de los cuales consiste en un contrato. Sin embargo, ya en época clásica se introduce en el sustantivo *contractus* el elemento de del *convenio* contractual, y se llega así al concepto de contrato más estricto y técnico, en el sentido de un *contrato obligacional*, que es reclamable mediante una *actio* del *ius civile*.
- 2 Que este convenio contractual debe entenderse no solo como una coincidencia exterior, sino como un acuerdo de voluntades dirigido a un fin se pone de relieve en

D. 2, 14, 1, 3 (Ulpiano, 4. *ad ed.*)

Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Peditius

La palabra *convenio* es genérica, y comprende todo aquello sobre lo que, a efectos de celebrar o transigir un negocio, consienten aquellos que entre sí lo tratan. Pues así como se dice que convienen los que desde diversos puntos se reúnen y van a un mismo lugar, así también los que por distintos movimientos del alma consienten en una misma cosa, esto es, se encaminan un mismo parecer. Pero es a tal punto

nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.

genérica la palabra convención, que, como elegantemente dice Pedio, no hay ningún contrato, ninguna obligación, que en sí no contenga convención, sea de obra o de palabra; incluso la estipulación, que es oral, es nula si no tiene consentimiento.

En el concepto de Pedio (s. I-II d. C.), de que ningún contrato puede existir sin un acuerdo de voluntades, hay un avance decisivo, que repercute especialmente en la doctrina de la interpretación y en la del error de la época clásica, así como en la comprensión de la forma de los negocios jurídicos (*vid.* [8.1; 8.6–7; 8.21–25; 6.2]). **Lit.:** S. E. WUNNER, *Contractus*, Köln, 1964; NELSON – MANTHE III 2, 73, 444, 456, 459; ZIMMERMANN, 561; C. A. CANNATA, «Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligerungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit», en *Ét. Ankum*, I, 1995, 59; A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, 2006; EL MISMO, «Panoramica sul contratto nelle dottrine della giurisprudenza romana», en *FHL.*, vol. I, 565; R. FIORI, «*Contrahere e solvere* in Q. Mucio Scevola», en *FHL.*, vol. III, 1955; EL MISMO, «*Contrahere* in Labeone», en *Mél. Humbert*, 311.

2. Puesto que las obligaciones contractuales se limitan a los contratos (cuyo cumplimiento puede demandarse según el *ius civile*), la bipartición mencionada al principio no puede cubrir todas las obligaciones. La obra *res cottidianae sive aurea* (sobre las cosas cotidianas o doradas) transmitida bajo del nombre de Gayo, añade un tercer grupo de obligaciones de distintas clases de fundamentos jurídicos (*obligationes ex variis causarum figuris*), D. 44, 7, 1 pr. Estas se subdividen a su vez en aquellas que se originan en actos similares al contrato (*quasi ex contractu*), y aquellas que se originan en actos similares a los delitos (*quasi ex delicto*), Gai. D. 44, 7, 5 pr.–6. En este esquema se basa la cuatripartición de las fuentes de las obligaciones que aparece en las Instituciones de Justiniano, a saber, contrato, cuasicontrato, delito y cuasidelito (Inst. 3, 23, 2; 3, 27; 4, 1–4; 4, 5).

Entre los **cuasicontratos** se cuentan los hechos de carácter obligacional que tienen en común con los contratos el tratarse de una actuación lícita (*negotium*), sin llegar a ser contratos. Pertenecen a este grupo la gestión de negocios sin mandato, la tutela, la comunidad, el legado obligacional y las atribuciones sin causa (como elemento de la *condictio*).

Los **cuasidelitos** son un grupo muy restringido de casos en los cuales alguien responde por los daños cometidos por negligencia, en su mayoría, a falta de vigilancia de un tercero, que es el que causa el daño [51.28].

II. OBLIGACIONES CONTRAÍDAS *RE, VERBIS, LITTERIS, CONSENSU*

- 6 1. Gayo (3, 89; *cfr.* Inst. 3, 13, 2), probablemente siguiendo modelos más antiguos, divide las obligaciones contractuales entre aquellas que se crean por la entrega de una cosa (*re*), por palabras (*verbis*), por escrito (*litteris*) y por consenso (*consensu*).
- 7 a) Se observa un *re contrahi*, en principio, en toda entrega de dinero, que obliga a devolver al que la recibe. Para Gayo (3, 90 s. = Inst. 3, 14) el mutuo es un **contrato real**. Sin embargo equipara a éste al pago que por causa de error se hace indebidamente (*indebitum solutum*), puesto que la misma *condictio* con la que es posible demandar, nace tanto de él como del mutuo (Gai. 3, 91 = Inst. 3, 14, 1; *vid. infra* [48.3]). La obra *res cottidianae*, que ya ha sido mencionada [38.3], cuenta, en cambio, entre los contratos reales al *mutuo*, al *depósito* y a la *prenda* (posesoria), porque también en éstos, la obligación exige, además de la convención, la entrega de una cosa, a cuya devolución queda obligado quien la recibe (Gai. D. 44, 7, 1, 2–6).
- 8 Mientras que en el *mutuo* (*mutuum*) la suma de dinero se hace del mutuuario y la restitución de la misma puede hacerse con monedas distintas a las que se entregaron, en el depósito y en el comodato se entrega solo la *detención* de la cosa y, en el caso de la prenda, la *posesión* interdical, de modo que las acciones de estos tres contratos se dirigen a la devolución de la misma cosa *entregada*.—Sobre los contratos innominados, *vid.* [45.1 y 7].
- 9 b) En el **contrato verbal**, en especial en la *stipulatio* (junto a la cual Gayo menciona a la *dotis dictio* y la *operarum promissio* de los libertos [16.15]), la concepción más antigua entendía que la *forma verbal* de carácter ritual era la causa de la obligación, que vinculaba incluso cuando ésta no era [8.5]. Más adelante, sin embargo, los clásicos exigieron, también, el consentimiento. *Vid.* Gai. 3, 92–96; Inst. 3, 15.
- 10 c) Lo mismo ocurre con el **contrato literal** [40.14–15], en que se estima como causa de la obligación el asiento en el libro con el cual se finge la entrega de un mutuo; también aquí se requerirá el acuerdo de voluntades.
- 11 d) Solo en los **contratos consensuales** será suficiente el *consensus* —el acuerdo de voluntades declarado sin formalidades— para engendrar una obligación sin la necesidad de la entrega de una cosa o de algún acto formal, Gai. 3, 135 s. Lo dicho se reconoce solo para la *compra* (*emptio venditio*), el *arrendamiento* (*locatio conductio*, incluido aquí el que versa sobre servicios y obra), la *sociedad* (*societas*) y el *mandato* (*mandatum*). Todas estas obligaciones están protegidas por *acciones de buena fe*.

En la exigibilidad a través de acciones de estos cuatro contratos cuya conclusión no exige formalidad alguna, los romanos han producido una de las creaciones jurídicas más brillantes y eficaces –en particular, para su desarrollo posterior–. Los derechos griegos y germánico no llegaron a concebir la eficacia obligacional del acuerdo de voluntades carente de formalidades, sino que exigían, o bien la ejecución de una prestación previa (al menos en la forma de un *Draufgabe*; *vid.* sobre las arras, *infra* [41.7]), o bien un negocio creador de responsabilidad de carácter formal. El reconocimiento del consenso obligacional en Roma se debe, en parte, a las relaciones jurídicas con los peregrinos y, en parte, al tráfico jurídico entre los propios romanos (*vid. supra* [2.13; 3.16; 33.6–7]). Como muy tarde, en el derecho preclásico los contratos consensuales son considerados dentro del *ius civile*. **Lit.:** C. CASCIONE, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli, 2003, 215, 351, 399 (rec. P. PICHONNAZ, SZ 124 [2007] 504).

2. En época **posclásica**, la clasificación que hemos visto en [38.6–11] pierde sentido. La escuela oriental, en cambio, la conserva, pero quitándole parte importante de su significado, porque entiende que el consenso es la única fuente de obligatoriedad contractual. Si algunos contratos requieren la entrega de una cosa (*res*), o su documentación por escrito (que es lo que ahora significa *verba*), ello solo significa una simple forma de perfeccionar el contrato. 12

III. PACTOS

1. *Pacta* (acuerdos), con o sin el añadido «*conventa*», son llamados principalmente en el lenguaje jurídico (aunque de forma no técnica), los convenios que según el *ius civile* no son exigibles a través de acciones. A algunos el pretor los ha amparado con una acción (*pacta praetoria* [38.14]), y otros solo se han vuelto exigibles a partir de la *legislación imperial posclásica* (*pacta legitima* [38.16]). 13

Pactum (de *pax*) es: a) en el derecho *arcaico*, el convenio sin formalidades de *extinción de responsabilidad*; el derecho clásico lo sigue en cuanto se reconoce efecto liberador a la remisión informal de una determinada pena pecuniaria (es decir, proveniente de un delito) [53.20]; b) junto a lo anterior, se llama *pactum* a la remisión o prórroga [53.21] operada por el pretor mediante una *exceptio pacti*. A esto se refiere la promesa del pretor en su edicto: *pacta conventa...servabo* (Ulp. D. 2, 14, 7, 7: «mantendré todos los pactos convenidos...»). Los juristas consideran bajo esta expresión los *pactos accesorios* (*pacta aiecta*), en el marco de las *acciones de buena fe* [34.14]; c) en un sentido atécnico los *pactos* o *convenciones* son aquellos acuerdos que no pueden exigirse a través de acciones, en oposición a *contractus*. **Lit.:** L. PELLECCI, «La posizione dell' *exceptio pacti* nell' Editto del Pretore», RH 87 (2009) 143.

- 14 2. Las acciones *pretorias* (en cuya fórmula se enumeran todos los elementos descriptivos, es decir, una fórmula *in factum concepta*; *vid.* [83.14]) entre cuyos componentes existe un acuerdo contractual, tienen un origen penal [39.14]. Algunos de los acuerdos obligacionales reclamables mediante acciones pretorias (comodato, depósito, prenda) son incluidos en el esquema de los contratos (como contratos reales [38.7]) Los demás (*constitutum debiti, recepta*), valen como *pacta praetoria*; sobre lo cual *vid.* § 46.
- 15 3. En otros casos, con el objetivo colmar las lagunas del esquema contractual, en aquellos casos en que se efectuaba una prestación con el acuerdo de que se realizaría una *contraprestación* o se devolvería la realizada, el pretor creó *acciones in factum*, sobre la base de las *acciones de buena fe*, las que salvo excepciones (como el contrato estimatorio [45.2]) no estaban incluidas en su edicto. Es probable que, a partir de la época posclásica estos casos fuesen sistematizados e incluidos, junto a los contratos reales, en el grupo de los *contratos innominados* [45.7].
- 16 4. En tanto los contratos de intercambio, al no estar incluidos entre los contratos consensuales, sí lo estuvieron entre los innominados, Justiniano eximió a la promesa obligatoria a título gratuito, es decir, la de la *donación* y de la dote, de la necesidad de adoptar la forma de una *stipulatio* (o *dotis dictio*) y les dio el carácter de contratos independientes (los llamados *pacta legitima*); *vid.* Iust. C. 4, 21, 17 pr.
- 17 La oposición entre *contractus* y *pactum* se desdibuja en el derecho vulgar posclásico y con Justiniano, porque la ampliación a la que antes nos hemos referido [38.15] del esquema de contratos y de la fuerte relajación de la forma estipulatoria [7.23], hicieron posible la exigibilidad por medio de acción de toda clase de contratos (de contenido lícito).
- 18 5. Solo a partir del **derecho canónico** se desarrolló el principio jurídico elemental *pacta sunt servanda* (los contratos deben ser cumplidos). Mientras los juristas occidentales, los llamados legistas, se aferraban en lo esencial al sistema de contratos romano, los canonistas declararon que todos los contratos eran obligatorios. El fundamento legal lo encontraron en una decisión del sínodo de Cartago, de 348, contenida en las Decretales de Gregorio IX (c. 1 X *de pactis* 35, 1; FRIEDBERG II, c. 203): *pax servetur, pacta custodiantur* («la paz debe ser mantenida y los pactos, respetados»). La justificación interna la ofreció la idea de que la violación de una promesa dada sin formalidades era moralmente reprochable. Con ello el *pactum nudum* se volvió obligatorio, como la estipulación y, sobre la base del fundamento de que toda promesa era obligatoria, se pudo construir una teoría general del contrato a partir del consenso sin formalidades. En el derecho occidental el principio tuvo la oposición de la jurisprudencia elegante francesa (ss. XVI-XVII), por lo que solo en el

transcurso del s. XVII logró imponerse. En este sentido resultó decisiva la doctrina acerca de la promesa, desarrollada por *Hugo Grocio* (*De iure belli ac pacis libri III*, 1625, II.11), así como la doctrina del contrato que se desarrolló a partir de ella en la escuela del Derecho Natural. **Lit.:** J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Église*, Paris, 1933; M. DIESELHORST, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*, Köln, 1959; A. SÖLLNER, «Die causa im Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten», SZ 77 (1960) 182, a partir de p. 212 en RRMA., 131; K. NANZ, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, München, 1985; Th. MAYER-MALY, «Der Konsens als Grundlage des Vertrages», en *Festschrift für Erwin Seidl*, Köln, 1975, 118; EL MISMO, «Die Bedeutung des Konsenses in privatrechtsgeschichtlichen Sicht», en G. Jakobs, ed., *Rechtsgeltung und Konsens*, Berlin, 1976, 91; J. F. GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Michigan, 1991; R. FEENSTRA, «Die Klagbarkeit der *pacta nuda*», en R. Feenstra – R. Zimmermann, *Das Römisch-holländische Recht*, Berlin, 1992, 123; H. J. BERMAN, «The Christian Sources of general contract law», en J. Witte – F. Alexander, eds., *Christianity and Law*, Cambridge, 2008, 125; W. DECOCK, *Theologians and Contract Law. The moral transformation of the ius commune (ca. 1500–1650)*, Leiden, 2013 (rec. HALLEBEEK, TR 80 [2013] 660); COING I, 396, 399; II, 434, 491; ZIMMERMANN, 508, 537, 542, 576.

Por el estricto tratamiento de la regla *pacta sunt servanda*, se rechazó al mismo tiempo la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, cuya expresión fundamental fue acuñada por *Agustin Leyser* en su conocida obra *Meditationes ad Pandectas*, specimen 40, meditatio IV (vol. 1, Ausg. Frankenthal 1778, 411): *Omne pactum, omnis promissio, rebus sic stantibus, intelligenda est* («todo pacto, toda promesa, ha de entenderse así, en cuanto las circunstancias se mantienen»).

18a

Esta doctrina fue desarrollada por glosadores y comentaristas [1.27–29], a partir de textos romanos y canónicos (p. ej., Ner. D. 12, 4, 8; Afr. D. 46, 3, 38 pr.; Ant. C. 4, 65, 3 (de 214), así como en el Decreto c. 14 causa XXII qu. 2 [FRIEDBERG I, c. 871; no existe obligación de devolver la espada depositada al depositante que en el intertanto cayó en la locura]; cap. 25 X *de iureiurando* 2, 24 [FRIEDBERG II, c. 368]). En el *usus modernus* fue, en especial, Leyser (1683–1752), quien, al establecer los requisitos de la imprevisibilidad del cambio y la no-causación por el perjudicado, contribuyó a que la doctrina de la *clausula* tuviese un renovado reconocimiento (*cf.* 12 [3^{er} caso] IV 15 CMBC; 377–384 ALR; 901 ABGB). Sin embargo, ella fue nuevamente relegada en el s. XIX por parte de la Pandectística por carecer de base suficiente en el derecho romano, además de ir en contra de los intereses de una robusta burguesía, atenta a la seguridad contractual. A partir de la ruinoso situación de las relaciones después de la Primera Guerra Mundial, y bajo la presión de la inflación (1919 –

otoño de 1923) se vio el Tribunal imperial forzado a recurrir a la doctrina de la *clausula* (determinante RGZ 100, 29 de 21.9.1920, *Wasserdampf*). La doctrina de la base negocial (P. OERTMANN, 1921) y su desaparición, fue incorporada al BGB como § 313 (nuevo) –después de una cuidadosa aplicación por el BGH (Z 120, 10, de 1992)– en virtud de la reforma al derecho de obligaciones de 2002. *Cfr.* art. 1467 Cc it.

Lit.: FINKENAUER [40.5]; L. PFAFF, «Die Clausel: *Rebus sic stantibus* in der Doctrin und der österreichischen Gesetzgebung», en *Festschrift für Joseph Unger*, Stuttgart, 1898, 272; R. FEENSTRA, «Impossibilitas» [37.11], 77; ZIMMERMANN, 579; M. RUMMEL, *Die «clausula rebus sic stantibus». Eine dogmengeschichtliche Untersuchung unter Berücksichtigung der Zeit von der Rezeption im 14. Jahrhundert bis zum jüngeren Usus Modernus in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts*, Baden-Baden, 1991; K. LUIG, «Die Kontinuität allgemeiner Rechtsgrundsätze: Das Beispiel der *clausula rebus sic stantibus*», en *RGuPD*, 171; EL MISMO, «Principi giuridici non codificati in un diritto codificato» en 8 (1999) 19; P. PICHONNAZ, «De la *clausula rebus sic stantibus* au “hardship”», en A. Ruelle – M. Berlingin [7.20], 149; D. PHILIPPE, «La genèse de la *clausula rebus sic stantibus. Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelleguntur*», *ibíd.*, 267; HKK/MEYER-PRITZL, §§ 313, 314 [3–50]; A. METRO, «*Rebus sic stantibus*», en *Princ. gen.*, 817.

IV. OBLIGACIONES UNILATERALES Y PLURILATERALES

19 Las obligaciones contractuales y cuasicontractuales pueden ser agrupadas según su uni o plurilateralidad. Esta forma de clasificar no es romana.

1. De los actos formales estrictos como la *stipulatio* y el *legatum per damnationem*, del *mutuo* y de otros supuestos de derecho estricto, propios de la *condictio*, así como en algunos otros casos, surge una obligación **unilateral**: el crédito del acreedor contra el deudor.

20 2. a) Otras obligaciones son **bilaterales imperfectas**. De ellas surge en cada caso una pretensión principal (*actio directa*, en sentido atécnico), que es la base de la relación (p. ej., en el mandato, la del mandante a que se realice el negocio aceptado). La *contraprestación*, sin embargo (p. ej., del comodatario o del mandatario al reembolso de los gastos) surge como simple *pretensión accesorias*, si se cumplen determinados requisitos (en el ejemplo, que hayan existido gastos reembolsables). Tales relaciones bilaterales imperfectas son propias de los *contratos que tienen por objeto una restitución*: comodato, depósito, prenda y de los que consisten en la *gestión de negocios*: mandato, gestión de negocios sin man-

dato, tutela. La contrapretensión del obligado a devolver o restituir, o bien de quien ha gestionado un negocio, se dirigen a la indemnización de ciertos *perjuicios*, que han padecido a consecuencia de la cosa entregada, o de la gestión de los negocios y al reembolso de determinados gastos que han realizado en ellos o con ocasión de ellos. Las acciones correspondientes a estas contrapretensiones se denominan **contrarias** (*contraria iudicia*).

El *contrarium iudicium* pudo ser una suerte de «contra-acción», que se hacía valer conjuntamente con la pretensión principal en un solo proceso. Sin embargo, las acciones contrarias clásicas son independientes de la obligación principal y del ejercicio de la respectiva acción.—aa) Para las acciones contrarias derivadas de *contratos de restitución*, el pretor concede específicas *formulae in factum conceptae*. Es hipotetizable que hayan existido, junto a las acciones relativas a la *fides, formulae in ius conceptae*; algo similar puede decirse de la *actio fiduciae contraria*.—bb) En las *gestiones de negocios* (mandato y gestión de negocios sin mandato; lo mismo en la tutela) se ejercitan *acciones de buena fe*, tanto para la pretensión principal como para la contrapretensión [83.16]. El juez debía compensar los créditos líquidos derivados de la relación, de modo que la acción, independientemente de la parte que la ejercitara, conducía a la compensación, siendo el demandado condenado solo por el *saldo*, cuando lo había, a favor del actor [44.7 y 19].

b) En lugar de ejercitar la acción contraria, el deudor que tiene a su favor un crédito exigible contra la otra parte, crédito nacido de la misma obligación, puede ejercitar el **derecho de retención**, es decir, denegar la realización de su prestación hasta que la de la parte contraria se le sea ofrecida (*vid. Iul. D. 47, 2, 60; Paul. D. 47, 2, 15, 2*). Para ello puede valerse de la *exceptio doli*, la que en las *acciones de buena fe* resulta innecesaria [34.11].

Sobre el derecho de retención de las impensas (*impensae*) ante la *rei vindicatio*, *vid. [27.21]*; ante la *hereditas petitio*, *vid. [75.11]*; sobre las *retentiones ex dote*, *vid. [59.22]*.—Justiniano prescinde más frecuentemente de la *exceptio*. En consonancia con la perspectiva del derecho clásico, concede una acción independiente para exigir el reembolso de los gastos realizados (p. ej., la *actio negotiorum gestorum contraria*, o la *actio communi dividundo*). **Lit.:** A. BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht*, Zürich, 1979; M. VINCI, «*Retentio in un impiego ciceroniano* (Att. 13, 23, 3)», Bull. 106 (2012) 331.

3. En los **contratos de intercambio** (contratos bilaterales perfectos) es esencial el surgimiento de *pretensiones recíprocas*: cada parte es, respecto de la otra, acreedora y deudora, a la vez, de una pretensión principal. A este grupo pertenecen los contratos de *compraventa (emptio venditio)* y arrendamiento (incluidos el de servicios y de obra; *locatio conductio*), cuya doble denominación expresa la relación de intercambio; Gai. 3, 137.

- 24 Las fuentes no dan pie para denominar *sinalagmáticos* a estos contratos, como se hace habitualmente; συναλλάγμα (Ulp. D. 2, 14, 7, 2; 50, 16, 19) significa, literalmente, contrato, en especial, uno concluido sin formalidad alguna. La *societas* es más próxima a las relaciones relativas a gestión de negocios [38.21] que a estos contratos de intercambio, porque la acción de la sociedad (*actio pro socio*) conduce a la liquidación de los créditos entre socios [43.12]. **Lit.:** H.-P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensalkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg, 1965; DALLA MASSARA [45.5] 77, 91, 293, ocasionalmente; ERNST [38.26]; S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Padova, 2011 (rec. J. F. STAGL, SZ 131 [2014] 525), además de la literatura señalada en [45.5].
- 25 Se suele suponer que en los contratos de intercambio las pretensiones recíprocas están a tal punto vinculadas la una con la otra, que cada parte, en cuanto no esté obligada a realizar su prestación en un supuesto dado, podrá retener hasta que le sea ofrecida la contraprestación. Este *derecho de retención* (*retentio*) se basaría en la *bona fides* (cfr. Ulp. D. 19, 1, 13, 8; 21, 1, 31, 8). Pero es dudoso que sea así, porque el derecho de retención sirve al vendedor para imponer su pretensión al pago íntegro del precio, ahí donde dicho pago no podría ser exigible al comprador (por ejemplo, porque ha comprado un *pupillus* [14.5] o un esclavo). Además, al comprador, lo mismo que a las partes de un arrendamiento (de cosa, servicio u obra) no le es concedido un derecho de retención de esa naturaleza. Por ello, la retención de la cosa vendida estaría mejor fundada en la posesión de ésta que en una conexión entre la obligación y el derecho respectivo del vendedor.—En Iul. D. 19, 1, 25 y Paul. D. 44, 4, 5, 4 se trata presumiblemente de la acción de un banquero, derivada de una estipulación por el precio de venta.

§ 39. Mutuo, comodato, depósito y prenda

(RPr. §§ 43 II, 44 I, 124 –127, 262)

I. MUTUO (*NEXUM, MUTUUM*)

1. El arcaico *nexum*, objeto de tantas discusiones, debió ser una suerte de autopignoración, operada por un acto *per aes et libram* [7.14], en garantía de un mutuo. Quien hace las veces de mutuante entrega al adquirente la suma de dinero (ante los testigos y el *libripens*) y adquiere a título de prenda el derecho de aprehensión corporal sobre la persona que recibe el préstamo, en caso que éste no devuelva oportunamente la suma de dinero, sea por sí mismo, sea a través de un tercero.

2. Nos encontramos ante una «responsabilidad pignoraticia»: la devolución de la suma entregada no es «debida», sino que ella es solo un medio para liberar de responsabilidad. [32.10; 32.20]. El acto libral que es causa de la responsabilidad –así como una eventual devolución mediante *solutio per aes et libram* [7.14; 52.5–7]– debe ser posible de probar ante el pretor, de modo que éste, sin necesidad de acción y juicio, pudiera constatar la responsabilidad y conceder la *manus iniectio* [32.12].– La entrega en *nexum* por mutuo no es, ciertamente, segura; sin embargo, estamos informados acerca de los *nexi*: aquellos deudores insolventes, que en virtud de la *manus iniectio* del acreedor son atribuidos a éste por el pretor, quienes, para evitar las consecuencias de la ejecución previstas en la ley de las XII Tablas (sobre este punto *vid.* [81.12]), se someten a esclavitud por tales deudas mediante *nectere* (encadenar). A este autosometimiento podría haberse aplicado un *nexum*, reformado como acto libral *nummo uno*, en el que el acreedor realizaba la *manus iniectio* inmediatamente después de haberse perfeccionado el *nexum*. Una *lex Poetelia* (326 a. C.?) limitó esta causa de esclavitud por deudas, pero no debió producir mucho efecto. El *nexum* de mutuo, sin embargo, desaparece en la primera parte de la República. **Lit.:** M. KASER, *AJ*, 119, 232, 332; O. BEHRENDTS, «Das *nexum* im Manzipsationsrecht oder die Ungeschichtlichkeit des Libraldarlehens», *RIDA* 21 (1974) 137 = *Behrends* II, 563; M. TALAMANCA, *s.v.* «Obbligazioni (storia), Diritto romano», en *ED.* 29, 1979, 4; A. MAGDELAIN, «L'acte per aes et libram et l'auctoritas», *RIDA* 28 (1981) 127; L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale. Debiti e debitori nei primi due secoli della Repubblica romana*, vol. I, Milano, 1981, 224; B. ALBANESE, «Brevi studi di diritto romano», *APal.* 42 (1992) 50; F. KLINCK, «Personallvollstreckung wegen Darlehensschulden nach der *lex Poetelia*», *SZ* 130 (2013) 393 (en especial, sobre el juramento *bona copia*); R. CARDILLI, «*Nexum* e *damnatio*», en *Ess. Sirks*, 93.

- 3 2. Desde antiguo, al lado del *nexum* solemne aparece el *mutuum* (*mutui datio*), carente de formalidades y sin intereses, como el negocio cotidiano («préstamo amistoso»). Después de la desaparición del *nexum*, pasa a ser el negocio jurídico de préstamo general. El mutuo es un tipo de negocio *creditorio*, en el cual una persona confía (*credere*) a otra un capital para que disponga de él, Cels.—Ulp. D. 12, 1, 1, 1. En cuanto contrato real, consiste en la entrega de una *suma de dinero* (o bien, de una cosa fungible, quizá, en época de desvalorización del dinero) que se hace propiedad del adquirente, bajo el acuerdo de devolver la *misma* suma (o la misma cantidad de cosas fungibles del mismo género); Gai. 3, 90 = Inst. 3, 14 pr.; Paul. D. 12, 1, 2 pr.; Pomp. D. 12, 1, 3. Si, por el contrario, se pretendía entregar, pero en comodato, lo que ocurría con no poca frecuencia (Gai. D. 13, 6, 4; para la realización de un pago aparente), en tal caso las mismas monedas recibidas eran las que se restituían.

Lit.: V. GIUFFRÈ, *La datio mutui. Prospettive romane e moderne*, Napoli, 1989; ZIMMERMANN, 153; NELSON – MANTHE III 2, 80; H. HAUSMANINGER, *Casebook zum römischen Vertragsrecht*⁶, Wien, 2002, casos 1–10; M. SALAZAR REVUELTA, *La gratuitad del mutuum en el derecho romano*, Jaén, 1999 (rec. GRÖSCHLER, SZ 120 [2003] 274); M. V. BRAMANTE, «Il formulario dei contratti di mutuo nei documenti della prassi», en *FHI.*, vol. I, 465; E. CHEVREAU, «L'étonnant destin du credere édictal (zu Ulp. D. 12, 1, 1, 1)», Bull. 107 (2013) 115.

- 4 La exigencia de la transmisión de las cosas, desde el que da al que recibe, experimenta un relajamiento paulatino. Ejemplos: la entrega de un tercero en nombre o por instrucción del que presta es suficiente (Ulp. D. 12, 1, 9, 8; Ulp. D. 12, 1, 15; Afr. D. 17, 1, 34 pr.); del mismo modo, es suficiente si el adquirente usa de buena fe el dinero que pertenece a un tercero (el que presta el dinero tiene a su favor la *condictio de bene dependis*, Pap.-Ulp. D. 12, 1, 13 pr., 1; Iul. D. 12, 1, 19, 1 *i.f.*; Paul. D. 46, 1, 56, 2; sobre el uso de buena fe, *vid.* [48.6]. Los juristas tardoclásicos admiten la validez del acuerdo entre acreedor y deudor, en el sentido de que una deuda vigente pase a deberse como mutuada (Ulp. D. 12, 1, 15; contra: Afr. D. 17, 1, 34 pr.; 607 II (antiguo) BGB); igualmente, el *contractus mohatrae*, en virtud del cual el solicitante de crédito vende una cosa (del mutuante) que conserva en su poder, quedando lo obtenido por la venta como mutuado (Ulp. D. 12, 1, 11 pr.).—Con anterioridad a la entrega no existe obligación alguna; la promesa de entregar en mutuo en el futuro (*pactum de mutuo dando*) es un *precontrato* que carece de acción para exigir su cumplimiento; sin embargo, si esa promesa adopta la forma de una estipulación, se vuelve exigible, Paul. D. 45, 1, 68. **Lit.:** Chr. KRAMPE, «Afrikan und Julian im Dialog über das Darlehen – D. 17, 1, 34 pr.», en *Römische Jurisprudenz. Dogmatik, Überlieferung, Rezeption Festschrift für Detlef Liebs*, Berlin 2011, 347.
- 5 En razón del mutuo el acreedor dispone de una *condictio*, que tratándose del mutuo de dinero, coincide con la *actio certae creditae pecuniae*. La *condictio*

era una acción *abstracta*, con la que se exigía una cosa retenida injustamente, que omitía la mención de la causa de la obligación, de modo que podía ser utilizada para distintos fines; detalles en [48.3]. Los peregrinos también podían hacer uso de ella. Por tratarse de una acción cuyo objeto era un *certum*, éste no podía comprender más que aquello que había sido mutuado, de modo que no se podía con ella cobrar intereses, sino que éstos debían ser estipulados especialmente.

La deuda objeto de mutuo solía ser reforzada por medio de una *estipulación*, que era 6 probablemente imprescindible en sus inicios para la obligatoriedad del plazo pactado. Puesto que la *condictio* (abstracta) también se deriva de la *stipulatio certi* [40.2], el mutuuario respondía tanto por ella como por la recepción del dinero; con todo, solo era exigible una única prestación. **Lit.:** M. KASER, «*Mutuum und stipulatio*», en *Eranion in honorem Georgii S. Maridakis*, Athenis, vol. I, 1963, 155; P. GRÖSCHLER, «Die Konzeption des mutuum cum stipulatione», TR 74 (2006) 261; EL MISMO, «Darlehensvalutierung und Darlehenszins in den Urkunden aus dem Archiv der Sulpizier», en *Fs. Knüttel*, 387 (¿devolución inmediata de intereses no estipulados? ¿Flor. D. 2, 14, 57 pr.?).; también sobre este problema: C. MASI DORIA, «Un prestito di cinque sesterzi? Sulla struttura del *mutuum* nei Glossari bilingui greco-latini», en *Fs. Knüttel*, 755; PLATSCHEK [46.3], 253.

Un *sc. Macedoniano* (bajo Vespasiano, segunda mitad del s. I d. C.) prohibió los prés- 7 tamos de dinero a los hijos de familia (D. 14, 6, 1 pr.). La ocasión debió ser proporcionada por Macedo, un hijo de familia, quien, acosado por sus acreedores, habría dado muerte a su padre. El pretor deniega la acción referida a ese mutuo o concede la *exceptio senatus consulti Macedoniani*. Sin embargo, el pago realizado voluntariamente no puede repetirse, por tratarse de una *naturalis obligatio* [33.11]. Se hacían excepciones respecto de los hijos de familia que permanecían fuera de casa por causa de estudios y tomaban en mutuo cantidades que habitualmente les entregaba su padre (Ulp. D. 14, 6, 7, 13; Alex. C. 4, 28, 5 pr.), así como respecto de los hijos de familia que, como soldados, disponían de un peculio castrense (*peculium castrense*), por mutuos que no excediesen el monto de tal peculio (Ulp. D. 14, 6, 1, 3; Ulp. D. 14, 6, 2), pero no quedaba exceptuado en el supuesto de que el hijo fuese magistrado, p. ej., el cónsul (Ulp. D. 14, 6, 1, 3). **Lit.:** F. LUCREZI, *Senatusconsultum Macedonianum*, Napoli, 1992; EL MISMO, «Il problema del mutuo di denaro erogato al *filius familias*», Napoli, 1993; A. WACKE, «Das Verbot der Darlehensgewährung an Hauskinder und die Gebote wirtschaftlicher Vernunft», SZ 112 (1995) 239; LONGO [33.11], 191; LA MISMA, *Senatusconsultum Macedonianum*, Torino, 2012 (rec. G. FALCONE, SD 80 [2014] 559).

3. En el préstamo por transporte marítimo (*fenus nauticum, pecunia traiectica*), de 8 acuerdo con el modelo helenístico, el prestamista soporta el riesgo: si las cosas embarcadas en la nave se hunden (las únicas por las que responde, según el derecho helenístico), el prestatario queda liberado de responsabilidad; Mod. D. 22, 2, 1, y 3. En compensación por este riesgo, el prestamista puede percibir elevados intereses [35.21; 35.24]. **Lit.:** A. CASTRESANA HERRERO, *El préstamo marítimo griego y la pecunia*

traiecticia romana, Salamanca, 1982; GAURIER [42.31], 117; St. SCHUSTER, *Das Seedarlehen in den Gerichtsreden des Demosthenes mit einem Ausblick auf die weitere historische Entwicklung des Rechtsinstituts: dáneion nautikón, fenus nauticum und Bodmerei*, Berlin, 2005; I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo in diritto romano*, Bologna, 2011; F. J. ANDRÈS SANTOS, «Subrogación real y *fenus nauticum*», en *Liber amicorum Christoph Krampe*, Berlin, 2013, 1; S. LOHSSE, «Vom Seedarlehen zur Versicherung in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft», SZ 133 (2016) 372.

- 9 4. El instituto jurídico de los contratos reales se mantiene en el *ius commune*, no obstante tenerse por admitido que el fundamento de validez de los contratos era el consentimiento de las partes. El principal problema para los préstamos surgía de los cambios de moneda y de la prohibición canónica de los intereses. Las cláusulas contractuales que contemplaban préstamos de dinero en determinadas monedas, con una cantidad fija de metal eran frecuentes y reconocidos; desde principios del s. XIX se impone el principio del valor nominal (art. 1895 Cc franc.). La prohibición de intereses y de la usura, escasamente aplicable en la práctica, fue tempranamente restringida por medio de excepciones, en especial, para los intereses moratorios y –comenzando por los territorios protestantes– desde el s. XVI establecida a través de la determinación de un monto máximo de interés legal (5% en el art. 174 de la Dieta de Ratisbona de 1654).—§§ 488 ss., 607 ss. BGB; 983 ss. ABGB; arts. 312 ss. OR; 1740 ss. Cc esp. **Lit.:** COING I, 470; II, 491; *vid.* también H. SIEMS, *Handel und Wucher im Spiegel frühmittelalterlichen Rechtsquellen*, Hannover, 1992.

II. COMODATO

Lit.: ZIMMERMANN, 188; HAUSMANINGER [39.3], casos 23 – 32.

- 10 El comodato es la entrega *gratuita* de una cosa para su *uso* (Ulp. D. 13, 6, 1, pr.-1; Inst. 3, 14, 2).

Es un negocio obligacional cotidiano, a diferencia de, por un lado, la *fiducia* convenida con un amigo (*fiducia cum amico contracta*) respecto de una *res mancipi* valiosa y, por otro, del *precario* [19.14], desprovisto de carácter obligacional. El comodato *obliga*; la devolución de la cosa objeto de él solo puede ser exigida después de la finalización de su uso o del plazo convenido. En el derecho vulgar de época posclásica se difuminan los límites entre el comodato y el mutuo, pero ellos son restablecidos por Justiniano.

- 11 El comodatario es la parte económicamente más débil, queda en calidad de *detentador* de la cosa [19.17–18], y responde ante el comodante por culpa y por *custodia*, es decir, por la pérdida a causa de hurto (Gai. 3, 206; Ulp. D. 13, 6, 5, 2 ss.; Inst. 3, 14, 2; 4, 1, 16). También en los casos de la extralimitación del uso, el comodatario responde por el *casus*, e incluso por la fuerza mayor

(p. ej., Gai. D. 13, 6, 18 pr.: uno pide una vajilla de plata en comodato, para invitar a amigos a cenar, pero se la lleva consigo de viaje y la vajilla se pierde en un naufragio; *vid.* [36.4; 36.26 y § ABGB; arts. 306 III OR; art. 1881 Cc. franc.; 1744 Cc esp.). Si el comodatario no devuelve la cosa después de su uso, el comodante dispone de la *actio commodati*.

En virtud de la fórmula de la respectiva acción *in factum concepta* en que se expresa **12**
si paret rem commodatam redditam non esse («si resulta que la cosa comodada no ha sido devuelta») el demandado será condenado por el valor de la cosa y por lo que de ella haya obtenido. Es probable que solo a partir de la época altoclásica se encuentre junto a ella una *formula in ius (civile) concepta* (Gai. 4, 47 i. f.), que, en cuanto *formula incerta*, permite obtener la indemnización por los perjuicios padecidos. Es probable que esta fórmula haya tenido una cláusula *ex fide bona*. **Lit.:** KASER [31.1], TR 47, 230, 232; J. ZABŁOCKA, «*Ex fide bona* nella formula del comodato», en *Atti Burdese*, vol. V, 453.

La acción contraria del comodato (*actio commodati contraria*) permite al comodatario obtener el reembolso de ciertos gastos (pero no los de alimentación, *coll.* 10, 2, 5; *cfr.* Gai. D. 13, 6, 18, 2), así como la indemnización de perjuicios en caso de que el comodante le hubiese entregado una cosa defectuosa, a sabiendas; Paul. D. 13, 6, 17, 3–5; Paul. D. 13, 6, 22; Gai. D. 13, 6, 18, 2–4.–§§ 598 ss. BGB; 971 ss. ABGB; arts. 305 ss. OR; 1752 Cc esp. **13**

III. DEPÓSITO

Lit.: G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano, 1976; ZIMMERMANN, 205; HAUSMANINGER [39.3], casos 11–22a; T. WALTER, *Die Funktionen der actio depositi*, Berlin, 2012 (rec. R. KNÜTEL, SZ 133 [2016] 503); Ph. SCHEIBELREITER, «*Infitiando depositum nemo facit furtum. Zu den Ursprüngen der Verwahrhaftung*», en *Buongiorno – Lohsse* [37.8], 179.

1. a) En el depósito el depositante entrega una cosa mueble al depositario, la **14**
 que queda *a su cuidado, a título gratuito*, debiendo devolverla a requerimiento del depositante. La responsabilidad del depositario por la devolución en la forma debida, que el depositante puede exigir con la acción del depósito (*actio depositi*) tuvo, originalmente, un carácter penal y después pasó a tener uno contractual (*vid.* T. WALTER, 203).—En caso que el depósito resulte oneroso para el depositario, se debe prometer una remuneración a través de estipulación; es decir, resulta necesario un contrato adicional. Sobre la posibilidad de un precio por el depósito, *vid.* A. PÓKECZ, «*Merces und pretium depositionis. Bemerkungen zu D. 47, 8, 2, 23*», en *Fs. Knütel*, 873 (con dudas, WALTER, 158).

- 15 b) La ley de las XII Tablas (8, 19; *coll.* 10, 7, 11) concede una acción penal al doble del valor de lo depositado, por la estafa o malversación que se haya hecho. El edicto prevé una acción pretoria con fórmula *in factum concepta* por causa de dolo en la no devolución de la cosa depositada (*rem dolo malo redditam non esse*), en el caso del depósito corriente, por el *simplum* [36.26]; por el doble, en el caso del depósito *necesario* (*despositum miserabile*), en caso de fuerza mayor [36.26], esto es, a causa de tumulto, incendio, derrumbamiento del edificio, naufragio, etc., contra el depositario mismo; contra sus herederos, a causa de su propio dolo, por el doble y por el *simplum* en caso que el dolo sea del causante; *vid.* Ulp. D. 16, 3, 1, 1. La diferencia se debe a que, en el caso normal, es decir, del depósito simple, el depositante puede escoger a la persona a cuyo cuidado dejará la cosa, según su confiabilidad. Pero en el caso del depósito necesario, no ocurre lo mismo; aún más, ante el peligro común se requiere de la solidaridad: un particular debería poder fiarse de sus conciudadanos. La traición en momentos de emergencia pesa, por lo mismo, aún más y es castigada con una condena al doble (Ulp. D. 16, 3, 1, 4; Inst. 3, 14, 3).
- 16 En los últimos tiempos de la República o en los comienzos de la época clásica se encuentra, asimismo, una *formula in ius concepta* como *acción de buena fe* (Gai. 4, 47), con la cual la responsabilidad del depositario se reconoce como contractual (*vid.* la fórmula en [83.15]). Junto a ella existen acciones pretorias; sin embargo, a la acción por el *simplum* se le despoja de las características penales.
- 17 c) El depositante responde únicamente por *dolo*; con posterioridad, lo hará también por *culpa* calificada, esto es, *diligentia quam in ius* (*vid.* detalles en [36.21]; Cels. D. 16, 3, 32; Inst. 3, 14, 3). La condena lleva aparejada nota de infamia (Mod. *coll.* 10, 2, 4). El depositario es un mero *detentador* de la cosa y no está autorizado para usarla.
- 18 d) El depositario tiene a su favor una *actio depositi contraria* contra el depositante para el reembolso de ciertos gastos o daños que le haya provocado la cosa; Ulp. D. 16, 3, 5 pr.; Mod. D. 16, 3, 23.—Sobre la prohibición de compensación, *vid.* [53.28].
- 19 e) El más importante fragmento sobre el depósito corresponde a Tryph. D. 16, 3, 31, 1: Un ladrón L ha hurtado al propietario P una cosa y se la ha entregado en depósito a D. Posteriormente, D se entera de que la cosa ha sido hurtada. ¿Debe honrar la lealtad contractual frente a D o puede devolver la cosa a P? Trifonino piensa que la verdadera justicia consiste dar a cada uno lo suyo (*suum quique*, *vid.* Ulp. D. 1, 1, 10 pr.; Inst. 1, 1 pr.) de modo tal que a ninguno perjudique la acción por la devolución; por tal razón, favorece la justa solicitud de P. En el contexto del *suum quique*, ya desde Aristóteles se distingue entre justicia distributiva (*iustitia distributiva*), en la cual dignidad del individuo constituye la medida, de la conmutativa (*iustitia correctiva* o *commutativa*), que apunta a la compensación de lo injustamente obtenido. Sería una ganancia de este tipo si un depositario no hiciese devolución del depositante; sin embargo, Trifonino da prioridad al derecho del dueño de la cosa. Esta mayor valoración de la protección de la propiedad frente a la lealtad contractual (en la Antigüedad el depósito es especialmente importante entre los cristianos [Lev. 5, 21]) ha hecho famosa a la decisión de

Trifonino en la historia del Derecho privado y se la ha incorporado en numerosos códigos (p. ej., en los arts. 1938 Cc fr.; 1771 Cc esp.; 1778 Cc it.; 2215 Cc arg.; 2523 Cc mex.). Por el contrario los §§ BGHZ han rechazado dar prioridad a la reivindicación sobre la pretensión de devolución del pignoratario no legitimado (del § 1223 BGB).

Lit.: R. KNÜTEL, «Zum Pflichtenkonflikt des Verwahrers», en *Mélanges F. Sturm*, I, Liege, 1999, 239; M. PANI, «La giustizia distributiva da Simonide a Ulpiano», en *FHL.*, vol. VI, 3953.

2. El *dinero* que se depositaba era a menudo entregado en pequeños sacos o en recipientes cerrados de diferentes tipos. Sin embargo, se podía también depositar de tal modo que el depositario se hiciese dueño del dinero, siéndole posible usarlo (**depósito irregular**, *depositum irregulare*). En tal supuesto los juristas clásicos aplican las reglas del mutuo y conceden al depositante la *condictio* para reclamar el capital, pero exigen una estipulación para la reclamación de los intereses (Ulp. D. 12, 1, 9, 9; Ulp. D. 12, 1, 10).

Los derechos helenísticos, en cambio, diferencian este negocio, que se concluye en interés del que da el dinero y no del que lo recibe, del mutuo. Bajo esta influencia ya en el derecho tardoclásico y desde luego en el posclásico de la parte oriental, se reconocía un contrato de depósito especial, en virtud del cual el depositario podía usar el dinero depositado. Como remuneración por ello, las partes –dado el carácter de *buena fe* de la *actio depositi*, luego, sin que fuese necesaria una estipulación–podían exigir intereses. *Vid.* Pap. D. 16, 3, 24; Pap. D. 16, 3, 25, 1; Paul. D. 16, 3, 29, 1; *coll.* 10, 7, 9.–§§ 700 BGB; 959 ABGB; art. 481 OR. **Lit.:** H. T. KLAMI, *Mutua magis videtur quam deposita. Über die Geldverwahrung im Denken der römischen Juristen*, Helsingfors, 1969; W. M. GORDON, «Observations on *depositum irregulare*», en *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, vol. 3, Milano, 1982, 363; A. BÜRGE, «Römisches Bankwesen», SZ 104 (1987) 536; A. PETRUCCI, *Mensam exercere: Studi sull'impresa finanziaria romana*, Napoli, 1991 (rec. J. ANDREAU, *Labeo* 42 [1996] 267). Sobre banca y finanzas en Roma, *vid.* también J. ANDREAU, *Patrimoines, échanges et prêts d'argent: l'économie romaine*, Roma, 1997, así como las contribuciones recogidas en *AARC*, vol. 12 (1998) y en E. LO CASCIO (a cura di), *Credito e moneta nel mondo romano*, Bari, 2003; É. JAKAB, «TP Sulp. 48e 49: contratti e operazioni bancarie a Puteoli», en *FHL.*, vol. IV, 2595; Ph. SCHEIBELREITER, «Vom logos der Verwahrung. Überlegungen zum Vertragstext in D. 16.3.26.1 (Paul. 4 resp.)», *Index* 43 (2015) 353; S. LOHSSE, «Haftungsverschärfung beim *depositum*», en U. MANTHE *et al.* (Hrsg.), *Aus der Werkstatt römischer Juristen*, Berlin, 2016, 185.

3. Del *secuestrario*, aquel al que se entrega en depósito una cosa litigiosa (sobre su posesión interdicial, *vid.* [19.16], solo aquella parte que prevalece en el juicio puede, al finalizar éste, exigir la restitución por medio de una especial *actio (depositi) seques-traria*. *Vid.* Paul. D. 16, 3, 6.–§§ 165 FGG (en relación con los §§ 432, 1217, 1281,

2039 BGB); 848, 855 ZPO; 968 ABGB; art. 480 OR. **Lit.:** W. LITEWSKI, *Studien zur Verwahrung im römischen Recht*, Warszawa, 1978, 47; 1785-1790 Cc esp.

IV. PRENDA (*PIGNUS*)

- 22 **1.** La relación obligacional que surge del hecho de que una cosa sea pignorada (con entrega de su posesión) forma parte los contratos reales, según *res cottidianae* (obra atribuida a Gayo; [31.14; 38.7; Gai. D. 44, 7, 1, 6; Inst. 3, 14, 4). Si el crédito garantizado con la prenda se extingue (o tiene lugar cualquier hecho extintivo), el pignorante dispondrá de la *actio pigneraticia* contra el acreedor para obtener la *devolución* de la prenda. Asimismo, el pignorante puede, también con esta acción, conseguir la devolución del excedente (*superfluum*) obtenido en el supuesto de que el acreedor –al no ver satisfecho su crédito– haya vendido la cosa, y que el precio obtenido haya superado el importe del crédito garantizado. El acreedor pignoraticio responde ante el pignorante por *dolo y culpa*; los juristas tardoclásicos lo hacen responder también por *custodia* (vid. Ulp. D. 13, 7, 13, 1; [36.17]).—§§ 1215 ss., 1223 BGB; 459, 460, 469 ABGB; 889, 890 ZGB; 1863 ss. Cc esp. **Lit.:** ZIMMERMANN, 220 y *supra* [31.40].
- 23 **23.** La *actio pigneraticia* tiene una fórmula *in factum concepta* en el evento de que *rem redditam non esse* [83.14]. Ella presupone, de acuerdo con la fórmula modelo, la entrega de la cosa en razón de un crédito, la no devolución de la misma –no obstante que el crédito, o bien ha sido extinguido, o bien ha sido garantizado de forma diferente– o que el acreedor haya incurrido en *mora accipiendi* (Ulp. D. 13, 7, 9, 3; Paul. D. 13, 7, 20, 2). Junto a esta fórmula se concede una acción *in ius concepta* con la cláusula *ex fide bona*, que quizá no se encontraba en el edicto pretorio. Con ella se podía exigir el excedente (*superfluum*), así como también otros derechos accesorios. Ella justifica la exposición del *pignus* entre los contratos reales. **Lit.:** KASER [31.1], TR 47, 197, 214.
- 24 **2.** Para exigir la indemnización de los daños que fuesen fruto del dolo del pignorante, el acreedor pignoraticio disponía, en un principio solo de la *actio de dolo*; sin embargo, ya en época clásica se le concede para este caso y para otros casos de perjuicios, así como para el reembolso de sus gastos, una acción contraria, *actio pigneraticia contraria*; Ulp. D. 13, 7, 7, 3; Ulp. D. 13, 7, 36 pr.-1. **Lit.:** KASER [39.23] p. 222.
- 25 **3.** En el supuesto de que el deudor exija con la *actio pigneraticia* la devolución de la cosa pignorada, el emperador *Gordiano* (s. III d. C.) concede al acreedor una *exceptio doli*, cuya causa la constituyen los demás créditos que tenga contra dicho deudor, C. 8, 26, 1, 2 s. Este *derecho de retención gordiano* (*pignus Gordianum*), de influencia helenística, tiene un efecto inhibitorio similar a las hipotecas generales. **Lit.:** D. SCHANBACHER, «Beobachtungen zum sogenannten *pignus Gordianum*», SZ 114

(1997) 233; L. HAWTHORNE, «Codex 8 26 (27) 1: The forgotten text», *Fundamina* 20-1 (2014) 394 (sobre derecho sudafricano).

4. Es posible que las *res cottidianae* de Gayo hayan mencionado entre los contratos reales a la *fiducia* (con fines de garantía u otros) y que Justiniano, al depurar las fuentes, la haya suprimido; sin embargo, el contrato aparece nombrado (en documentos) solo como *pactum fiduciae*. 26

§ 40. Estipulación. Contrato literal

(RPr. §§ 120, 128, 129, 263 I, II)

I. ESTIPULACIÓN

Lit.: B. BIONDI, *Contratto e stipulatio*, Milano, 1953; G. SACCONI, *Ricerche sulla stipulatio*, Napoli, 1989; F. PASTORI [7.20], 195; ZIMMERMANN, 68; NELSON – MANTHE II 2, 94, 103 (sobre Gai. 3, 92 –127), 468; HAUSMANINGER [39.3], casos 35–51j; Th. FINKENAUER [11.1], 440; EL MISMO, *Vererblichkeit und Drittwirkungen der Stipulation im klassischen römischen Recht*, Tübingen, 2010 (= *Stip.*, sobre lo cual É. JAKAB, SZ 130 [2013] 599; C. A. CANNATA, *Iura* 61 [2013] 294–341).

1. Sobre la *stipulatio*, entendida como una promesa de carácter oral del derecho clásico, consistente en una pregunta y una respuesta realizadas de una forma determinada, que tiene por objeto una prestación, así como de su estructura e historia, ya nos hemos ocupado a propósito de los actos formales [7.20–24]. Aquí trataremos acerca de sus efectos y de su ámbito de aplicación.

Gayo [Gai. 3, 92] la incluye entre los *contratos verbales* [38.9]. Sobre su limitada utilización por parte de los peregrinos, *vid.* [7.20]. En época posclásica se transforma en una promesa de prestación que consta en un documento; *vid.* [7.23].

2. En cuanto contrato unilateral, el acreedor dispone contra el deudor de una *actio ex stipulatu*, cuya fórmula es *incerta* [34.7; 83.17], si lo prometido es una prestación indeterminada (*incertum*). Si lo prometido es un objeto determinado (*certum*), es exigible mediante la *condictio*. Una *actio certi ex stipulatu*, como la que existía en el derecho arcaico [81.6–7] no llegó hasta época clásica, pero quizá sí una *praescriptio* [87.23], *ea res agatur de sponsione*, anterior a la fórmula de la *condictio*. Ya hemos hablado de los criterios de responsabilidad del deudor (*vid.* [36.18]; I. REICHARD, «*Stipulatio* und *Custodiahaftung*», SZ 107 [1990] 46).

3. La *interpretación* de la *estipulación* está sujeta a principios estrictos, vinculados a la forma de su tenor literal [8.7–10]. A partir de *Pedio* se admite de forma creciente la consideración de circunstancias que no aparecen incluidas en el tenor literal (Ulp. D. 2, 14, 1, 3; *vid.* [38.2]).

De época tardoclásica es la expresión *pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur* («se entiende que los pactos accesorios informales que se acordaron en la conclusión de la estipulación forman parte del contenido de ésta»), Paul. D. 12, 1, 40.

Ella debe entenderse como una regla de interpretación: un término o conjunto de palabras ambiguo se ha de interpretar a la luz de los pactos accesorios, no solo en lo que se refiere a éstos, sino también respecto de la prestación principal prometida en la estipulación; *vid.* Marcell. D. 45, 1, 94; Paul. D. 34, 5, 21. Si se admite la existencia de ambigüedad, no se puede ser mezquino; el tratamiento va más allá de la *Andeutungstheorie*, dominante en el derecho alemán actual, según la cual el contenido de una declaración debe estar al menos mínimamente indicado en el texto declarado en buena y debida forma. Asimismo, en otros contextos aflora la consideración creciente de la voluntad en la *stipulatio* (p. ej., [8.16] *falsa demonstratio*). **Lit.:** R. KNÜTEL, «*Stipulatio und pacta*», *Festschrift Max Kaser*, München, 1976, 201; EL MISMO, «Zur Auslegung und Entwicklung der Stipulation», en *Ars iuris. Festschrift für Okko Behrends*, Göttingen, 2009, 223.

a) Si la *stipulatio* omite la **causa**, es decir, la finalidad sustancial por cuya razón ella fue concluida (p. ej., el pago del precio, la donación, la constitución de una dote, la dación futuro de algo en mutuo), se dice que ella es **abstracta**. Por ejemplo, si se promete *centum milia sestertium mihi dari spondesne?* («¿Prometes que me serán dados 100.000 sestercios?») surge la obligación de dar 100.000 aunque la finalidad no se lleve a efecto válidamente, o haya dejado de existir, o no se consiga el objetivo. Solo mediante la **exceptio doli** puede el deudor oponer este defecto al ejercicio de la acción de la estipulación. El acreedor se comporta de mala fe si demanda en virtud de una *stipulatio* otorgada *sine causa*. *Vid.* Gai. 4, 116 = Inst. 4, 13 pr. y 2; Iul. D. 46, 1, 15 pr.; Ulp. D. 44, 4, 2, 3. La **exceptio doli** opera aquí de modo similar como actualmente lo hace la excepción de enriquecimiento sin causa, de cara a la pretensión de una promesa de deuda, de acuerdo con el § 780 BGB. 4

Si un banquero ha intervenido en un contrato de compraventa (ha entregado al vendedor un anticipo) y estipula del comprador el precio de compra, éste podrá oponer a la acción nacida de la estipulación del banquero la excepción (edictal) de las mercancías no entregadas (Gai. 4, 126a, *cf.* Iul. D. 19, 1, 25).

b) Si, por el contrario, la estipulación es **causal** (o titulada), es decir, si se le ha añadido que es *donationis*, o bien *dotis causa*, o bien expresamente se ha prometido lo que se debe en razón de otra relación jurídica, p. ej., *quod ex empto mihi debes dari spondesne?* («¿Prometes darme lo que me debes por causa de compraventa?»), entonces, si en la práctica tal relación causal válida no existe, o bien nada se debe en razón de la compra, entonces tampoco se debe en razón de la *estipulación*, de modo que la acción nacida de ésta se deniega, sin que sea necesaria una **exceptio doli**. 5

La distinción entre una estipulación formulada abstracta o causalmente no es, en general, decisiva. Por ejemplo, una estipulación formulada en abstracto, cuya finalidad

fuese la constitución de una dote, resulta ineficaz si es que no tiene lugar el matrimonio (Paul. D. 2, 14, 4, 2; Paul. D. 23, 3, 41, 1; Ulp. D. 23, 3, 21; *condicio tacita*). Asimismo, respecto de una estipulación abstracta, los juristas aceptan, en ocasiones, una ineficacia de derecho honorario operada mediante *exceptio doli* y, en otras, una de derecho civil, que opera *ipso iure*. En medio se encuentran las estipulaciones sujetas a condición: uno promete dinero para el caso que Ticio resulte victorioso en la arena; en tal supuesto la estipulación es eficaz si se trata de un juego de lucha (competiciones atléticas, lucha libre, box), pero no si se trata de luchar contra animales. Los juegos de apuestas de dinero estaban prohibidos, de modo que las estipulaciones relativas al ganador de ellas eran ineficaces (Paul D. 11, 5, 2, 1). La restitución de lo perdido en un juego ilícito era posible (en tanto el actor no fuese también responsable), es decir, en particular para el *paterfamilias* o el dueño, cuando el hijo de familia o el esclavo habían jugado dinero (Paul. D. 11, 5, 4, 1; Justiniano extiende las prohibiciones y autoriza la restitución en general, C. 3, 43, 1, de 529).—Es discutible si, al día de hoy, el juego y las apuestas producen, al menos, obligaciones naturales; §§ 762 BGB; 1272, 1273 ABGB; arts. 513, 514 OR; 1798-1801 Cc esp. **Lit.:** J. G. WOLF, *Causa stipulationis*, Köln, 1970, sobre lo cual, A. WACKE, «Zur causa der Stipulation», TR 40 (1972) 231, *vid.* también M. KURYŁOWICZ, «Das Glücksspiel im römischen Recht», SZ 102 (1985) 185; Th. FINKENAUER, «Stipulation und Geschäftsgrundlage», SZ 126 (2009) 305; J. HALLEBEEK, «On the origin of the constitution *Alearum lusus* (C. 3, 43, 1)», TR 81 (2013) 129.

- 6 En época *posclásica* la *stipulatio*, que ahora siempre consta en documento, aparece más estrechamente ligada a la causa. El acreedor puede, al menos en principio, demandar con base en el documento acreditativo de la deuda en que no se menciona la *causa*, sin que sea necesario que pruebe el crédito; el defecto de la *causa* produce, sin embargo, la *ineficacia* de la obligación [4.10] alegada por el *deudor*, pero, probablemente, también se debería tomar en consideración de oficio. En la parte oriental del imperio se impone, con posterioridad, precisamente lo contrario: en una *cautio, quae indiscrete loquitur*, es decir, un documento acreditativo de deuda en el que no se menciona la *causa*, es el acreedor el que debe probar la *existencia* de la obligación (que se consigna en el documento); Paul. D. 22, 3, 25, 4 itp.; Just. C. 4, 30, 13.
- 7 Ni el derecho medieval ni el moderno adoptan la estructura romana de la *stipulatio*. Ciertamente, los legistas la tratan como un tipo contractual, sin embargo, en la medida en que se impone el principio *pacta sunt servanda* [38.18], ella es desplazada por la convención expresada sin formalidades. La eficacia de ésta exigió, sin embargo una concepción amplia de la *causa*, en el sentido de un motivo racional (lo que encontré acogida en los arts. 1108, 1131 ss. Cc. fr.). Esta doctrina es superada en la Pandectística solo a partir de la segunda mitad del s. XIX, con el reconocimiento de la obligación abstracta. La promesa de deuda (necesariamente abstracta) y el reconocimiento de deuda según los §§ 780, 781 BGB son creaciones novedosas, promovidas por O. BÄHR (*Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, Cassel, 1855; 3.^a ed., 1894). *Vid.*

también § 17 OR. **Lit.:** COING I, 480; II, 434; HKK-THIER §§ 780 –782 [8 – 20]; J. J. DE LOS MOZOS, «Aproximación a la causa del contrato en la doctrina del *ius commune*», SCDR 27 (2014) 123.

La *exceptio non numeratae pecuniae* (excepción del dinero no entregado) se basa 8 en rescriptos imperiales de época tardoclásica, y es una excepción que, en el procedimiento cognitorio, se desgaja de la *exceptio doli* (Gai. 4, 116): El supuesto es que una persona solicita un crédito a un prestamista y que, antes de acordar los términos del mutuo, promete por medio de una estipulación la devolución de dicha cantidad. Si el estipulante ejercita contra él la acción nacida de la estipulación, mediante esta excepción el demandado alegará que, en realidad, nunca recibió el dinero, ante lo cual será el actor quien deba probar la entrega del mutuo, y no (como habría sido la regla), que sea el demandado que opone la excepción, el que deba probar que no recibió el dinero (algo de difícil prueba). En las constituciones imperiales de época tardoclásica y posclásica se refuerza este derecho; una *querela non numeratae pecuniae*, puede ser ahora ejercitada como acción para impugnar la estipulación. Detalladamente, en C. 4, 30; sobre fijación de un plazo (desde Diocleciano, 5 años; desde Justiniano, 2) *vid.* C. 4, 19, 14.—En el s. XIX esta excepción se estima equivocada: «Gracias a ella, un acreedor despiadado no podría constreñir a un deudor la devolución de una suma no mutuada, pero crea una institución mediante el cual el deudor inescrupuloso puede privar al acreedor de (la restitución de) un mutuo efectivamente recibido. Si, atendidas las circunstancias, no es posible impedir el riesgo de injusticia, es más justo que este riesgo lo soporte aquel para el que no hay medio alguno de prueba, que aquél para el cual tales pruebas sí existen» (WINDSCHEID [-KIPP], *Pandekten*⁹, vol. II, Frankfurt a. M., 1906, § 372 n. 15).—§ 1139 BGB la prevé en la hipoteca registral. **Lit.:** W. LITEWSKI, «*Non numerata pecunia* im klassischen römischen Recht», SD 60 (1994) 405.

4. a) El ámbito de aplicación de la estipulación es extraordinariamente 9 amplio y versátil, gracias a su estructura elástica [7.22].

Ejemplos: el reforzamiento de lo debido en razón de un mutuo [39.6], o del precio compraventa; promesa de donación o de dote; precontratos; modificación posterior de una obligación a través de novación [54.1], en especial por cambio de acreedor o deudor, es decir, cesión y asunción de deuda —como recientemente lo ha expuesto FINKE-NAUER, *Stip.* (respecto de Ulp. D. 39, 2, 24, 1a, 270), en el derecho de las estipulaciones hay casos en los cuales (excepcionalmente) se reconoce, o bien la adquisición de una deuda por un heredero a título individual, o bien la de uno que se añade a la obligación (y con ello, un contrato que afecta a un tercero).—Se puso relieve en su momento [7.22] que, a propósito de la estipulación, los juristas romanos desarrollaron problemas fundamentales de los negocios jurídicos entre vivos y de las obligaciones en general; la multiplicidad de aplicaciones de la *stipulatio* explica que la materia se encuentre diseminada a lo largo del *Corpus Iuris Civilis*. Los puntos críticos son tratados en D. 45 y 46; Inst. 3, 15–20; C. 8, 37–42 y Gai. 3, 92–127.

10 b) Debemos destacar a la **estipulación penal** (pena convencional, *stipulatio poenae*) como una importante aplicación. Ella se manifiesta de dos formas:

aa) Por regla general, la pena es una suma de dinero; puede ser prometida para el supuesto de que una obligación existente se incumpla, o bien no se cumpla oportunamente (la llamada estipulación penal auténtica o dependiente).

Ejemplo: «¿Prometes que me será dado Pánfilo? Si no me fuere dado, ¿prometes que me darás cien?» «Prometo» (*Pamphilum dari spondesne? Si non dederis, centum dari spondesne? Spondeo*), Sab.-Paul. D. 45, 1, 115, 2 (segunda parte). En este caso, la pena prometida sirve para garantizar el cumplimiento de prestación consistente en la dación del esclavo, en cuanto la presión que significa su posible exigibilidad favorece el cumplimiento de la prestación (función coercitiva). Al mismo tiempo, la estipulación penal le ahorra al acreedor tener que probar los perjuicios que le produce ya sea el incumplimiento o el cumplimiento imperfecto, lo que a menudo es difícil, y, en lugar del valor de la cosa o de su interés, le proporciona una suma de dinero cuyo monto queda determinado (función sustitutiva). Prometida la pena para el caso de *incumplimiento*, si se demanda por causa del crédito principal, se opone al ejercicio de la acción que deriva de la estipulación penal la *exceptio doli*, Ulp. D. 44, 4, 4, 7. Si la pena, por el contrario, se prometió para el supuesto de *retraso* en el cumplimiento o de cumplimiento imperfecto, entonces ambas acciones quedan a disposición, Pomp. D. 45, 1, 90; *cfr.* los documentos TPN59 = TP Sulp. 68 (WOLF, 93; CAMODECA, 164 [1.46]).

11 bb) La estipulación penal puede prometerse para constreñir a realizar un acto o abstenerse de uno, si no fuesen debidos como tales (estipulación penal *impropia* o independiente). La suma se habrá de pagar cuando el pretendido *acto positivo* no se realiza o bien cuando en lugar de la esperada *omisión* tiene lugar el acto contrario.

Ejemplos: «Prometes que si no me dieres el fundo me darás 100?» (*Si fundum non dederis, centum dari spondesne?*). Se entiende que el *fundo* objeto de la estipulación *no* se debe (Paul. D. 44, 7, 44, 5). Por esta vía se pueden hacer exigibles prestaciones que no pueden ser objeto una obligación exigible, en especial, prestaciones que para el receptor careciesen de valor patrimonial.

12 cc) Ambos tipos tienen en común que la pena convencional que ha sido prometida para asegurar el cumplimiento de un deber de *omisión*, *se hace exigible* con la actuación contraria a ella (Paul. D. 19, 2, 54, 1). Si se quiere asegurar un deber positivo y se le ha fijado un plazo, entonces la estipulación se hace exigible al cumplirse éste. Si no se estableció plazo alguno, entonces la concreción del deber resulta contravertida (¿se hace exigible la estipulación nada más ser posible el cumplimiento de ese deber o solo desde el momento en que se hace imposible?), *cfr.* Sab.-Paul. D.

45, 1, 115, 2. La responsabilidad del promitente de una estipulación penal era, en principio, objetiva y en determinados ámbitos, como en la *stipulatio duplae*, se mantuvo así. En el caso de ámbitos de aplicación de cierta importancia, como la estipulación penal asociada al arbitraje (*poena compromissi* [46.4]) y en el caso del préstamo marítimo, los sabinianos son de la idea de que la pena es exigible solo cuando ha dependido del deudor que la prestación no se realice, la que debió ser en época altoclásica la opinión dominante (Sabino en Pap. D. 45, 1, 115, 2; Iul.-Afr. D. 44, 7, 23; Cels.- Ulp. D. 4, 8, 23, 1–2). Sin embargo, el deudor exento de culpa fue protegido en ocasiones por medio de la *exceptio doli*, ante la acción que exigía la pena, Pomp. D. 44, 4, 4, 2.

En una sola estipulación podían reunirse varias disposiciones. Por ejemplo, la *donatio Syntrophii* (s. II o III d. C.; FIRA III n. 94), que se conserva actualmente en una inscripción, contiene una estipulación penal independiente a la que le sigue una mancipación relativa a un fundo. En la estipulación penal que el donante Syntrophus hace a su liberto Aitales, ordena a éste que haga copropietario a su conliberto en la misma porción del fundo que él y da instrucciones detalladas acerca de cómo deberán proceder Aitales y el conliberto en el futuro con el fundo, asegurando estos deberes mediante esta estipulación penal: si se actuase contra lo dispuesto (*si adversus ea factum erit*), entonces se deberá una indemnización de perjuicios y además, deberá pagarse una pena de 50.000 sestercios, tal como lo ha hecho prometer Syntrophus a Aitales. Cada una de estas disposiciones son por consiguiente condiciones que, de cumplirse, hacen exigible la pena.—Ya durante la República, en el supuesto de varios contenidos, se procedía fijando por escrito el acuerdo y, a continuación se estipulaba la promesa, o bien las promesas recíprocas: «¿Prometes que lo que arriba se ha escrito, se cumplirá y se hará y que nada se hará contra lo convenido? Si todo esto no se hiciera y cumplierse, ¿prometes que serán dados veinte mil? Prometo» (Paul. D. 17, 2, 71 pr.: estipulación recíproca de dos profesores de gramática al momento de constituir una sociedad para enseñar a leer y a escribir; *vid.* también Paul. D. 45, 1, 140 pr.; sobre la cláusula estipulatoria entre los posclásicos, *vid. supra* [7.23]. De tales estipulaciones nacía no solo una acción, lo que, a causa de la consumición de la acción, habría sido muy delicado [82.24–25], sino más, por cuanto se aplicaba la regla *tot stipulationes quot res* (tantas estipulaciones como asuntos u objetos involucrados), de modo que se estimaba que cada objeto o asunto en particular se había prometido independientemente, por lo que se podía demandar cada uno de forma también independiente. Las estipulaciones eran, por consiguiente, ampliamente aplicables y sencillas de manejar.—§§ 339 ss. BGB; 1336 ABGB; arts. 160 ss. OR; 1152 ss. Cc esp. **Lit.:** R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, Köln, 1976; M. TALAMANCA, s.v. «Pena II (diritto romano)», en *ED.* 32, 1982, 712; ZIMMERMANN, 95; A. SICARI, Bari, *Pena convenzionale e responsabilità*, 2001. *Vid.* también J. BIANCALANA, «Monetary penalty clauses in thirteenth-century England», *TR* 73 (2005) 231 (también respecto de Italia y Francia).

II. CONTRATO LITERAL

Lit.: NELSON – MANTHE III 1, 196, 496; R. M. THILO, *Der Codex accepti et expensi im römischen Recht*, Göttingen, 1980; P. GRÖSCHLER, *Die tabellae-Urkunden aus den pompejanischen und herkulanensischen Urkundenfunden*, Berlin, 1997, 246; O. BEHREND, «Der Litteralvertrag», en *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wolodkiewicz*, vol. II, Varsovie, 2000, 57.

- 14 1. El contrato literal *romano* está unido al libro de contabilidad de entradas y salidas (*codex accepti et expensi*) que el *paterfamilias*, desde los primeros tiempos de la República (siguiendo en esto modelos griegos) cuidaba de llevar, en cuanto eran un registro de la totalidad del patrimonio.

En tanto se ingresan en el libro transferencias reales, tales como, la entrega efectiva de una cosa mutuada, el libro no sirve para la generación de un contrato literal, sino solo como testimonio de los créditos del libro de caja (*nomina arcaria*); Gai. 3, 131 s.

- 15 El (genuino) contrato literal se lleva a cabo por medio de la *expensilatio*, esto es, con el cargo en cuenta (*expensum ferre*) que el acreedor realiza en su libro de contabilidad (con el consentimiento del deudor), de modo que aparece (y vale) como mutuada al deudor la suma ingresada en dicho libro.

Mediante tal asiento sin transferencia surgen los créditos del libro de caja (*nomina transcripticia*), Gai. 3, 128; 133. La inscripción correlativa en el libro opuesto, es decir, el que lleva en su casa el deudor no era, por regla general, necesario.—Sobre las operaciones contables (probablemente también sobre el consentimiento del acreedor) se extendían documentos probatorios.

- 16 Puesto que el contrato literal fue concebido como una *transferencia ficticia*, la acción que le corresponde es la del mutuo, es decir, la *actio certae creditae pecuniae (condictio)*.

- 17 El contrato literal fue utilizado solo para la transformación de un crédito de dinero existente en uno nuevo, sea con las mismas personas (*transscriptio a re in personam*), sea con el ingreso de un nuevo deudor (*transscriptio a persona in personam*), Gai. 3, 129 s. Respecto del primer caso, los sabinianos sostenían que el negocio era uno *iuris gentium*, es decir, accesible a los peregrinos; respecto del segundo, en cambio, éste estaba reservado a los ciudadanos romanos (*iuris civilis*); en lo cual coincidían con los proculeyanos, para quienes ambos supuestos eran de derecho civil (Gai. 3, 133).—La causa de la obligación (es decir, de la antigua, p. ej., una compraventa) era descrita en el registro. La anotación provocaba que el contrato literal dependiese de la existencia de esa antigua obligación.

- 18 Las tablillas de Herculaneum (anteriores a la erupción del Vesubio, en el año 79 d. C.), recientemente halladas, proporcionan un testimonio del contrato literal. Con todo, ya

hacia fines de la época clásica este contrato había desaparecido, al igual que los libros de contabilidad. Justiniano (en Inst. 3, 21), en realidad, no lo restituyó, de modo que Gayo (Gai. 3, 128–133) continúa siendo nuestra fuente más importante.

2. El contrato literal *no romano* consistente en la composición de un certificado de deuda (*chirographum*, más correctamente: documento de deuda escrito por propia mano; *syngrapha*, más correctamente: documento del contrato), sin previa *stipulatio*, fue reservado a los peregrinos, según Gayo (3, 134); sin embargo, el *chirographum*, en particular en la praxis del sistema crediticio, y probablemente ya en época tardorrepública, fue entendido como causa independiente de la obligación. Desde la época tardoclásica se fusiona con la *stipulatio* documentada. 19

Lit.: NELSON – MANTHE III 2, 215, 516; JAKAB [7.33]; B. SIRKS, «Chirographs: negotiable instruments?», SZ 133 (2016) 265 (desde la mitad del s. II d. C., el derecho emanado del papel habría seguido a la propiedad sobre el papel).

§ 41. Compraventa (*emptio venditio*)

(RPr. §§ 33 I, 130, 131, 261 V, 264)

I. ESENCIA Y DESARROLLO

Lit.: A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, vols. I, II, III, Erlangen, 1876, 1884, 1905–08, reimp. Aalen, 1965; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, vols. I, II, Napoli, 1954, reimp. Napoli, 1961; ZIMMERMANN, 230, 271, 293; M. TALAMANCA, s. v. «Vendita (diritto romano)», en *ED.* 46, 1993, 303, además, NELSON – MANTHE III 2, 246 (sobre Gai. 3, 139–141, básicamente = Inst. 3, 23 pr.–2); HAUSMANINGER [39.3], casos 52–143; J. G. WOLF, «Per una storia della *emptio venditio*: l'acquisto in contanti quale sfondo della compravendita romana, *Iura* 52 (2001) 29; W. ERNST, «Das Kaufrecht in den Institutionen des Gaius», *Festschrift für Theo Mayer-Maly*, Köln, 2002, 159; É. JAKAB – W. ERNST (Hrsg.), *Kaufen nach Römischen Recht. Antikes Erbe in Den Europäischen Kaufrechtsordnungen*, Dordrecht, 2008; É. JAKAB, *Risikomanagement beim Weinkauf. Periculum und Praxis im Imperium Romanum*, München, 2009 (con una exposición detallada acerca de los hechos del mercado del vino en la Antigüedad; sobre lo cual, *vid.* W. ERNST, *SZ* 128 [2011] 605).

- 1 **1.** La compra es un contrato recíprocamente obligatorio, que consiste en el *intercambio* de una *mercancía* (*merx*), la mayor parte de las veces una cosa, contra un *precio* (*pretium*) consistente en dinero. Desde sus inicios, en Roma y probablemente en todas partes, la compra fue una **venta al contado** (venta manual), en la cual la conclusión del contrato y la ejecución de las prestaciones tienen lugar en el mismo momento. Esto vale también para la *mancipatio*, en la cual, originalmente, a cambio de la adquisición de una *res Mancipi* se pesaba el precio en dinero [7.3]. Sin embargo, también es una venta al contado la venta *no sujeta a formalidades*, que en Roma tiene un doble origen: de un lado, desde antiguo, en el negocio de una *res nec Mancipi* a cambio de dinero, celebrado entre ciudadanos romanos; de otro, en la compra de cosas de cualquier clase, lo que incluye a las *res Mancipi*, en las transacciones con peregrinos.
- 2 **2.** El intercambio de cosas al contado cede ante el hecho de que se permite aplazar el pago del precio. La ley de las XII Tablas [41.26], a propósito de la *mancipatio*, admiten tal aplazamiento y su aseguramiento mediante un negocio creador de responsabilidad. Con el tiempo se produce la separación –en un proceso cuyas fases intermedias no es posible reconstruir– entre la prestación que tiene por objeto la cosa y la conclusión del contrato. A partir de este punto

la compraventa pasa a ser un negocio efectivamente obligacional, en virtud del cual el vendedor se obliga a esta prestación. Esta fuerza obligatoria, la que a más tardar en el s. II a. C. ya se encuentra reconocida, se basa en la *fides*. Ella es admitida, probablemente desde muy antiguo, en el tráfico jurídico entre ciudadanos y no ciudadanos. En consecuencia, se concibe a la compraventa como un negocio *unitario*, sea que se trate de un negocio al contado o de uno sujeto a un plazo, sea entre ciudadanos romanos o con peregrinos, tenga por objeto una *res Mancipi* o una *res nec Mancipi*.

Si lo vendido es una *res Mancipi*, la *Mancipatio*, que solo se lleva a cabo con pequeñas monedas de cobre (*nummo uno*), ya no es ella misma una compraventa, sino que sirve solo para dar cumplimiento a la obligación del vendedor nacida del contrato consensual (lo mismo que la *in iure cessio*) [7.2; 7.8]. La antigua *compra al contado* influye, sin embargo, en la estructura de la compraventa consensual clásica. Ella constituye el tipo contractual que se da más habitualmente en el tráfico jurídico cotidiano. A partir de la influencia de la compraventa al contado podría explicarse: la limitación de la transmisión del riesgo en la compraventa, cuando ésta lo es de cosa específica, al momento de la perfección del contrato; la responsabilidad por *custodia* del vendedor; la separación de la *causa emptionis* de la *causa solvendi* en la tradición y en la usucapción; la autonomía de la adquisición de la propiedad por causa de *traditio* del pago del precio (fuerte influencia aún en época clásica) [24.13]. *Vid.* WOLF [41.1].

3. La época *posclásica* retorna al estadio de la *venta al contado*, a consecuencia de la desconfianza general que acompaña el declive de la economía. Este fenómeno afecta tanto a Occidente como a Oriente, donde coincide con el derecho helenístico. La celebración de la compraventa se hace constar por escrito cuando versa sobre objetos de importancia mayor; Constantino prescribe requisitos de forma para la compraventa de inmuebles [7.28]. Al momento de la conclusión de la compraventa y del pago del precio el comprador se transforma en dueño.

Por lo mismo, no necesita una acción nacida de la compraventa para exigir el cumplimiento, sino que puede vindicar la cosa si ésta no le ha sido entregada. Si, excepcionalmente, el pago del precio se aplaza, requerirá del título en que consta la deuda que corresponde a la nueva forma de la *stipulatio*. La venta a plazo se entiende como una a la que se le anexa un mutuo.

4. Justiniano ofrece una solución intermedia. Si bien acepta la compraventa consensual sin formalidades propia del derecho clásico, coloca a su lado a la compraventa por escrito, de modo que las partes eligen. Ambas formas de compraventa pueden tener como objeto tanto inmuebles como cosas muebles. Si las partes eligen la compraventa por escrito, entonces solo con la extensión del documento se perfecciona el contrato. En todo caso, la compra es

todavía un negocio *obligacional*, separada de la transmisión de la propiedad, Iust. C. 4, 21, 17; Inst. 3, 23 pr.

II. CELEBRACIÓN Y OBJETOS

- 6 1. La compraventa, en cuanto contrato consensual celebrado por escrito o verbalmente, incluso mediante un emisario, se perfecciona con la declaración del consentimiento de las partes, es decir, cuando éstas acuerdan tanto la cosa como el precio; Gai. 3, 139 = Inst. 3, 23 pr. Sobre la subasta (*auctio, licitatio*) *vid.* [85.6].
- 7 De una **arra** (*arrha, arrabo*), tal como la conocen los derechos griegos a partir de su modelo semítico puede prescindirse –al menos en el derecho romano más desarrollado–. No es posible saber si el derecho antiguo, antes de que el consenso sin formalidades fuese exigible, utilizaba como instrumento obligacional la entrega de un símbolo con el cual el que lo daba pignoraba su persona. En el derecho preclásico y en el clásico tiene lugar la entrega de un anillo [58.12], o de una suma de dinero por parte del comprador al vendedor como reforzamiento de la conclusión del contrato (*arra confirmatoria*). Con posterioridad al cumplimiento del contrato, puede exigirse la devolución del anillo con la *actio empti*, o bien con la *condictio*; la suma de dinero se imputa al precio (Ulp. D. 19, 1, 11, 6). Bajo Justiniano, siguiendo modelos griegos, las *arras* aseguran la futura celebración del contrato, si es que las partes han optado por la celebración por escrito [41.5]. Las consecuencias que se siguen de desistirse una de las partes del convenio precontractual de celebrar un contrato futuro, después de haber sido entregadas las *arras*, son las siguientes: si el que se desiste es el que dio las *arras*, las pierde a favor de quien las recibió; si quien se desiste es el que las aceptó, deberá devolver el doble de su valor. Las mismas consecuencias tienen lugar cuando las *arras* se han dado con ocasión de un contrato ya perfeccionado (sea por escrito o verbalmente), siempre que quien se desiste sea parte de dicho contrato. *Vid.* C. 4, 21, 17, 2; Inst. 3, 23 pr. El derecho común habla en el primer caso de *arra poenalis* y, en el segundo, de *arra poenitentialis*. **Lit.:** JAKAB [41.1], 78 (*Papyri*), 100 (*römische Quellen*).–*Vid.* §§ 336–338 BGB; 908–911 ABGB; arts.158 OR; 1590 Cc fr.; 1454 Cc esp.
- 8 2. Pueden ser **objeto** de la compraventa, principalmente, las *cosas*, junto a los *patrimonios* (como una herencia), *créditos* y ciertos *derechos reales*, como las servidumbres o el usufructo que habrá de constituir el vendedor, entre otros. De la noción de compraventa al contado se sigue que la compraventa debe estar referida a una cosa concreta, que al momento de la perfección del contrato ingresará al patrimonio del comprador [41.21]. La compraventa de géneros «pura», es decir, de una cosa o conjunto de cosas descritas solo genéricamente, es, consecuentemente, desconocida; los presupuestos bajo los cuales en una compraventa de género tiene lugar una concreción, concentración o

separación, son desarrollados por los juristas medievales. Las funciones económicas de la compra de géneros fueron cumplidas por formas alternativas, como por ejemplo, a través de una promesa estipulatoria (aceptada a cambio de una remuneración); *vid.* Marcell. D. 45, 1, 94; estipulación de trigo). Se conocía, en cambio, la venta de un género determinado (p. ej., de un vino de un barril determinado; Gai. D. 18, 1, 35, 7; [35.14]). Para estos efectos, la idea manifiesta era que una cantidad se entiende vendida solo a partir de su efectiva separación y no, en cambio, que a partir de celebración del contrato se debe una cantidad que aún no se ha concretado. Por eso el comprador no soporta riesgo alguno, ni siquiera en forma proporcional, cuando las existencias perecen casualmente; solo desde que ella es medida o pesada pasa el riesgo al comprador (Gai. D. 18, 1, 35, 7).

§§ 437 I n.º 1, 439 I (nuevo) BGB; 360 HGB; 185 II, art. 206 II OR; 1452 III Cc esp. **Lit.:** W. ERNST, «Gattungskauf und Lieferungskauf im römischen Recht», SZ 114 (1997) 272; EL MISMO, «Kurze Rechtsgeschichte des Gattungskaufs», ZEuP 7 (1999) 583; EL MISMO, «Die Konkretisierung in der Lehre vom Gattungskauf», en *Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk*, Köln, 1997, 49; JAKAB [41.1], 210, 218 (degustación), 227, 233 (medición), 243 (venta *per aversionem*, como contrato con asunción del riesgo por parte del comprador de la cantidad determinada globalmente), *vid.* también LA MISMA [41.21, UAJR], 87.

La extensión de la cosa objeto de la compra es tratada en

9

D. 18, 1, 8 (Pomponio, 9 *ad Sab.*)

Nec emptio nec venditio sine re quae veniat potest intellegi. et tamen fructus et partus futuri recte emuntur, ut, cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur: sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse. (1) Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur. quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est: et quod missilium nomine eo casu captum est si evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur.

No hay compra ni venta si no hay cosa (objeto de ella). Pero si se comprasen los frutos y los partos futuros, se entenderá contraído el negocio, es decir, perfeccionada la compra, cuando ocurra el parto. Pero si el vendedor hubiese actuado de forma tal que no se produzca el parto o no se den los frutos, se puede ejercitar la acción de la compra. (1) En ocasiones se entiende que hay venta in cluso si no hay cosa, como cuando se compra el azar. Así ocurre cuando se compran peces o aves capturados, o cosas que han sido arrojadas. Si nada se captura, hay compra de todas formas, porque lo comprado ha sido la esperanza; y si las cosas arrojadas que se recogieron fuesen evictas, no surge por este motivo una obligación por causa de compra, porque esto se debía entender ya tratado.

■ § 41. COMPRAVENTA (EMPTIO VENDITIO)

La compra de una cosa futura (*emptio rei speratae*) se concluye cuando dicha cosa llega a existir, no solo sus efectos están en suspenso. Cuando llega a existir se mira como si la cosa específica ya hubiese existido al momento del acuerdo. En la oración final del pr., *Pomponio* hace alusión a la opinión de juristas anteriores sobre la regla de la frustración de la condición [10.5], de modo que debe entenderse que el perfeccionamiento del contrato de compraventa está sujeto a condición [10.1].

En el caso de la compra de la esperanza (*emptio spei*) ésta se entiende celebrada pura y simplemente, por lo que el precio debe pagarse incluso si nada se captura. En tal caso, la regla de que no puede haber una compra sin objeto (*res*) queda superada. Evidentemente, el reconocimiento de la venta de una cosa futura ha arrastrado al de la compra de la esperanza, por lo que la delimitación entre ambas puede ser dificultosa en ciertos casos. Los regalos arrojados por emperadores, comandantes, cónsules, etc., durante las celebraciones de los triunfos y en festividades especiales, podían ser muy valiosos, como vestidos, oro, plata, joyas, perlas, pinturas, esclavos, animales de tiro y domesticados, incluso embarcaciones, viviendas, solares (Suet. *Nerón* 11, 2), por lo que en lugar de las cosas más grandes, se arrojaban fichas. A causa de los riesgos que los tumultos traían consigo, los ciudadanos más ricos caían en la trampa de comprar por adelantado a los que participarían del tumulto, lo que obtuvieran. Luego, se trata de un ejemplo realista para Roma, con la exclusión de la responsabilidad por evicción. §§ 1065, 1267–69, 1275–76 ABGB; art. 1104 Cc fr.; 1790 Cc esp.; 1469, 1472 Cc it.; el ejemplo de la captura de peces lo amplía el art. 2451 Cc. Luisiana («el comprador tiene derecho a todo lo que se haya capturado en la red»). **Lit.:** R. KNÜTEL, «Hoffnungskauf und Eviktionshaftung», SZ 117 (2000) 445 (= Jakab – Ernst [41.1], 139); M. PENNITZ, *Das periculum rei venditae*, Köln, 2000, 204.

- 10 Si el vendedor debe *fabricar* con materiales propios la cosa, según Sabino y otros, se trataba de una compraventa, según los proculyanos, de un arrendamiento de obra; según *Cassius*, de un contrato mixto, entre compraventa y arrendamiento de obra (Gai. 3, 147 = Inst. 3, 24, 4).
- 11 Sobre la compra de cosa propia del comprador, de una persona libre o de una cosa fuera del comercio, *vid.* [35.2]. **Lit.:** M. ZIMMERMANN, *Der Rechtserwerb hinsichtlich eigener Sachen. Rei suae sive de re sua contractum consistere non potest*, Berlin, 2001; P. APATHY, «*Emptio suae rei* – § 878 ABGB», en *Festschrift für Theo Mayer-Maly*, Köln, 2002, 11.
- 12 **3.** El **precio** (*pretium*) debe consistir en dinero.

Para los sabinianos, también otras cosas podían ser objeto del precio. Con ello incluían a la **permuta** (*permutatio*) en la compra (ya que en una época muy anterior, cuando no existía dinero, la permuta habría sido el antecedente de la compraventa. Pero esta opinión no tuvo éxito (Gai. 3, 141; Paul. D. 18, 1, 1 pr.-1; Inst. 3, 23, 2). La cuestión debatida era de importancia porque existía una acción para la protección de la compraventa, pero no así para la *permutatio*, aunque sí la habría con posterioridad [45.1]. En el dere-

cho vulgar posclásico se trata a la permuta como compraventa, y como instituciones distintas bajo Justiniano; *vid.* Paul. cit. **Lit.:** NELSON – MANTHE III 2, 525; O. BEHRENDTS, «Der ungleiche Tausch zwischen Glaukos und Diomedes und die Kauf-Tausch-Kontroverse der römischen Rechtsschulen», *Historische Anthropologie* 10 (2002) 245 = *Behrends* II, 629; P. BLAHO, «Abgrenzung zwischen Kauf und Tausch in der Dichtung des Homer», en Jakab – Ernst [41.1], 53; SCIANDRELLO [45.1], 207.

El *importe* del precio era dejado a la decisión de las partes (Ulp. D. 4, 4, 16, 4: 13 Pomponio dice que en la determinación del precio de la compra es permitido por naturaleza a las partes intentar sacar ventaja una de la otra (*se invicem circumscribere*); Paul. D. 19, 2, 22, 3). En época clásica el precio no requiere ser justo (*iustum*), solo debe ser *verum et certum*, es decir, efectivo y determinado.

La primera exigencia se acostumbra extraer de Ulp. D. 18, 1, 36, según el cual no hay compraventa si quien, pretendiendo donar, fija un precio que no exigirá [8.28]. La segunda exigencia (Gai. 3, 140) expresa el principio de que la prestación debe ser, al menos, determinable [35.4], lo que no significa que el importe concreto deba ser mencionado. Por lo mismo, es válida una compra del tipo «por lo mismo en que lo compraste», o bien «por tanto dinero como el que tengo en la caja». Si bien al momento de la celebración del contrato no se sabe por cuánto ha sido la compraventa, el precio no está, en realidad, indeterminado (Ulp. D. 18, 1, 7, 1). Igualmente, una compra «por 100 y en cuanto por más yo lo vendiere» eran conocidas (Ulp. D. 18, 1, 7, 2). Es discutida la posibilidad de que la determinación del previo fuese según el criterio de un tercero (honesto) [35.4]. Justiniano decide que se reconozca; en tal caso, la compra quedaría sujeta a la condición de que el tercero determine el precio (C. 4, 38, 15; Inst. 3, 23, 1). En el derecho moderno esto se relaciona con reglas tendencialmente más benévolas.—§§ 315-319 BGB; 1054, 1056-1058 ABGB; art. 184 III OR; 1447 Cc esp. **Lit.:** J. HERRMANN, *Kleine Schriften zur Rechtsgeschichte*, München, 1990, 384 (la noción de *iustum pretium* en la Antigüedad); W. TRUSEN, «Äquivalenzprinzip und gerechter Preis im späten Mittelalter», en *Staat und Gesellschaft Festgabe für Günther Küchenhoff*, Göttingen, 1967, 247; A. TORRENT, «*Pretium certum*: determinación del precio *per relationem*», Bull. 98-99 (1995-96) 83.

Con la progresiva desvalorización del dinero en el transcurso del s. III a. C., la 14 libre conformación del precio resultó difícil de soportar. Con el fin de proteger a los vendedores de los precios insuficientes que obtenían de las ventas forzadas, Diocleciano introdujo la impugnación (de las ventas) por medio de la *laesio enormis* (reducción del precio a menos de la mitad): el vendedor puede resolver el contrato y exigir la devolución de la cosa contra la repetición del precio si éste es inferior a la mitad del valor de la cosa vendida. Sin embargo, el comprador puede mantener la vigencia del contrato, si suple, mediante un pago adicional, el valor total de la cosa. No se trata aquí de dolo o de vicio del consentimiento. *Vid.* Diocl. C. 4, 44, 2 (de 285) y C. 4, 44, 8 (de 293).

La idea de que cada cosa tendría su «precio justo» (*iustum pretium*) es clásica. Sobre la base de doctrinas filosófico-morales y teológicas (C. 4, 46, 2 itp., Dioc. vat. 22) Justiniano la restableció, al restablecer la prohibición de la *laesio enormis*, que había sido abolida en el s. IV d. C. (CTh. 3, 1, 1; 3, 1, 4; 3, 1, 7). A partir de la Alta Edad Media y gracias al decisivo influjo del derecho canónico, la revocación de contratos por causa de *laesio enormis* alcanzó reconocimiento general, precisamente a favor de los compradores que hubiesen acordado un precio superior al doble del valor de la cosa. Muy discutida fue la recepción de la *laesio enormis* en el Code civil, el cual, tratándose de la venta de un inmueble, autorizó al vendedor para impugnar el contrato cuando el precio quedase fijado en menos de 5/12 del valor (art. 1674–1685). Fue decisiva en este sentido la postura de Napoleón, que puso énfasis en la necesidad de proteger a los propietarios de grandes extensiones que habían caído en problemas a consecuencia de la agitación revolucionaria. *Vid.* además, §§ 934, 935 ABGB. Otros derechos se conforman con medidas contra la usura, § 138 II BGB; art. 21 OR. **Lit.:** U. WOLTER, *Ius canonicum in iure civili*, Wien, 1975, 114; K. HACKL, «Zu den Wurzeln der Anfechtung wegen *laesio enormis*», SZ 98 (1981) 147; Th. MAYER-MALY, «Renaissance der *laesio enormis*?», en *Festschrift für Karl Larenz*, München, 1983, 395; EL MISMO, «*Pactum*, Tausch und *laesio enormis* in den sog. *leges Barbarorum*», SZ 108 (1991) 213, 225; Chr. BECKER, *Die Lehre von der laesio enormis in der Sicht der heutigen Wucherproblematik. Ausgewogenheit als Vertragsinhalt und § 138 BGB*, Köln, 1990; ZIMMERMANN, 259; M. PENNITZ, «Zur Anfechtung wegen *laesio enormis* im römischen Recht», en *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly*, Köln, 2002, 575; D. R. GÖTTLICHER, *Auf der Suche nach dem gerechten Preis. Vertragsgerechtigkeit und humanitas als Daueraufgabe des römischen Rechts*, Göttingen, 2004; J. D. HARKE, «*Laesio enormis* als *error in negotio*», SZ 122 (2005) 91; J. PLATSCHEK, «Bemerkung zur Datierung der *laesio enormis*», SZ 128 (2011) 406.

- 15 Diocleciano protege al *comprador* frente a los inconvenientes de la desvalorización del dinero, mediante un extenso **edicto de precio máximo**, del año 301 (*edictum de pretiis rerum venalium*), mediante el cual prescribe un precio máximo para toda clase de prestaciones y amenaza con penas severas el cobro por sobre de él. En la práctica, sin embargo, no tuvo éxito. **Lit.:** S. LAUFFER, *Diokletians Preisedikt*, Berlin, 1971; CORCORAN [1.14], 205.
- 16 El precio de la cosa puede pagarse a plazos. La compraventa a plazos se llevó a cabo, por regla general, de modo que el comprador recibía la cosa en calidad de simple arrendatario, precarista, es decir, no la recibía por causa de compra (*pro emptore*), por lo que no adquiriría respecto de ella una posición autónoma. En esta combinación con la *locatio conductio* la compraventa continuaba siendo el contrato regulador, con las importantes consecuencias que ello tenía sobre la transmisión del riesgo y sobre la responsabilidad, de modo que si bien el vendedor se obligaba solo como tal, el comprador, en cambio, se obligaba al mismo tiempo como inquilino o arrendatario (Paul. D. 19, 2, 20, 2: *locator non obligatur, conductor obligatur*; D. 19, 2, 22 pr.).–

Se debe hacer notar que el jurista tardoclásico Ulpiano niega el derecho de desistimiento, ejercitable en cualquier momento (a través del *interdictum de precario*) al vendedor que transfiere la cosa vendida al comprador en *precario*, es decir, dejándolo expuesto gratuitamente a la revocación, hasta el pago íntegro del precio, en tanto en cuanto el comprador pague o en tanto no deba responder por mora (Ulp. D. 43, 26, 20). Ahí radica la base de la «expectativa» de la reserva de propiedad del comprador. Vid. [19.14; 24.13 con Lit.], sobre el punto, K. MISERA, «Zum Eigentumsvorbehalt im klassischen römischen Recht», en *Festschrift für Rolf Serick*, Heidelberg, 1992, 275; G. SCHIEMANN, «Über die Funktion des *pactum reservati domini* während der Rezeption des römischen Rechts in Italien und Mitteleuropa», SZ 93 (1976) 161; A. MEINHART, «Dogmengeschichtliches und Dogmatisches zum Eigentumsvorbehalt», SZ 105 (1988) 729; M. J. MAASS, *Die Geschichte des Eigentumsvorbehalts*, insbesondere im 18. und 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main, 2000, así como KNÜTEL y STAGL [24.13].

III. ACCIONES DE LA COMPRAVENTA. OBLIGACIONES

La *actio empti* del comprador y la *actio venditi* del vendedor, son, hasta donde las fuentes nos informan, *iudicia bonae fidei* (las fórmulas en [83.16]). 17

1. La *actio empti* se dirige primariamente a la prestación del objeto de la compra. Si se vende una *res Mancipi*, el comprador demanda la ejecución de la *mancipatio* (o bien de la *in iure cessio*), Gai. 4, 131a; PS 1, 13a, 4. Además, el vendedor debe al comprador, cualquiera sea la clase de cosa, la *posesión* libre de toda facultad de intromisión, sea fáctica o jurídica, por parte del vendedor mismo, o bien de un tercero (*vacuam possessionem tradi*), así como el *mantenimiento* del comprador en su posesión sin alteraciones y en el disfrute de la cosa (***habere licere***, en ocasiones se dice más pormenorizadamente, como *uti frui habere possidere*). Es decir, está obligado a una actividad (*facere*), no a la transmisión de la propiedad (*dare* [35.1; 34.6]). Vid. Ulp. D. 19, 1, 11 pr.–2.

El comprador adquiere la propiedad sobre una *res Mancipi* en virtud de la *mancipatio* (o de la *in iure cessio*), si el vendedor es dueño de ella. Por lo demás, siendo la compra causa *traditionis*, es mediante la *traditio* que se proporciona al comprador el dominio del vendedor propietario; si es una *res nec Mancipi*, del dominio quiritarario, si es *res Mancipi*, del bonitario.—Además, el comprador carece del derecho a la «adquisición» del dominio (Ulp. D. 18, 1, 25, 1). Tal carencia no puede explicarse en razón de que la compra, al ser *causa traditionis*, produzca el efecto jurídico-real de la transmisión del dominio por la sola entrega. Más aún, el sistema de responsabilidad *habere-licere* es fundamentalmente diferente del sistema de responsabilidad actual por defectos jurídi-

cos (y no, como en el s. XX mayoritariamente se aceptaba, un simple estadio anterior a él). En tanto posea sin perturbaciones, el comprador no puede demandar al vendedor, alegando que éste no lo ha hecho dueño, sino solo si la cosa es evicta por parte de un tercero que tiene un mejor derecho sobre ella, lo que significa que ha sido vencido procesalmente, es decir, que ha perdido la posesión ante el tercero [41.26–29]. La responsabilidad por evicción, por consiguiente, tiene por fundamento la existencia del *habere licere*, no la existencia de una propiedad libre de defectos. La razón fundamental para esta especialidad del derecho de la compraventa romana radica en que se trata de un contrato del derecho de gentes, al mismo tiempo que lo es del *ius civile* (Paul. D. 18, 1, 1, 2; Paul. D. 19, 2, 1), por lo que puede ser celebrado también con los peregrinos, respecto de quienes no es posible la transmisión de la propiedad de una *res Mancipi*. En la *obligatio dandi* (el deber de transmitir la propiedad) cuya causa por regla general es la estipulación, los romanos aplicaron el *principio de adquisición del derecho* (*Rechtsverschaffungsprinzip*, en la dogmática iusprivatista alemana): el deudor en la estipulación solo se liberaba si él hacía nacer en el acreedor una propiedad sin defectos jurídicos.

D. 12, 4, 15 (Celso, 3 *dig.*)

Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum: et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris

Te di dinero para que me dieras a Estico: ¿acaso esta especie de contrato es en parte de compra y venta, o no hay aquí ninguna otra obligación que la de lo que se ha dado por una causa que no se verificó? Soy más proclive a esto: si ha muerto Estico, puedo repetir lo que te di para que me lo dieras. Supón que Estico fuera de otro, pero igual lo entregaste: podré repetir de ti el dinero, porque no habrás hecho al esclavo del que lo recibe...

Tiene lugar un intercambio de «cosa contra dinero». Puesto que la compra tiene que producir una posesión libre de perturbaciones, de modo que la cosa pueda ser disfrutada, y el que da el dinero quiere obtener la propiedad, el jurista altoclásico Celso se decide contra la calificación del negocio como compra y a favor de la concesión de la *condictio ob rem*. En consecuencia, predomina el *principio de adquisición* y no el de evicción, y no se aplica la transferencia del riesgo de la compraventa [41.21]. *Vid.* también Paul. D. 19, 5, 5, 1: te doy dinero para adquirir una cosa (*ut rem accipiam*): venta. Podemos preguntarnos si otro jurista, ante el mismo supuesto de Celso, hubiese visto un contrato innominado [45.7] (*cfr.* Aristón, en Ulp. D. 2, 14, 7, 2).

Sobre el principio de adquisición, *vid.* hoy §§ 433 I, 435, 437 BGB; 923, 931, 1061 en relación con 1047 (aunque ahí todavía dice «para la entrega de la libre posesión») ABGB; arts. 184, 192–196 OR; 1461, 1462 1474 Cc esp. **Lit.:** F. PETERS, «Die Verschaffung des Eigentums durch den Verkäufer», SZ 96 (1979) 173; W. ERNST, *Rechts-*

mängelhaftung, Tübingen, 1995; J. PARICIO, «Celso contra Neracio», en *Fs. Knütel*, 849; S. A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Milano, 2007, 77, 121 (rec. J. M. RAINER, *Iura* 58 [2010] 299); L. VACCA, «*Emptio venditio e iusta causa traditionis*», *SD* 79,2 (2013) 775.

El vendedor *responde* ante el comprador por medio de la *actio empti*, en general, por *dolo*, en particular, al momento de la celebración del contrato, pero en ciertos casos responde también por *culpa*, sin que ello se haya dado lugar a un esquema estable. Si después de celebrado el contrato pierde la cosa, responde por *custodia*. Con Justiniano se nivela la responsabilidad por *culpa* y *dolo*. Hay rastros de la regulación clásica en Serv.-Alf. D. 18, 6, 12; Proc. D. 18, 1, 68 pr.; Ner. D. 19, 1, 31 pr.; Paul. D. 19, 1, 36. **Lit.:** F. PROCCHI, «*Licet emptio non teneat*». *Alle origini delle moderne teoriche sulla cd «culpa in contrahendo»*, Padova, 2012 (rec. M. SCHERMAIER, *SZ* 132 [2015] 603; C. A. CANNATA, *Iura* 62 [2014] 418–455).

No constituye un tipo de responsabilidad romana la que Rudolph v. Jhering (en *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 4 [1861] 1) llamó *culpa in contrahendo*, o culpa precontractual. Su punto de partida era una venta nula –o, al menos, que no había llegado a perfeccionarse– de un hombre libre, erróneamente considerado esclavo, o de una cosa que estaba fuera del comercio (p. ej., una sepultura [18.5]). Después de varios intentos de solución emprendidos a partir de la glosa (sobre todo, sobre el error), Jhering desarrolló por primera vez un principio de responsabilidad cuasicontractual «en del ámbito de los deberes contractuales», porque «bajo la protección de la regla de la culpa deberían quedar no solo relaciones contractuales ya existentes, sino aquellas que están naciendo» (p. 41). La responsabilidad tiene por objeto el *ut consequatur, quod sua interest deceptum eum non esse* («que el comprador pueda conseguir lo que le importaba no ser engañado»; Inst. 3, 23, 5), es decir, un interés negativo (que en medida importante, de acuerdo con el derecho de los delitos, se refiere a perjuicios patrimoniales no liquidables). Se afirma también la culpa del vendedor en los casos de desconocimiento de los defectos: «y no es injusto, porque el vendedor pudo conocerlos y porque para el comprador no hay ninguna diferencia en por qué se frustra su expectativa, si por desconocimiento o por astucia del vendedor» (Ulp. D. 21, 1, 1, 2, si bien respecto del edicto edilicio). Jhering se apoya, precisamente, en fuentes romanas (Mod. D. 18, 1, 62, 1; Inst. 3, 23, 5; Iav. u. Paul. D. 18, 4, 8 u. 9, Ulp. D. 11, 7, 8, 1), pero puede ser equivocado pensar a partir de ellas que en estos textos no se presupone la nulidad, sino una eficacia relativa del contrato, a favor del comprador perjudicado (*vid.* sin embargo, Paul. D. 19, 1, 21 pr.). A partir de la reforma al derecho de obligaciones alemán la *culpa in contrahendo* se ha convertido en ley (§ 311 ap. 2.º núm. 1 BGB), llegando a comprender, además, la culpa precontractual en un contrato eficaz. *Vid.* también el art. 1337 Cc it.).

Lit.: D. MEDICUS, «Zur Entdeckungsgeschichte der *culpa in contrahendo*», en *Iuris Professio. Festgabe für Max Kaser*, Wien, 1986, 169; FLUME, 114; B. J. CHOE, *Culpa in contrahendo bei Rudolph von Jhering*, Göttingen, 1988; HKK-HARKE, § 311 II, III [1-27]; L. SOLIDORO MARUOTTI, «Sulle origine storiche della responsabilità precontrattuale», en *St. Metro*, vol. V, 105; F. PROCCHI, «*Licet emptio non teneat*», *vid. supra* [41.18].

- 19 2. Con la *actio venditi* el vendedor demanda el pago del *precio*, o sea, la adquisición de la propiedad sobre las monedas; además, y a partir de la entrega de la cosa, con esta acción puede demandar los intereses sobre el precio de venta (sobre el monto, *vid.* [35.20]). Estos *intereses por el aprovechamiento* se remontan presumiblemente a Papiniano (vat. 2; Paul. D. 22, 1, 18, 1), no suponen un retraso (!) y se basan en la idea de que es contrario a la justicia que en los contratos recíprocos una de las partes pueda acumular el beneficio de ambas prestaciones (Ulp. D. 19, 1, 13, 20, *Vid.* también Lab. D. 19, 1, 50).

vat. 2 (Papiniano, 3 *resp.*)

Usurae venditori post traditam possessionem arbitrio iudicis praestantur; ante traditam autem possessionem emptori quoque fructus rei vice mutua praebere necesse est: in neutro mora considerabitur.

Después de la entrega de la posesión se debe pagar al vendedor según el arbitrio del juez. Los frutos producidos antes de la entrega corresponderán al comprador y se tendrán como mutuados. En ninguno de estos casos se tiene en cuenta la mora.

A partir de la celebración de la compra corresponden al comprador los frutos de la cosa; sin embargo, ello ocurre así a modo de compensación por el hecho de que él soporta el riesgo de la pérdida. Por consiguiente, la acumulación a favor del comprador solo ocurre a partir de la entrega con la que el vendedor cumple su obligación [41.17] y cuando la fase de la transmisión del riesgo concluye. Los intereses por el aprovechamiento a favor del vendedor agotan, así, el valor de uso del precio por parte del comprador. No hay acumulación por parte del vendedor, ya que éste, desde la celebración del contrato, debe transferir al comprador los frutos. En cuanto acreedor de un crédito en dinero, no soporta (jurídicamente) riesgo alguno. Con modificaciones, el régimen de los intereses por el aprovechamiento se introdujo en la mayoría de las codificaciones como en los artículos 1652 Cc fr. (motivo: «rien de plus juste»); 213 II OR; 1501 Cc esp.; 1499 Cc it.; 529 ZGB gr.; 575 ZGB jap., así como en el § 452 BGB (redacción antigua). Según el art. 3.1 b) de la Directiva 2000/35/EG sobre morosidad en las operaciones comerciales, si el deudor, transcurridos al menos 30 días después de la recepción de la factura, incurre en mora (*cf.* § 286 III [nueva versión] BGB), la exigencia práctica de los intereses por aprovechamiento no tiene lugar. **Lit.:** R. KNÜTEL, «Zum Nutzungszins», SZ 105 (1988) 514; HARKE [37.7], 40.

IV. TRANSMISIÓN DEL RIESGO

1. El *riesgo (periculum)* por el perecimiento o el deterioro accidental de una cosa lo soporta, en general, aquél cuyo patrimonio se ve afectado, sin ser culpable por ello o sin que otro responda por dicho perecimiento o deterioro. Se trata del llamado *riesgo de la cosa (Sachgefahr)*, proverbialmente, *casum sentit dominus* (el dueño soporta el caso fortuito), o bien, *res perit domino* (la cosa perece para el dueño; *cfr.* Diocl. C. 4, 24, 9; *vid.* § 1311 ABGB). Se diferencia del *riesgo de la prestación (Leistungsgefahr)*, que es el que principalmente soporta el acreedor (*species perit ei cui debetur* [35.12]). El principio del riesgo de la prestación puede entenderse, igualmente, como expresión del principio sobre el riesgo de la cosa en el ámbito de los créditos (ejemplo: Inst. 2, 20, 16, caso 1). Tratándose de los contratos de intercambio, aparece un tercer tipo de riesgo y afecta al deber de realización de la contraprestación, de la retribución, es decir, del precio, en el caso de la compraventa. Se denomina *riesgo del precio (Preisgefahr)*. De acuerdo con la concepción habitual, a propósito de la compraventa cabe preguntarse: ¿Debe pagarse el precio aunque la cosa desaparezca o se deteriore a causa de una circunstancia respecto de la cual ninguna de las partes responde? Si el *vendedor* soporta el riesgo, entonces no recibe el precio (en caso de perecer la cosa), o recibe uno rebajado, en caso de deterioro. Si, en cambio, el riesgo ha pasado a ser del *comprador*, entonces éste debe pagar el precio íntegro, incluso si no obtiene nada a cambio, o solo obtiene una cosa deteriorada.

2. a) En el derecho romano el riesgo pasa a ser del comprador desde el momento de la *perfección* del contrato. Se expresa así: (*perfecta emptione*) *periculum est emptoris*; el riesgo pasa al comprador (una vez que el contrato se ha perfeccionado); Paul. D. 18, 6, 8 pr.; Inst. 3, 23, 3.

La regla, cuya claridad ha sido largamente debatida, se explica como una reminiscencia de la atención prestada a la venta al contado. Para Winscheid ella debió derivarse de entenderse la declaración del vendedor en el sentido de una enajenación, es decir, no tanto en el sentido de que se obligaba a entregar la cosa, sino más bien en que la daba, efectivamente. Para este punto de vista, la cosa vendida, aunque se mantenga en el dominio del vendedor, partir de la perfección de la compraventa debe ser entendida, como si ella ya hubiese salido del patrimonio de éste y se hubiese incorporado en el del comprador. Por consiguiente, a partir de la celebración del contrato, el vendedor responde por *custodia*, como si a partir de este momento tuviese la cosa en comodato ([36.17; 39.11]; *cfr.* Paul. D. 18, 6, 3); el riesgo, que ahora soporta el comprador, concierne a los casos de fuerza mayor.—En sentido inverso, M. Pennitz (*Das periculum rei venditae*, Köln, 2000) explica la regla sobre transmisión del riesgo a

partir del llamado *aktionenrechtliches Denken* (pensamiento centrado en la acción) que caracterizaría a los romanos: con la celebración de la compraventa surgiría la *actio venditi* del vendedor, dirigida a exigir el pago del precio, y no le afectaría que la cosa pereciese a causa de un *casus maior*, porque éste solo eximiría de sus obligaciones al vendedor. **Lit.:** E. SECKEL, «Die Gefahrtragung beim Kaufe», SZ 123 (2006) 365 (de 1917); W. ERNST, «*Periculum est emptoris*», SZ 99 (1982) 216; A. RODGER, «*Emptio perfecta* revisited. A study of Digest 18, 6, 8,1», TR 50 (1982) 337; F. PETERS, «*Periculum est emptoris*», en *Iuris Professio. Festgabe für Max Kaser*, 1986, 221; G. THIELMANN, «*Traditio* und Gefahrübergang», SZ 106 (1989) 292; M. PENNITZ, «Die Gefahrtragung beim Weinverkauf im klassischen römischen Recht», TR 62 (1994) 251; M. BAUER, *Periculum emptoris. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung*, Berlin, 1998; ZIMMERMANN, 281; É. JAKAB, «*Periculum* und Praxis: Vertragliche Abreden beim Verkauf von Wein», SZ 121 (2004) 189; LA MISMA, «*Aversione venire*», en UAJR, 87; LA MISMA [41.1], 187 (rec. ERNST, [41.1], 612); Chr. KRAMPE, «*Aedilis lectos concidit*. Paul./Alf. D. 18, 6, 13/ 15», en *FHI.*, vol. IV, 2695; P. LAZO, «El riesgo en la compraventa de vino en el derecho romano», REHJ 27 (2005) 83; EL MISMO, «*Publicatio y periculum rei venditae*», REHJ 29 (2007) 245 (sobre D. 19, 2, 33). Sobre la transmisión del riesgo (y de otros problemas) relacionados con la doble venta, *vid.* S. SELLA-GEUSEN, *Doppelverkauf. Zur Rechtsstellung des ersten Käufers im gelehrten Recht des Mittelalters*, Berlin, 1999, 39, frecuentemente; W. ERNST en Jakab – Ernst [41.1], 83, 100.

- 22 b) No hay perfección cuando la cosa debe ser extraída de un contenedor en el que se conserva, o cuando depende de la prueba del comprador, o cuando el precio se determina a partir de una medición, etc. (Gai. D. 18, 1, 35, 5–7) y, en especial, cuando la compra está suspensivamente condicionada o sujeta a término. El texto más importante es el difícil fragmento de

D. 18, 6, 8 pr. (Paulo, 33 *ad ed.*)

Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet. et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio: quod si sub condicione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio: quod si exstiterit, Proculus et Octavenus emptoris esse periculum aiunt: idem Pomponius libro nono probat. quod si pendente condicione emptor vel venditor decesserit, constat, si exstiterit condicio, heredes quoque obligatos esse quasi iam contracta emptione in

Es necesario saber cuándo la compra se encuentra perfecta: y entonces sabremos de quién es el riesgo, pues una vez perfecta la compra, el riesgo pertenecerá al comprador. Y si consta claramente lo que se vendió, la calidad, la cantidad y el precio, y se hubiese vendido sin condición, se perfecciona la compra; pero si se hubiese vendido bajo condición y ésta se frustrare, la compra es nula, como también la estipulación. Pero si la condición se hubiese cumplido, Próculo y Octaveno dicen que el riesgo es del comprador y así lo aprueba también Pomponio. Si, estando pendiente la condición, hubiera muerto el comprador, o el vendedor, consta

praeteritum. quod si pendente condicione res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore. et quod pretii solutum est repetetur et fructus medii temporis venditoris sunt (sicuti stipulationes et legata condicionalia peremuntur), si pendente condicione res exstincta fuerit: sane si exstet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris.

como si ya hubiese sido contraída a compra en el pasado. Si la cosa ha sido entregada mientras la condición estaba pendiente, el comprador no podrá usucapir por compra, lo que se pagó del precio podrá repetirse, y los frutos del tiempo intermedio son del vendedor; (las compras), así como las estipulaciones y legados condicionales, se extinguirán si, pendiente la condición, la cosa se hubiese perecido; pero si la cosa subsiste, aunque se hubiese deteriorado, puede decirse que el perjuicio es del comprador.

El punto de vista de Paulo sobre la venta sujeta a condición se aclara en la última parte: si después del perecimiento de la cosa se cumple la condición, entonces la compra no tiene lugar y las cosas recibidas deberán devolverse. El punto de partida de Paulo debe haber sido que la cosa debía existir al momento de la celebración de la compraventa [10.1]; por lo que debió entender que la compra, en cuanto acto jurídico, estaba sujeta a condición (de modo que ella existía solo a partir del cumplimiento de ésta) y no (como se acostumbra en el derecho moderno) solo los efectos jurídicos. El simple deterioro de la cosa no es obstáculo para la validez del contrato de compraventa, porque la cosa comprada por lo menos existe. Pero si la compra existe, de ello no se sigue como evidente que el comprador deba soportar el riesgo. La forma cautelosa que emplea Paulo (*potest dici*) puede entenderse como una concesión ante las opiniones discrepantes de Próculo, Octaviano y Pomponio, quienes admiten que la compra sujeta a condición tendrá efecto retroactivo al cumplirse la condición, de modo que el vendedor también soportará el riesgo por el perecimiento o el deterioro de ella.—Queda la duda acerca de cuál aspecto del concepto de *periculum* se aplica aquí. Si nos atenemos al período inicial del fragmento, el vendedor soporta el riesgo *antes* de la perfección; de modo que aquí solo se puede estar hablando del riesgo de la cosa. Si la noción de riesgo se traslada al momento de la celebración del contrato, entonces *periculum est emptoris* significaría que la cosa se atribuye de tal modo al patrimonio del comprador que éste no puede menos que soportar el riesgo (así, FLUME, 111; *cfr.* Paul. D. 18, 1, 34, 6). En definitiva, no se altera el hecho de que el comprador debe pagar, de modo que la regla *periculum est emptoris* ha de entenderse en el sentido del riesgo del precio.

c) Muchos estados siguen actualmente el principio de transmisión del riesgo, a saber, Suiza (art. 185 OR, sobre cuya interpretación a la luz del derecho romano *vid.* BGE 128 III 370, de 12.03.2002) y Chile (art. 1820 Cc. ch.); *vid.*, además, § 2380 BGB (venta de la herencia) y 56 ZVG. Además de esta concepción, a partir de la época del Derecho natural moderno se desarrollaron otros dos modelos. Según la solución francesa, que se remonta a *Grocio* (arts. 1624, 1138, 1583, 711 Cc fr., comparable al derecho inglés), con la celebración del contrato de compraventa la cosa se hace del comprador y, con ella, el riesgo de su perecimiento. Los motivos muestran

23

que en esta parte se aplica el principio *res perit domino*. La diferencia con la distribución romana del riesgo es clara cuando se difiere la transmisión de la propiedad: si, de acuerdo con el derecho romano, el comprador soporta incluso en este caso el riesgo, éste en el derecho francés permanece en el vendedor en cuanto propietario. Por el contrario, entre las codificaciones modernas, el ALR de 1794 (95, 100 I 11; 364, 365 I 5) vincula por vez primera la transmisión del riesgo con la causa de la transferencia, en atención a que la temprana transmisión del riesgo del derecho romano contradice la regla *casum sentit dominus*; también, a que ella sería incompatible con la naturaleza sinalagmática de la compra y al hecho de que sería injusto hacer soportar el riesgo al comprador, quien, por no poseer aún, no tiene la posibilidad de tomar medidas de protección de la cosa. Esta idea siguen los §§ 1064, 1048, 1049 ABGB, sobre todo para remediar la necesidad de prueba del comprador y para estimular al vendedor, que deberá soportar el riesgo, a mantener la cosa a buen recaudo, así como los §§ 446, 447 BGB; art. 1452 Cc esp. **Lit.:** P. PICHONNAZ, en Jakab – Ernst [41.1], 183.

- 24 3. Una vez que el riesgo ha pasado al comprador corresponden a éste los *frutos o rentas* que la cosa produzca (vat. 2 [41.19]; PS 2, 17, 7) y las demás ventajas que se asocian a la cosa, las llamadas accesiones (constituye *accessio* una cosa accesorio, un incremento), Alex. C. 9, 48, 11 (*omne commodum et incommodum*, toda ventaja y toda desventaja). Inst. 3, 23, 3 *i.f.* menciona la razón: *nam commodum eius esse debet, cuius periculum est* («porque la ventaja debe corresponder a todo aquel que soporta el riesgo»).

Sobre el principio de compensación, *vid.* Paul. D. 50, 17, 10 (*secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda*, «es conforme al sentido natural de lo justo, que las ventajas de la cosa correspondan a aquél que ha de hacerse cargo de las desventajas»); Pap.-Iust. C. 6, 2, 22, 3a. En tanto se trate de accesiones como el aluvión [26.11] o, por ejemplo, la mitad del tesoro que corresponde al dueño (si se descubre un tesoro antes de la entrega de la cosa), se habla del *commodum* «accesorio». El principio de compensación comprende la cosa, como así también el llamado *commodum* de reemplazo, referido al lugar de la prestación (en este caso, de la cosa vendida), cuando al vendedor, sin que le sea imputable, se le hace imposible, subjetiva u objetivamente, cumplir con la prestación. Por este motivo, el vendedor al cual le ha sido hurtada la cosa, no obstante haberla resguardado, debe ceder al comprador la *rei vindicatio* y la *condictio furtiva* (Gai. D. 18, 1, 35, 4). Sin embargo, el *commodum ex negotiatione*, es decir, el precio de venta que obtiene el vendedor de un tercero, no fue considerado como un *commodum* de reemplazo, porque el vendedor sigue obligado a cumplir con su prestación, no obstante haber vendido la cosa (Paul. D. 18, 4, 21). Sobre derecho actual, *vid.* arts. 185, 119 OR; §§ 2380 BGB, así como (según el principio de tradición) 1050, 1051, 1064 ABGB; 446 I 2 y 285 (nuevo) BGB (que también comprende el *commodum* aumentado proveniente de una imposibilidad imputable); *cfr.* 1096 II, 1182 Cc esp. **Lit.:** M. HARDER, «*Commodum eius esse debet*

cuius periculum est. Über die *actio furti* als stellvertretendes *commodum* beim Kauf», en *Festschrift Max Kaser*, München, 1976, 351; I. REICHARD, *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht*, Böhlau, 1993, 102; SELLA-GEUSEN [41.21], 36; J. F. STAGL, «Der Ausgleich von Vorteil und Nachteil als Inhalt klassischer *aequitas*», en D. MANTOVANI – A. SCHIAVONE (a cura di), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia, 2007, 675; ERNST [41.21], 101. Sobre la máxima paralela *qui habet commoda ferre debet onera*, véase S. TAROZZI, en *Princ. gen.*, 761.

V. GARANTÍA POR LOS DEFECTOS JURÍDICOS

Lit.: E. RABEL, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Recht*, I, Berlin – Boston, 1902; W. ERNST, *Rechtsmängelhaftung*, Tübingen, 1995; EL MISMO, «D. 19, 1, 43-45, 2 revisited. Annäherungen an eine *Quaestio* des Paulus – Zugleich zum Ursprung der *non ultra duplum* – Regel (C. 7, 47)», en *Fs. Knütel*, 271; D. NÖRR, «Probleme der Eviktionshaftung im klassischen römischen Recht», *SZ* 121 (2004) 152 = *Schr.*, 211; R. BACKHAUS, «Die Einstandspflicht des Verkäufers eines mit einer Servitut belasteten Grundstücks», en *Fs. Knütel*, 57; R. BRÄGGER, *Actio auctoritatis*, Berlin, 2012. *Vid.* también la literatura indicada en [41.1].

Ya se ha puesto de relieve [41.17] que el vendedor responde por **evicción**. El 25 presupuesto de esta responsabilidad es que un tercero, que para estos efectos puede ser, incluso, el mismo vendedor, fundado en su dominio o en un derecho real distinto (según la opinión dominante, para los juristas clásicos las servidumbres prediales no estaban incluidas), reclame la cosa al comprador mediante un proceso y resulte vencedor, privándole de su *habere* o perjudicándolo. Varios supuestos se han ido fusionando para dar forma a una garantía unitaria, no obstante que la práctica antigua conoció una gran cantidad de variantes y combinaciones.

1. El *accipiens* obtiene de la *mancipatio* el derecho a exigir que el enajenante 26 –en cuanto *auctor*– lo asista procesalmente, en el supuesto de ser demandado por un tercero con la *vindicatio*, para defender la cosa frente a éste [27.4]. Si el *auctor* se niega a cumplir con esta obligación de asistencia, o ella resulta inútil, de modo que el vindicante resulte vencedor, el enajenante ha de responder ante el adquirente en virtud de la *actio auctoritatis* por el doble del precio de la cosa (PS 2, 17, 1 y 3; en el caso de evicción parcial, por el doble de la cuota correspondiente; *cfr.* 7.7). Requisito para hacer exigible esta responsabilidad es que el *precio haya sido pagado*; las XII Tablas equiparan al pago del precio la promesa de pagarlo contenida en un negocio creador de responsabi-

lidad (*expromittere*, mediante *stipulatio*, Inst. 2, 1, 41); sobre tal compra a crédito, *vid.* [7.8; 24.13, 17, *cfr.* 41.2].

Los detalles sobre la *actio auctoritatis* son difíciles de conocer, puesto que Justiniano eliminó la *mancipatio* de las fuentes, de modo que sobre la responsabilidad por *auctoritas* conectada con ella hay pocos testimonios en la literatura no jurídica, lo mismo que en las fuentes transmitidas por fuera del *Corpus iuris civilis*. Asimismo, el número de textos del Digesto que originalmente debieron tratar de la *actio auctoritatis* es muy limitado. Por lo menos, nuestros conocimientos han sido favorecidos por los exhaustivos estudios de Hans ANKUM (la mayor parte en la recopilación *Extravagantes*, Napoli, 2007, 1, 185, 195, 413; más antiguos, 197 n. 9), además, con modificaciones: «Noch einmal: die *repromissio* und die *satisfatio secundum mancipium* im klassischen römischen Recht», en *Liber amicorum Christoph Krampe*, Berlin, 2013, 13 (sobre su hipotética fórmula, 14 n. 9); *vid.* también [41.27]. R. BRÄGGER, *Actio auctoritatis*, Berlin, 2012 (rec. J. G. WOLF, Iura 62 [2014] 365) proporciona una exposición muy informativa sobre el estado del problema.—*Vid.*, además, G. PFEIFER, «Transkulturelle Universale oder juristischer Synkretismus? Zur Abhängigkeit des Eigentumserwerbs von der Zahlung oder Kreditierung des Kaufpreises in Inst. 2,1,41», en *Ess. Sirks*, 585; St. RONCATI, *Emere, vendere, tradere. La lunga storia della regola di I. 2.1.41 nel diritto romano e nella tradizione romanistica*, Napoli, 2015.

- 27 El que la *actio auctoritatis* tuviese por objeto el doble del precio se explica, de acuerdo con una teoría generalizada, en razón de su conexión con la pena del hurto, dirigida también al doble: el vendedor que vende una cosa ajena priva al comprador de su dinero (porque no lo adquiriría de buena fe). Sin embargo, esto no es aplicable al enajenante de buena fe, de modo que resulta dudoso que se vaya tan lejos al suponer que tenía conocimiento de su falta de legitimación. En el caso de la enajenación de una *res mancipi* tampoco existen indicios para sostener tal suposición. Más bien podría pensarse que la realización de la *mancipatio* contenía, al mismo tiempo, una garantía del vendedor sobre el contenido. El *duplum* de la *actio auctoritatis* se explicaría como el importe global de la indemnización de perjuicios. El deber de responder por *auctoritas* duraba, como resulta de la expresión *usus-auctoritas* [25.2–3] un año, y respecto de los fundos itálicos, dos. Si dentro de este plazo surgía esta responsabilidad, se ejercitaba la acción por la garantía, incluso si el plazo ya había expirado. La acción aún estaba en uso en época tardoclásica.—La *actio empti* [41.31–33], en cambio, habría tenido una función auxiliar, es decir, habría servido para casos de responsabilidad no cubiertos por la *actio auctoritatis*.—En el procedimiento formulario clásico se prestaba este deber de auxilio de forma que el vendedor aparecía como representante procesal (*cognitor, procurator* [82.30]) del comprador demandado con la *vindicatio* [82.30–31]. **Lit.:** H. ANKUM, «L'*actio auctoritatis* appartenant à l'acheteur mancipio accipiens a-t-elle existé?», AARC, III Convegno, Perugia, 1979,

3; EL MISMO, «Problems concerning *laudatio auctoris* and *denuntiatio litis* made by the buyer in classical Roman law», *Fundamina* 20-1 (2014) 1; ERNST [41.25].

El limitado ámbito de aplicación de la *actio auctoritatis* debió dar ocasión a la práctica para desarrollar una asunción de la responsabilidad por *auctoritas* por vía contractual, a través de una promesa estipulatoria, la *repromissio secundum Mancipium* (Pap. vat. 10 la llama *stipulatio auctoritatis*). En ella, el vendedor de una *res Mancipi*, que solo podía o quería entregarla al comprador, pero no manciparla [24.10] prometía que respondería por la garantía (*auctoritas*) y que si él la evadía o el comprador era llevado a un proceso vindicatorio, sin dolo de su parte, le pagaría el doble del precio de venta. Debieron existir otros casos en que el comprador, p. ej., no era ciudadano romano [3.8], o en que el vendedor era un hijo de familia, esclavo o un *procurator* sin autorización.—En su mayoría, la promesa de *auctoritas* era garantizada por fiadores que proporcionaba el propio vendedor, convirtiéndose en una *satisfatio secundum Mancipium*. Ésta debía encontrarse prevista en el edicto para los casos de una compraventa de *res Mancipi* a través de un *procurator*. Al no ser posible que un *procurator* realizara la *Mancipatio* en representación del dueño de la cosa, éste solo podía entregarla, por lo que el pretor lo constreñía a obligarse mediante esta *satisfatio* por medio de la cual el comprador, como en los casos de responsabilidad por *auctoritas*, quedaba protegido, cuando el propietario no ratificaba el negocio realizado por el *procurator* y, en consecuencia, reivindicaba. **Lit.:** H. ANKUM, «Alla ricerca della *repromissio* e della *satisfatio sec. Mancipium*», AARC, IV. Convegno, Perugia, 1981, 739 = *Evag.* p. 1; EL MISMO, *Liber amicorum Christoph Krampe* [41.26].

28

2. Un mecanismo posterior, también contractual, con el que se replicaba la responsabilidad por *auctoritas* era la *stipulatio duplae*, un tipo especial de estipulación penal. El vendedor prometía al comprador, a quien solo entregaba la *res Mancipi* vendida, el pago del *doble del importe del precio (dupla pecunia)*, en el caso de una futura *evicción*, es decir, cuando el comprador o su causahabiente fuesen vencidos por un tercero, en virtud de una *actio in rem*, aunque el comprador haya citado (a través de una notificación) al vendedor a defender la cosa. Las diferencias (por lo general, relativas al *duplum*) entre *repromissio* y *satisfatio secundum Mancipio* se refieren a problemas específicos (*cfr.* ANKUM, en *Liber amicorum Christoph Krampe*, Berlin, 2013, 19).

29

La *stipulatio duplae* debió surgir a propósito de la compraventa de *res Mancipi*, en la que intervenían peregrinos, pero, en consonancia con la libertad contractual, ella resultó aplicable en otros supuestos de compra, como por ejemplo, en la de *res nec Mancipi* y en la enajenación por medio de *in iure cessio* o *traditio*. Las partes podían convenir, en lugar del doble del precio de venta, el pago de la misma cantidad, o bien el triple o el cuádruplo.

Tratándose de las ventas de esclavos, en el edicto de los ediles se preveía una fórmula que servía de modelo a esta estipulación, la cual, al tiempo que se relaciona con la

■ § 41. COMPRAVENTA (EMPTIO VENDITIO)

asunción de la garantía por la ausencia de determinados vicios de la cosa [41.37], se refiere a la garantía de la evicción (*cf.* BRUNS, n. 130-133; FIRA III n. 87-90):

... *et si quis eum hominem partemve quam ex eo quis evicerit quominus me eumve ad quem ea res pertinebit habere recte liceat, qua de re lis tibi recte denuntiata erit, tum quanti is homo emptus est, tantam pecuniam duplam partemve eius duplam dari spondesne?*

... y si alguien sobre este esclavo, o una cuota sobre él, obtuviese la evicción, con la consecuencia de que yo o cualquiera a quien esta cosa concerniese, no podría tener una posesión libre de perturbaciones, y si a ti en este sentido conforme a las reglas establecidas te denunciara, ¿prometes para este caso el doble de lo que se ha pagado por la compra de este esclavo o el doble de la cuota?

Lit.: KNÜTEL [40.13], 37, 238, 335 *passim*; É. JAKAB, *Praedicere und cavere beim Marktkauf. Sachmängel im griechischen und römischen Recht*, München, 1997, 229 (al mismo tiempo, trata con detenimiento la organización y aspectos empíricos del mercado del vino); FINKENAUER, *Stip.*, 49.

- 30 Distinta de la *stipulatio duplae* es la ***stipulatio habere licere***, mediante la cual el vendedor respondía por el *interés* del comprador en tener la cosa. Ella proviene de la compra-venta de *res nec Mancipi* y en época tardoclásica fue interpretada restrictivamente, de modo que el vendedor solo prometía abstenerse (y lo mismo valía para sus herederos) de atacar el patrimonio del comprador, pero no respondía por los ataques de terceros (Ulp. D. 45, 1, 38 pr.-2). Esta acción devino superflua en presencia de la *actio empti* y, en época posclásica fue absorbida por ésta o por la *stipulatio duplae (simpleae)*.
- 31 **3.** a) La acción de la compra, la *actio empti*, se utilizó respecto de la obligación de garantía solo respecto del *dolo* del vendedor, es decir, cuando él (sin estar autorizado para ello [11.15]), hubiese vendido *a sciendas* una cosa ajena (o bien una gravada con un usufructo o una servidumbre). Pudo alentar, e incluso originar esta interpretación el hecho de que muchos documentos en los que constan compras incluyen una cláusula de *dolo*, en la cual el vendedor declara que no existe ni existirá *dolo (dolum malum abesse afuturumque esse)*. En virtud de esta cláusula, el vendedor respondía, incluso en el caso de no haber prestado garantía por la evicción, como también, p. ej., en el caso de que el esclavo muriese antes de ser evicto. Con el transcurso del tiempo estos supuestos fueron deducidos inmediatamente de la cláusula *bona fides* de la *actio empti* y así, el concepto, no tan duro, de *dolo malo* fue reemplazado por el aún más suave de la *bona fides* (NÖRR [41.25], 173, 176 = 334, 337). Además, el vendedor respondía en virtud de la *actio empti* cuando no hubiese cumplido sus *dicta* acerca de la ausencia de defectos jurídicos (incluidas las servidum-

bres [41.25]). En este caso, el comprador podía demandar antes de que se produjese la evicción y obtenía el equivalente a su interés. *Cfr.* Iul.-Ulp. D. 19, 1, 11, 15; Iul.-Afr. D. 19, 1, 30, 1; Paul. D. 19, 1, 45, 1.

b) En época clásica se establece que el comprador de una cosa valiosa (probablemente no solo una *res mancipi*) puede *forzar* mediante la *actio empti* la conclusión de la *stipulatio duplae* (Ner.-Ulp. D. 21, 2, 37, 1-2). Si dicha conclusión no se lleva a cabo, la *actio empti* se dirige al importe que el comprador habría podido conseguir de esta estipulación. 32

c) Desde Juliano (D. 21, 2, 8, *cfr.* Ulp. D. 19, 1, 11, 18), la *actio empti* queda a disposición de todos los casos de evicción, ciertamente, por el interés del comprador (en la medida que se derivasen de ello limitaciones para la *actio auctoritatis* [41.27]). Ella es independiente de la realización de la *stipulatio duplae* (que subsiste). Además, Juliano afirma que, ante el supuesto de que en el contrato se hubiese exceptuado la responsabilidad por evicción, sea total o parcialmente, el comprador podría igualmente, en el supuesto de evicción, exigir la restitución del precio «porque el contrato de buena fe (la compraventa) no admite que se convenga que el comprador pueda perder la cosa y el vendedor conservar el precio» (Iul.-Ulp. D. 19, 1, 11, 18, en la medida que las partes no hayan convenido un negocio que implique un cierto riesgo; para una situación comparable, pero por parte del vendedor, *vid.* Lab. D. 19, 1, 50). Esto lleva a una suerte de cancelación del contrato de compraventa y puede entenderse como «protección del consumidor»; así, no obstante que el comprador lo hubiese asumido en la cláusula contractual, de todas formas se impone el riesgo de evicción al vendedor. Es probable que la solución no haya sido compartida por los juristas tardoclásicos. Sin embargo, encontró acogida en los arts. 1629 Cc fr., 1477 Cc esp., 1488 Cc it.; de modo similar, en 2002, el BGB en la llamada compraventa de bienes de consumo (§§ 435, 475 I; en cambio, de acuerdo con el derecho general de la compraventa en caso de ocultación dolosa por parte del vendedor, no se aplican las eximentes de responsabilidad, § 444 [*cfr.* 443 (antiguo)] BGB, art. 192 III OR y § 929 ABGB). 33

Lit.: M. KASER, «Das Ziel der *actio empti* nach Eviktion», SZ 54 (1934) 162; MEDICUS [34.28], 51; HONSELL [34.28], 20; H. ANKUM, «Das Ziel der *actio empti* nach Eviktion», en *Sodalitas* 7, 1984, 3215; EL MISMO, «Pomponio, Juliano y la responsabilidad del vendedor», RIDA 39 (1992) 57; ZIMMERMANN, 293, 296; L. VACCA, «Sulla responsabilità *ex empto* del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo-classica», en *SCDR* 7 (1995) 297; LA MISMA, «Buona fede e sinallagma contrattuale», en *Atti Burdese*, vol. IV, 331; NÖRR [41.25], 159; M. SCHERMAIER, «*Auctorem auctoris laudare?* Historisches und Vergleichendes zur *actione directe* im Kaufre-

■ § 41. COMPRAVENTA (EMPTIO VENDITIO)

cht», en *Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für Detlef Liebs*, Berlin, 2011, 543.

- 34 4. En el derecho *posclásico* se reconoce con valor general el derecho al *duplum* como consecuencia de la evicción, haya sido o no estipulado. Justiniano suprime de las fuentes la *mancipatio* y con ella la *actio auctoritatis* y la *satisfatio secundum mancipium*. Subsisten la *actio empti* por el interés y la *stipulatio duplae* (exigible en el caso de cosas valiosas).
- 35 5. Si se vende un **crédito**, la garantía por los vicios jurídicos comprende, si no se conviene nada en un sentido diferente, solo la responsabilidad por la *existencia* del crédito (el *debitorem esse*, la «verdad»), pero no por la solvencia del deudor (el *locupletem esse debitorem*, la «bondad»); Cels.-Ulp. D. 18, 4, 4; Herm. D. 21, 2, 74, 3 (sobre lo cual §§ 1397-1398 ABGB; art. 171 OR, 437 (antiguo) BGB [ahora, responsabilidad por culpa, §§ 453, 275, 280, 283, pero mayormente garantía, 276] y 438 (antiguo; relacionado con el fondo del asunto); 1529 Cc esp.

VI. GARANTÍA POR VICIOS DE LA COSA

- 36 La garantía del vendedor por los vicios de la cosa tiene más de un origen.
1. El derecho *antiguo* conoce una responsabilidad en un caso particular: si el vendedor, en una de las declaraciones (*lex mancipio dicta*) afirma que el *inmueble* es más grande de lo que es, en caso que el precio se calcule con base en la superficie, responde mediante la *actio de modo agri* (acción de cabida), por lo que se hubiese pagado de más y, ciertamente (por el delito), por el doble (PS 2, 17, 4). En el derecho *posclásico* esta *actio* desaparece junto a la *mancipatio*.
- 37 2. Desde el derecho antiguo es posible asumir, mediante una **estipulación**, la garantía de que la cosa carece de determinados vicios, o de que tiene ciertas propiedades. En razón de ella, el promitente responde por el interés que tenía el comprador en la exactitud de estas promesas (*promisssa*).
- Ulp. D. 21, 2, 31. Habitualmente, estas promesas se asociaban a un contrato (como también en la fórmula modelo del edicto de los ediles, por las compras de esclavos) mediante la *stipulatio duplae*; *cfr.* Varro, *de re rust.* 2, 2, 3; 2, 3, 5; 2, 4, 4; 2, 5, 10; 2, 10, 5; BRUNS, n. 130-132; FIRA III n. 87–89.
- 38 3. Los edictos de los ediles curules (***aediles curules***), en cuanto magistrados con jurisdicción sobre el mercado, contienen un régimen especial para las compras de *esclavos* y de *animales de tiro* (*iumenta*). En este limitado ámbito

se protege la responsabilidad derivada de una garantía expresa o tácita, la que es independiente de la culpa del vendedor. La resolución (de la venta) o la disminución (del precio) traen consigo consecuencias jurídicas especiales, adaptadas a las necesidades.

Los cuatro ediles (a partir de 367 a. C.) eran magistrados cuya competencia se extendía a la vigilancia de los lugares, a la supervisión del comercio público (la palabra *aedes* designa originalmente un templo), a la supervisión del comercio público a través del control de medidas y pesos usados en los negocios, y a la supervisión del mercado de esclavos y de ganado, como el de cereales (lo que incluía el aseguramiento de los suministros de cereales y el control de los precios de éstos); asimismo, estaban a cargo de la organización de los juegos públicos. En el marco del control del mercado, los curules (llamado así por su sillón de marfil, la *sella curulis*, al contrario de los ediles plebeyos) disponían de una jurisdicción circunscrita a las disputas surgidas en el mercado.

a) Tratándose de la *compraventa de esclavos* los ediles, en un edicto que se remonta al s. II, e incluso quizá al III a. C., ponen a disposición del comprador dos medios a su elección: la *actio redhibitoria*, de carácter **resolutorio** (con *formula arbitraria* [34.9]), ejercitable en el plazo de seis meses, por el *reintegro del precio a cambio de la restitución del esclavo* (Ulp. D. 21, 1, 23, 9; Ulp. D. 21, 1, 25, 8) y la *actio quanti minoris*, acción de rebaja del precio (cuando el vendedor prefiere conservar el esclavo), con plazo de un año, para el reducción del precio en el monto en que disminuye el valor del esclavo, comparado al que tendría si no tuviese el defecto (*quanti ob id vitium minoris fuerit*, Iul. D. 44, 2, 25, 1).

aa) Ulpiano reproduce el edicto como se expone a continuación (D, 21, 1, 1, 1; para una mejor comprensión, se desglosa en partes;

[a] Aquellos que venden esclavos deben declarar al comprador lo que cada esclavo tenga por enfermedad o vicio, si es fugitivo o vagabundo, o si no está exento de responsabilidad noxal. Y, al vender tales esclavos, deben expresar todo esto clara y verazmente.

[b] Si fuese vendido un esclavo en contravención a lo dispuesto, o (lo fuese) contra aquello que en la venta se declaró o prometió (*dictum promissumve*) al venderlo, si se debe decir que es responsable por ello, daremos acción al comprador y a todos a quienes pertenece la cosa, para deshacer la venta mediante la restitución del esclavo.

[c] Si, después de celebrada la compraventa y hecha la entrega, el esclavo se hubiese deteriorado por obra del comprador, de sus esclavos o de su procurador, o si de la esclava hubiese nacido un niño, o si se hubiese adquirido algo, por medio del esclavo, después de la venta, y si hubiese accedido algo más a la venta, o si por el esclavo el comprador hubiese obtenido algunos frutos, el comprador deberá restituir todas estas cosas.

■ § 41. COMPRAVENTA (EMPTIO VENDITIO)

[d] Además, el comprador debe recuperar lo que hubiese pagado, además del precio.

[e] Si el esclavo hubiese cometido fraude capital, hubiese intentado cometer suicidio o hubiese sido echado a la arena para luchar con fieras, todo esto debe ser declarado en la venta, porque en todos estos casos daremos acción.

[f] Además, daremos acción cuando se diga que alguien ha vendido en contra de todo esto consciente y dolosamente.

- 40 bb) Los presupuestos de la acción de resolución, así como de la acción de rebaja del precio (prometida en otro edicto) son los mismos, a saber, que el vendedor: o bien (*vid.* [a], [e]) omita comunicar, sabiéndolo o no, el *vicio* mencionado en el edicto, a cuyo aviso está obligado, o bien (*vid.* [b]) que señale expresamente, o prometa mediante estipulación (*promissum*), que el esclavo *no tiene ningún otro vicio*, o que tiene *determinadas cualidades*, o bien (*vid.* [f]), que haya actuado *dolosamente*. La acción de resolución lleva cláusula arbitraria [34.9, discutido]; un rasgo particular de esta acción es que, de modo excepcional, el comprador tiene que devolver (*vid.* [c]) la cosa comprada. En tanto no lo haga y no indemnice por los deterioros de los que es responsable, o bien –en el supuesto de la huida del esclavo– no hubiese otorgado una garantía, el juez podría no condenar al vendedor a la devolución del precio.

Lit.: L. MANNA, *Actio redhibitoria e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto de mancipiis vendundis*, Milano, 1994; L. GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, Padova, 2000; N. DONADIO, *La tutela del compratore tra acciones aediliciae e actio empti*, Milano, 2004; LA MISMA, «Garanzia per i vizi della cosa e responsabilità contrattuale», en Jakab – Ernst [41.1], 61; MANFREDINI [68.13], 3113.

- 41 cc) El edicto prescribe al vendedor del esclavo *manifestar* al comprador las enfermedades, vicios, determinados defectos del carácter (p. ej., la propensión a huir), así como el hecho de que carga con responsabilidad noxal. En consecuencia, los esclavos a la venta llevaban un cartel que colgaba de su cuello, con su nombre, nación de origen, edad, enfermedades y defectos. Lo que se entendía por enfermedad (*morbus*) fue discutido con una intensidad que asombra. No eran considerados como enfermedad el tartamudeo, el estrabismo o el hecho de mojar la cama (en tanto fuera a consecuencia de llanto, somnolencia, comodidad; pero no, en cambio, si era un problema de vejiga), el hecho de ser zurdo, tener mandíbulas de diferente tamaño, estar embarazada; tampoco el hecho de no tener dientes, porque en otro caso –Labeón utiliza el argumento *ad absurdum* contra Servio– porque todos los seres humanos vienen al mundo sin ellos (Gell. 4, 2, 12), y porque ningún anciano estaría sano (Paul. D. 21, 1, 12). En cambio, eran consideradas enfermedades las mutilaciones (en tanto impedimento), la

epilepsia, la tisis, la mudez, la miopía, la inflamación de las amígdalas, la castración, etc. La *definición* de Labeón: *morbis est habitus cuiusque corporis contra naturam, qui eius usum facit deteriore* («la enfermedad es un estado no natural del cuerpo que altera su utilización») sirvió como pauta (Lab.-Sab. en Gell. 4, 2, 3; Sab.-Ulp. D. 21, 1, 1, 7).

Dicho en términos modernos, el edicto era útil para la **protección del consumidor**. 42 Ulpiano pone de relieve que el motivo de la dictación de este edicto es prevenir los engaños del vendedor y amparar a todos los compradores que son engañados por sus vendedores, de modo que solo tenemos que saber que un vendedor responde igualmente, incluso si ignora que ha de hacerlo, por el edicto de los ediles. Tal cosa no es injusta, porque el vendedor debería haberlo sabido, y para el comprador no hace ninguna diferencia la razón por la cual resulta engañado, si por desconocimiento o por astucia del vendedor (Ulp. D. 21, 1, 1, 2).—No faltaron intentos por eludir esta protección al comprador. Uno consistió en pretender que un esclavo era un instrumento o accesorio de una cosa de un valor muy inferior. Los ediles dictaron contra esto una cláusula edictal, de modo que el vendedor en tales casos se encontraba con las mismas exigencias de aviso, como las que existían en las ventas generales de esclavo; una decisión respecto de la cual *Pedio* dijo que sería una salvaguarda de la dignidad humana (*propter dignitatem hominum*; Paul. D. 21, 1, 44 pr., *cfr.* Gai. D. 21, 1, 32). **Lit.:** A. WACKE, «Die Menschenwürde von Sklaven im Spiegel des Umgehungsgeschäfts nach Sextus Pedius. *Si alii rei homo accedat* und D. 21, 1, 44 pr.», en *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly*, Köln, 2002, 811; LIEBS [15.18], 410 («El añadido de un esclavo feo en la compra de un candelabro», *PLIN. Nat. Hist.* 34,11–12).

dd) Tuvo lugar el desarrollo de diversos planteamientos en torno a la relación de la acción de resolución y de la de rebaja del precio con la estipulación de garantía, cuya fórmula aparece en el edicto [41.37], las que principalmente se basan en 43

D. 21, 1, 28 (Gayo, 1 *ad ed. curul.*)

Si venditor de his quae edicto aedilium continentur non caveat, pollicentur adversus eum redhibendi iudicium intra duos menses vel quanti emptoris intersit intra sex menses.

Si el vendedor no garantiza (por estipulación) lo que se contiene en el edicto de los ediles, se ofrece contra él la acción redhibitoria en el plazo de dos meses, o por cuanto haya sido su interés dentro del plazo de seis meses.

De acuerdo con la doctrina tradicional, el edicto por los vicios de la cosa ofrece una solución doble: primeramente, el comprador puede demandar ante el edil, o bien la resolución, o bien la rebaja del precio, en el supuesto de que el vendedor no haya

advertido al comprador acerca de aquellos vicios de la cosa que estaba obligado a comunicar [41.39]; en segundo término, los ediles daban al comprador el derecho a exigir del vendedor, una vez celebrado el contrato de compraventa, una estipulación de garantía, en virtud de la cual éste prometiese responder de la ausencia de los vicios a los que se refiere el edicto, de modo que el comprador, mediante la *actio ex stipulatu* derivada de dicha estipulación, pudiera reclamar ante el pretor por todo su interés. Si el vendedor se negaba al otorgamiento de la estipulación de garantía, la sanción, como lo muestra D. 21, 1, 28, consistía en que el comprador podía dirigirse ante los ediles para reclamar, dentro del plazo de dos meses, la resolución, o dentro del plazo de seis, por el interés que hubiese tenido en el otorgamiento de la estipulación.

É. JAKAB, por el contrario, en disputa con la interpretación dominante, plantea que los ediles habrían, ciertamente, establecido el deber del vendedor a otorgar la «estipulación edilicia», pero no para conceder al comprador una acción de carácter civil, adicional a las acciones de resolución y de rebaja, para ejercitar ante el pretor. Más aún, esta estipulación habría servido como medio procesal para hacer efectiva la responsabilidad del vendedor por la resolución o la rebaja, cuando éste hubiese infringido su deber de información. Solo cuando el comprador hubiese querido demandar por causa de un vicio, habría el edil impuesto al vendedor el otorgamiento de la estipulación procesal, para que el proceso pudiese constituirse, por cuanto su potestad como magistrado no habría sido suficiente para incoar directamente un proceso, esto es, establecer un tribunal. Si el vendedor se rehusaba a otorgar esta estipulación, entonces – como lo muestra D. 21, 1, 28– el edil habría castigado esta conducta, de modo que, a partir de una estipulación edilicia ficta, concedería la resolución o la rebaja, dentro de un plazo de dos meses, o de seis, en el cual los vicios alegados por el comprador habrían sido tenidos por tales.

Sin embargo, si se analiza el muy valioso escolio de Estéfano (19 a *Bas.* 18, 6, 2), tal como B. KUPISCH ha expuesto de modo convincente, en D. 21, 1, 28 podría tratarse no de una sanción fulminada contra un vendedor insumiso, sino de plazos de garantía más breves cuando el vendedor hubiese vendido sin estipulación de garantía (y, según enseña la experiencia, a un precio más exiguo). El vendedor no estaba obligado ni material ni procesalmente a otorgar al comprador una estipulación de garantía. Más aún, existían tres posibilidades, a elección: las partes podían (con el impacto correspondiente sobre el precio), excluir la responsabilidad por vicios de la cosa (*simplaria venditio*, venta más sencilla, Pomp. D. 21, 1, 48, 8).—En particular, se trataba del caso de los prisioneros de guerra, cuyos cascos o coronas eran exhibidos, por este motivo, en la venta (*sub corona vendere*, vender coronado, era la expresión técnica para una venta sin garantía, Gell. 6, 4, 3-4; Caesar, bell. Gall. 3, 16, 4).—Además, las partes podían conformarse con la responsabilidad por vicios sin estipulación de garantía de por medio, o bien podían reforzar esta responsabilidad a través de una estipulación, tal como recomendaban los ediles, de modo de procurar al comprador una indemnización de perjuicios para el caso de existir vicios.

Lit.: H. HONSELL, «Von den aedilizischen Rechtsbehelfen zum modernen Sachmängelrecht», en *Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel*, Frankfurt am Main, 1984, 53; É. JAKAB, *Praedicere und cavere beim Marktkauf*, München, 1997; *cfr.* W. ERNST, «Neues zur Sachmängelhaftung aufgrund des Ädilenedikts», SZ 116 (1999) 208 (de acuerdo con JAKAB y preciso); B. KUPISCH, «Römische Sachmängelhaftung: Ein Beispiel für die ökonomische Analyse des Rechts?», TR 70 (2002) 21; DONADIO [41.40; tutela], 81; É. JAKAB, «Cavere und Haftung für Sachmängel. Zehn Argumente gegen Berthold Kupisch», en Jakab – Ernst [41.1], 123.

b) Igualmente, el edicto de las ventas de *animales de tiro* ordena al vendedor declarar ciertos vicios al comprador y, por aquellos que no fueron declarados concede, facultativamente, la *actio redhibitoria* dentro del plazo de seis meses, y la *actio quanti minoris*, dentro del plazo de un año, Ulp. D. 21, 1, 38 pr.-5 (edicto). 44

4. En razón de la *actio empti* el vendedor responde ante el comprador por los vicios de la cosa, en principio, solo en caso de engaño, cuando con astucia (*dolo malo*) niega que exista un vicio que es conocido; además, cuando el vendedor (sea en la compraventa, sea en la *mancipatio*) haya asegurado (*dictum*) que la cosa carece de vicios o que tiene ciertas cualidades (Ulp. D. 19, 1, 13, 14; Ulp. D. 19, 1, 6, 4; PS 2, 17, 6). La astucia es equiparada al caso que el vendedor sin suficiente conocimiento de las cualidades, hace afirmaciones temerarias, Ulp. D. 19, 1, 13, 3.—La acción se dirige a la responsabilidad por el *quod interest*, y, precisamente, no solo en función del reembolso de lo pagado en exceso por el menor valor de la cosa, sino también de la indemnización de perjuicios indirectamente causados. 45

De acuerdo con las fuentes, si el comprador, de haber conocido la verdadera situación, habría pagado menos por la cosa, puede exigir a través de la *actio empti* el reembolso de lo pagado en exceso (rebaja), o bien, si no hubiese comprado, la devolución íntegra del precio, restituyendo la cosa (resolución). Asimismo, Juliano hace responder al vendedor *de buena fe* por la rebaja del precio, incluso aunque no hubiese declarado que no existían vicios. Estas equiparaciones de la *actio empti* a las acciones edilicias [41.39] son de origen clásico, en general (*cfr.* Iul.-Ulp. D. 19, 1, 13 pr.-2; Marci. D. 18, 1, 45; Ulp. D. 19, 1, 11, 3–5). **Lit.:** L. VACCA, «Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione dell'*actio empti* in età classica», Iura 45 (1994) 59, 64; DONADIO [41.40], especialmente, 79, 141, 203; LA MISMA, «Responsabilità del venditore per i vizi della *res empti* (D. 19, 1, 13, 1)», Index 33 (2005) 483; L. SOLIDORO MARUOTTI, «... *Si vero sciens reticuit et emptorem decepit...* (D. 19.1.13 pr.): vizi di fatto, vizi di diritto e reticenza del venditore», en *FHI.*, vol. VIII, 5269; M. F. CURSI, «Il ruolo dell'azione di dolo edilizia nella dialettica tra editto degli edili e tutela pretoria», en *Sf. Metro*, vol. II, 1 (a favor de una *actio de dolo* también en el edicto de los ediles, Ulp. D. 21, 1, 1, 1 *i.f.*); A. CASTRESANA, «La relevancia jurídica del silencio (a propó-

■ § 41. COMPRAVENTA (EMPTIO VENDITIO)

sito de ciertos deberes de información del vendedor)», Index 40 (2012) 695; BEHRENDTS [17.3], 162.

- 47 Juliano y Ulpiano, en caso de dolo, conceden al comprador la acción por su interés en el cumplimiento, como lo muestra

D. 19, 1, 13 pr. (Ulpiano, 32 *ad ed.*)

Iulianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morborum perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum.

Juliano, en su libro 15 (*digestorum*) diferencia, a propósito de la condena por la *actio empti*, entre aquel que vende una cosa a sabiendas de aquel que lo hace sin saberlo. Pues dice que quien me vendió ganado enfermo o una viga defectuosa, si no lo sabía, deberá responder por la *actio empti* por todo lo menos que yo habría pagado si hubiese conocido que se encontraba en ese estado. Si vendió a sabiendas y engaño al comprador, habrá de responder por todos los daños que la compra ocasionó al comprador: si la casa se derrumbó por el vicio de la viga, por el valor de la casa; si pereció el ganado por contagio del enfermo tendrá que responder por todo lo que interesó al comprador que se le vendiesen cosas idóneas.

Juliano hace responder al vendedor que ha actuado con astucia por todo el interés en el cumplimiento, incluido los daños indirectos. Influyó en el § 463 BGB, segunda frase (antiguo) (*cfr.* 524 I BGB; 923 I 2 ABGB; *cfr.* 1486 II Cc esp.), según el cual el vendedor respondía por la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento cuando hubiese negado la existencia de un vicio. Se ha sostenido que, al conceder el § 463 BGB, segunda frase (antiguo) la indemnización de perjuicios ocasionados por el incumplimiento (el que debería concernir al vicio mismo), estaría fundándose en una comprensión errada de D. 19, 1, 13 pr., el cual se referiría solo a la indemnización del daño que es consecuencia del vicio, y esto sería irregular, porque el dolo en las tratativas negociales conduce solo a la responsabilidad por el interés negativo (o de confianza), no en el de cumplimiento. Sin embargo, en el s. XX se volvió sobre la distinción entre daños ocasionados por el vicio (*Mangelschaden*) y daños indirectos que son consecuencia del vicio (*Mangelfolgenschaden*), la que había sido seguida en la Edad Media y a principios de la época del Derecho natural moderno, en que se diferenció el interés *citra rem* del *extra rem*. Juliano no practicó esa diferenciación, como tampoco lo hicieron los redactores del BGB, para quienes la distinción estaba de más, porque la indemnización de perjuicios por incumplimiento comprendía los daños ocasionados

por el vicio (según el nuevo derecho, la indemnización de los daños no previstos a consecuencia del vicio se tratan en los §§ 437, 280 BGB [ambos, en su nueva versión]).

Lit.: MEDICUS [34.28], 109, 125; HONSELL [34.28], 62, 79; H. H. JAKOBS, *Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht. Zur Ordnung des Rechts der Leistungsstörungen im Bürgerlichen Gesetzbuch und nach Einheitlichem Kaufrecht*, Padreborn, 1985, 110; ZIMMERMANN, 305, 319; Chr. BALDUS, «*Una actione experiri debet?* Zur Klagenkonkurrenz bei Sachmängeln im römischen Kaufrecht», OIR 5 (1999) 20.

5. Mientras en la práctica de la *época posclásica* la garantía por los vicios (salvo tratándose de la venta de esclavos) retrocede fuertemente, Justiniano extiende la *responsabilidad edilicia* de la venta de esclavos y de animales de tiro a la venta de toda clase de cosas (Ulp. D. 21, 1, 1 pr. y 63 itp.). Junto a ella subsiste la *actio empti* con las ampliaciones vistas en [41.45] y, puesto que resulta útil para pedir tanto la resolución como la rebaja del precio, las acciones *rehibitoria* y *quanti minoris* se hacen prescindibles y son mantenidas solo en honor a la tradición. 48

Sobre su posterior evolución, *vid.* COING I, 452; II, 478; J. HALLEBEEK, «The Ignorant Seller's Liability for Latent Defects: One Regula or Various Sets of Rules?», en Cairns – du Plessis [35.17], 175.

VII. RESERVAS DE DESISTIMIENTO

Los pactos accesorios que prevén una *reserva de desistimiento* son propios de la compraventa, dos de ellos a favor del vendedor. Tales son la *in diem addictio* (cláusula de mejor oferta) en caso de que el vendedor encuentre un mejor comprador, dentro de un plazo determinado (Paul. D. 18, 2, 1, sobre todo uno que esté dispuesto a pagar un precio más alto), y la *lex commisoría*, para el supuesto de que el precio no sea pagado oportunamente (Paul. D. 41, 4, 2, 3; texto en [10.13]; Pomp. D. 18, 3, 2; texto en [8.10]). Favorecen al *comprador* el *pactum displicentiae* (**venta a prueba**), que le permite desistir de la compraventa en caso de que, dentro de un plazo determinado, la cosa no resulte ser de su agrado (Ulp. D. 18, 1, 3; *cfr.* Inst. 3, 23, 4). 49

Los pactos pertenecen a los llamados *pacta adiecta*, es decir, accesorios, los que son acordados al mismo tiempo que la compraventa [34.14]. Tales pactos serán entendidos de conformidad con los acuerdos de las partes, es decir, o bien como condición suspensiva de la compra, o bien como un pacto de resolución suspensivamente condicionado de una compraventa pura y simple (Paul. D. 41, 4, 2, 3 [10.13]). La pregunta acerca de con qué acción se exige la restitución de la prestación realizada, una vez que se ejerce el desistimiento no tiene una sola respuesta. Mientras los proculyanos eran 50

partidarios de conceder *acciones in factum*, Sabino y otros lo veían compatible con la *bona fides*, de modo que las acciones de la compraventa también podían ser utilizadas. *Pomponio* se manifiesta con claridad acerca de la *lex commissoria* (el tenor de la cláusula en Pomp. D. 18, 3, 2 [8.10]): «Si el precio no ha sido pagado dentro de un plazo que se fijó, el vendedor puede por este motivo, como se admite, hacer uso de la acción de la venta. Y no debiese movernos a error el que se diga que hay acción de venta después de quedar como no comprado el fundo. En las compras hay que atenerse más a lo que se quiso que a aquello que se declaró, y si en una cláusula se declara eso (que el fundo no deberá entenderse como comprado), es claro que lo que se quiso hacer fue simplemente que, en caso de no ser pagado el dinero en el plazo fijado, el vendedor no quedase obligado frente al comprador, pero en modo alguno que toda la obligación quedase sin efecto para ambos» (Pomp. D. 18, 1, 6, 1; *cfr.* Proc. D. 19, 5, 12 [sobre retrocompra]; Ner. D. 18, 3, 5; Sab.-Paul. D. 18, 5, 6; Iul. Paul. D. 18, 2, 3, 4 *i.f.*).—*Vid.* §§ 1083–1085 ABGB, 195 öEO; 354 (nuevo) BGB; 919 ABGB; art. 108 Nr.3 OR; §§ 454–455 (nuevos) BGB; 1080–82 ABGB. **Lit.:** F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, Köln, 1973; W. FLUME, «Die Aufhebungsabreden beim Kauf – *lex commissoria*, *in diem addictio* und sog. *pactum displicentiae* – und die Bedingung nach der Lehre der römischen Klassiker», en *Festschrift Max Kaser*, München, 1976, 309 = FLUME, *Ges. Schr.*, vol. I, 1988, 229; además, FLUME, 147; K. MISERA, «Der Kauf auf Probe im klassischen römischen Recht», en *ANRW II* 14, 1982, 524; E. RODRIGUEZ DÍAZ, *De la noción de contrato al pactum displicentiae en Derecho romano*, Oviedo 1998, 151; P. ZILLOTTO, «Vendita con *lex commissoria* o *in diem addictio*: la portata dell’espressione *res inempta*», *SD* 69 (2003) 335 = *Atti Burdese*, vol. IV, 475; P. LAMBRINI, «*In diem addictio* e seconda compravendita tra le stesse parti. Patto modificativo o *nova emptio*?», en *St. Metro*, vol. III, 383; E. NICOSIA, *In diem addictio e lex commissoria*, Catania, 2013 (rec. C. A. Cannata, *Index* 43 [2015] 335).

- 51 Otros pactos especiales son el de *retrocompra* (*pactum de retroemendo*; Alex., Diocl. C. 4, 54, 2 y 7) y el conocido entre los romanos como *ius protimiseos*, en el que una persona, parte de un contrato de compraventa, se obliga a frente a otra a que, en caso de decidir vender la cosa, no la venda a nadie más que a su contraparte que en este acto se la vende (Paul. D. 19, 1, 21, 5; Herm. D. 18, 1, 75). *Vid.* también [16.10], además de FIORI [45.5].
- 52 Sobre los derechos del vendedor que, según cómo se formule, resultan de disposiciones accesorias de efecto real, tenían por contenido el destino de la cosa objeto de la compra, como por ejemplo, la prohibición de prostituirla, *vid.* [10.16]. **Lit.:** J. M. RAINER, «Zur Prostitution von Sklavinnen in Rom», en *Ess. Sirks*, 627.

§ 42. Arrendamiento, arrendamiento de servicios, arrendamiento de obra (*locatio conductio*)

(RPr. §§ 132, 266)

I. ESENCIA Y UNIDAD

Lit.: Th. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, München, 1956; H. KAUFMANN, *Die altrömische Miete*, Köln, 1964; B. W. FRIER, *Landlords and Tenants in Imperial Rome*, Princeton, 1980; R. FIORI, *La definizione della locatio conductio. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999; ZIMMERMANN, 338, 384, 393; NELSON – MANTHE III 2, 273; HAUSMANINGER [39.3], casos 144 -172.

1. La *locatio conductio*, que comprende lo que hoy dividimos en arrendamiento, arrendamiento de servicios y arrendamiento de obra, es una *extensa* categoría de contrato, en que se comprenden, sobre todo, relaciones de fuerte impacto social, como trabajo asalariado, arrendamiento de habitación y de tierras. Resulta evidente que los juristas, a quienes se encomendó la tarea de fijar el contenido del contrato (en el marco de la *buena fe*), hicieron, por lo general, poco por proteger a la parte económica y socialmente más débil.

2. La prehistoria es oscura. Es posible que haya que buscarla en los *clientes* [16,12]. Los jornaleros libres se hallaban, al igual que los libertos, sujetos a una dependencia doméstica del patrono al cual prestaban servicios, asimilables a los de un esclavo, y del cual recibían a cambio una habitación en *precario* [19.14; en todo caso, contra el pago de un canon]. El patrón estaba obligado frente a ellos por la *fides*. La independización social de estos jornaleros libres debió haber modificado progresivamente esta relación hacia un contrato consensual de *buena fe*. Se debe pensar también en la influencia que pudo ejercer el derecho de la compraventa, porque a ojos de quienes no eran juristas, especialmente a propósito de la concesión de tierras por parte del Estado, la venta y el arrendamiento de tales predios rústicos no debieron diferenciarse muy nítidamente. Esto es claro, p. ej., en Catón, *De agr. cult.* CLVIII, sobre lo cual A. CASTRESANA, «Anotaciones a un supuesto singular de venta: el arrendamiento de pastos», en *Fs. Knüttel*, 163.

3. A ojos de los romanos, la *locatio conductio* es un contrato **unitario**, carácter este que mantiene a pesar de la variedad y diversidad de relaciones que en él se encuentran. Naturalmente, estas múltiples relaciones individuales solo son agrupadas mediante las expresiones *locare* y *conducere*, que son protegidas por la fórmula de la *bona fides* (muy elásticamente estructurada) de ambas acciones (sobre su fórmula, *vid.* [83.16]). Estas acciones son, como correspon-

de a la esencia de un contrato de intercambio, la *actio locati* del *locator* (es decir, la acción del arrendador de una cosa, de un predio urbano o de uno rústico, la del que presta los servicios, o del que encarga la obra), y la *actio conducti*, del *conductor* (es decir, la acción del arrendatario de una cosa, o de un predio urbano o rústico, la del que dispone de los servicios o del empresario al que se le encarga la obra).

- 4 **Locator** es quien «coloca» algo, en particular, que «concede» un poder de disposición de hecho sobre una cosa. En el *arrendamiento* el arrendador deja a otro cosas para su uso; en el caso del arrendamiento de predios rústicos, para su aprovechamiento (la expresión en uno y otro caso es *frueudum locare*). En el caso de *arrendamiento de servicios*, el arrendador concede una disposición sobre la propia persona y sobre su trabajo (*se locare, operas suas locare*). En el *arrendamiento de obra*, finalmente, el arrendador entrega a otro cosas que éste debe modificar en una forma determinada (*opus faciendum locare*).

A su vez, el **conductor** es quien «lleva consigo» la cosa objeto del contrato, o bien, toma el poder de disposición de hecho sobre la cosa arrendada, sobre la persona obligada a un servicio o sobre la cosa que (en cuanto empresario) ha de modificar.

De lo anterior se sigue que en el contrato de arrendamiento de cosas y en el de servicios, el *conductor* es quien debe *pagar* la remuneración, mientras que en el contrato de arrendamiento de obra, *el conductor* es el que la recibe.

- 5 Aunque los romanos conservan la unidad de la *locatio conductio*, al determinar lo que, según la fórmula de la acción, debe ser *objeto* del *locare* o del *conducere* (uso de la cosa, uso de la persona, elaboración), ofrecen las *perspectivas* sobre la tripartición, que el derecho común y los códigos modernos transformarán en *arrendamiento* (de cosa; *locatio conductio rei*), *de servicios o de trabajo* (*locatio conductio operarum*) y *arrendamiento de obra* (*locatio conductio operis*). **Lit.:** A. TORRENT, «La polémica sobre la tricotomía *res, operae, opus* y los orígenes de la *locatio-conductio*», TSDP IV (2011).

II. ALQUILER Y ARRENDAMIENTO

- 6 **1.** Si una cosa ha sido concedida, contra el pago de una remuneración, para su «aprovechamiento» (*frueudum*), dependerá de los términos del acuerdo si ella ha sido entregada para un mero *uso*, o para su *uso y disfrute*. En el primer caso, hablamos de «alquiler», en el segundo, de «arrendamiento» (el ABGB se refiere a ambos supuestos como «contrato de permanencia»). Entre los roma-

nos, corresponde a la diferencia entre el arrendatario de una vivienda (*inquilinus*) y el de tierras agrícolas (*colonus*).

Como objeto de la *locatio conductio* se vemos mencionados fincas, casas, habitaciones, esclavos, animales y bienes muebles. Sobre adquisición de los frutos por parte del arrendatario, *vid.* [26.7]. **Lit.:** L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria*², Roma, 1996, 139 (estudio al mismo tiempo de historia económica y sobre explotaciones agrícolas); J. D. HARKE, *Locatio conductio, Kolonat, Pacht, Landpacht*, Berlin, 2005; S. LONGO, «*Quaeritur utrum emptio et venditio an locatio et conductio. L'ingaggio dei gladiatores* in Gai. 3, 146», en *St. Metro*, vol. III, 467 (acerca de la entrega de gladiadores, Gai. 3, 146); P. J. DU PLESSIS, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought: 27 BC – 284 CE*, Leiden, 2012.

La remuneración o *canon* (*merces, pretium*) debe consistir en dinero; con todo, algunos juristas admitieron excepciones. 7

Sobre puntos en disputa, *vid.* Gai. 3, 143-144; Inst. 3, 24, 1-2.—El arrendamiento parciario (*colonia partiaria*), en el que el arrendatario de un predio rústico debe entregar al arrendador una parte de los frutos (*vid.* Gai. D. 19, 2, 25, 6; Diocl. C. 4, 65, 21), proviene de la práctica provincial y, no obstante su familiaridad con la sociedad, se cuenta como *locatio conductio*.

2. El *locator* está obligado a proporcionar la cosa a su contraparte por el tiempo que dispone el contrato, para su uso y, dado el caso, para su disfrute, y conservarla en un estado apropiado para su uso. Si el arrendador infringe conscientemente este deber, responde por la indemnización de todos los daños provocados (Alf. D. 19, 2, 30 pr. *i. f.*). Idéntica consecuencia se sigue cuando expresa o tácitamente el arrendador ha garantizado la idoneidad de la cosa arrendada (Lab. D. 19, 2, 60, 7; Ulp. D. 19, 2, 19, 1). Igualmente, debe responder por los vicios de la cosa (Paul., Tryph., D: 19, 1, 7 s.). 8

Prescindiendo de estos casos, se debe diferenciar: si un acontecimiento constitutivo de fuerza mayor (*vis cui resisti non potest*) impide el uso o el disfrute, el riesgo (*periculum*) lo soporta el *locator*, de modo que, en la medida que el *conductor* pierda el disfrute, el *locator* no tendrá derecho a pago del canon (y deberá reembolsar los que hubiesen sido pagados, no siendo necesaria más indemnización). En cambio, el riesgo por los demás supuestos de *casus*, los soporta el *conductor*; quien debe pagar el canon, no obstante se haya visto privado del aprovechamiento. *Vid.* Afr. D. 19, 2, 33 y 9

D. 19, 2, 15, 2 (Ulpiano, 32 *ad ed.*)

Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono Debemos demostrar si el arrendador debe responder ante el arrendatario por haber sobrevenido la calamidad de un temporal violento. Servio dice que el dueño debiese

praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corrumpae sint (rell.)

responder al colono de toda violencia que no pueda ser resistida; por ejemplo, por la de inundaciones fluviales, la de grajos o de los estorninos, o cuando acontecimientos similares o con ocasión de la invasión de un enemigo; pero si se trata de perjuicios originados en las cosas mismas, el daño es para el colono; por ejemplo, si el vino se avinagrarse, o las mieses se estropeasen por efecto de gusanos o cizañas (rell.)

Según Servio, seguido por Ulpiano, el riesgo queda a cargo del arrendador cuando ocurre un evento de fuerza mayor, de tal forma que el arrendatario pierde el disfrute que tenía sobre el predio, todo lo cual puede exigirse en razón del contrato (sobre el alquiler, *vid.* Alf. D. 19, 2, 27 pr.); los acontecimientos fatídicos e inevitables caen en la esfera del arrendador, en cuanto propietario (o como aquel que ha de soportar el riesgo de la propiedad). Los defectos de la cosa misma, en cambio, afectan al arrendatario, porque él asume la explotación del predio y el riesgo de su rendimiento habitual; por tal motivo, deben estar a su cargo los perjuicios que afectan a los cultivos.—*Vid.* §§ 586 BGB; 1096 ABGB; arts. 279, 284 OR; 22 schwLPG; 1575 Cc esp. **Lit.:** M. KASER, «*Periculum locatoris*», SZ 74 (1957) 155, 169; I. MOLNÁR, «Verantwortung und Gefahrtragung bei der *locatio conductio*», en ANRW II 14, Berlin – New York, 1982, 640; ZIMMERMANN, 369; W. ERNST, «Das Nutzungsrisiko bei der Pacht», SZ 105 (1988) 541; EL MISMO, «*Periculum conductoris*», en *Festschrift für Hermann Lange*, Stuttgart, 1992, 59; FIORI [42.1], 80, 98, 109; F. SITZIA, «D. 19, 2, 15, 2: *vis maior e vitia ex ipsa re*», en *FHI.*, vol. VII, 5211; E. JAKAB, «*Horrea, sûretés et commerce maritime dans les archives des Sulpicii*», en *Ess. Sirks*, 331; R. MARINI, «La custodia di merci dell'horrearius», SZ 132 (2015) 154 (sobre la responsabilidad del arrendador de almacén por los bienes guardados y su exclusión con CIL VI 33747); Lab.–Iav. D. 19, 2, 60, 6 y 60, 9).

- 10 En determinados casos, como trato benigno de casos particulares, los emperadores Severos conceden a los arrendatarios de predios rústicos, en caso de pérdidas de las cosechas, una reducción proporcional del monto del canon (*remissio mercedis*). Sin embargo, tales obligaciones deben recuperarse en los años siguientes, al producir cosechas mejores. **Lit.:** H. ANKUM, «*Remissio mercedis*», RIDA 19 (1972) 237; B. W. FRIER, «Law, Economics, and Disasters down on the Farm», Bull. 92-93 (1989-90) 237 así como (a la par sobre la historia del derecho privado) ERNST [42.9], 567; P. J. DU PLESSIS, *A history of remissio mercedis and related legal institutions*, Rotterdam, 2003; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Remissio mercedis. Una storia tra logiche di sistema e autorità della norma*, Napoli, 2005 (con historia dogmática); EL MISMO [42.6], 169; F. SITZIA, «*Remissio pro rata?*», en *Studi per Giovanni Nicosia*, VII, Milano, 2007, 445.

Los *gastos* necesarios de la cosa son de cargo del arrendador (Ulp. D. 19, 2, 19, 4). 11

3. El **conductor** debe pagar el canon o merced; si nada se convino al respecto, no es claro si debe hacerlo antes o después de transcurrido el plazo del arrendamiento. Asimismo, en los arrendamientos de predios rústicos, tiene el deber de cultivar el terreno y de impedir su desertificación. Por regla general, este deber de *cultivar* es impuesto por el arrendador por medio de una *lex locationis*, es decir, en virtud de una cláusula contractual, al modo de las condiciones generales de la contratación (Iul. D. 19, 2, 32; Gai. D. 19, 2, 25, 3; Paul. D. 19, 2, 24, 2). Preocupaba a los arrendadores que estaban en las ciudades que los arrendatarios, en el transcurso del arrendamiento, emigrasen sin dar aviso, con la consecuencia de dejar la tierra a su suerte, por lo que intentaron a través de diversos medios, protegerse contra aquello mediante cláusulas penales (Paul. D. 19, 2, 54, 1; Val. C. 4, 65, 15), especialmente, mediante «acuerdos» por los cuales los arrendatarios se obligaban a permanecer en las tierras, incluso después de terminado el contrato. Por cierto, los emperadores y los juristas limitaron esta práctica e intentaron conservar para el arrendatario el derecho a migrar (*ius emigrandi*) al término del contrato. Adriano, por ejemplo, pone de relieve en uno de sus rescriptos: «Es una muy inhumana práctica el retener los arrendamientos de vectigales y predio públicos a causa de (después de terminado el contrato) ya no se podría arrendar por el mismo canon, porque sería aún más fácil encontrar arrendatarios, si supieran que no serán retenidos en caso de querer terminar el contrato al transcurrir los cinco años» (Call. D. 49, 14, 3, 6, *cfr.* también con Gord. C. 4, 65, 11; Paul. D. 39, 4, 9, 1, pero también Paul. D. 39, 4, 11, 5). 12

Al finalizar la relación contractual el arrendatario debe devolver la cosa arrendada, respondiendo por *culpa* y por *custodia* (Inst. 3, 24, 5; Diocl. C. 4, 65, 28).—Se permitía, en general, el subarrendamiento (Alex. C. 4, 65, 6); la ganancia quedaba para el subarrendador (Lab.-Paul. D. 19, 1, 53 pr.; Paul. D. 19, 2, 7; Tryph. D. 19, 2, 8). Sobre el derecho de prenda a favor del arrendador, *vid.* [31.18 y 19].

4. La desfavorable posición social del arrendatario se exhibe en el hecho de que se encuentra privado de la posesión interdicial. El arrendatario es un mero *detentador* [19.17–18]. Por otro lado, carece de todo tipo de protección frente a *terceros*: si el *locator* transfiere la propiedad de la cosa, o la grava con un usufructo o un derecho pignoraticio, el *conductor* deberá respetar el derecho real del tercero y solo tendrá derecho a una indemnización de perjuicios, derivada del contrato, contra el *locator*. *Vid.*. Gai. D. 19, 2, 25, 1; Iul. D. 19, 2, 32; Ulp. vat. 44 = D. 30, 120, 2; C. 4, 65, 9. 13

- 14 En todo caso, esta amenazante reclamación por causa del contrato moverá al *locator*, al momento de la venta (o en la constitución de la prenda), a asegurarse de que su contraparte permitirá al *conductor* disfrutar de la cosa hasta el término del contrato. Si el comprador, de todas formas, desahucia al *conductor* y éste hace responder al arrendador, éste tendrá una acción contra el comprador. Pero existió, en todo caso, un medio efectivo para el vendedor. Éste podía, al transferir la cosa en la *mancipatio*, reservar con efecto real, mediante una *lex mancipio dicta* de carácter unilateral a favor del arrendatario, un derecho de habitación; o, a favor del arrendatario de predios rústicos, de un derecho de disfrute por la duración del contrato; también podía reservar para sí mismo la posesión de la cosa por lo que durase el contrato de arrendamiento. El rastro de tales cláusulas del vendedor a favor del arrendatario han quedado eliminadas, en cuanto los compiladores suprimieron de las fuentes las menciones a la *mancipatio*.—La nula protección del arrendatario ante terceros se expresa imperfectamente mediante la regla del derecho común *emptio tollit locatum* («venta quita renta»): no es la venta, sino el acto de carácter *real* el que perjudica al arrendatario; éste conserva, al menos el derecho a ser indemnizado por el arrendador. Sobre los actuales arrendamientos de cosa y de predios rústicos, *vid.* §§ 566, 581 II, 593a y b BGB; arts. 261 OR; 1743 Cc fr.; 1751 Cc esp.; nuevamente diferente (derecho real sobre inmueble) § 1095, sin embargo, véase también, 1120 ABGB. **Lit.:** R. VERSTEGEN, «*Qui fundum locavit si vendat curare debet*», en *Mélanges Felix Wubbe*, Fribourg, 1993, 483; EL MISMO, «*Emptori quidem fundi necesse non est stare colonum*», en *Ét. Ankum*, II, 567.—Sobre su evolución a partir de ese instante: K. GENIUS, *Der Bestandsschutz des Mietverhältnisses in seiner historischen Entwicklung bis zu den Naturrechtskodifikationen*, Stuttgart, 1972; E. J. H. SCHRAGE, «Zur mittelalterliche Geschichte des Grundsatzes, Kauf bricht nicht Miete», en *RRMA*, 283; ZIMMERMANN, 378; H. WIELING, «Die Verdinglichung der Miete vom römischen Recht bis zu den modernen Kodifikationen», en *Nozione formazione e interpretazione del diritto: dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, III, Napoli, 1997, 667.

- 15 **5.** La *duración* del arrendamiento se rige por lo previsto en el contrato, complementada por reglas generales.

Se haya o no pactado una duración determinada, cada parte puede poner término unilateralmente al contrato por medio de una terminación de hecho (y no mediante un acto jurídico como un *aviso de desahucio*): el arrendador, tomando y llevándose la cosa (el arrendatario es expulsado, *expellere*); el arrendatario, devolviendo la cosa, por ejemplo, desalojando la vivienda (*relinquere, migrare*). Con la terminación expira el deber de pagar el canon. Sin embargo, si tiene lugar una terminación *injustificada*, la parte culpable deberá indemnizar a la contraria. El daño del arrendador puede consistir en los canones que pierde por lo que resta de contrato.

- 16 Si la terminación es justificada, no se da lugar al deber de indemnizar: si se ha fijado un determinado plazo (en el caso de arrendamiento de terrenos agrícolas, solía ser de cinco años), el *locator* podrá solicitar la devolución de la cosa antes de la llegada de

éste, cuando el *conductor* no haya pagado el canon, o haya desatendido la explotación del predio, o haya dado un uso inapropiado a la cosa, o debido a reparaciones urgentes, o por necesidad propia del arrendador. El *conductor* puede terminar unilateralmente el contrato si la cosa no es utilizable, o su uso es peligroso. Si el *conductor* continúa haciendo uso o disfrute de la cosa después del término del contrato, deberá nuevamente pagar el canon del contrato anterior (*relocatio tacita*, Ulp. D. 19, 2, 13, 11; *cfr.* el actual § 1114 ABGB; 545, 594 BGB; 1566, 1567 Cc esp.). En relación con la *locatio perpetua*, que se transforma en un derecho real, *vid.* [30.3].

6. En época *posclásica* se conservan en Oriente, en general, el arrendamiento y el alquiler. En *Occidente*, en cambio, el arrendamiento de predios rústicos de grandes enfiteutas se transforma en un derecho real, que integrará el amplio concepto de propiedad de esta época [30.3–4]. Sin embargo, el arrendamiento temporal de las personas de clases bajas se convierte en una relación jurídica de servicio con un componente de fuerte dependencia personal cercana a la falta de libertad. En ocasiones, la *locatio conductio* se relaciona con el *precarium*, sin embargo, el arrendamiento de predios rústicos, a diferencia de éste, no es libremente revocable.

Justiniano restablece la *locatio conductio* (así como el *precario* en sentido clásico); sin embargo, no desconoce las relaciones de dependencia del arrendamiento rústico, las que restringen el ámbito de aplicación de la *locatio conductio* (*vid. supra* [16.18] sobre colonato).

III. CONTRATO DE SERVICIOS

1. La utilización de la *locatio conductio* como contrato de servicios, mediante el cual el *locator* entrega su propio servicio, no tuvo, en una *economía esclavista* como la romana, que cubría la necesidad de trabajo masivo y de calidad, la misma importancia que hoy en día. No obstante ello, el empleo de trabajadores asalariados en Roma no debe ser subestimado en modo alguno. En la República tardía los *ingenui* y los libertos, junto a sus familias, suministraban al mercado auxiliares y esclavos, en miles de pequeños talleres y locales. *Suetonio* (Iul. Caesar 41.3) cuenta que del censo ordenado por César para Roma (mitad del s. I a. C.) se puede extraer que el número de habitantes era de entre 700.000 a 1.000.000, de los cuales entre 100.000 a 200.000 serían esclavos, de lo que se puede inferir que al menos unos 100.000 hombres libres se debían desempeñar como trabajadores asalariados o de ocasión.

En la Antigüedad no existió un derecho del trabajo, con disposiciones protectoras de los trabajadores, como sí habría existido una suerte de derecho del consumidor. Los contratos de trabajo eran celebrados, por regla general, por un tiempo determinado, mayoritariamente por el día (o por la noche: *vid.* PS 2, 18, 1; Séneca, *de beneficiis*, 6,

17, 1). Se nos ha transmitido un contrato de trabajo en la minería, a través de una tablilla proveniente de Transilvania, del año 164 d. C., el que tenía por fechas desde el 20.5 al 13.11 (a cambio de 70 denarios y manutención, BRUNS n. 165, 1 = FIRA III n. 150 a.). En las actividades cualificadas la duración del trabajo podría haber llegado al año, como permite inferir el contrato de escribano (*exceptor*) al que se refiere Ulp. D. 19, 2, 19, 9. **Lit.:** A. BÜRGE, «Der *mercennarius* und die Lohnarbeit», SZ 107 (1990) 80; H.-P. BENÖHR, «Arbeitsbeschaffung im Prinzipat», en *Festschrift für Hermann Lange*, Stuttgart, 1992, 35; C. MÖLLER, «Die *mercenarii* in der römischen Arbeitswelt», SZ 110 (1993) 296; *Behrends II*, 723; *Behrends II*, 771 = *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly*, Köln, 2002, 21, además, (sobre historia social) S. MROZEK, *Lohnarbeit im klassischen Altertum. Ein Beitrag zur Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, Bonn, 1989; E. HERRMANN-OTTO (Hrsg.), *Unfreie Arbeit und Lebensverhältnisse von der Antike bis in die Gegenwart*, Hildesheim, 2005; V. CRESZENZI, «Varianti della subordinazione», SD 79,2 (2013) 1079.

20 2. Al margen del trabajo de los esclavos, quienes, con la anuencia de sus dueños, podían igualmente contratar su trabajo [15.9], el hecho de que pudiese realizarse una actividad para otros, al margen de los contratos de servicios y de trabajo, tenía por fundamento dos circunstancias en particular.

a) Primeramente, existían servicios de un tipo *muy elevado*, como el de preceptor en las *artes liberales*, el de médico, asesor judicial o agrimensor y otra clase de prestaciones, que no estaban excluidos de la *locatio conductio*. Para quienes pertenecían a los *estratos superiores* constituía una violación de la buena tradición celebrar contratos de *locatio conductio* a cambio de una remuneración; es conocido el menosprecio con el que Cicerón (*de officiis* 1, 42, 150–151) evalúa la actividad remunerada, lo que tiene un trasfondo filosófico (Panecio). El que pertenecía a estas clases superiores podía actuar para otro, pero gratuitamente, como en el contrato de mandato. Conforme a esta misma tradición, quien recibía este favor tenía el deber *moral* de retribuir a la otra parte con un *honorarium* o *salarium*. Solo a contar de época tardoclásica este honorario pasa a ser una prestación jurídicamente debida, la que sin embargo no podía exigirse mediante la *actio locati*, en un proceso ordinario, sino solo mediante la *extraordinaria cognitio* (Ulp. D. 50, 13, 1 pr. ss.).

21 b) Por otro lado, los manumitidos estaban obligados, en razón de su juramento o de su promesa, a realizar para su patrono ciertos servicios prometidos (*operae* [16.15]), a requerimiento suyo (*indictio*). El número de tales «jornadas de trabajo», iba, de acuerdo con las fuentes, de uno a mil (Cels.-Ulp. D. 38, 1, 15, 1) y rara vez habrían sido más. En vista de la magnitud de las manumisiones [16.1] las *operae* representaron un importante factor de la economía romana.

3. El cumplimiento de las jornadas de trabajo podía tomar unos años (en promedio, unos tres o más), por lo que la relación entre patrono y liberto resulta comparable, en algunos aspectos, con la relación laboral. Por lo mismo, es destacable que los juristas romanos hayan desarrollado ciertos derechos que protegían a los libertos, una suerte de concreción de deberes de cuidado, lo que tiene algún paralelo con el derecho laboral moderno. El manumisor no puede exigir al liberto ningún servicio que atente contra su dignidad, o que sea inmoral, o bien peligroso para la vida, o bien que represente una sobrecarga para el liberto, en atención a su edad avanzada o a su debilidad corporal. El liberto podía excusarse de cumplir las jornadas exigidas por la *indictio*, en razón de una enfermedad, circunstancia que era de cargo del patrono, de modo que éste ya no podía recuperarlas (Pomp. D. 38, 1, 34; Ulp. D. 38, 1, 15 pr.). El patrono debía dar al liberto tiempo suficiente para alimentarse, descansar y cuidar de su cuerpo (*cura corporis*); Ner. D. 38, 1, 50, 1. Si se exigían los servicios en un lugar que no era el de residencia del liberto, el patrono debía costear el traslado; asimismo, los días que durase el viaje se contaban como parte de las jornadas (Paul. D. 38, 1, 20, 1); Iav. D. 38, 1, 21). Es digno de notar que en Pomp. D. 41, 1, 54, 2 el *bona fide serviens* [11.6] responde ante su dueño aparente por daños materiales solo por *culpa grave* (*gravior culpa*), y no por culpa leve (*levis culpa*). De ahí proviene la idea de la responsabilidad limitada del asalariado. Con todo esto, resultan claros los primeros planteamientos acerca del registro jurídico del trabajo. 22

Lit.: W. WALDSTEIN [16.15]; EL MISMO, «Soziale Schutzrechte im klassischen römischen Recht», en *Festschrift für Hubert Niederländer*, Heidelberg, 1991, 181; EL MISMO [16.12]; además, A. WACKE, «Faktische Arbeitsverhältnisse im römischen Recht?», SZ 108 (1991) 123.

4. a) Las *obligaciones* derivadas del contrato de servicio se rigen por principios similares a los del alquiler, especialmente a propósito del alquiler de esclavos. La *actio conducti* del arrendatario de los servicios tiene por objeto, por regla general, a la prestación del servicio; la *actio locati* del obligado a prestar el servicio, la remuneración o merced (*merces*). 23

b) Con relación al riesgo del salario, el arrendador del servicio podía exigir el correspondiente la totalidad del tiempo previsto en el contrato, si no había dependido de él el no haber podido proporcionar su servicio, es decir, *si per eum non stetit, quo minus operas praestet* (Paul. D. 19, 2, 38 pr.). Conforme a ello, el escriba cuya contraparte (arrendatario) había muerto, podía exigir al heredero de éste el pago del importe por todo el año que habían acordado, porque no dependió de él no poder prestar el servicio ni al causante ni a su heredero. Así lo dispone el rescripto de los 24

emperadores *Septimio Severo* y *Antonino Caracalla* (Ulp. D. 19, 2, 19, 9 [42.19]), los que condicionan el derecho a la circunstancia de que el arrendador de los servicios no haya recibido salarios de nadie más, lo que debería ser entendido en el sentido de serle imputable (*vid.* los actuales § 616 BGB; arts. 323, 324a OR). Se podría generalizar, afirmando que el acreedor del servicio soporta el riesgo de la exitosa prestación de la actividad contratada, lo que implica un *periculum conductoris*.

Sin embargo, era posible acordar una modificación a estas reglas, por ejemplo, en el caso del contrato de trabajo de Transilvania [42.19], que el minero, en el supuesto de una inundación, soportase una disminución proporcional de su salario. **Lit.:** J. A. C. THOMAS, «The Worker and his Wage», en *Uit het recht. Rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan mr. P. J. Verdam*, Deventer, 1971, 201; así como KASER [42.9], 194; MOLNÁR, 640; ZIMMERMANN, 384; ERNST, 84.

- 25 Sobre el desenvolvimiento posterior del derecho del trabajo: en el *ius commune* fueron tratadas solo algunas cuestiones particulares relativas al derecho individual del trabajo; a raíz de la industrialización, este derecho recibió un impulso decisivo desde las primeras décadas del s. XX, reuniendo en torno a sí normas de distinto tipo, provenientes de varios ámbitos (regulaciones de las fábricas con prohibición del trabajo infantil, derecho industrial, derecho de la actividad de los criados, ordenanzas sobre el trabajo, normas sobre el derecho de asociación, etc.). Sobre todo esto, *vid.* detalladamente, Th. MAYER-MALY, «Arbeitsrecht», en H. Coing (Hrsg.), *Handbuch der Quellen* [1.62], Bd. III 3, 1986, 3635; EL MISMO, «Römische Grundlagen des modernen Arbeitsrechts», *RdA (Recht der Arbeit)* 20 (1967) 281; también, COING I, 458; II, 185, 194.

IV. CONTRATO DE OBRA

- 26 1. Si se celebra una *locatio conductio* en términos de un contrato de obra, el *conductor* (hoy lo llamaríamos «empresario») queda obligado a producir un determinado *resultado* sobre una persona o cosa, que el *locator* (el que encarga) le entrega.

Ejemplos: la composición de una cosa a partir de un material entregado, la limpieza o reparación de cosas, la instrucción de unos esclavos, el transporte de personas o cosas, la construcción de un edificio. Lo debido es la producción de un resultado, no —a diferencia del contrato de servicio— la prestación de una actividad de servicio, sin más (un actuar).

- 27 2. El *conductor* responde por *culpa* y, además, de un deber de garantía: respecto de los objetos que le hayan sido entregados, responde por *custodia* [36.15]; además, por *imperitia*, es decir, por los perjuicios que se sigan por el hecho de carecer de la habilidad requerida para la realización de la obra (Gai. 3, 205; Cels.-Ulp. D. 19, 2, 9, 5 [36.23]). Sobre la responsabilidad por las personas auxiliares, *vid.* [36.25].

3. El *locator* responde por la remuneración o precio de la obra (*pretium, merces*), que también en este caso, al menos por regla general, consiste en *dinero*. 28

El problema del *riesgo de la remuneración* (o precio) se traduce en la pregunta de si el *conductor* debe recibir dicha remuneración, en el supuesto de que toda la obra realizada o parte de ella, antes de que tenga lugar la respectiva aprobación (*adprobatio operis*) se vea afectada por una circunstancia no imputable, pereciendo la cosa. La obra se entiende aprobada cuando el emprendedor al que se hace el encargo ha demostrado la ejecución de éste en la forma debida; es decir, la *adprobatio* (si no se ha acordado algo en sentido contrario, *vid.* Paul. D. 19, 2, 24 pr.; Lab. D. 19, 2, 60, 3) no tiene por objeto la aprobación de quien encarga la obra. Labeón cree que el *conductor* debe soportar el riesgo del precio: si la obra, en virtud de un *casus* no es realizable, o perece con o sin culpa suya, no recibirá remuneración alguna (Lab. D. 19, 2, 62; Lab. D. 14, 2, 10). Desde Sabino en adelante, los juristas, mayoritariamente, habrían seguido una suerte de «teoría de la esfera»: si los daños tienen por origen al emprendedor, éste soporta el riesgo; si los daños se originan en el que encarga la obra, o bien son producto de fuerza mayor, entonces subsiste el derecho del *conductor* al pago (Iav. D. 19, 2, 59; Iav. D. 19, 2, 37). Parece más bien que los juristas clásicos mantuvieron el principio *periculum est locatoris*, pero con modificaciones.

Es representativo el siguiente fragmento, que alguna vez fue sospechoso de contaminación: 29

D. 19, 2, 36 (Florentino, 7 *inst.*)

Opus quod aversione locatum est donec adprobetur, conductoris periculo est: quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit: et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quo minus opus adprobetur vel admetiatur. si tamen vi maiore opus prius interciderit quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit: non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset.

El riesgo por la confección de una obra contratada por un precio total es del arrendatario, hasta su aprobación; el arrendatario soportará el riesgo de lo que ha sido tomado en arriendo para ser entregado por pies o medidas hasta que se mida. Pero en uno y otro caso lo soportará arrendador, si dependió de él que la obra no se haya aprobado o medido. Si la obra se arruina por fuerza mayor antes de ser aprobada el riesgo lo soportará el arrendador, salvo que se hubiese convenido otra cosa; pues no se debe hacer responder al arrendatario por de aquello que con su cuidado y esfuerzo habría conseguido el arrendador.

El fragmento trata de un contrato de construcción y se plantea la pregunta de si se debe el precio. De acuerdo con el tipo de contrato, el emprendedor soporta el riesgo hasta la aprobación de la obra completa, o hasta la medición de la obra erigida por secciones. La extensión de todo lo dicho se restringe en el caso de que antes de la aprobación o de la medición el riesgo pase a ser del que encarga la obra, lo que implica que éste deberá pagar cuando de él haya dependido que no se haya aprobado o medido la obra. Es lo que resulta apropiado. Si ha existido demora y ésta es atribuible al arrendador, no debe quedar a su favor el hecho de que se produzca la desaparición o el deterioro de la cosa durante ese retraso (*cf.* § 644 I 2 BGB; 1168a, en relación con 1419 ABGB; art. 376 I OR). En la parte final del fragmento se añade una limitación adicional, en el sentido de que el riesgo por la fuerza mayor también lo soporta el que encarga la obra, cuando no ha dependido de él que no tuviese lugar la aprobación o la medición. Esto se fundamenta en un hipotético curso causal: si lo hubiese construido el mismo arrendador, no habría podido evadir la vicisitud de la *vis maior*, de modo que tampoco habría podido asegurar el inmueble. Sería, por lo tanto, excesivo por parte del *locator* hacer responsable al empresario por los daños. **Lit.:** en relación con [42.9]: KASER, 186; MOLNÁR, 651; P. RIES, *Bauverträge im römischen Recht*, München, 1989; ZIMMERMANN, 401; ERNST, 60; J. M. RAINER, «Der Bauvertrag», SZ 109 (1992) 513; R. KNÜTEL, «Beziehungsprobleme», en *Viva vox iuris romani. Essays in honour of Johannes Emil Spruit*, Amsterdam, 2002, 246; JAKAB [41.21], 96; BABUSIAUX [8.10], 223; W. BUCHWITZ, «Vertragsklauseln und *probatio* – Anmerkungen zum römischen Bauvertragsrecht», SZ 126 (2009) 358; R. VAN DEN BERGH, «Public building in Rome», *Liber amicorum Christoph Krampe*, Berlin, 2013, 37.–Sobre historia dogmática: J. D. HARKE, «Sachmängelhaftung beim Werkvertrag in der neueren privatrechtsgeschichtliche Entwicklung», SZ 124 (2007) 305.

- 30 4. Distinto es lo que ocurre en el caso particular de que el *conductor* se haga *dueño* de las cosas que le son entregadas y que deba un producto de un material de fabricación distinto, similar o equivalente. Ejemplo: varios fletadores contratan un transporte conjunto para cereales, todo lo cual se vierte en la embarcación, y del que en el lugar de destino cada uno recibirá la cantidad ingresada (pero no cada uno de los granos que fueron cargados), Alf. D. 19, 2, 31. En este contrato de obra irregular (*locatio conductio operis irregularis*) el empresario soporta todo el riesgo. A partir de aquí, en el derecho común se construye el contrato de giro postal. **Lit.:** N. BENKE, «Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der *locatio conductio irregularis*», SZ 104 (1987) 156; A. BÜRGE, «Der Witz im antiken Seefrachtvertrag», Index 22 (1994) 389, 399; P. GRÖSCHLER, «Die Eigentumszuordnung beim Werkvertrag», en *UAJR*, 59.
- 31 5. En el transporte marítimo se vuelve habitual la *lex Rhodia de iactu*, de extensa aplicación en el mundo helenístico. Se trata de una regulación basada en una *comunidad de riesgo* y que, en el marco de la *bona fides*, se hace efectiva mediante las *actiones locati y conducti*. Si un naviero, ante una emergencia en el mar, sacrifica las mercancías de un fletador y las arroja al mar (la llamada «gruesa avería»), una vez salvada la nave, queda obligado (en virtud de la *actio locati*) a reembolsar al fletador

un equivalente proporcional, calculado sobre el valor de las cargas (salvadas) de los demás fletadores, a los cuales, por su parte (mediante la *actio conducti*), puede exigir un reembolso. Vid. Paul. D. 14, 2, 1; 2 pr.–§§ 700 ss. HGB; 78 ss. BinSchG; 1043 ABGB. **Lit.:** H. HONSELL, «*Ut omnium contributione sarciatur. Quod pro omnibus datum est. Die Kontribution nach der Lex Rhodia de iactu*» en, *Ars boni et aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein*, Stuttgart, 1993, 141; G. PURPURA, «*Ius naufragii, sylai e lex Rhodia*», APal. 47 (2001) 275; E. CHEVREAU, «*La lex Rhodia de iactu: un exemple de la réception d'une institution étrangère dans le droit romain*», TR 73 (2005) 67; D. SCHANBACHER, «*Zur Rezeption und Entwicklung des rhodischen Seewurfrechts in Rom*», en *Humaniora. Medizin - Recht – Geschichte. Festschrift für Adolf Laufs*, Berlin, 2006, 257; Chr. KRAMPE, «*Lex Rhodia de iactu: contributio nave salva*», en *Fs. Knütel*, 585; G. WESENER, «*Von der Lex Rhodia de iactu zum § 1043 ABGB*», en *Recht und Wirtschaft in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Johannes Bärmann*, 1975, 31, así como D. GAURIER, *Le droit maritime romain*, Rennes, 2004, 97, 145; COING I, 554; II, 591.

§ 43. Sociedad (*societas*) y comunidad (*communio*)

(RPr. §§ 24 IV, 133, 138, 267)

I. SOCIEDAD

Lit.: V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli, 1950, (reimp. 1965); F. WIEACKER, Das «Gesellschaftsverhältnis des klassischen Rechts», SZ 69 (1952) 302; F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano, 1973; A. GUARINO, La società in diritto romano [estudios recopilados, en particular, «Societas consensu contracta», 1972], Napoli, 1988; M. KASER, «Neue Literatur zur societas», SD 41 (1975) 278; M. TALAMANCA, s.v. «Società (diritto romano)», en ED. 42, 1990, 817; ZIMMERMANN, 451; NELSON – MANTHE III 1, 304; HAUSMANINGER [39.3], casos 188–201; F.-St. MEISSEL, *Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, Frankfurt am Main, 2004 (= Soc.); EL MISMO, «*Id quid actum est* beim römischen Gesellschaftsvertrag», en *Festschrift Herbert Hausmaninger*, Wien, 2006, 177; J. D. HARKE, «*Societas* als Geschäftsführung und das römische Obligationensystem», TR 73 (2005) 43; A. BÜRGE, «Die *societas ad emendum* im Lichte der Organisation von *nundinae*», SZ 125 (2008) 425; A. M. FLECKNER, *Antike Kapitalvereinigungen. Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft*, Köln, 2010, 119, 245, 299, 339, 444 *passim* (rec. F.-St. MEISSEL, SZ 130 [2013] 543); A. PETRUCCI, «Le unioni di capitali nel mondo romano», Iura 66 (2012) 129.

- 1 1. El contrato de sociedad del derecho clásico (*societas*) consiste en la reunión de dos o más personas, para la consecución de un *fin común con medios también comunes*. Este contrato tiene una doble raíz, el *consortium* del derecho antiguo y la sociedad de capital.
- 2 a) Según el derecho romano *antiguo*, la relación jurídica que surge después de la muerte del *paterfamilias* entre los herederos domésticos (*heredes sui*), como *continuidad de la comunidad familiar*, podía ser igualmente creada, de forma artificial, mediante un acto jurídico. De esta comunidad de coherederos (*consortium*), la comunidad de derecho *ercto non cito*, se habla en la unidad de sucesión hereditaria [73.1–2]. El acto jurídico en cuya virtud se constituía esta relación, era una *legis actio* solemne que no solo daba origen a una comunidad sobre la totalidad del patrimonio entre los asociados –como aquella que existía entre los *sui heredes* en cuanto coherederos– sino también a una *hermandad* jurídico-familiar, que otorgaba a los asociados la misma posición ju-

rídico-personal que si fuesen hermanos (agnaticios) que hubiesen sucedido a un *paterfamilias* común.—Gai. 3, 154a, 154b [23.21].

Sui heredes son las personas que estaban bajo la potestad del *paterfamilias* al momento de su muerte, a partir de la cual adquieren capacidad patrimonial. La herencia que les corresponde es, en principio, su único patrimonio, y les pertenece indiviso. Consecuentemente, en esta *hermandad* creada artificialmente, *todo* el patrimonio de los asociados se hace común, no obstante que a ellos, lo mismo que en la comunidad hereditaria, progresivamente les será permitido tener ciertos bienes a título individual. La comunidad se *extingue* por la muerte (o *capitis deminutio*) de cualquiera de los asociados, así como por el hecho de realizarse una ejecución personal en su contra. Sin embargo, cada asociado de la comunidad podía provocar el fin de ésta mediante el ejercicio de la *actio familiae erciscundae*, que perseguía la división del patrimonio. La *finalidad* de la *hermandad* consistía, tal vez, en restablecer entre los asociados restantes la comunidad hereditaria extinguida en razón de una de esas circunstancias; pero era también posible en otros casos. 3

Esta *hermandad* así configurada cae en desuso en época clásica, pero pervive en la sociedad sobre todo el patrimonio (*societas omnium bonorum*), la que se funda en un consenso expresado sin formalidades; ciertos principios tomados del antiguo *consortium* debieron ser aplicables aquí, si bien de otra forma. Así, p. ej., rige la regla según la cual las cosas son patrimonio común de los *socii*. En tanto la transferencia de las cuotas entre los socios no se realice por *mancipatio* o *in iure cessio*, solo se requiere de una transmisión (posiblemente, tácita) de la posesión conjunta de los socios, sea respecto de todas las cosas que les pertenecen al momento de constituir la sociedad, sea respecto de aquellas que adquirirán con posterioridad (Paul. D. 17, 2, 1, 1). La *societas omnium bonorum* se extingue por las mismas causas antes mencionadas respecto de la antigua comunidad. 4

b) Bien avanzada la República se desarrolla la **sociedad de adquisiciones**, 5 a través de la unión de capitalistas para la realización de emprendimientos comunes, tales como sociedades de manufacturas, de producción de artesanías, de confección de monumentos funerarios (Pap.-Ulp. D. 17, 2, 52, 7), de negocios bancarios, de financiación de transporte marítimo, de arrendamiento de predios rústicos, etc. (Gai, 3, 154). Se sujetan a los mismos términos que la *societas omnium bonorum*; existen asimismo sociedades ocasionales, limitadas a actividades muy puntuales, p. ej., la compra de un predio vecino, Ulp. D. 17, 2, 52 pr.; *vid.* además Gai. 3, 148 = Inst. 3, 25 pr.; Ulp. Paul. D. 17, 2, 7 s.; BRUNS n. 171 = FIRA n. 157; sobre las diferentes configuraciones de la *societas*, MEISSEL, *Soc.*, 61; EL MISMO, «Vertragspraxis und Privatrechtsdogmatik. Zum Umgang der römischen Juristen mit Vertragsklauseln am Beispiel der *societas*», en *Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly*, Wien, 2011, 347.

- 6 **2.** La *societas clásica* se *funda* por el consentimiento libremente expresado (*consensus*), en el cual los socios (*socii*) basan su colaboración. La expresión *societas coire* se esconde detrás de la expresión «constituir una sociedad» (§ 723, 724 BGB; art. 1667 Cc esp.).—La sociedad tiene por base un **consenso permanente**, en el sentido de que ella existe en la medida que todos los socios mantengan esta voluntad coincidente (Gai. 3, 151 = Ins. 3, 25, 4). Basta que un socio declare su voluntad en el sentido de no continuar con la *societas* para que se ésta extinga para todos [43.10].
- 7 La *societas* clásica genera derechos y obligaciones *entre los socios*, exclusivamente, y carece de todo poder de representación hacia el exterior; ella no es una corporación [17.4], sino que es más bien una sociedad interna. Las relaciones jurídicas de cada uno de los socios con terceros, y viceversa, tienen efectos solo respecto de cada uno, y no afectan al conjunto de los *socii*, porque éste no es una persona. Hay precedentes clásicos del hecho de que los demás socios respondan por los negocios celebrados por uno de ellos (siguiendo el modelo de las acciones adyecticias), cuando los dineros devengados han ido a la caja común Pap. D. 17, 2, 82 (*in rem versum*).
- 8 **3.** Los **aportes** de los socios consisten, mayoritariamente, en valores patrimoniales, pero también pueden consistir en trabajo. A cada socio corresponde igual parte de pérdida o ganancia del emprendimiento societario, si nada se conviene en sentido diverso *Vid.* Gai. 3, 149 s.; Inst. 3, 25, 1–3; Ulp. D. 17, 2, 29 pr.–1.

Ya en época clásica se *permite* una desigual participación en los derechos societarios, como en las pérdidas o ganancias. Pero no se permite la *societas leonina*, en la que uno de los socios lleva «la parte del león», es decir, en que los demás solo participan de las pérdidas, pero no de las ganancias (se le denomina así, en razón de una fábula de *Fedro*, en la que una vaca, una cabra, una oveja y un león constituyen una sociedad para la consecución de comida y el león devora la presa entera); Cels.-Ulp. D. 17, 2, 29, 2.

Lit.: G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano (Conferimenti e responsabilità)*, Padova, 1997 (rec. F.-St. MEISSEL, SZ 117 [2000] 554); EL MISMO, «Crédit politique et crédit comercial», en *Ess. Sirks*, 641; EL MISMO, «La magna quaestio in Gai 3.149», *Index* 42 (2014) 331; K.-M. HINGST, *Die societas leonina in der europäischen Privatrechtsgeschichte. Der Weg vom Typenzwang zur Vertragsfreiheit am Beispiel der Geschichte der Löwengesellschaft vom römischen Recht bis in die Gegenwart*, Berlin, 2003 (rec. M. J. SCHERMAIER, TR 76 [2008] 401).

- 9 El **patrimonio** societario, del que los socios son copropietarios por cuotas, es esencial a la sociedad sobre todo el patrimonio, *societas omnium bonorum*

(siguiendo el modelo del *consortium*), pero su formación corresponde también a la experiencia de las sociedades de adquisición. Según Paul. D. 17, 2, 1, 1 y Gai. D. 17, 2, 2, en la *societas omnium bonorum* surge inmediatamente, en razón de una entrega tácita (*tacita traditio*). En la *societas* romana el patrimonio societario (al contrario de lo que ocurre en el derecho moderno, conforme al cual este patrimonio es el total) se rige por los principios de la comunidad (*vid.* II). El riesgo es independiente de esto: si un socio retira una cantidad de dinero que estaba destinada a comprar mercancías para la sociedad y ese dinero se pierde, la pérdida es común (según las cuotas de cada uno). Incluso, cuando no se da una comunidad (*communio*) de derechos reales, de todas formas persiste una comunidad de riesgo (Cels.-Ulp. D. 17, 2, 52, 4; Cels.-Ulp. D. 17, 2, 58, 1). **Lit.:** K. MISERA, «Zur Gefahrtragung bei der römischen societas», en *Iuris professio. Festgabe für Max Kaser*, Wien, 1986, 201; MEISSEL, *Soc.*, 99, 227.

4. La relación jurídica creada por la sociedad **se extingue** (lo mismo que el *consortium* antiguo), con la muerte de uno de los socios, ya que aquél que conviene en crear una sociedad elige para ello a una persona determinada (Gai. 3, 152 = Inst. 3, 25, 5); por causa de *capitis deminutio* de uno de ellos, o por concurso, así como también por el hecho de que uno de los socios haga saber su voluntad de no permanecer en la sociedad. Esta voluntad puede ser comunicada expresamente mediante un aviso (*renuntiatio*), o bien por medio del ejercicio de la *actio pro socio*. *Vid.* Gai. 3, 152–154; Paul. D. 17, 2, 65 pr. 10

Puesto que la *societas* subsiste en tanto hay consentimiento, la *renuntiatio* (que no es un negocio jurídico autónomo, sino solo una comunicación de la expiración ya producida, *vid.* [42.15]), está disponible para todos los *socii* en cualquier momento; sin embargo, el socio debe cumplir con las obligaciones contractuales aún vigentes. Los socios que permanecen pueden, si lo desean, continuar con la sociedad. Es probablemente de origen clásico el acuerdo alcanzado con *antelación*, en el sentido de que la sociedad continuará con posterioridad a la eventual muerte de uno de los socios; Paul. D. 17, 2, 65, 9; Inst. 3, 25, 5. **Lit.:** S. MÜLLER-KABISCH, *Die Kündigung bei societas und locatio conductio rei zur Frage ihrer rechtsgeschäftlichen Natur in vorklassischer und klassischer Zeit*, Baden–Baden 2011 (rec. M. J. SCHERMAIER, SZ 132 [2015] 590).

5. a) *Mientras* subsista la sociedad no existe medio coercitivo alguno para exigir el cumplimiento de las **obligaciones** que la *fides* impone entre los socios. 11

Una *actio pro socio manente societate* (es decir, una acción como socio mientras existe la sociedad), la que estaba restringida por a casos excepcionales (Paul. D. 17, 2, 65, 15) tiene un origen probablemente clásico.—El ordenamiento jurídico prefiere no intervenir en las asociaciones, sean éstas una *communio*, asociaciones familiares o cor-

poraciones. Consecuentemente, no existe regla jurídica alguna para las relaciones internas entre los *socii*, de modo que la gestión de la sociedad queda librada al acuerdo entre ellos. Con todo, la actividad de la *societas* no estuvo ajena al ejercicio de acciones. Los juristas prefirieron echar mano de otras acciones, de tal forma si *manente societate* había que reembolsar gastos, se utilizaba la acción de gestión de negocios sin mandato (Paul. D. 10, 3, 19, 2 y ejemplos en Gai. D. 39, 2, 21). En los demás casos, los *socii* expertos se aseguraban el cumplimiento de las obligaciones sociales mediante promesas recíprocas de estipulaciones penales, Alf.-Paul. D. 17, 2, 71 pr. [40.13]. **Lit.:** K. MISERA, «Klagen *manente societate*», en *Festschrift für Rudolf Nirk*, München, 1992, 697 = SD 60 (1994) 395; DROSDOWSKI [43.18], 90, 106, 158.

- 12 b) *Después* de extinguirse la *societas*, la **actio pro socio** queda disponible como *acción de buena fe*. Al igual que las acciones del mandato, de la *negotiorum gestio* y de la tutela, la *actio pro socio* tiene por objeto la *liquidación* del haber, es decir del saldo favorable al actor que en ocasiones resta entre dos exsocios. Según el caso, la acción permite exigir créditos sobre el reparto de beneficios, indemnizaciones derivadas del incumplimiento del deber de aportar, o bien de gastos necesarios incurridos a favor de la sociedad (por ejemplo, para compensar pérdidas), o bien la indemnización de los perjuicios que el actor ha padecido a resultas de la consecución del fin social (Ulp. D. 17, 2, 52, 4; Pomp. D. 17, 2, 60, 1), o bien de un comportamiento desleal del demandado (Paul. D. 17, 2, 65, 4–5). Los socios responden entre sí por *dolo*; en época clásica, también por *culpa*, p. ej., cuando el *socius* no realiza las actividades exigibles, en caso de que haya comprometido servicios (y no aportes), o bien cuando daña las cosas comunes (Cels.-Ulp. D. 17, 2, 52, 2). En el período altoclásico la responsabilidad por *culpa* se determina conforme al criterio *diligentia quam in suis* ([36.21]; *vid.* § 708 BGB; 7 n.º 3 del § 4 ö EVHGB; art. 538 OR; 1686 Cc esp.).—La condena derivada de la *actio pro socio*, por basarse en el *dolo* del condenado es infamante. Los socios de una sociedad sobre todo el patrimonio solo son condenados a cuanto puedan pagar [32.22], lo que es un relicto de la antigua hermandad [43.4].

Lit.: R. BACKHAUS, «Die Gefahrtragung bei gemeinsamen Unternehmungen und ihre Modifikation durch Parteiabsprachen im klassischen römischen Recht», SZ 121 (2004) 233; D. NÖRR [36.14], 8 = *Schr.*, 588; PLATSCHEK [33.7], 278 (sobre la *actio pro socio*).

- 13 Debido a su inestabilidad, en cuanto sociedad interna, la *societas* romana no satisfizo las necesidades de la vida comercial del período de la Recepción; con todo, gracias a sus reglas flexibles, ella fue útil para otras formas societarias. Bajo la influencia de las sociedades comerciales (*commenda*, compañía) que surgieron de forma independiente a la *societas*, ésta obtuvo una mayor seguridad en el *ius commune* (posibilidad de acciones

manente societate; no requiere de un consenso duradero, etc.) y se desarrollaron reglas relativas a las relaciones internas, lo mismo que para la representación y la responsabilidad de cara a las relaciones externas. En las reglas del BGB resulta patente la fuerte dependencia de la 1.^a comisión respecto de la *societas* (*vid.* también *Motive*, Bd. 2, 591: «En las relaciones con terceros carecen de importancia las relaciones entre los socios»); la 2.^a Comisión introdujo para el patrimonio social el principio del patrimonio total, sin tener una idea clara acerca de su esencia. Solo a partir del 2001 el BGH reconoce la capacidad de ejercicio de la sociedad (externa), en tanto su participación en el tráfico jurídico cree derechos y deberes propios (BGHZ 146, 341, en conexión con FLUME).—El desarrollo de las sociedades de capitales de estructura corporativa es independiente de la *societas*; respecto de ellas el Código de comercio francés (1807) —y lo confirma FLECKNER [43.1]— constituye el punto de partida para las sociedades anónimas (Ley de sociedades anónimas de Prusia, de 1843), lo mismo que para las sociedades de responsabilidad limitada lo es la ley respectiva de 1892).—§§ 705 ss. BGB; 1175 ss. ABGB; arts. 530 ss. OR; 1679 ss. Cc esp. **Lit.:** COING I, 464; II, 95, 354; R. MEHR, *Societas und universitas. Römischrechtliche Institute im Unternehmensgesellschaftsrecht vor 1800*, Köln, 2008 (rec. Chr. PAULUS, ZNR 31 [2008] 301); S. BLATH, *Societas sive communio. Zum Begriff des Personengesellschaftsvertrags bis zum 19. Jahrhundert*, Berlin, 2010; N. GALABOFF, «Auswirkung des Innenverhältnisses der *socii* auf das Außenverhältnis der *societas*?», *FHI* 22.10.2012; P. CERAMI, «Riflessioni sul «diritto societario». Fondamenti romani e simmetrie diacroniche», *Iura* 62 (2014) 91.

II. COMUNIDAD (*COMMUNIO*)

1. a) La comunidad es la relación jurídica entre los copropietarios que lo son por cuotas; es decir, consiste en la *communio pro indiviso*. Esta comunidad por cuotas surge cuando en la *societas* (consensual) se constituye un patrimonio común [43.9]; además (en un derecho más evolucionado), en la comunidad hereditaria [73.5], y también en otros casos puntuales (*vid.* sobre confusión [26.15]). 14
- b) En el derecho clásico, mientras subsiste la comunidad, no existen mecanismos de coerción entre los comuneros, de modo que las relaciones entre ellos queda libradas a lo que dispongan. Sin embargo, al igual que ocurre en la *societas*, cada comunero puede, en todo momento, exigir el término de la comunidad: *nemo invitus compellitur ad communionem* («Nadie ha de permanecer en una comunidad contra su voluntad»; Paul. D. 10, 3, 19, 1: caso de la casa que tiene una única entrada, la que es común; *vid.* § 922 tercera parte BGB). Si la cesación no es voluntaria, puede ser provocada mediante la acción divisoria, la *actio communi dividundo* (acción para la división de lo común), 15

y para el caso especial de la división de la herencia, por medio de la *actio familiae erciscundae* [73.5]. A ambas acciones se asemeja la acción de deslinde (*actio finium regundorum* [73.5]), la que, sin embargo, no presupone una copropiedad). De los fines perseguidos por estas acciones, ya nos hemos referido a sus aspectos relativos a los derechos reales, concretamente, a la extinción de la copropiedad [23.28]).

- 16 c) Desde el punto de vista *obligacional*, estas acciones persiguen la *liquidación* de las obligaciones recíprocas que subsisten al concluir la comunidad, pero, a diferencia de lo que ocurre en la *actio pro socio*, la liquidación no implica solo a las partes que litigan, sino que afecta a todos los comuneros. En razón de esta finalidad, las acciones llevan *formula incerta* al *quidquid...alterum alteri praestare oportet* (todo lo que uno deba al otro) y son equiparadas a los *bonae fidei iudicia* (sea que lleven o no el añadido *ex fide bona*); Iul. D. 10, 3, 24 pr.; *vid.* la fórmula en [83.24]).
- 17 2. Entre las obligaciones que aquí debemos considerar se encuentran los pagos compensatorios que tienen lugar en los supuestos de adjudicación de cosas indivisibles [23.29]; la obligación de pagar a cada uno la parte sobre los beneficios que producen los bienes comunes, la compensación de las pérdidas, el reembolso de los gastos y la indemnización de los perjuicios que se le ha causado, con *dolo* o *culpa*, al otro *socio*; en la época clásica, el criterio de la *culpa* es también aquí la *diligentia quam in suis* (Paul. D. 10, 2, 26, 16; *vid.* [36.21]). *Cfr.* Ulp. D. 10, 3, 3 pr.; Ulp. D. 10, 3, 4, 3. Esta relación jurídica, creadora de derechos y obligaciones se califica en las *Institutiones* como un *cuasicontrato* (Inst. 3, 27, 3); posiblemente, esto se deba a Gayo, autor por quien se transmiten estas categorías por vez primera (Gai. D. 44, 7, 5, 1 y 3).—§§ 741 ss. BGB; 825 ss. ABGB; 647 ss. ZGB.
- 18 3. Si se trataba de conflictos entre los socios respecto de la propiedad común, un problema que surgía era el de la acción a utilizar: de un lado, la extinción de la comunidad y la condena a pagos compensatorios eran objeto de la *actio communi dividundo*; por otro, los créditos que no se referían a la comunidad solo se podían hacer valer mediante la *actio pro socio*. Sin embargo, en el medio quedaba un grupo de pretensiones que tenían su origen tanto en la *societas* como también en la *communio*, por ejemplo, las derivadas de los perjuicios causados a la cosa común por parte de un socio, o de los gastos generados por ella o derivados de su uso. En este ámbito, el ejercicio de una acción «consumía» a la otra; sin embargo, las partidas no cubiertas por la acción divisoria podían ser exigidas por la acción de la sociedad, Paul. D. 17, 2, 38, 1; Ulp. D. 17, 2, 43 (*cfr.* [83.25–26]). **Lit.:** Th. DROSDOWSKI, *Das Verhältnis von actio pro socio und actio communi dividendo im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1998, 162.

§ 44. Mandato (*mandatum*) y gestión de negocios sin mandato

(RPr. §§ 134, 137, 268)

I. MANDATO (*MANDATUM*)

Lit.: V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949, reimp. 1965; A. WATSON, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford, 1961, reimp. 1984; D. NÖRR – S. NISHIMURA (Hrsg.), *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*, Berlin, 1993 (comunicaciones del encuentro internacional de Fukuoka 1991 = *MuV*; rec. A. WACKE, SCDR, Suppl. 1992–93 [1994] 100); ZIMMERMANN, 413; NELSON – MANTHE III 2, 339 (sobre Gai. 155–162 = en medida importante en Inst. 3, 26 pr.–13); S. RANDAZZO, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005; HAUSMANINGER [39.3], casos 173–187.

1. El mandato es la asunción contractual de la *gestión gratuita* de negocios ajenos: 1

D. 17, 1, 1, 4 (Paulo, 32 *ad ed.*)

Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium vero est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit. El mandato es nulo si no es gratuito: porque tiene su origen en el deber de la amistad; la retribución es contraria al deber. Así, si interviene dinero, el asunto corresponde más bien a un arrendamiento.

El mandato tiene su origen histórico en los deberes *morales* de actuación en interés del prójimo, los cuales son impuestos por las normas sociales romanas a los particulares. Consecuentemente, las obligaciones que se derivan del mandato se fundan en la *fides* y, puesto que ésta no se limita a los ciudadanos romanos, se sigue que el mandato celebrado con peregrinos es igualmente obligatorio. Las prestaciones que en las clases superiores, conforme a la tradición, no podían asumirse a cambio de una retribución contractualmente acordada (como una *locatio conductio*) [42.20] sí podían ser objeto de un mandato (*cf.* Gai. 3, 162; Inst. 3, 23, 13). Se mantiene su carácter como de favor asumido gratuitamente, no obstante que, desde un punto de vista social, se prescribe retribuir el servicio o favor mediante un *honorarium*, el que podía, en época clásica tardía, ser exigido a través de la *extraordinaria cognitio* [42.20].—Isidoro de Sevilla (*Etymologiae* 5, 24, 20) atribuye el nombre *mandatum* a que, antiguamente, al transferir el encargo el interviniente tendía la mano al otro (*quod...alter alteri manum dabat*). Sin embargo, *mandatum* sería más bien la contracción *in manum dare* (dar en

la mano) y por tal motivo el significado original remite a «transmitir». **Lit.:** D. NÖRR, «*Mandatum, fides, amicitia*», en *MuV*, 13 = *HIA*, III, 1933; EL MISMO, «Sulla specificità del mandato romano», *SD* 60 (1994) 367 = *HIA*, III, 2121; A. BÜRGE, «*Salarium* und ähnliche Leistungsentgelte beim *mandatum*», en *MuV*, 319; *Behrends* II, 771 42.19); *Behrends* II, 806 = *Festschrift für Wolfgang Waldstein*, Stuttgart, 1993, 33; I. KROP-PENBERG, «*Amicitia* und das römische Delegations- und Auftragsrecht», *SZ* 126 (2009) 284; G. COPPOLA BISAZZA, «Brevi riflessioni sulla gratuità del mandato», en *St. Metro*, vol. I, 483.

2. 2. El consentimiento, expresa o tácitamente declarado, perfecciona el mandato. Para el derecho tardoclásico es suficiente que una persona *tolere* que otra realice una gestión; Ulp. D. 17, 1, 6, 2; Pap. D. 17, 1, 53.
3. 2. *Objeto* del mandato pueden ser actividades de todo tipo, sean ellas de carácter jurídico o material, en tanto sean lícitas y suficientemente determinadas según el contenido y las circunstancias. El negocio cuyo encargo se asume puede ser en interés del mandante (*mandator*), o bien de un tercero; pero no se admite que lo sea exclusivamente en interés del mandatario. Un mandato de esta naturaleza, *mandatum tua gratia*, no sería más que un simple consejo (*consilium*), que no vincula al que lo da, y jurídicamente sin importancia. *Cfr.* Gai. 3, 155 s.; Gai. D. 17, 1, 2 pr. ss. = Inst. 3, 26 pr.-6.

La actividad de un abogado (*advocatus*; Ulp. D. 50, 13, 1, 11) era considerada un mandato. Los emolumentos de los *advocati* eran habituales y estaban permitidos (con límites), lo que vale también para el acuerdo de unos honorarios por el resultado, o de una cuota de lo que se obtenga en el juicio (*quota litis*). A causa de la gratuidad (al menos en principio) del mandato, la acción para el cobro de los honorarios se concedía una *actio utilis* (en lugar de la *actio mandati contraria*); *cfr.* Marcell.-Paul. D. 17, 1, 6, 7 y Th. RÜFNER, «Die Geschäfte des Herrn Marius Paulus. Winkelzüge und Standesethik» in D. 17, 1, 6, 7, en *Fs. Knüttel*, 987; además, J. A. CROOK, *Legal Advocacy in the Roman World*, Ithaca, 1995.

4. El mandato de dar un préstamo a un tercero es vinculante (desde Sabino), de modo que el mandante responde ante el mandatario por la pérdida que éste sufra en razón de la no devolución del mutuo, Gai. 3, 156; Inst. 3, 26, 6. Este *mandato de crédito* se asimila a una *fianza* (con detalles, en [57.24]).
5. 3. En cuanto relación de confianza de carácter personal, el mandato se extingue cuando, siendo posible su realización, pero no habiéndose *comenzado* (*re integra*), una de las partes muere, o bien el mandante revoca el encargo (*revocare*), o el mandatario renuncia a llevarlo a cabo (*renuntiare*).

Sin embargo, subsiste la responsabilidad, p. ej., en el caso de desistimiento extemporáneo (paul. D. 17, 1, 22, 11; Gai. D. 17, 1, 27, 2; Inst. 3, 26, 11), o bien cuando, sin conocer la muerte del mandante, el mandatario continúa el encargo (Gai. 3, 160 = Inst. 3,

26, 10; protección de la confianza).—No es clásico el mandato conferido para después de la muerte del mandante (*post mortem*) (Gai. 3, 158); Justiniano lo admite [35.7].

4. Los *efectos* del mandato se agotan en engendrar obligaciones entre ambas partes. No tiene efecto hacia el exterior (poder de representación frente a terceros). 6

Con todo, el mandatario está autorizado para actuar como apoderado del mandante, es decir, para actuar en nombre propio (no en nombre ajeno, porque no existe la representación directa; *vid.* § 11), pero en interés del mandante, el cual debe permitir que se hagan valer los efectos de esta actuación contra sí, en cuanto cubierta por su propia voluntad. Este «apoderamiento» se llama técnicamente *iubere* [49.11]. Si el mandato tiene por objeto disponer sobre cosas del mandante se denomina *iussum* al poder de disposición implícito en él, *cfr.* Ulp. D. 15, 4, 1, 3.

La *actio mandati*, acción de buena fe, tenía una fórmula para la pretensión principal del mandante contra el mandatario y —alternando los sujetos— para la contrapretensión del mandatario contra el mandante (*vid.* [38.20–21]; fórmula: [83.16]). En ambos casos la acción se dirige a la compensación, puesto que el contracrédito del demandado debe ser deducido, de modo que solo sea condenado por el saldo resultante. 7

a) La acción del mandante, la *actio mandati directa* se dirige a conseguir la realización de lo encomendado y a la restitución de todo aquello que el mandatario, por el cumplimiento del mandato o a consecuencia de su ejecución, haya recibido, sea de parte del mandante, sea de un tercero. El mandatario responde por *dolus* (Mod. coll. 10, 2, 3), en el que se incluye la negligencia grave, que se caracteriza como infracción a la confianza ([36.14], p. ej., Ulp. D. 17, 1, 29, 3; Ulp. D. 17, 1, 44); de forma casuística, y como lo muestra la *lex Irnitana* (c. 84 IX B 9–10) antes de lo que hasta ahora se había admitido, responde también por *culpa* (*cfr.* sobre el *procurator* Diocl. C. 4, 35, 11 y 13); con Justiniano responde, en todo caso también, por *culpa* (aunque es dudoso si ésta es *lata* o *levis*), *cfr.* Ulp. D. 17, 1, 8, 10; Ulp. D. 17, 1, 29 pr.; Ulp. D. 50, 17, 23). La condena es infamante, pero es probable que esto haya sido así solo cuando era consecuencia del *dolo*. 8

Lit.: H. T. KLAMI, *Teneor mandati*, Turku, 1976; W. LITEWSKI, «La responsabilité du mandataire», *Index* 12 (1983/84) 106; S. RANDAZZO, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005; T. RUNDEL, *Mandatum zwischen utilitas und amicitia. Perspektiven zur Mandatarhaftung im klassischen römischen Recht*, Münster, 2005; D. NÖRR [36.14], 11.

El mandatario puede servirse de un *submandatario* (Ulp. D. 17, 1, 8, 3), pero sin ir más allá de los límites del mandato. Si tratándose de un mandato de comprar, el mandatario 9

■ § 44. MANDATO (MANDATUM) Y GESTIÓN DE NEGOCIOS SIN MANDATO

compra a un precio mayor del que podía pagar de conformidad con el mandato, deberá pagar la diferencia de su propio peculio, pero los proculeyanos le conceden la acción contraria [44.10] contra el mandante, para obtener la restitución del monto del precio hasta el cual podía pagar; los sabinianos, en cambio, no le conceden acción alguna. Los juristas tardoclásicos siguen en esto a los sabinianos; Justiniano, en cambio, a los proculeyanos. *Cfr.* Gai. 3, 161; Inst. 3, 26, 8; Paul. D. 17, 1, 3, 2; Gai. D. 17, 1, 4. **Lit.:** O. BEHREND, «Die *bona fides im mandatum*», en *Festschrift für Wolfgang Waldstein*, Stuttgart, 1993, 33; B. J. CHOE, «Die Schulkontroverse bei Überschreitung des Auftrags», en *MuV*, 119; D. NÖRR, «Paulus D. 17, 1, 3; 5: ein Traktat zum Mandatsexzeß», en *Mélanges Felix Wubbe*, Fribourg, 1993, 355 = *HIA*, III, 1899.

- 10 b) El *mandatario* dispone de la *acción contraria* (*actio mandati contraria*), para exigir del mandante el reembolso de los gastos necesarios o la indemnización de los perjuicios que la ejecución del mandato ha traído consigo. *Cfr.* Ulp. D. 17, 1, 12, 7-9; Paul. D. 17, 1, 26, 6 (siempre que los perjuicios no sean imputables más bien a los riesgos propios de la vida, antes que al mandato) y 26, 7 (el caso en que los esclavos comprados roban al mandatario).

Lit.: H. HONSELL, «Die Risikohaftung des Geschäftsherrn», *Festgabe Ulrich von Lübtow*, West-Berlin, 1980, 485; T. GIMÉNEZ-CANDELA, «*Mandatum* und Bürgerregreß», en *MuV*, 169 (rec. WACKE [44.1], 107); R. NODA, «Die Haftung des Auftraggebers für Schäden des Beauftragten», en *MuV*, 207 (incluye historia dogmática); A. NEUMANN, *Der Bürgerregress im Rahmen des römischen Auftragsrechts. Studien zur formula in factum concepta*, Baden-Baden, 2011.

- 11 El mandato del BGB (§§ 662–674) se vincula más que cualquier otra institución jurídica con las reglas romanas; *vid.* también el § 1002 ss. ABGB; arts. 394–406; 1709–1739 Cc esp. Ninguna codificación se atiene tan estrictamente a la gratuidad del mandato como lo hace el BGB y el ZGB gr. (art. 713); *vid.* § 1004 ABGB; art. 394 III OR; art. 1711 Cc esp., 1709 Cc it. (presunción de gratuidad).—La representación negocial se desarrolló a partir del mandato, al que se toma por fundamento. Por eso el ABGB habla de «contrato de apoderamiento» (*Bevollmächtigungsvertrag*). La estricta separación entre mandato y poder que subyace al BGB ha sido desarrollada principalmente por Paul LABAND (ZHR 10 [1867] 183), pero era conocida desde antes, p. ej., §§ 788, 1317 SächsBGB, de 1863; *cfr.* E. Bucher, «Zu Europa gehört auch Lateinamerika!», ZEuP 12 (2004) 542. **Lit.:** COING I, 462; II, 487.

II. GESTIÓN DE NEGOCIOS SIN MANDATO (*NEGOTIORUM GESTIO*)

Lit.: H. H. SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht*, Köln, 1968; EL MISMO, «Zur Haftung des auftraglosen Geschäftsführers im römischen Re-

cht», en *Studien im römischen Recht. Max Kaser zum 65. Geburtstag gewidmet*, Berlin, 1973, 195; EL MISMO, «Bereicherung und *negotiorum gestio*», en *Festgabe für Max Kaser*, Wien, 1986, 245; Th. MAYER-MALY, «Probleme der *negotiorum gestio*», SZ 86 (1969) 416; G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, vol. I (Azione pretoria ed azione civile), Napoli, 1999; vol. II.1 (Requisiti delle *actiones negotiorum gestorum*), Napoli, 2003; vol. II.2 (Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità), Cassino, 2006; O. BEHREND, «Die Prokurator des klassischen römischen Zivilrechts», SZ 88 (1971) 215 (referencia, en SZ 95 [1978] 196 n. 18); M. KASER, «Stellvertretung und “notwendige Entgeltlichkeit”», SZ 91 (1974) 186; ZIMMERMANN, 433; HAUSMANINGER [39.3], casos 173–187; F. KLINCK, «Zur Bedeutung des Wortes *procurator* in den Quellen des klassischen Rechts», SZ 124 (2007) 25; J. D. HARKE, *Geschäftsführung und Bereicherung*, Berlin, 2007 (incluye historia dogmática); HKK–JANSEN, §§ 677–687I [8–13]; G. DEPPENKEMPER, *Negotiorum gestio–Geschäftsführung ohne Auftrag. Zu Entstehung Kontinuität und Wandel eines Gemeineuropäischen Rechtsinstituts*, vol.s I, II, Göttingen, 2014 (derecho romano y legislación a partir del ALR); L. ISOLA, «D. 3, 5, 8 und die Regel *ratihabitio mandato comparatur*, TR 83 (2015) 107, S. LOHSSE, *Aequitas Martiniana. Zum Umgang mit den römischen Quellen in der frühen Glossatorenschule. Zugleich ein Beitrag zu den Grundlagen von Zufallshaftung und Bereicherungsschuld*. Habilitationsschrift, 2011, Universität Bonn.

1. La *negotiourm gestio* o *negotia gesta*, gestión de negocios ajenos, abarca 12 en el derecho preclásico y clásico todas las gestiones de negocios que quedan fuera de las relaciones jurídicas *específicamente* regladas, sobre todo, el *mandato* y la *tutela*.

De acuerdo con su posición en el edicto pretorio, la *negotiorum gestio* surge de los 13 *representantes procesales* (*cognitor* y *procurator* [82.30]). Ella comprende además: a) la relación del **curator**, sea del llamado por ley, sea del designado por el magistrado, con el sometido a su curaduría (§ 64); b) la relación del **procurator** con su principal. El *procurator* es el administrador de un patrimonio, al que solían mantener los romanos poseedores de riqueza, y solía ser (en épocas más antiguas), por lo general, un liberto. Éste, por el hecho de serlo, se encontraba en una relación de subordinación respecto a su patrono [11.5; 16.5]. Con el tiempo, al ir suavizándose esta dependencia, el procurador pasó a ser personalmente independiente, de modo que las pretensiones existentes entre él y su principal pudieron ser exigidas mediante acciones. Puesto que el procurador era nombrado unilateralmente (mediante *iubere*) se incluyó inicialmente esta relación en el ámbito propio de la *negotiorum gestio*; solo posteriormente, y en razón del nombramiento contractual, en el del mandato. En cambio, los procuradores *autónomos* de las clases sociales altas que eran nombrados a partir de la República tardía, eran tratados inicialmente como mandatarios. El contenido del mandato se determinaba por el acuerdo; en cuanto *mandato general*, podía comprender la totalidad de los asuntos de una persona, lo que sin embargo se interpretaba restrictivamente,

refiriéndolo solo a los negocios *corrientes*, lo que hacía posible la existencia de mandatos especiales. De la misma forma, los procuradores podían ser nombrados para la realización de *específicos* negocios (el llamado *procurator unius rei*), en especial, para llevar adelante un proceso (el llamado *procurator ad litem* [82.31]). En el ámbito del procurador la *actio negotiorum gestorum* fue restringiéndose progresivamente a actividades voluntarias a favor de otro (sin mandato).

- 14 c) Desde tiempos de la joven República aparecen cada vez con mayor fuerza casos en los cuales una persona, *voluntariamente* y por simple altruismo (detrás del cual, en el orden social romano, había un marcado deber moral) actuaba como *negotiorum gestor* a favor de otro. Las obligaciones derivadas de la gestión, lo mismo que en el caso del mandato, se fundaban en la *fides*.—J. KOHLER, «Die Menschenhülfe im Privatrecht», Jher. Jahrb. 25 (1887) 42 pone de relieve esta característica de la *negotiorum gestio*.
- 15 Justiniano, siguiendo modelos anteriores [38.3] comprende la *negotiorum gestio* entre los *cuasicontratos* (Inst. 3, 27, 1). Los casos del *curador* y del tutor aparente (*protutor*), en cambio, los independiza de la *negotiorum gestio*.
- 16 2. El *negocio* que conduce el *gestor* puede consistir en cualquier actividad jurídica o material (lo mismo que en el caso del mandato). Debe tratarse de un negocio *ajeno al gestor* (*negotium alterius*, Ulp. D. 3, 5, 3 pr.). En varias ocasiones el contenido del negocio se determina con relación al ámbito al que corresponde el negocio; el error acerca de la persona del principal es intrascendente (Ulp. D. 3, 5, 5, 1). Si el contenido es dudoso se recurre a la voluntad manifestada de cualquier forma por el gestor, lo que indicará si el negocio es propio o ajeno (un ejemplo lo ofrece Afr. D. 3, 5, 45 pr.). Para que el negocio se entienda realizado a favor del principal no se exige, por regla general, que el principal quiera o que tenga conocimiento de la gestión. En este sentido, y también en relación con los demás requisitos de la gestión de negocios, se debe distinguir si se trata de la acción del principal contra el gestor para la entrega de lo obtenido o para la indemnización de perjuicios, o, por el contrario, si el gestor persigue el reembolso de sus gastos. **Lit.:** I. REICHARD, «*Negotium alienum und ungerechtfertigte Bereicherung*», AcP 193 (1993) 572, 581, 585, 589.
- 17 3. De la *negotiorum gestio* surge la *actio negotiorum gestorum*.

El edicto pretorio prevé dos clases distintas de acciones, a saber, *pretorias* con *formula in factum conceptae*, a favor de las pretensiones recíprocas derivadas de la gestión de negocios voluntaria a favor de un *ausente* o de uno que ha *fallecido* (*vid.* el edicto en D. 3, 5, 3 pr.) y, además, las *acciones generales de buena fe*; estas fórmulas son probablemente más recientes.

La *acción de buena fe* tuvo, al igual que la del mandato, una fórmula para la pretensión principal del *dominus negotii* y —mediante un simple cambio de sujetos [83.16]— para la pretensión contraria del gestor de negocios. Como en

el mandato, la acción se dirige en ambos casos a una *compensación* de las pretensiones enfrentadas. *Cfr.* Gai. D. 3, 5, 2.

a) La acción del principal (*actio directa*) busca la *restitución* de lo que el gestor ha obtenido de la gestión y, en el caso de una gestión de negocios desleal, la indemnización de perjuicios. El gestor responde por *dolo*, concepto en el cual también aquí se integran casos de *culpa*. En un caso en particular, se llega a responder por un *casus* cuando el gestor actúa contra la prohibición, o incluso cuando lo hace de forma contraria a la costumbre del principal (Proc.-Pomp. D. 3, 5, 10: el *gestor* comienza un comercio de esclavos que el principal no acostumbra hacer; lo que gane beneficia al principal; la pérdida la soporta el gestor). Se trata de un caso de aplicación del *versari in re illicita* (*vid.* [36.4]), sobre el punto vuelven los §§ 678 BGB; 1035, 1040 ABGB; art. 420 III OR). 18

La *actio directa* se dirige a la restitución de lo obtenido en razón de la sola *ajenidad* del negocio gestionado. Contrariamente a muchas interpretaciones, no se cuenta como requisito que el gestor actúe con la intención de gestionar un negocio ajeno (*cfr.* Afr. D. 3, 5, 48: la acción para la restitución de lo obtenido se concede también cuando has gestionado un negocio que tú tenías por propio, en circunstancias que era mío). Si en las fuentes sobre la *actio directa* se encuentra la exigencia de que exista la intención de gestionar un negocio ajeno, la explicación es que la *ajenidad* del negocio no aparece en razón de un criterio objetivo [44.16]. Si el problema no se centra en la restitución de lo conseguido, sino en determinar si el gestor debe indemnizar al principal por perjuicios, ahí resulta fundamental la exigencia del conocimiento de la *ajenidad* del negocio (*vid.* Paul. D. 3, 5, 18, 3). **Lit.:** HARKE, *Geschäftsführung* [44.12] p. 19, 23. 19

Si no se trata de un negocio ajeno, en cuanto éste no se radica directamente en el patrimonio del principal, ni tampoco el gestor ha actuado con intención de gestionar un negocio ajeno, no se puede ejercitar la *actio directa* para exigir la restitución de lo obtenido. En casos puntuales, sí se concede. Si uno que no es propietario enajena una cosa ajena, el dueño de la cosa puede reivindicarla, para lo cual requiere dirigirse solo contra el que la adquirió. Si la cosa ha perecido, queda sin protección, en cuanto no le es posible dirigirse contra el no dueño para reclamar lo obtenido por la enajenación. Afr. D. 3, 5, 48, le concede, a pesar de la falta de *ajenidad* del negocio, la *actio negotiorum gestorum*; ella es en este sentido excepcionalmente útil para reclamar al gestor de negocios el enriquecimiento obtenido. Juliano, por el contrario, concede una *condictio* [48.10]. 20

b) La acción del gestor contra el principal (*actio negotiorum gestorum contraria*) tiene por objeto el reembolso de los gastos en que el gestor ha incurrido con ocasión de la gestión. Para la protección del principal, los requisitos de 21

esta acción, al contrario de lo que ocurre en la *actio directa*, no se agotan en la gestión de un negocio ajeno. Todavía más, se exige que el negocio a favor del principal haya sido gestionado exitosamente, es decir, que haya significado un incremento patrimonial para éste. El gestor puede reclamar el reembolso de sus gastos, sin más requisito, hasta el monto del beneficio conseguido; en este aspecto la *actio contraria* resulta idónea para impedir el enriquecimiento del principal (Ulp. D. 3, 5, 5, 5 *if.*; Afr. D. 3, 5, 48). Como alternativa, puede exigirse que el negocio resulte útil para el principal (*utiliter gestum*), es decir, que sea útil al emprenderse la gestión (*utiliter coeptum*), aunque posteriormente no tenga éxito (Ulp. D. 3, 5, 9, 1: el gestor repara una casa que antes del regreso del principal se incendia). Para evitar que se gestionen asuntos ajenos de modo de obtener beneficios para sí, y se decida demandar al principal después de haber fracasado el negocio exigiendo el reembolso de los gastos, se exige en estos casos, además de la conveniencia, la intención de gestionar negocios ajenos. Si una persona, gestiona un negocio que sabe es ajeno como si fuera propio (*cf.*: § 687 II BGB), podrá reclamar solo hasta el monto del enriquecimiento del principal (Ulp. D. 3, 5, 5, 5). **Lit.:** H. ANKUM, «*Utiliter gestum*», OIR 1 (1995) 19, quien entre los requisitos de la *actio directa* cuenta a la utilidad de la gestión de negocios.

- 22 4. Las reglas de origen romano acerca de la gestión de negocios sin mandato fueron conservadas, en lo esencial, a partir de la Recepción y hasta la codificación. De los dos objetivos de esta institución –de una parte, la promoción de un auxilio desinteresado (*vid.* [44.14]); de otra, la defensa ante una injerencia no solicitada en asuntos ajenos– el último de éstos fue fuertemente remarcado en la Ilustración tardía; así, los § 228 I 13 ALR y 1035 ABGB prohíben en lo esencial tal intromisión. A partir del Derecho natural moderno se pone de relieve la semejanza contractual de la gestión de negocios sin mandato. Esto se relaciona con el hecho de que las exigencias en torno a que la gestión de negocios se haga en interés del principal, así como de la intención de gestionar un negocio ajeno adquieren importancia. La pretensión de indemnización por los gastos del negocio gestionado, que es exitoso pero que carece de interés, se traslada, en consecuencia, al derecho del enriquecimiento injustificado (684, 1.^a frase BGB); lo mismo vale para las pretensiones en casos en los cuales no existe intención de gestionar un negocio ajeno (§ 687 BGB).–§§ 677-687 BGB; 1035-1043 ABGB; arts. 419-423 OR; 1372-1375 Cc fr.; 1888-1894 Cc esp.; 2028–2032 Cc it. La gestión de negocios sin mandato no ha gozado de reconocimiento en el *Common Law* («The great majority of the common law systems appear to have done their best to discourage good Samaritans»), DAWSON, *cf.*: DEPPENKEMPER (cit. en [44.12] I, 29, 31). **Lit.:** COING II, 509; RANIERI [5.1], 1758; HKK–JANSEN §§ 677-687 I [14-40]; EL MISMO, «Gesetzliche Schuldverhältnisse. Eine historische Strukturanalyse», AcP 216 (2016) 112, 166; DEPPENKEMPER (*vid. supra* [44.12]).

§ 45. Contratos (reales) innominados

(RPr. §§ 135, 269)

I. ACCIONES *IN FACTUM* COMO PRECEDENTES

1. El cerrado círculo de acciones contenidas en el edicto relativas a contratos se revela insuficiente en casos en los que, además de la compra y de la *locatio conductio*, se acuerda un intercambio de prestaciones. Podía darse el caso de que, habiéndose ya realizado una prestación, en ausencia de la contraprestación convenida, se exigiese la devolución de aquélla realizada, mediante la *condictio (ob causa datorum)*; [48.16]); sin embargo, una acción que tuviese por objeto la contraprestación esperada, no existía.

En tales casos intervenía el pretor concediendo caso a caso, además de las acciones edictales, *actiones in factum*, las cuales se adaptaban a las características propias de cada circunstancia. Con todo, la concesión de estas acciones (probablemente, ello era así en atención a los modelos helenísticos) tenía lugar solo cuando una de las partes había realizado su prestación. Se trata de supuestos respecto de los cuales se sabe que se ha celebrado un contrato, pero *se desconoce cuál* es ese contrato; p. ej., en la *permutatio*, cuyo emplazamiento fue discutido [41.12]; asimismo, en los contratos mixtos, que combinan elementos, p. ej., de la compra y del arrendamiento, bien o de éste y el contrato de obra. En estos casos, la pretensión de la parte legitimada, que ya había dado cumplimiento a su prestación, no debía malograrse por dificultades en la subsunción jurídica. *Cfr.* Paul. D. 19, 4, 1, 2–4; Lab.-Pap. D. 19, 5, 1, 1.

2. Un contrato de esta naturaleza es el contrato estimatorio (*aestimatum*), para el cual existía una fórmula especial en el edicto. Consiste en dar una cosa para que el que la recibe la venda, al tiempo que se pacta que, una vez llevada a término la compraventa, deberá dar a quien se la dio una suma de dinero (= *aestimatum*); si la cosa no se vende, deberá restituirla. Este contrato contiene elementos de la compraventa y del contrato de obra; *cfr.* Ulp. D. 19, 3, 1 pr; Ulp. D. 19, 5, 13 pr. (*vid.* también los §§ 1086–1089 BGB: mandato de venta. **Lit.:** A. CASTRESANA, «Das *aestimatum* – die unbekannte Geschichte einer prätorischen Abrede», SZ 128 (2011) 130 (convenio de garantía a favor de un arrendador de obra); E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Trento, 2011, 3, 71 (rec. C. A. CANNATA, Iura 60 [2012] 314; R. SCEVOLA, SZ 132 [2015] 625).

- 3 Por otro lado, se cuentan en esta categoría casos en los cuales es dudoso si se quiso celebrar un contrato o no.

Ejemplo: el contrato de protección de la vida (Ulp. D. 4, 2, 9, 1), o bien el caso que se examina en Lab.-Ulp. D. 19, 5, 20 pr.: caballos que están a la venta son entregados por tres días para que sean probados; quien los recibe durante el período de prueba se sirve de ellos para unas carreras y gana un premio; posteriormente, se niega a comprarlos. Aquí no es claro si se trata de una compra o de un pacto no vinculante. **Lit.:** O. BEHRENDTS, rec. a Kahn, SZ 96 (1979) 354; A. WACKE, «Ein Siegespreis auf fremden Pferden», SZ 119 (2002) 359.

- 4 2. En las acciones *in factum* –concedidas caso a caso– el pretor toma como modelo las acciones contractuales que están en el edicto. Es probable que los pretores describiesen en la *demonstratio* (vid. [83.8]) los supuestos singulares (el *factum*) y que se considerasen autorizados a conectar la cláusula de rigor de las fórmulas *según la buena fe: quidquid...dare facere oportet ex fide bona* [34.10]. Un proceder como el descrito justifica las denominaciones de estas acciones como *actio in factum civilis* y *actio incerti civilis*. Cfr. Pap. D. 19, 5, 1, 1 s.; Nerat. D. 19, 5, 6.

II. ACTIO PRAESCRIPTIS VERBIS

- 5 1. En alusión a la configuración de la fórmula, en la cual la *demonstratio* individual se encuentra «pre-escrita» [83.8 y 27] en las fuentes se encuentra la expresión *agere praescriptis verbis*, relativa a acciones que tienen estas palabras intercaladas (en la fórmula); cfr. Alex. C. 2, 4, 6, 1; C. 5, 12, 5. La expresión presupone el proceso formulario de la época clásica, pero difícilmente encaja con el proceso cognitorio del período posclásico [87.7]. Por lo mismo, pertenece al período clásico y lo mismo puede decirse de la denominación *actio praescriptis verbis* con la que se nombra a la acción derivada de los acuerdos mencionados, cfr. Ulp. D. 2, 14, 7, 2. Estas acciones se cuentan entre los *bonae fidei iudicia* (Inst. 4, 6, 28) y en ellas el deudor responde por *dolo* y por *culpa* (Ulp. D. 19, 5, 17, 1).
- 6 2. Con la configuración de esta acción se desarrolla un nuevo grupo de contratos premunidos de acción, los que, al contrario de los anteriores, cuyo nombre corresponde a un tipo singular (como compraventa, sociedad, etc., vid. Ulp. D. 2, 14, 7, 1) son designados como contratos innominados, es decir, carentes de nombres. Puesto que para poder demandar la contraprestación debe encontrarse ya realizada una prestación, se agrupan estos contratos entre los *contratos reales*, de modo que se habla de contratos reales innominados. Junto

a esta acción cuyo objeto es la contraprestación, queda a disposición la *condictio (ob causa datorum)*, de modo que la parte que ha realizado su prestación puede optar por exigir, o bien la contraprestación, o bien la devolución de aquello que haya dado. De acuerdo con una opinión que fue dominante, la configuración de los contratos innominados se remonta a las escuelas jurídicas de la parte oriental del Imperio, cuyos intereses sobre estas cuestiones son bien conocidas gracias a los escolios de los Basílicos (*vid. RPr: II, 419*). Es más probable, sin embargo, que dichas escuelas jurídicas reanudasen un desarrollo que ya en época altoclásica –claramente–, se había llevado adelante (*cf: también [38.15]*, así como ARTNER y SCHMIDLIN [45.5]).

En el texto, considerado en su día como extensamente interpolado, de Paul. D. 19, 5, 5 7 pr. (y desplegada entre los §§ 1-5) se expone un esquema de cuatro partes sobre el tema de la obligación en la que se realiza una prestación con miras a una contraprestación: *do ut des* (doy para que des), *do ut facias* (doy para que hagas), *facio ut des* (hago para que des), *facio ut facias* (hago para que hagas). *Dare* significa la producción del efecto dominical; *facere*, cualquier otro comportamiento que sea objeto de una prestación [35.1]. El esquema, sin embargo, no es exhaustivo, puesto que la *actio praescriptis verbis* se concede también en casos en los cuales a través de ella no se persigue la contraprestación, sino la restitución de lo que se hubiese dado o entregado, como ocurre con el *precarium*, Ulp. D. 43, 26, 2, 2; Iul. D. 43, 26, 19, 2 (*cf: [19.14]*). Parece obvio que este intento de superar la dependencia –en cierto modo inmanente al sistema– de la tipicidad, cuadra más con la jurisprudencia tardoclásica que con las escuelas orientales de derecho de los siglos IV y V (Berito, Constantinopla).–Sobre el tardío reconocimiento de la exigibilidad de todos los acuerdos, *vid. [38.18]*.

Lit.: J. KRANJC, «Die *actio praescriptis verbis* als Formelaufbauproblem», SZ 106 (1989) 434; F. GALLO, *Synallagmae conventio nel contratto*, vol. 1, Torino, 1992; vol. 2, Torino, 1995; ZIMMERMANN, 532; M. TALAMANCA, «La tipicità dei contratti romani fra *conventio* e *stipulatio* fino a Labeone», en F. Milazzo (a cura di), *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana (Atti Copanello, 1988)*, Napoli, 1990, 35; L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto nella prospettiva storico comparatistica*, Torino, 1997, con contribuciones de: G. BROGGINI («Causa e contratto», 8); C. A. CANNATA («Contratto e causa nel diritto romano», 35); F. GALLO («Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle a quello delle prestazioni», 63); R. SANTORO («La causa delle convenzioni atipiche», 85); R. KNÜTEL («La causa nella dottrina dei patti», 131); M. SARGENTI («Da Labeone ad Aristone. Continuità o antitesi?», 145); I. BIROCCHI («Causa e definizione del contratto nella dottrina del Cinquecento», 189); K. LUIG («Causa und Innominatvertrag in der Vertragslehre zur Zeit des Naturrechts», 217); A. GUZMÁN BRITO, «Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la codificación Europea y Americana», ReA 12 (2001) 167; NELSON

■ § 45. CONTRATOS (REALES) INNOMINADOS

– MANTHE III 1, 263, 290; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, Berlin, 2002; GRÖSCHLER [82.4]; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto*, Padova, 2004; EL MISMO, «La causa del contratto nel pensiero di Aristone», SCDR 22 (2009) 251; KLINGENBERG [48.16]; B. SCHMIDLIN, «Das Nominatprinzip und seine Erweiterung durch die *actio praescriptis verbis*», SZ 124 (2007) 53; L. ZHANG, *Contratti innominati nel diritto romano. Impostazioni di Labeone e di Aristone*, Milano, 2007; J. PARICIO, «Celso contra Neracio», en *Fs. Knüttel*, 849; C. A. CANNATA, «Labeone, Aristone e il sinallagma», *Iura* 58 (2010) 33 (centrado en la literatura italiana sobre el tema); M. F. CURSI – R. FIORI, «Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone», *Bull.* 105 (2011) 145; R. FIORI, «Proculo e l' *agere praescriptis verbis*», en *Ess. Sirks*, 257 (sobre D. 19, 5, 12); CORBINO [24.10], 127.

§ 46. Contratos con acción pretoria

(RPr. §§ 136, 263 III, V, 266 III)

I. GENERALIDADES

Algunas acciones pretorias tienen por fundamento la promesa de realizar una prestación o la asunción de una responsabilidad (*vid. supra* [38.14] *pacta praetoria*). En ellas, el consentimiento contractual es *un* elemento de hecho, entre varios, y no siempre el más importante. Estos negocios tienen en *común* la carencia de formalidades del acto fundante, aparte de las raíces *penales* de estas acciones, a las que en el período clásico se superpone, sin embargo, su función reipersecutoria. 1

II. *CONSTITUTUM (DEBITI)*

Lit.: E. RICART MARTÍ, «Perfil del *constitutum debiti*», SCDR 2 (1991) 135; P. COSTA, «*Pecunia constituta*», SD 2 77 (2011) 129; J. PLATSCHEK, *Das Edikt De pecunia constituta*, München, 2013 (rec. É. JAKAB, SZ 133 [2016] 487). 2

Constitutum es el establecimiento de un *término* determinado para la realización de la prestación e, implícitamente, la promesa no formal de cumplir una obligación *preexistente* de entregar una *cantidad de dinero* (o una cantidad determinada de otras cosas fungibles) en un día fijado, o bien de constituir una *garantía* de tal cumplimiento (Ulp. D. 13, 5, 14 pr.-2). La acción derivada de él es la *actio de pecunia constituta*, que sigue el modelo de la acción del mutuo (*condictio*). Ella provee al actor el interés, calculado objetivamente, *en razón del tiempo*, es decir, considerando la desventaja que el acreedor soporta al no recibir el pago en el momento fijado.

La promesa de una deuda *ajena* en virtud de un *constitutum (constitutum debiti alieni)*, Ulp. D. 13, 5, 5, 2-3) tiene un efecto similar al de una *fianza* [57.26]. Justiniano permite este *constitutum* para toda prestación que pueda ser objeto de una estipulación (es decir, también si versa sobre un *incertum*) y la coloca entre las reglas de la fianza estipulatoria, C. 4, 18, 2; Nov. 4, 1. Solo el *animus* permite decidir si alguien se ha obligado en razón de un *constitutum* o de una fianza estipulatoria. 3

III. RECEPTA

- 4 Se llama *receptum* (de influjo helenístico) la «asunción», sin formalidades, de una garantía por un determinado resultado. Tres formas distintas entre sí se incluyen aquí:

1. ***Receptum arbitri***: si las partes envueltas en un litigio acuerdan un contrato de arbitraje (*compromissum*), y el árbitro convenido por éstas acepta decidir por medio de un laudo arbitral, el pretor dispone contra él de medios coercitivos (p. ej., la amenaza de imposición de una *multa*) sin necesidad de ejercitar una acción y condenarlo; Ulp. D. 4, 8, 3, 2; Ulp. D. 4, 8, 15.

El *compromissum* se denomina así, porque mediante estipulaciones penales de ambas partes (es decir, mediante promesas recíprocas), se asegura que el laudo no sea desobedecido. Justiniano declara suficiente que el contrato de arbitraje conste por escrito, aunque no contenga una cláusula estipulatoria: C. 2, 55, 4. **Lit.:** K.-H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, München, 1971; EL MISMO, RGDIPD, 669; KNÜTEL [40.13], 36 y *passim*; J. L. LINARES, «Reflexión sobre la estructura del *compromissum*», en *Est. Miquel*, 565; T. DALLA MASSARA, Napoli, *Studio sui rapporti tra sententia iudicis e decisione arbitrale*, Napoli, 2012 (panorama de la literatura en p. 79); J. PARICIO, *Los arbitrajes privados en la Roma clásica*, Madrid, 2014; R. LUKITS, *Der Schiedsspruch des C. Helvidius Priscus (CIL IX 2827)*, Linz, 2015, *vid.* también BALDUS [35.4] y W. ERNST, «Schiedsrichtermehrheiten im klassischen römischen Recht», en *Ess. Sirks*, 161; EL MISMO [82.15].—Sobre lo que vino después, *vid.* COING I, 487.

- 5 2. Mediante el ***receptum argentarii*** un banquero, sin necesitar para ello de formalidad alguna, acepta hacerse cargo de que la otra parte reciba de él o de un tercero una suma de dinero. El acreedor dispone de la *actio recepticia*.

Este negocio evita la forma estipulatoria, y es similar al *constitutum*, si bien no presupone la existencia de un crédito. Justiniano lo suprime y lo subsume en el *constitutum*; Inst. 4, 6, 8; C. 4, 18, 2. **Lit.:** A. BÜRGE, «Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens», SZ 104 (1987) 527; A. PETRUCCI, «Osservazioni in tema di legislazione giustiniana sul *receptum argentarii*», en *FHI.*, vol. VI, 4219.

- 6 3. a) Los navieros (*nautae*), los hosteleros (*caupones*) y los dueños de cuadras (*stabularii*) responden en virtud del ***receptum nautarum, cauponum, stabulariorum***—con independencia de la *locatio conductio*, que regula sus relaciones con los pasajeros, huéspedes o dueños de caballerías— mediante una acción pretoria (llamada atécnicamente *actio de recepto*) por las *cosas que llevaban* los pasajeros (el edicto en Ulp. D. 4, 9, 1 pr.; Ulp. D. 4, 9, 3, 5). El *salvum fore recipere* (garantía de que una cosa permanecerá a salvo) debió ser en un principio, lo mismo que los demás *recepta*, una garantía expresamente

asumida por los empresarios mencionados; con posterioridad, sin embargo, fue suficiente la sola aceptación de las cosas introducidas (en dichos establecimientos). Originalmente, la responsabilidad es «absoluta», respecto de todas las pérdidas o perjuicios causados a estas cosas. Sin embargo, Labeón recomienda una *exceptio* si dicho daño o pérdida ha sido ocasionado por un naufragio o por el ataque de piratas (es decir, por fuerza mayor), por lo que los clásicos hablan en estos casos de *custodia* [36.15 y 17]. Cfr. Lab.-Ulp. D. 4, 9, 3, 1 *i.f.*; Gai. D. 4, 9, 5 pr.—Cfr. §§ 701 BGB; 970 ABGB; art. 487 OR.

Esta grave responsabilidad de los *nautae, caupones et stabularii* se debe a la poca 7
confianza que inspiran (Ulp. D. 4, 9, 1, 1; 3, 1). En virtud de la *locatio conductio* estos empresarios o arrendatarios no responden por *custodia*, porque las cosas son expuestas al riesgo de hurto o a sufrir un daño por los propios huéspedes. Los *nautae* cobran una remuneración más alta en caso de aumento del riesgo. Se permite la exención convencional de responsabilidad (p. ej. mediante el *praedicere* del *nauta* y el *consentire* del huésped; Ulp. D. 4, 9, 7 pr.). Cfr. P-I. CARVAJAL, «La persistencia del *recipere* en su acepción de «prometer» y la desvinculación entre *vis maior* y la *exceptio Labeonis* en época postclásica. *Salvum recipere obligare y suscipere in fidem suam*», en *St. Metro*, vol. I, p. 409; LOHSSE [39.8].

b) Estos empresarios (*nautae, caupones, stabularii*) responden por los perjuicios 8
causados a los huéspedes, tanto por los hurtos padecidos, como por los daños a las cosas, que han sido ocasionados por sus auxiliares; y lo hacen en virtud de acciones delictivas creadas por el pretor (Paul. D. 4, 9, 6, 1 ss.; Ulp. D. 47, 5, 1 pr. ss.). Los juristas fundan esta responsabilidad en la *culpa* del empresario por la *elección* de estos auxiliares [36.25] y clasifican los hechos comisivos como *cuasidelitos* (Gai. D. 44, 7, 5, 6 = Inst. 4, 5, 3). **Lit.:** HKK–ZIMMERMANN, §§ 701–704 [2–6].

c) La responsabilidad por causa de *receptum* inspiró la calificación de la responsa- 9
bilidad de la empresa ferroviaria como objetiva (o por el riesgo creado), en el § 25 de la ley prusiana sobre empresas ferroviarias. Esta disposición motivada por SAVIGNY representa el punto de partida de la moderna responsabilidad objetiva. **Lit.:** R. OGORÉK, *Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert*, Köln, 1975; H. P. BENÖHR, «Zur außervertraglichen Haftung im gemeinen Recht», en *Festschrift Max Kaser*, München, 1976, 689; Th. BAUMS, «Die Einführung der Gefährdungshaftung durch C. F. von Savigny», SZ (sección germanística) 104 (1987) 277.—Vid. asimismo, ZIMMERMANN, 514; HKK–ZIMMERMANN, §§ 701–704 [7–41].

§ 47. Donación (*donatio*)

(RPr. §§ 140, 265)

I. ESENCIA Y EFECTOS

Lit.: G. G. ARCHI, *La donazione*, Milano, 1960; J.-H. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962; ZIMMERMANN, 477; A. WACKE, «Europäische Spruchweisheiten über das Schenken und ihr Wert als rechtshistorisches Argument», en *RGuPD*, 325; EL MISMO, «Im Zweifel für den Beklagten - aber nur *in pari causa*: Vom Nachrang der Schenkungscausa bei der Beweislastverteilung», en *Zivilrecht und Steuerrecht, Erwerb von Todes wegen und Schenkung. Festschrift für Jens Peter Meincke*, München, 2015, 397; J. P. MEINCKE, «Perspektiven des Schenkungsrechts in den Institutionen Justinians», *FHI* 31.5.2010; J. M. RIBAS ALBA, «*Remuneratio*: a propósito de D. 17,1,10,13 y 12 pr. (Ulpiano, 31 *ad edictum*)», *SCDR* 28 (2015) 883.

1. La donación (*donatio*) es una atribución *gratuita*, es decir, una por la cual el donante no espera una prestación en dinero (o de otra forma). La *atribución* puede ser, o bien un negocio del ámbito de los derechos reales, como p. ej., la transmisión de la propiedad de una cosa o la constitución o la supresión de un derecho real, o bien, un negocio obligacional, como la promesa objeto de una estipulación, o la cesión de un crédito, la asunción de una obligación ajena o la remisión de un crédito; finalmente, puede constituir donación ya no un negocio jurídico, sino un comportamiento fáctico. La donación como atribución gratuita, por consiguiente, se debe diferenciar de la promesa de donar, que se otorga mediante una estipulación (*cf.* [40.9]; *vid.* también [32.22]).

Existiría donación *mixta* si, p. ej., una cosa, a modo de donación, es vendida a muy bajo precio. En este caso, se producen todos los efectos de la donación. Sin embargo, si existe prohibición de donar [47.8 y 10] aquella parte que corresponde a la donación, no los produce (si es que la norma prohibitiva admite esta consecuencia), Ulp. D. 24, 1, 5, 2; D. 39, 5, 18 pr. y 1. **Lit.:** R. SCEVOLA, *Negotium mixtum cum donatione*, Padova, 2008 (rec. B. SCHMIDLIN, *SZ* 129 [2012] 849), además, T. J. CHIUSI, «Zu Archaismen und Wiederkehrungen im Schenkungsrecht», *Iura* 60 (2012) 234 (sobre atribuciones «relativas al matrimonio»); WACKE, «Zur Einrede des Notbedarfs (*ne egeat*) bei Schenkungsversprechen und im Dotalrecht», en *St. Metro*, vol. VI, 454.

- 2 Por regla general, la donación exige el consentimiento del donante y del donatario acerca de su carácter gratuito (una discutida excepción, *supra* [24.12]).

La que resulta decisiva, sin embargo, es la *voluntad del donante*, que recibe la denominación *animus donandi*.

Cfr. Paul. D. 39, 5, 34 pr.; Sev. Ant. C. 5, 3, 1. Los juristas clásicos empleaban la expresión *animus donandi* para referirse a negocios *de causa diferente a la causa donandi*, cuando ella contenía una *liberalidad (liberalitas)*; p. ej., en ciertos casos de compraventa, fianza, *adstipulatio*, gestión de negocios, constitución de dote, instituciones de herederos, legados, manumisiones, etc. Justiniano favoreció la ampliación del concepto de donación por motivos religiosos, pero no influyó demasiado en la práctica [8.19]. **Lit.:** R. KNÜTEL, «Ulpian's Katalog unentgeltlicher Zuwendungen», en *Zivilrecht und Steuerrecht, Erwerb von Todes wegen und Schenkung. Festschrift für Jens Peter Meincke*, München, 2015, 207.

2. La donación del derecho *clásico* no es aún una fuente obligacional autónoma, ni tampoco un negocio jurídico típico, sino solo una causa jurídica, la *causa donandi*—como lo es hoy en día, en la donación manual del § 516 BGB—que justifica la atribución. En la donación que constituye cumplimiento de la promesa contenida en una estipulación, la prestación se realiza con la finalidad de pagar, *solvendi causa*. 3

La *donación* no transfiere por sí misma la propiedad (es decir, sin mediar un modo de adquirir el dominio), ni tampoco es la promesa de donar por sí misma obligatoria (si es que ella no es objeto de una estipulación). ¿En qué área o sector del sistema jurídico se debe emplazar la donación? Es un asunto difícil de resolver. Hoy en día, el BGB y el OR la emplazan junto a la compraventa; el ABGB, entre el derecho de contratos y las relaciones jurídicas particulares; los derechos de tradición romanista, en cambio, la acercan al derecho de sucesiones (en cuanto adquisición gratuita).—*Vid.* la donación manual §§ 516 BGB; 938, 943 ABGB; arts. 239, 242 OR; 618 Cc esp.; sobre la promesa de donar [47.5] § 518 I BGB; 943 ABGB en relación con 1 I d NotZwG; art. 243 OR.

3. Solo a partir de una ley de Constantino, que prescribe una *forma* nueva y autónoma para la donación de cosas (vat. 249, *vid.* [7.28]), ésta se configura como negocio típico. La forma prescrita exige, además de la entrega corporal, la documentación y su inscripción en un registro oficial (insinuación, [7.36]). En el *derecho vulgar* posclásico, la donación realizada según la forma prescrita transmite inmediatamente el *dominio* al donatario [24.14]—lo que también ocurre con la compraventa, a la cual se le asocia habitualmente. El derecho vulgar parece no haber conocido más donaciones que las de cosas. **Lit.:** D. V. SIMON, *Konstantinisches Kaiserrecht*, Frankfurt a. M., 1977, 51, 84. 4

4. Justiniano tiende (y lo mismo hace con la compraventa) a una fusión entre las soluciones del derecho clásico y del posclásico. Ve en la donación una *causa* de adquisición, a la que diferencia de la transmisión de la propiedad. En cuanto simple promesa, ella vuelve a ser obligatoria nuevamente, separada de 5

■ § 47. DONACIÓN (DONATIO)

la forma de la *stipulatio* (ahora escrita). Cfr. C. 8, 53, 35, 5 b-c; Inst. 2, 7, 2. Con todo ello, la promesa de donar se transforma en un *contractus* autónomo, cuya fuerza obligatoria se funda en el *consenso* (*pactum legitimum*).

Al mismo tiempo, Justiniano adopta la obligación de *registro* introducida por Constantino, y la extiende a las promesas de donar. Excluye a las donaciones (de toda clase) de hasta 300 y, posteriormente, de hasta 500 *solidi* y exime a ciertos casos especiales de cuantía ilimitada. Cfr. C. 8, 53, 36, 3; Inst. 2, 7, 2. En los territorios del derecho común persiste el deber de insinuación hasta la introducción del BGB; los 500 *solidi* quedan establecidos en 4.666, 67 marcos alemanes de la época.

- 6 5. En época *posclásica* adquieren importancia motivos relacionados con los *intereses familiares*, los que aproximan las donaciones a las asignaciones por causa de muerte, es decir, a la institución de heredero y a los legados. En ocasiones, las donaciones anticipan las asignaciones de última voluntad. En este período, ciertos beneficios de carácter legal, pero sobre todo las prohibiciones, se aplican tanto a las donaciones como a las asignaciones de última voluntad.—Gran importancia práctica adquieren las donaciones y asignaciones testamentarias a la iglesia, a los monasterios, a los santos y a los mártires, así como a los pobres y a los necesitados y para la liberación de los cautivos, todas las cuales tienen por finalidad asegurar *la salvación de las almas*.

II. RESTRICCIONES

- 7 Los principios desarrollados por el derecho positivo para la donación, en general, no la favorecen. El racionalismo romano observa con desconfianza cuando se transfieren valores patrimoniales en razón de motivos frecuentemente irracionales, sin que exista una contraprestación material. De las restricciones quedan excluidas las donaciones hechas por motivos de equidad [47.6].
- 8 1. La *lex Cincia de donis et muneribus*, un plebiscito del año 204 a. C. prohibió aceptar donaciones superiores a una determinada cuantía (que desconocemos); quedaron exceptuadas de esta prohibición solo las donaciones de ciertas personas cercanas al adquirente (familiares, etc.).

En cuanto *lex imperfecta* [9.7], no fulminaba a su infracción ni con la nulidad ni con una pena, sino que la observancia de la misma quedó en manos del pretor. Las donaciones que excedían la cuantía legal eran tenidas por válidas; sin embargo, si aún no había sido ejecutada (*perfecta*), era posible oponer la *exceptio legis Cinciae* a la acción (derivada de la promesa de donar contenida en una estipulación) para exigir la entrega de lo donado. Lo dicho vale también, p. ej., cuando la cosa había sido mancipada, pero aún no se había entregado; a la *rei vindicatio* del donatario se podía oponer la *exceptio* antes señalada. Si el donatario ya no tenía nada que exigir, la donación era perfecta y permanecía firme, ya que la *lex Cincia* no concedía el derecho a la restitución.

ción. *Cfr.* Paul. vat. 310, 311.—Lo que se hubiese pagado en cumplimiento de la estipulación, por desconocimiento de la limitación legal, podía ser objeto de una *condictio* (Ulp. vat. 266). El propósito de la ley era la lucha contra el lujo y las maquinaciones extorsivas, a consecuencia de las cuales, en agradecimiento de favores, personas poderosas y ricas recibían donaciones excesivas de parte de personas más débiles social y económicamente. Pero para proteger a estos sectores influyentes, se excluyó la posibilidad de reclamar las donaciones ya entregadas de esta forma. **Lit.:** KASER [9.7], 20; I. REICHARD, «Anweisungsschenkung und *lex Cincia*, Cels. D. 39, 5, 21, 1 und Paul. D. 44, 4, 5, 5», en *Liber amicorum Christoph Krampe*, Berlin, 2013, 289.

En época tardoclásica, la donación realizada con infracción a la ley quedaba subsanada con la muerte del donante (*morte Cincia removetur*, la muerte hace inaplicable la [lex] *Cincia*; Pap. vat. 259 *i.f.*; Ulp. vat. 266) y a su heredero se le denegaba la *exceptio legis Cinciae*. Después del fin de la época clásica, la ley perdió vigencia y Justiniano la suprimió de las fuentes. **Lit.:** E. H. POOL, «*Obscuritas Papiniana* in *Fragmenta Vat. 259?*» en *Secundum datur! Negen studies aangeboden aan Hans Ankum*, Amsterdam, 1997, 77 (sobre la inexistencia de la regla *morte Cincia removetur*). 9

La donación (nula) del *paterfamilias* a su hijo se subsanaba con la muerte del donante, así como por la idea de la intención permanente de donar.

2. Sobre la nulidad de las donaciones **entre cónyuges**, *vid.* [59.4–5]. 10

3. El derecho a **revocar** la donación debió asegurárselo el donante, en principio, a través de una estipulación, es decir, mediante una promesa sujeta a una condición que dependiese de la voluntad de éste (condición potestativa, p. ej., Scaev. D. 32, 37, 2). En el s. III d. C. el *patrono* tiene por ley un derecho de revocación contra el manumitido, a menudo por causa de ingratitud (Phil. vat. 272 = C. 8, 55, 1). Constantino concede idéntico derecho al *padre* en determinados supuestos de ingratitud contra los hijos (vat. 248). Más adelante se amplía a la madre y a otros ascendientes (CTh. 8, 13, 1; 349 d. C.). Justiniano lo concede a todos los donantes, incluso a aquellos que no son familiares del donatario, a condición de que éste haya cometido entuertos graves, de los que pueda deducirse su falta de gratitud (C. 8, 55, 10; Inst. 2, 7, 2). Sobre el moderno derecho de revocación por causa de empobrecimiento, *vid.* [32.22]; sobre la revocación del manumitido a causa de ingratitud, *vid.* [16.13]. 11

III. La donación debe distinguirse de la *pollicitatio*, esto es la promesa unilateral y carente de formalidades de la realización de una obra (*opus*, p. ej., edificación) que un ciudadano hace a su municipio con ocasión de su candidatura a una magistratura o para el sacerdocio. Más adelante, designa a otras prestaciones, como entregas de dinero, y prestaciones prometidas por otros motivos. La institución es de carácter jurídico-público, se remonta a la época imperial y solo puede exigirse en el proceso de la *extraordinaria cognitio*. *Cfr.* Ulp. D. 50, 12, 1 pr.; Ulp. D. 50, 12, 6, 1. Justiniano 12

■ § 47. DONACIÓN (DONATIO)

comprende la *pollicitatio* en su amplio concepto de donación. **Lit.:** P. LEPORE, *Rei publicae polliceri*², Milano, 2012; EL MISMO, «In tema di *pollicitatio ad una res publica*. Alcuni spunti ricostruttivi desumibili da AE. 1984, 148», SD 80 (2014) 307; V. CARRO, «Dalla *pollicitatio* all'art. 1987 Cc.» en, *FHI.*, vol. II, 791. *Vid.* también A. WACKE, «Proagolaner Euergetismus. Privates «Sport-Sponsoring» nach römischen Rechtsquellen», en *Ess. Sirks*, 763.

- 13 **IV.** Sobre la evolución posterior, *vid. Zivilrecht und Steuerrecht, Erwerb von Todes wegen und Schenkung. Festschrift für Jens Peter Meincke*, München, 2015: H.-P. HAFERKAMP, «Zur Konstruktion des Schenkungsbegriffs in der Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts», 129; H.-P. BENÖHR, «Die Schenkung: Eine Skizze zur BGB-Gesetzgebung», 49.

§ 48. Retención sin causa y enriquecimiento

(RPr. §§ 139, 270; KASER – HACKL §§ 16, 47 a. E.)

I. GENERALIDADES. *CONDICTIO*

Lit.: F. SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht*, Münster, 1952; B. KUPISCH, *Ungerechtfertigte Bereicherung. Geschichtliche Entwicklung*, Heidelberg, 1987; ZIMMERMANN, 834; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle conditiones giustinianeae*, Milano, 2002 (rec. F. STURM, SZ 124 [2007] 513); HAUSMANINGER [39.3], casos 229–240; J. D. HARKE, «Das klassische Kondiktionensystem», *Iura* 53 (2003) 49.

1. Si un valor patrimonial, careciendo de causa jurídica, ingresa a un patrimonio ajeno, p. ej., alguien cree deber algo y paga lo que cree ser una deuda, el ordenamiento jurídico lo debe auxiliar para recuperar el bien. Si continúa siendo propietario, dispondrá de la *rei vindicatio*. Si quien recibió la prestación se hizo dueño, entonces será necesaria una acción cuyo objeto sea la restitución, acción que tendrá por fundamento la *retención injustificada de valores patrimoniales ajenos*. Estas acciones constituyen una original e importante creación romana y perviven aún, con forma renovada, en las legislaciones modernas.

2. Los romanos conectaron estas pretensiones a la *condictio* y, puesto que ésta es modelo de las acciones de *derecho estricto*, la sujetaron a límites igualmente estrictos.

Estas *conditiones* han servido como modelo a las modernas acciones de *enriquecimiento injustificado*, pero, a diferencia de prácticamente todas las acciones modernas, las *conditiones* no solo tienen por objeto aquello que actualmente tiene el enriquecido, sino también los valores patrimoniales *recibidos* en su momento; *vid.* [48.18] (*cfr.* § 818 III BGB; art. 64 OR; diversamente, § 1041 ABGB).

La *condictio* es una acción personal de *derecho estricto* cuyo objeto es *certam pecuniam dari*, o bien, *aliam certam rem dari* [34.5–6], y cuya *intentio* es *abstracta*, de modo que la causa de la obligación no se menciona. Por este motivo puede ser ejercitada en todos aquellos casos en que una persona exige la *restitución* de un *certum* que se ha transferido de su patrimonio a otro, sin que exista causa (o la ha dejado de tener) para retener lo adquirido. Esto se aplica a los siguientes supuestos: a) al hacerse exigible la restitución de lo

recibido en *mutuo*; b) cuando la restitución de lo mutuado [39.6] o de otra prestación cuyo objeto sea un *certum* haya sido prometida mediante *estipulación* [40.2]; c) cuando se ha mutuado dinero, pero el que lo ha recibido lo ha hecho, como si fuese donado, por causa de error (otros ejemplos de tales haberes *carentes de causa* en II, *infra*); d) cuando el mutuo no fue entregado por parte del mutuante, sino que le fue abonado al mutuario mediante un *contrato literal* (mutuo ficto [40.16]); e) cuando alguien ha *hurtado* un *certum* a otro, sin restituirlo (*condictio ex causa furtiva* [51.7]).—Los fundamentos de todas estas *condictiones* no ha de buscarse en sede de delitos, sino en la regla de la *equidad*, formulada por la filosofía griega (de la Stoa), de acuerdo con la cual es conforme a la *equidad natural*, que nadie pueda enriquecerse en detrimento de otro (*neminem cum alterius detrimento fieri locupletioem*, Pomp. D. 12, 6, 14; 50, 17, 206, *vid.* Cic. *de off.* 3, 21). Papiniano pone de relieve que esta *condictio (indebiti?)*, fue instituida conforme los principios del derecho y la equidad (*ex bono et aequo*), D. 12, 6, 66 pr. Para la concreción (de lo debido) sirve también la consideración de lo que ordena la buena fe; Ulp. D. 17, 1, 10, 3: «porque corresponde a la buena fe no lucrarse con cosa ajena» (*quia bonae fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat*).

Lit.: Chr. WOLLSCHLÄGER, «Das stoische Bereicherungsverbot in der römischen Rechtswissenschaft», en O. Behrends – M. Dießelhorst – W. E. Voß, *Römisches Recht in der europäischen Tradition (Symposion Wieacker)*, Ebelsbach, 1985, 41; D. LIEBS, «The History of the Roman *Condictio* up to Justinian», en N. MacCormick – P. Birks, *The Legal Mind. Essays for Tony Honoré*, Oxford, 1986, 163; S. HÄHNCHEN, *Die causa condictiois*, Berlin, 2003.

- 4 Los orígenes de la *condictio* son oscuros. El punto de partida es el *mutuo*, al que se habrían ido anexando los demás supuestos. Para el litigio entre ciudadanos se introdujo una *legis actio per condictioem*, de carácter especial (menos complicada que la acción de ley por apuesta sacramental), de la cual deriva su nombre *condictio* [81.8–9]. Sin embargo, prontamente la acción estuvo a disposición de los peregrinos, probablemente en el procedimiento formulario, o en su predecesor, desconocido para nosotros.
- 5 No obstante sus múltiples ámbitos de aplicación, la *condictio* clásica es una acción *unitaria*, con sendas fórmulas para *certa pecunia* y para *aliae certae res*; sobre su fórmula, *vid.* [83.12–13]. Sobre la extensión de lo que se entiende por *incertum*, *vid.* [48.20].

II. REQUISITOS Y CONTENIDO. DERECHO CLÁSICO

1. Los requisitos de la retención injustificada a los que se refiere la *condictio* son los siguientes: 6

a) Debe existir una atribución constitutiva de *datio*, es decir, productora de la adquisición de la propiedad. Pero tal como ocurrió en el caso del *mutuo*, esta exigencia fue atenuándose.

Ejemplo: es suficiente una *datio* que, en un primer momento, resulta incompleta y solo posteriormente se perfecciona; así ocurre con el que recibe y posteriormente usucape la cosa que, siendo propiedad de un tercero, había sido entregada por uno que no estaba facultado para transmitir el dominio [24.3]; *vid.* Iul. D. 39, 6, 13 pr. y Paul. D. 39, 6, 3; Paul. D. 12, 6, 15, 1. Esta atribución que solo en forma mediata permite adquirir el dominio al otro mediante usucapión, se encuentra no solo en el marco de la *condictio*, sino también en sede de cumplimiento: el deudor que entrega a su acreedor una cosa ajena para pagar la deuda quedará liberado después de que el acreedor complete la usucapión; *vid.* [53.2] y Pomp. D. 17, 1, 47, 1; Paul. D. 46, 3, 60. La *datio* se completa con posterioridad, cuando el que recibe el dinero que pertenece a otro lo consume de buena fe. Existen testimonios en las fuentes, relativas a entrega del *mutuo*, así como al pago de una deuda con dinero ajeno (*vid.* [39.4] acerca del *mutuo*, así como sobre la hipótesis de cumplimiento que resulta cuando el acreedor consume de buena fe el dinero con el cual se le pagó, Iul. D. 12, 1, 19, 1 *i.f.*; Pomp. D. 46, 3, 17; Pap. D. 46, 3, 94, 2). Con la expresión *consumptio nummorum* debe entenderse el gasto «cualificado» de dinero, mediante el cual quien recibe dinero ajeno lo pone a circular en el tráfico comercial, volviéndolo indistinguible. Por consiguiente, si quien recibe el dinero le da un tratamiento a resultados del cual se mantiene identificable, y hace con ello posible su reivindicación por el dueño, entonces la *datio* correspondiente a la relación entre el que entrega el dinero y el que lo recibe no se realiza, como tampoco la *datio* correspondiente a la relación entre el que recibió y aquel al cual lo entregó posteriormente. Además del gasto cualificado, es posible que también constituya un caso de *consumptio nummorum* la mezcla –sin perjuicio de que ella debe ser objeto de un tratamiento en otra sede– que hace indistinguible al dinero ajeno del propio del receptor, de modo que quien recibe las monedas adquiere la propiedad individual sobre ellas (*vid.* Iav. D. 46, 3, 78 y *supra* [26.16]); si se actúa de buena fe, la *datio* puede ser completada –en caso de mala fe, queda sujeta a la acción del dueño anterior. **Lit.:** WACKE, [26.16], 49, 124.

Además, el pago que realiza un tercero por delegación equivale al propio pago (Ulp. D. 16, 1, 8, 3); incluso, la aceptación de una deuda equivale a una *datio*, Iav. D. 12, 4, 10 («porque ninguna diferencia hay entre recibir dicha cantidad mediante pago efectivo, sin causa, o mediante aceptación»). Fue discutido si la constitución 7

de un *usufructo*, o de una *habitatio*, o la realización de una prestación de arrendamiento de servicios (*operae*) eran equivalentes a la *datio* (Paul. D. 12, 6, 12; Paul. D. 12, 6, 65, 7).

- 8 La atribución debe ser, en todo caso, el resultado de un *negotium contractum*, es decir, de una colaboración lícita fundada en una voluntad negocial válida, todo lo cual fue examinado casuísticamente, así, p. ej., si se construye sobre terreno ajeno, se deniega la *condictio* (Iul. D. 12, 6, 33), y lo mismo ocurre cuando un pupilo acepta el pago de algo no debido sin autorización del tutor (Gai. 3, 91; Pomp. D. 46, 3, 66); en cambio, se concede esta acción cuando el pupilo, careciendo de autorización, paga por sí mismo, o cuando un *furiosus*, a quien el que recibe el dinero tiene por cuerdo, paga. (Iul. D. 12, 1, 19, 1; Iul.-Pomp. D. 12, 1, 12).
- 9 Conforme al tradicional requisito de la *datio*, una parte de los juristas clásicos asumieron que el no-dueño de una cosa que solo hubiese entregado, sin causa, la posesión de ella, no podría ejercitar la *condictio* respecto del receptor; *vid.* Pomp. D. 12, 6, 19, 2; *cfr.* Pomp.–Paul. D. 46, 1, 56, 2; Pap.–Ulp. D. 12, 1, 13, 1. Sin embargo, en Paul. D. 12, 6, 15, 1 se admite también una *condictio possessionis*; *vid.* Iul.–Ulp. D. 5, 3, 16, 7. Estas *condictiones* del no-dueño contra el poseedor en el ámbito de los negocios jurídicos encuentran su correspondencia en otras sedes, en las cuales a un no-dueño se le concede una *condictio* contra un poseedor delictivo: así lo aprueba Celsus en Ulp. D. 13, 3, 2, en que el no-dueño de un inmueble puede ejercitar la *condictio* respecto de la *possessio* (no hay contradicción, sino una confirmación de este punto de vista en Cels.–Ulp. D. 47, 2, 25,1). En Arist. Ner.–Ulp. D. 13, 1, 12, 2 se encuentra la *condictio* del acreedor pignoraticio contra el ladrón. En el supuesto de existir un *dominus negotii*, cuyo *procurator* o gestor de negocios paga con monedas de oro de su propio patrimonio a un tercero que, a pesar de estar al tanto de la inexistencia de la deuda, las recibe (y comete *furtum*; *vid.* [51.1]), se da al primero una *condictio* contra el receptor de las monedas; Pomp. Scaev. D. 13, 1, 18; Pap. D. 47, 2, 81, 7: la posibilidad de que el no-dueño ejercite la *condictio* contra el poseedor de las monedas equilibra las cosas, en tanto éste responde ante el *procurator* o ante el gestor de negocios, al restituir el valor de las monedas entregadas por éstos. Además, la *condictio possessionis* habrá servido para el beneficio del interés del acreedor legitimado a la *condictio*. De todas formas, la *condictio incerti* puede también servir, en estos casos, para que el no-dueño persiga su interés en la restitución de la posesión; *vid.* D. 13, 1, 12, 2 (*incerti condictione acturum*) así como Ulp. D. 13, 3, 2 (*possessionem condicere*) y para la *condictio incerti* en [48.20]. **Lit.:** M. MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio*, Köln, 1998, 89; S. HEINE, *Condictio sine datione*, Berlin, 2006 (rec. F. STURM, SZ 126 [2009] 546).
- 10 El derecho romano no conoció una *condictio* por intromisión, de carácter general (*cfr.* § 812 I: «o de otra forma»). Una decisión aislada, en este sentido, es

D. 12, 1, 23 (Africano, 2 *quaest.*)

Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere Iulianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim.

Si el siervo que te fue legado, yo lo hubiese poseído como si me hubiese sido legado, y lo hubiese vendido, dice Juliano que una vez muerto puedes demandarme el precio por condicción, como si yo me hubiese enriquecido con una cosa tuya.

Se trata de un legado vindicatorio [76.4]. El legitimado activo a la *condictio* (es decir, «Tú»), era dueño del esclavo al momento en que, quien carecía de derecho (es decir, «Yo»), dispusiese de él. Si el esclavo hubiese estado vivo, Tú lo habrías debido reivindicar del comprador. Pero, puesto que esta solución ya no es posible, Juliano da a Tú la *condictio* para la exigir el precio de venta por la el acto de disposición precedente por parte de quien carecía de derecho (*cf.*, sin embargo [44.20]; sobre la *condictio pretii* y [48.19], *vid.* también § 816 BGB).

b) Se exige, además, que quien haya obtenido algo mediante una *datio* (o su equivalente) retenga **sin causa** (*sine causa*) ante la parte contraria. Quien da algo a otro conviene previamente una finalidad para dicha prestación, de modo que tal finalidad –en tanto en cuanto es jurídicamente reconocida– justifica que el adquirente pueda conservar lo recibido. Así, por ejemplo, quien transfiere el dominio de una cosa lo hace precedido de una compraventa, o de una donación, o porque constituye una dote, o para dar cumplimiento a una obligación, o bien para constituir una, como ocurre cuando algo se da en mutuo. Si aquella finalidad, que ambas partes habían convenido, resulta ineficaz, o bien ella no llega a realizarse, no obstante, la creencia a este respecto de quien realiza la prestación (p. ej., se paga por error una suma que no es debida, o, se constituye una dote en la perspectiva de un matrimonio futuro que, finalmente, no llega a producirse), entonces el adquirente no podrá conservar aquello que recibió y que retiene *sin causa*. 11

De esto resulta que el error en la finalidad puede darse de distintas formas; sea porque la ausencia de causa existía al momento de la *atribución*, sea porque la causa jurídica que estaba, originalmente, en suspenso, se resuelve en perjuicio del que recibe (p. ej., si una donación está sometida a condición y ésta falla, *cf.* Paul. D. 12, 4, 9 pr.), sea, finalmente, porque cesa la causa jurídica originalmente prevista (*condicio ob causam finitam*, p. ej., en el caso del documento en el que consta la obligación, que es retenido después del pago de la deuda, Diocl. C. 4, 9, 2). 12

La *causa*, cuya ausencia justifica el ejercicio de la *condictio*, no debe confundirse con la *causa traditionis* de la transmisión de la propiedad. La *condictio* es procedente, precisamente, en la hipótesis en que la *causa* es suficiente para justificar la adquisición de la propiedad, pero no para retenerla (p. ej., cuando una cosa ha sido entregada en razón de una causa inmoral). Con abstracción de esto, la *condictio* procede en todos 13

aquellos casos de ausencia de causa para retener en los que el adquirente se ha hecho dueño en virtud de un acto abstracto de atribución (p. ej. *mancipatio, in iure cessio*), o bien, en razón de que el dinero ha sido consumido, o ha sido mezclado con el propio, o bien cuando la cosa ha sido usucapida. **Lit.:** HÄHNCHEN [48.3]; B. KUPISCH, «Natrecht versus Naturrecht oder: Zum Rückgewähranspruch bei nichtigem Kausalverhältnis», en *FHI.*, vol. IV, 2701.

14 2. Los juristas clásicos reconocieron como típicos los siguientes **hechos** en los que una persona retiene frente a otra sin causa, de modo que puede ser demandado con la *condictio*:

a) Si una persona ha pagado, por error, algo que *no debía (indebitum solutum)*, lo pagado puede ser objeto de la *condictio*. La finalidad perseguida por la prestación, consistente en extinguir una deuda, no se cumple si es que la deuda, o bien ya no existe, o bien ya no existe de la forma en que pretendía quien realizó la prestación. La buena fe se presume no solo para el que recibe (quien, desde el momento que acepta que se pague algo que no se debe, comete *furtum*; *cf.* la agravación de la responsabilidad actual en §§ 819 I BGB; 1437 ABGB; *cf.* art. 64 OR; 1896 Cc esp.), sino también en el que da. *Cfr.* Ulp. D. 12, 6, 1 pr.–1; Ulp. D. 12, 6, 26, 3 (= vat. 266): «Entendemos como pagado indebidamente no solo si algo no se debe en absoluto, sino también si algo no pudiera pedirse, en razón de alguna excepción perpetua, lo cual también podrá repetirse, a menos que se haga a sabiendas de que está protegido por una excepción» (§§ 813, 814 BGB; 1432 ABGB; art. 63 I OR).

Si en una relación jurídica que involucra a tres personas, se hace el pago de algo que no se debe, p. ej., mediante un delegado, un procurador, un tutor o un fiador, la *condictio indebiti* no se le concede al que paga (*solvens*), sino al deudor putativo (p. ej. Iul.–Paul. D. 12, 6, 6, 3). **Lit.:** I. FARGNOLI, *Alius solvit alius repetit (Studi in tema di indebitum condicere)*, Milano, 2001 (rec. G. KLINGENBERG, SZ 120 [2003] 277); STURM [54.15], 1210.

15 b) Al igual que ocurre en el caso a), sobre *causa solutionis*, puede faltar cualquier *otra causa* al que retiene, p. ej., porque el que realiza la prestación asume equivocadamente que se habría llegado a un acuerdo sobre la *causa (emptio, donationis, etc.)*, o bien porque obsta al cumplimiento de la finalidad algún impedimento (como una prohibición).

16 c) Las partes pueden convenir, además, junto a la finalidad de la prestación, que quien la recibe *haga*, en el *futuro*, o se *abstenga de hacer* algo a lo que actualmente no está obligado, o bien que otra circunstancia o resultado esperado ocurra; *datio ob rem (ob causam)*, *datio ut res (causa) sequatur*. Si el comportamiento esperado del que recibió, o la circunstancia que se esperaba ocurriese,

no se producen, no tendrá lugar la finalidad convenida de la prestación y el que recibió carecerá de justificación para retener lo recibido; Ulp. D. 12, 4, 1 pr.

A este grupo pertenece la prestación que se realiza a la espera de una contraprestación [45.1]; la constitución de una dote, en vistas a un matrimonio futuro; en la *donatio mortis causa* [79.1], la entrega de lo donado con la expectativa de que el donatario sobreviva al donante. Se incluye también la *condictio ex paenitentia* (arrepentimiento), cuyo supuesto es que se entrega un esclavo para ser manumitido, o bien se entrega dinero, para que adquiera un esclavo y lo manumita. El que da tiene a su favor un *derecho de arrepentimiento*, sin que sea necesario acordarlo expresamente. El negocio es similar a un mandato, pero éste no se celebra, probablemente porque el que recibe no debía o no podía quedar obligado (por un *mandatum tua gratia*, *vid. supra* [44.3]). Por este motivo, la *condictio* se interpreta a la luz del mandato, el derecho de arrepentimiento se equipara al derecho de revocación del mandante y la obligación de restituir se altera de acuerdo con las reglas del reembolso de los gastos (p. ej., Ulp. D. 12, 4, 5, 3). La sospecha de no ser clásica esta *condictio* (presente, incluso, en la 16.^a ed. de este manual) es difícil de sostener. *Cfr.* Ulp. D. 12, 4, 3, 2–3; Ulp. D. 12, 4, 5 pr.–4. **Lit.:** LIEBS [48.3], 172; O. BEHRENDTS, «Die *condictio causa data causa non secuta*», en *Status Familiae. Festschrift für Andreas Wacke*, München, 2001, 15 = *Behrendts II*, 879; W. ERNST, «Die *datio ob rem* als Austauschgeschäft», en *UAJR*, 29; G. KLINGENBERG, «Gefahrtragungsprobleme bei atypischen Geschäften über Sklaven», en *Festschrift Herbert Hausmaninger*, Wien, 2006, 119; TALAMANCA [10.21].

d) Una finalidad *inmoral* es ineficaz: lo obtenido por causa de un resultado *inmoral* (***ob turpem causam***) no puede retenerse (Paul. D. 12, 5, 1 pr. ss.; C. 4, 7). Si la *turpitud* afecta también al que da, pierde el derecho a la restitución y la *condictio* le es negada (Ulp. D. 3, 6, 5, 1; Paul. D. 12, 5, 8, origen de la máxima *in pari turpitudine melior est causa possidentis*, es decir, ante idéntica inmoralidad, es mejor la posición jurídica del poseedor; *cfr.* § 817 BGB; 1174 ABGB; art. 66 OR). En algunos casos de atribución *ilícita* se concede la *condictio* respecto de lo obtenido ***ob iniustam causam*** (*cfr.* Gai. D. 24, 1, 6 sobre la nulidad de las donaciones entre cónyuges).

Lit.: H. HONSELL, *Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte*, München, 1974, 70; S. HÄHNCHEN, «Sab.–Ulp. D. 12, 5, 6 und die *condictio ex iniusta causa*», SZ 121 (2004) 385.

e) Sobre los casos especiales de una *datio ob transactionem*, o de *condicionis implendae causa* (sobre el cumplimiento de una condición), *vid.* especialmente Paul. D. 12, 6, 65 pr., 1 y 3. **Lit.:** F. STURM, «La *condictio ob transactionem*», en *St. Sanfilippo*, vol. III, Milano, 1983, 627; L. PELLECCI, «L'azione in ripetizione e le qualificazioni del *dare* in Paul. D. 12.6.65. Contributo allo studio della *condictio*», SD 64 (1998) 68.

- 18 3. a) El **objeto** de la *condictio* no es el enriquecimiento existente, sino la *certa res* o la *pecunia recibidas* [48.3]. Si la cosa perece por causa imputable al enriquecido [36.18], la acción seguirá teniendo por objeto la cosa misma, en virtud de la *perpetuatio obligationis* 37.3].

En esto radica la diferencia principal con el contenido de la acción por enriquecimiento del § 818 III BGB y del art. 64 OR, de acuerdo con los cuales, el que de buena fe se ha enriquecido, responde solo por lo que conserva del enriquecimiento; de modo que puede invocar el cese del enriquecimiento cuando ha malgastado o acabado con lo obtenido. En todo caso, esta limitación de la responsabilidad al enriquecimiento aún existente no fue ajena al derecho clásico, pero se encuentra en casos especiales, como, p. ej., a favor del donatario en la devolución exigida por una *condictio* a causa de una donación entre cónyuges nula [48.20], así como en el caso de una *retentio ex dote propter res donatas*, que el marido puede oponer a la acción cuyo objeto es la restitución de la dote, fundándose en las cosas donadas (a la mujer) [59.22, aa]; además, según los juristas tardoclásicos, a favor del poseedor de la herencia, quien, ante una *hereditatis petitio*, responde ante el verdadero heredero por los bienes hereditarios en la medida del enriquecimiento existente al momento de iniciarse el proceso (*cf.*: [75.9], así como § 2021 BGB).—Puesto que el § 818 III BGB, por efecto de la teoría del saldo (*Saldotheorie*) resulta inaplicable en gran medida a uno de sus principales campos de aplicación, a saber, en la resolución de contratos recíprocos nulos, la principal diferencia que existe entre la clásica *condictio* y la acción de enriquecimiento moderna, en lo relativo al contenido de la pretensión, se mantiene dentro de ciertos límites. **Lit.:** W. FLUME, «Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht», en *Festschrift für Hans Niedermeyer*, Göttingen, 1953, 103, 129, 139, 140 = *Gesammelte Schriften*, Bd. 2, Köln, 1988, 247.

- 19 b) En el supuesto de que el legitimado pasivo a la *condictio* venda la cosa que a él se le transfirió sin causa, la *condictio* clásica dispone de un contenido alternativo: el precio (*condictio pretii*). Se trata de una innovación que podría deberse a Juliano; *vid.* Iul. D. 39, 6, 19 y Iul. D: 39, 6, 37, 1; además, Iul.—Afr. D. 12, 1, 23 (*vid. supra* [48.10]).
- 20 c) En el derecho clásico, si se retiene injustificadamente una prestación que solo podría ser reclamada como *incertum* (con fórmula referida al *quidquid* [34.7]), se concede una *condictio incerti*, además de algunas *actiones in factum*, en ciertos casos. Su fórmula abstracta debía ser individualizada mediante una *praescriptio* [83.27] que hacía referencia a un supuesto concreto.

Lit.: WOLF [40.5], 156; M. KASER, «*Intentio incerta*», *Labeo* 22 (1976) 18, 24; más testimonios en KASER–HACKL, 312 n. 8a, sobre lo cual D. NÖRR, «Prozessuales (und mehr) zur *lex rivi Hiberiensis*», *SZ* 125 (2008) 108, 133, 139 = *Schr.*, 605 (de la época de Adriano; edición y comentario: F. BELTRÁN LLORIS, «An Irrigation Decree from

Roman Spain», JRS 46 [2006] 147; Ch. BUZZACCHI, *Lex rivi Hiberiensis. Per un'indagine sul processo civile nelle province*, Roma, 2013; sobre la fórmula, *vid.* p. 65).

Los pasajes que conceden la *condictio* para la exigir la restitución de lo entregado por una donación entre cónyuges, Ulp. D. 24, 1, 5, 18 y Gai. D. 24, 1, 6; Ulp. D. 24, 1, 33, 1; Paul. D. 24, 1, 55, ganan en claridad, porque la *condictio* cuyo objeto es un *certum* fuerza al actor a limitar su pretensión respecto del importe al enriquecimiento aún existente, que él, por regla general, no podía conocer con precisión. **Lit.:** K. MISERA, *Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten*, Köln, 1974, 84, 226.

Si una persona promete algo, careciendo de causa, mediante una estipulación (abstracta), podrá demandar mediante una *condictio liberationis* (acción de liberación, Iul. D. 12, 7, 3; más adelante servirá como *condictio* del documento en que consta la deuda). 21

Si una persona cumple con una prestación y omite hacerse conceder por el que recibe una caución (p. ej., la *cautio usufructuaria* [29.8]), o ejercer un derecho de retención por los gastos, la pregunta de si puede ejercitar la *condictio* es objeto de controversia entre los juristas clásicos (sobre la *condictio cautionis*, Ulp. D. 7, 5, 5, 1; 35, 3, 3, 10; diversamente, Pap. D. 33, 4, 7, 4; Gai. D. 5, 3, 17, en tanto que sobre *condictio impensarum* Iul. D. 30, 60; en contra, Pomp. 12, 6, 51). El objeto de la controversia debió estar en si el receptor habría obtenido un aumento patrimonial reclamable mediante la *condictio incerti*, o bien si él lo detentaría como obligado, porque la facultad para exigir una *cautio* o para ejercitar un derecho de retención habría tenido un carácter exclusivamente defensivo. Menos controvertida resultó la concesión de una *condictio incerti* a quien, por error, hubiese entregado el fundo sin haber realizado la deducción de una servidumbre; *vid.* Pomp. D. 12, 6, 22, 1. **Lit.:** MÜLLER-EHLEN [48.9], 402; diversamente SACCOCCIO [48.1], 180. 22

III. DERECHO JUSTINIANO

1. Justiniano, que no estaba sujeto al esquema clásico de acciones ni a los estrictos principios de interpretación de las fórmulas procesales clásicas, adhiere la idea dominante de la *equidad* como fundamento de la *condictio* por enriquecimiento [48.3]. 23

2. Si el derecho clásico concibió la *condictio* unitariamente, porque ambas fórmulas (sobre *certa pecunia* y sobre *alia certa res*) permanecían idénticas en todos los supuestos en que eran aplicables, la doctrina jurídica de Oriente –según la opinión dominante hasta hace pocos años– habría disuelto la *condictio* en varios grupos de pretensiones *autónomas*. Habrían surgido a partir de aquí varias acciones con denominaciones independientes (*cf.* las rúbricas D. 12, 4 24

hasta 13, 2; C. 4, 5–9), que desarrollarían elementos típicos admitidos por los clásicos: a) la *condictio indebiti*, para la restitución de la deuda inexistente que se ha pagado por error [48.14]; b) la *condictio ob turpem (vel iniustam) causam*, cuyo objeto es la restitución de lo pagado por una causa inmoral (o bien, en contravención a una prohibición) [48.17]; c) la *condictio ob causam (rem) dati* (o también, *causa data causa non secuta*) para la devolución de lo pagado con vistas a un resultado, cuando éste no se ha producido [48.16]. *Causa data non secuta* quiere aproximadamente decir: «se da en atención a un cierto supuesto, pero éste no se cumple».—Por otro lado, la aportación de la jurisprudencia tardoclásica a estas tipificaciones es claramente mucho mayor, puesto que la *condictio incerti* hoy se reconoce como clásica [48.20–22 y 26], para el tipo de la *condictio ex lege* (que no es una acción de enriquecimiento) se ha encontrado entretanto, un testimonio en época altoclásica [48.20 y 25 f], y no hay indicios de que la *condictio generalis* sea una creación de Justiniano. Las concepciones de la que fuera la opinión mayoritaria (representativa de la cual es M. KASER, *RPr.* II, § 270 II y III, 421–424] son reconocibles en [48.25, 26].

Lit.: O. BEHREND, «Die *condictio causa data causa non secuta*. Ihr familienrechtlicher Tatbestand im klassischen Bereicherungssystem und ihre erweiterung zur Kondiktion wegen Zweckverfehlung unter vorklassischem Einfluß», en *Status Familiae. Festschrift für Andreas Wacke*, München, 2001, 15 = Behrends II, 879; EL MISMO, «*Gaius noster*», en *Fs. Knüttel*, 77 (sobre la *condictio ex iniusta causa* en Gayo Casio Longino, según Pomp. D. 45, 3, 39, cuyas raíces las encuentra Behrends en una tradición de derecho natural preclásica, *cf.* Pomp. D. 50, 17, 206).

- 25 d) Una *condictio sine causa* (D. 12, 7) comprende los hechos restantes (también, p. ej., los de la *condictio ob causam finitam* [48.12]. Además de ella, encontramos: e) la *condictio furtiva*, contra el ladrón [51.7]. De acuerdo con una opinión hasta hace poco dominante, Justiniano habría añadido otras dos *condiciones*: f) una *condictio ex lege*, para reclamar una obligación que haya sido introducida por una *nova lex* que no señale mediante qué acción se ha de exigir (D. 13, 2). Sin embargo, se ha descubierto recientemente, en el § 15 de la *lex rivi Hiberiensis* (de la época de Adriano), una acción que se califica como *condictio (incerti) ex lege* (sobre lo cual, NÖRR [48.20], 133, 139, 144, 185). g) Finalmente, la *condictio generalis* —aún considerada creación justiniana— para todo contrato, cuasicontrato o delito en los que se deba un *certum* (Ulp. D. 12, 1, 9 pr.- 3). Con todo, es muy probable que el texto contenga una descripción genuina —en lo fundamental— de Ulpiano, quien, al comienzo de su comentario al edicto *de rebus creditis*, exponía el panorama sobre el amplio campo de aplicación —ya en su época— de la *condictio*, e incluía una referencia

a ciertos casos que habían quedado relegados a un plano de menor importancia. Por tanto, si el texto se entiende en el sentido de que Ulpiano solo pretende ilustrar que una *condictio certi* es toda acción mediante la cual se reclama una cosa cierta, entonces la afirmación de que Justiniano habría creado aquí una *condictio generalis* independiente, carecería de sustento (SACCOCCIO [48.1], 54, 593, con DERNBURG).

3. Se permite, ahora, que las pretensiones tengan por objeto un *incertum* y la ***condictio incerti*** es reconocida como modelo. Sin embargo, las *condictiones* tienen aún por objeto (en general, pero véase lo dicho en [48.18 y 20]) la restitución de lo recibido y no simplemente el enriquecimiento experimentado por el que recibió (*cf.* Ulp. D. 12, 6, 26, 12). 26

4. Las *condictiones* son sistemáticamente emplazadas entre los *cuasicontratos*, en correspondencia con el paralelo, conocido ya en época clásica, entre *indebitum solutum* y *mutuum datum* (*cf.* [38.7]); Inst. 3, 27, 6. 27

IV. Como **acciones pretorias de enriquecimiento** se suelen reunir varios casos, fuera de la *condictio*, en los cuales el pretor, en supuestos en los que ciertos valores patrimoniales han llegado injustificadamente a un patrimonio ajeno, opera una suerte de compensación. Se trata, en especial, de los casos de ciertas *acciones penales* intransmisibles y sujetas a un plazo: aquellas contra los *herederos* del hechor (*vid. infra* [50.7], *cf.* Paul. D. 44,7, 35 pr.), o bien, aquellas que después del transcurso de un año [50.15] no tienen necesidad de expiar el agravio; sin embargo, en tales casos, el pretor concede acciones *in id quod ad eos (eum) pervenit*. Una acción pretoria, cuyo objeto es *quanto locupletior factus est*, contra el pupilo que concluyó un negocio jurídico sin la *auctoritas tutoris* [62.21], se basa en un *rescriptum divi Pii (Antoninus Pius)*. Existen otras, como la *actio funeraria*, cuyo objeto es la indemnización de los gastos de la sepultación, Ulp. D. 11, 7, 12, 2. A favor del pupilo que gestiona sin la *auctoritas tutoris* se toma en cuenta el cese posterior del enriquecimiento, Ulp. D. 26, 8, 5 pr.; Marci. D. 46, 3, 47 pr.-1. (Esta concepción, según la cual al inimputable se le ha de hacer responsable solo por lo que resta del enriquecimiento se encuentra también en la discusión moderna relativa al § 818 III BGB: éste debe ser aplicable, sin modificaciones, para quienes carecen de capacidad negocial completa, a propósito de la resolución de contratos recíprocos que producen enriquecimiento. Por regla general, las acciones pretorias de enriquecimiento no tienen como objeto el enriquecimiento existente al momento de la *litis contestatio*, sino lo recibido. **Lit.:** Ph. J. THOMAS, «The *actio funeraria*», en *Ess. Pool*, 321. 28

V. Sobre los demás tipos de enriquecimiento, *vid.* la literatura citada en [48.1]; COING I, 492; II, 499, 506; E. J. H. SCHRAGE 29 (Hrsg.), *Unjust Enrichment, The Comparative Legal History of the Law of Restitution*, Berlin, 1995; N. JANSEN, «Die Korrektur grundloser Vermögensverschiebungen als Restitution?», SZ 120 (2003) 106; EL MISMO, *Theologie, Philosophie und Jurisprudenz in der spätscholastischen* 29

■ § 48. RETENCIÓN SIN CAUSA Y ENRIQUECIMIENTO

Lehre von der Restitution, Tübingen, 2013; EL MISMO [44.22], 132; H. DE JONG, «Byzantine and Medieval West Roman tradition», *The Legal History Review* 81 (2014) 561 (sobre *consumpta pecunia* en D. 12, 1).

§ 49. Responsabilidad por negocios realizados por personas sujetas a potestad y por auxiliares

(RPr. §§ 141, 204 II, III; KASER – HACKL § 49 I)

I. GENERALIDADES

En general, los hijos de familia (varones y mujeres) y los esclavos tienen, bajo los mismos supuestos, la misma capacidad negocial que las personas no sujetas a potestad; sin embargo, sus negocios *obligacionales*, en parte carecen de validez y, en parte no les resultan exigibles, o bien lo son solo parcialmente. 1

Los hijos *varones* pueden obligarse en virtud de negocios jurídicos y pueden ser demandados, si bien la ejecución solo puede realizarse en su *peculio castrense*. Prescindiendo de esto, se puede dirigir una ejecución en su contra solo cuando dejan de estar sujetos a potestad; *vid.* [60.14]. La *hija* de familia y la mujer sujeta a la *manus* carecen de capacidad para obligarse y no pueden ser demandadas. Lo mismo vale para los *esclavos*, quienes no pueden obligarse ni –en términos generales– ser parte de un proceso. Sobre la *naturalis obligatio* de los hijos de familia y de los esclavos, *vid.* [33.10-11].

Para satisfacer requerimientos de orden económico, que exigían el empleo de los hijos de familia y de los esclavos para la realización autónoma de actividades de esa naturaleza, los pretores se vieron en la necesidad de introducir un grupo de acciones que derivaban de los negocios obligatorios concluidos por los sometidos a potestad, y que podían dirigirse contra el *pater familias*. Tales acciones no tenían por fundamento el concepto de representación indirecta (por lo demás, desconocido), sino que crearon (junto a la ocasional obligación natural del sometido a potestad) una responsabilidad *adicional* (de ahí el nombre de *actiones adiecticiae qualitatis*; acciones de cualidad agregada, según Paul. D. 14, 1, 5, 1; *cfr.* [11.8]). **Lit.:** WACKE, «Die adjektivischen Klagen im Überblick», SZ 111 (1994) 280; L. DE LIGT, «Legal History and Economic History: The Case of the *actiones adiecticiae qualitatis*», TR 67 (1999) 205; M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle «actiones adiecticiae qualitatis»*, Torino, 2001. 2

En dos de estas acciones, la *exercitoria* [41.12] y la *institoria* [49.13], no responde solo el potestad habiente, por los negocios de aquellos sometidos a su potestad, sino también el empresario, que se sirve de una persona libre o de un esclavo *ajeno*, como empleados o auxiliares, del modo que estas acciones prevén como supuesto. Sin embargo, si estas personas *adquieren* algo en razón 3

del negocio jurídico (p. ej., la contraprestación o la pretensión respecto de ella), tal adquisición no se hace sin más del empresario, como sí ocurre cuando se trata de un hijo de familia o de un esclavo propio, sino que se hacen de la persona libre, o del *dominus* del esclavo ajeno, a quienes el empresario podrá demandar en virtud del mandato o de la *negotiorum gestio*. Con todo, el pretor, con base en la idea de confianza, concede al empresario acciones directas contra los terceros que sí han resultado obligados ante los empleados [11.12]. *Cfr.* Ulp. Gai. D. 14, 3, 1 s.

- 4 Las acciones adyecticias tienen en común que suponen una *gestión de negocios* (*negotium gestum*), en razón de la cual se han obligado frente a terceros los sujetos a potestad o los empleados. Todas estas acciones son, en consecuencia, modificaciones de las acciones ordinarias derivadas de contratos o de relaciones semejantes a las contractuales, de modo tal que la fórmula de la acción menciona tanto a aquel que ha concluido el negocio (dependiente), así como a aquel que debe ser condenado en razón de tal negocio (empresario).

Todas las acciones contractuales o cuasicontractuales, mediante la trasposición de personas operada en la fórmula, podían adoptar la forma de una acción adyecticia (*cfr.* el modelo de fórmula en [83.22]). En cambio, las acciones puramente reipersecutorias derivadas de *delitos* cometidos por los sometidos a potestad, podían darse contra el potestad habiente por el provecho obtenido por éste (*cfr.* sobre la *condictio ex causa furtiva*, Ulp. D. 13, 1, 4, parte inicial).

II. ACCIONES EN PARTICULAR

- 5 1. La acción derivada del peculio o del aumento patrimonial (del potestad habiente), ***actio de peculio vel de in rem verso*** tiene una fórmula unitaria que reúne dos hechos independientes el uno del otro.

a) La ***actio de peculio*** presupone que el potestad habiente ha entregado a su hijo o a su esclavo un *peculio* (*peculium* [15.7; 60.16; 83.23]) para que lo administre libremente. El potestad habiente responde de las deudas del sometido a su potestad, tanto si éstas comprenden al *peculio*, como si no, hasta el *monto del valor* que tiene el peculio desde la perspectiva de la condena (*dumtaxat de peculio*); *cfr.* Gai. 4, 72 a–74a; Ulp. D. 15, 1, 1 pr. ss.; Inst. 4, 7, 4 y 4b.

Es decir, la responsabilidad se encuentra limitada cuantitativamente, ella no se limita a las cosas que hay en el peculio, sino que se fulmina contra todo el patrimonio del potestad habiente; la cuantía del peculio solo determina el monto máximo de esta responsabilidad.

Al haber del peculio se debe sumar lo que el potestad habiente ha detraído *dolosamente* de éste, es decir, con la intención de perjudicar a los acreedores (Ulp. D. 15, 1, 21 pr.); además, se ha de computar lo que el potestad habiente *debe* al peculio, así como los *créditos* que tiene contra éste (Gai. 4, 73 = Inst. 4, 7, 4c). 6

Puesto que entre personas de la misma casa del *paterfamilias* no pueden haber genuinas obligaciones, los «créditos» y «deudas» a los que se hace referencia consisten en suplementos y deducciones, los que deben considerarse en el cálculo del peculio. El origen se encuentra en que el peculio es, desde la perspectiva de las relaciones internas, un patrimonio separado del patrimonio restante del poder habiente, de tal modo que el sujeto a potestad puede «acreditar» desde el peculio a éste, y viceversa. Desde época altoclásica, estas «obligaciones» recíprocas se califican como *naturales obligaciones* [33.11]. Cfr. Afr. D. 12, 6, 38 pr.-1; Ulp. D. 15, 1, 41.

Los acreedores podían ejercitar sus *acciones de peculio* en tanto no se agotase su valor. Ellos se satisfacen según el *orden de prelación* en los cuales hacen valer sus créditos. 7

Si el peculio está sobreendeudado, los acreedores no son pagados a prorrata de sus créditos (como en el concurso), de modo que quien hace valer su crédito después de agotarse el peculio no recibe nada (Gai. D. 15, 1, 10). **Lit.:** R. PESARESI, *Studio sull'actio de peculio*, Bari, 2012.

En época *posclásica*, la responsabilidad peculiar retrocede, porque ahora también los sometidos a potestad pueden tener una responsabilidad limitada, de modo que ellos mismos pueden ser demandados. Con Justiniano se mantiene para los hijos de familia [60.17], pero no para los esclavos [15.11]. En atención a ellos mantuvo, en lo fundamental, la clásica *actio de peculio*. 8

b) La acción por el aumento patrimonial del potestad habiente, *actio de in rem verso*, se basa en el hecho de que el sometido a potestad ha destinado lo obtenido de sus negocios al *enriquecimiento* del patrimonio de su *paterfamilias*. Así, por ejemplo, si el esclavo utiliza el dinero prestado para pagar deudas de su dueño o para comprar alimentos para su familia. El valor del enriquecimiento estimado al momento de la condena se refiere, también aquí, al *monto máximo* de la responsabilidad (Gai. 4, 72a; Ulp. D. 15, 3, 1, 1; Inst. 4, 7, 4 a–b). 9

Justiniano amplía la acción a una responsabilidad del *paterfamilias* por la actuación de una persona libre (C. 4, 26, 7, 3 *i.f. itp.*). De este modo sienta las bases para una acción general, tal como la conocen el derecho común, el ALR (1794) § 262 I 13 y 1041 ABGB (que hoy en día se interpreta restrictivamente); 1903 II Cc esp. El BGB no ha recogido esta figura. En las acciones de enriquecimiento no se tiene suficientemente presente la necesidad de compensar, lo que ocurre también a propósito del doble defecto (*Doppelmangel*) en las relaciones que involucran a tres partes. **Lit.:** B. 10

KUPISCH, *Die Versionsklage*, Heidelberg, 1965; G. MACCORMACK, «The Early History of the *actio de in rem verso*», en *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, vol. 3, Milano, 1982, 319; EL MISMO, «The Later History of the *actio de in rem verso*», SD 48 (1982) 318; ZIMMERMANN, 878; T. CHIUSI, *Die actio de in rem verso im römischen Recht*, München, 2001; LA MISMA, «Bereicherung und *actio de in rem verso*. Bemerkungen zu einem alten und neuen Problem», en *Fs. Knütel*, 197.

- 11 **2.** La *actio quod iussu* (acción por causa de la autorización), se concede por negocios que el sometido a potestad ha realizado con la *autorización* o por *instrucción (iussum)* del potestad habiente, que responde *ilimitadamente (in solidum)*. Cfr. Gai. 4, 70 = Inst. 4, 7, 1; Ulp. D. 15, 4, 1 pr. ss.

El *iussum* o autorización –de cara a los terceros no está sujeto a formalidades– debe ser declarado a éstos y debe expresar que el potestad habiente asume los efectos del negocio. La ratificación posterior (*ratum haberi*) es suficiente. En el derecho posclásico esta responsabilidad se amplía, más allá de los hijos de familia y esclavos, a otras relaciones de dependencia. Justiniano ve (valiéndose de precedentes clásicos [43.7]), en algunos casos, al potestad habiente mismo como parte del contrato, por lo que concede al acreedor la acción habitual. **Lit.:** A. WACKE, «Fideiussio = *iussum*? Bürgschaften für den eigenen Gewaltunterworfenen oder Gewalthaber», Index 27 (1999) 523; EL MISMO [49.2], 293, 346; L. DE LIGT, «D. 15, 1, 1, 1 and the Early History of the *actio quod iussu*», en *Viva vox iuris romani. Essays in honour of Johannes Emil Spruit*, Amsterdam, 2002, 197.

- 12 **3.** La *actio exercitoria* es la acción dirigida contra un naviero (*exercitor navis*), cuyo objeto es la reclamación de las deudas derivadas de negocios concluidos por el prepuesto por él como *capitán* de su nave (*magister navis*), en calidad de tal, sea éste un sometido a su potestad, o bien a la de un tercero, o bien un hombre libre. Por esta acción el *exercitor* responde *in solidum*; cfr. Gai. 4, 71; Inst. 4, 7, 2, 2a; Ulp. D. 14, 1, 1, 1 pr. ss.

Lit.: véase [49.14]; GAURIER [42.31], 79; CHIUSI [49.15, SZ]; M. ZIMMERMANN, «Die Haftung des Reeders mit der *actio exercitoria*: Zur ökonomischen Analyse des römischen Rechts», SZ 129 (2012) 554; M. PENNITZ, D. 4, 9, 6, 1 (Paul. 22 *ad ed.*): «Sonderfall» oder «Schlüsseltext» zur Haftung der Unternehmer (*exercitores*) für ihre Leute?», en *Ess. Sirks*, 563.

- 13 **4.** Similar a la anterior es la *actio institoria*, mediante la cual un empresario es demandado *in solidum* por las deudas contraídas por su empleado (*institor*), a cargo de un establecimiento comercial (*taberna*), o de otro tipo de emprendimiento o negociación (*negotiatio*); resulta indiferente si se trata de un sometido a potestad o de una persona libre. Cfr. Gai. 4, 71; Inst. 4, 7, 2–2a; Ulp. D. 14, 3, 5 pr. ss.; Ulp. D. 14, 3, 7, 1.

Papiniano concede una *actio ad exemplum institoriae actionis*, para el caso en que no un *institor*, sino un *procurator*, en los negocios propios de su actividad, haya contraído deudas; D. 14, 3, 19 pr.; Ulp. D. 19, 1, 13, 25. Con esta ampliación del círculo de personas libres mediante cuyos negocios otros pueden quedar obligados ante terceros, se da un nuevo impulso a la noción de representación; *vid.* [11.8]. **Lit.:** N. BENKE, «Zu Papinians *actio ad exemplum institoriae actionis*», SZ 105 (1988) 592; CLAUS [11.1], 64; T. CHIUSI, «Landwirtschaftliche Tätigkeit und *actio institoria*», SZ 108 (1991) 155; J.-J. AUBERT, «Business Managers in Ancient Rome», 1994; WACKE [49.2], 298, 311; WIELING [11.1], 246; W. SIMSHÄUSER, «Papinians Beitrag zur Begründung einer Rechtsscheinhaftung im klassischen römischen Recht», en *St. Talamanca*, vol. VII, 487.

5. Una acción de reparto, *actio tributoria*, se conecta con el hecho de que el sometido a potestad tiene, dentro de su peculio, una o más mercancías (*merx peculiaris*), como por ejemplo, dos *tabernae* (Ulp. D. 14, 4, 5, 15) con las cuales él, con el conocimiento del potestad habiente, realiza una actividad comercial. La práctica interpretativa terminó por incluir casos que sobrepasaban la noción de *merx peculiaris*, como una sastrería, una tejeduría, o una lavandería (Ped.–Ulp. D. 14, 4, 1, 1). Según la opinión dominante, el pretor podía, en caso de sobreendeudamiento de estos «negocios», ordenar que el patrimonio existente en ellos fuese distribuido proporcionalmente entre los acreedores y que, a cargo de la liquidación de este concurso especial, estuviese el *paterfamilias*, quien estaba habilitado para considerar proporcionalmente, sus propios créditos (naturales). Si el *paterfamilias*, al hacer el reparto, perjudicaba dolosamente a uno de los acreedores, éste tenía contra él la *actio tributoria*, cuyo objeto era la reclamación de la diferencia que habría obtenido en un reparto imparcial. Por tal razón, la *actio tributoria* no sería una acción adyecticia. Es posible que, en el supuesto de sobreendeudamiento del peculio, un acreedor ejercitara la *actio tributoria* para exigir la ejecución de este concurso especial por parte del *paterfamilias* y el pago de los créditos a los acreedores, de modo que el perjuicio doloso no fuese presupuesto de la acción, sino que solo fuese considerado en la determinación de la condena. La ventaja para el acreedor estaría en que el potestad habiente –a diferencia de lo que ocurría en la *actio de peculio*– no podía cobrar sus créditos contra el peculio por adelantado, ni por la suma total de éstos, sino que ellos se debían tomar en cuenta, para el reparto de la *merx peculiaris*, en la misma proporción que los demás acreedores. Ulp. D. 14, 4, 1; Ulp. D. 14, 4, 4, 5; Paul. D. 14, 4, 6; Gai. 4, 7, 3.–T. CHIUSI, «Contributo allo studio dell'editto *De tributoria actione*», en *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei. Classe scienze morali. Memorie*, Serie IX, vol. III fasc. 4, Roma, 1993, 275; LA MISMA, «Zum Zusammenspiel von Haftung und Organisation im römischen Handelsverkehr», SZ 124 (2007) 94.

§ 50. Obligaciones nacidas de delitos. Generalidades

(RPr. §§ 42, 142, 147, 271; KASER – HACKL § 49 II)

I. «DELICTUM». «OBLIGATIONES EX DELICTO»

- 1 1. a) *Delictum (privatum)* es, como ya hemos visto [32.3] un hecho antijurídico que lesiona al *particular*, a su familia o a su patrimonio. Solo esta clase de delitos pertenece al derecho privado. En cambio, los *crimina*, los hechos punibles de carácter jurídico-público que causan un agravio a la comunidad (tales como alta traición, traición a la patria, asesinato, etc.) y que son perseguidos y castigados mediante un estricto proceso penal, pertenecen al derecho criminal.

Entre los delitos privados se cuentan también los hechos de los cuales, cuya acción se concede, en razón del interés de la comunidad, y en concurrencia con el interés individual, *civis ex populo* (es decir, a toda persona, pero uno cada vez). Estas **acciones populares** se ejercitan en el proceso civil. Ejemplo: Ulp. D. 47, 12, 3: *actio de sepulchro violato*.—La palabra *malefium* expresa, a diferencia de *delictum*, una reprobación social aún más fuerte (D. KREMER, «Originalité de la notion de “malefium”», en *Mél. Humbert*, 419).

- 2 Todos los delitos tienen en común que presuponen la **antijuridicidad** del hecho [36.11] y la **culpabilidad** del hechor; originalmente, siempre se exigía *dolus malus*, con posterioridad, en la mayoría de los casos. Excepcionalmente, desde época preclásica, es suficiente que exista *culpa* (calificada [36.9]), como ocurre con los hechos sancionados por la *lex Aquilia* [51.11] y por el incendio culposo (Gai. D. 47, 9, 9). Respecto de otros, *vid.* [51.28].
- 3 b) Las *consecuencias* jurídico-privadas de los delitos van, en este sentido, más allá de los «actos ilícitos» de hoy en día, por cuanto en el proceso civil no solo puede demandarse –y ni siquiera en primer lugar– una indemnización por los daños patrimoniales sufridos, sino que puede imponerse una *pena*, esto es, un mal que pesa sobre el culpable, con el cual expía su hecho antijurídico y da satisfacción al agraviado. En tiempos antiguos esta pena consistía en una *venganza*, que el agraviado podía ejecutar directamente en el cuerpo del hechor (muerte y lesiones corporales como pena de Talión). Junto a ella comienza a tomar forma un tipo de redención de la pena, en un principio voluntaria y, más adelante, adoptada como obligatoria, consistente en una *pena pecuniaria o multa (poena)*. En el derecho clásico ésta subsiste como única

forma de penalidad posible para los delitos de derecho privado, y es objeto de una deuda obligacional que se impone al hechor [32.6–7]. **Lit.:** JANSEN [32.20].

La *poena*, en cuanto pena privada, es comparable a la indemnización actual por accidentes (§ 253 II BGB; 1325 ABGB; art. 47 OR: satisfacción); sin embargo, junto a la indemnización de perjuicios de carácter inmaterial destaca con más claridad que hoy su *finalidad expiatoria*.

El concepto de *obligatio*, que deriva de la pignoración negocial de personas y de cosas, se extiende progresivamente a la responsabilidad derivada de delitos. De hecho, Gayo dispensa a las *obligationes ex delicto* de un tratamiento específico, al modo de un apéndice de las obligaciones *ex contractu*. Los principios generales del derecho de obligaciones se ajustan a las relaciones obligatorias fundadas en negocios jurídicos y se aplican con limitaciones las que se fundan en delitos. 4

2. Las obligaciones derivadas de delitos encuentran fundamento tanto en el *ius civile*, como en el *ius honorarium*. 5

Ya en la época clásica, a partir del derecho emanado de los emperadores, se restringe el ámbito de los delitos privados: aquellos hechos antijurídicos cuyos elementos fácticos no se encuentren bien definidos y se superpongan con los delitos, se persiguen mediante la *cognitio extra ordinem*. En este proceso aún se persigue el hecho a solicitud del agraviado, pero ante un juez funcionario y no con la finalidad de imponer una pena pecuniaria a favor de aquél, sino de una pena por parte del Estado. Estos procesos pertenecen, por consiguiente, a la justicia del *derecho penal* (en sentido moderno). En el derecho *posclásico* se difumina la diferencia entre *delicta* y *crimina*, en cuanto la persecución pública se extiende cada vez con mayor fuerza en el ámbito de los otrora delitos privados. En cambio, si se demanda por delitos en el proceso civil, el enfoque no está tanto en la imposición de la pena, como en la indemnización de perjuicios. Justiniano restablece el derecho clásico de los delitos privados, pero destaca la mayor importancia práctica de la persecución pública por sobre la privada. *Cfr.* sobre *furtum* Ulp. D. 47, 2, 93; coll. 7, 4, 1 = D. 47, 17, 1 pr.; sobre muerte del esclavo, Gai. 3, 213; Inst. 4, 3, 11.

3. De los delitos derivan como efecto principal las *acciones poenales*, que tienen por objeto una *pena pecuniaria*. Cuando se habla de *obligatio ex delicto* se sobreentiende esta obligatoriedad de carácter penal. 6

Si el delito ha causado un perjuicio patrimonial, quedan a disposición del agraviado acciones *reipersecutorias*, por lo cual: a) o se ejercita una acción penal «pura» y, al mismo tiempo, una acción reipersecutoria; o bien, b) la acción penal misma es *mixta*, de modo que, además de la pena, cubre el perjuicio patrimonial. Con ello, ya no hay lugar para una acción reipersecutoria adicional (detalles en [34.31]).

II. CARACTERÍSTICAS COMUNES DE LAS ACCIONES PENALES

7 Determinados principios, en los que se manifiesta la *finalidad expiatoria* de estas acciones, son propios en este grupo de acciones, por oposición a las acciones reipersecutorias puras.

1. a) Todas las acciones penales son **pasivamente intransmisibles**; de modo que solo el autor del delito queda obligado. *Cfr.* Gai. 4, 112 = Inst. 4, 12, 1.

Sin embargo, si una acción penal es objeto de litispendencia, la obligación procesal se transmite a los herederos (Gai. D. 50, 17, 139 pr.); lo mismo ocurre con la obligación que impone la sentencia (Ulp. D. 42, 1, 6, 3). Sobre las «acciones pretorias de enriquecimiento» contra los herederos, *vid.* [48.28].

8 b) Solo ciertas acciones penales son *activamente* intransmisibles (*actiones vindictam spirantes*): las que derivan de delitos que, como en el caso de la *iniuria*, se dirigen más contra la persona que contra el patrimonio (Gai. 4, 112 *i.f.*).

9 2. Las acciones penales, incluidas aquellas con función reipersecutoria, se acumulan ilimitadamente contra los **copartícipes**, por lo que rige en estos casos la concurrencia cumulativa de acciones. *Cfr.* Ulp. D. 9, 2, 11 pr. ss., esp. § 2.

Si varias personas participan en el hecho (p. ej., mediante instigación, complicidad, encubrimiento), la víctima puede obtener de cada uno de ellos el importe total de la pena, como si hubiesen cometido individualmente el delito. Toda participación en el hecho origina el deber de expiación. En las acciones penales mixtas, los demás copartícipes quedan exonerados desde el momento que el agraviado recibe de uno de ellos la pena pecuniaria (incluida la indemnización de perjuicios). Concurrencia extintiva: sobre este concepto, *vid.* [56.9]). *Cfr.* Ulp. D. 11, 6, 3 pr.

10 3. a) Las acciones penales puras se *acumulan* con acciones reipersecutorias, como ya se indicó. *Cfr.* Ulp. D. 13, 1, 7, 1.

Por tal razón, quien ha sido víctima de hurto, en la acción derivada del hurto no flagrante (*actio furti nec manifesti*) obtiene el doble del valor de la cosa a título de expiación y, mediante la *condictio ex causa furtiva*, o bien mediante la *reivindicatio*, puede reclamar la cosa o bien su valor, como compensación por el detrimento patrimonial.

11 b) En cambio, las acciones penales **mixtas**, puesto que al mismo tiempo tienen una función reipersecutoria, tanto si tienen por objeto el *simpulum* o un múltiplo, no pueden ejercitarse a la par de otra acción penal, ni de otra acción reipersecutoria. En este supuesto tiene lugar la concurrencia electiva de acciones.

El pretor o el juez son los encargados de impedir la acción posterior; *cf.* p. ej., Ulp. D. 6, 1, 13; Gai. D. 13, 6, 18, 1. Sin embargo, se admite en ciertos casos, en tanto permita al actor obtener más que con la primera; Justiniano multiplica estos casos.

4. a) Si el delito es cometido por un *sometido a potestad* (hijo de familia o esclavo), todas las acciones penales, puras o mixtas, se dan contra el *paterfamilias* como noxales (*actiones noxales*). La vieja responsabilidad noxal coloca al potestad habiente ante la elección de, o bien *entregar* al hechor a la víctima (*noxae deditio*), o bien, de pagar la pena (pecuniaria), como si él hubiese cometido el delito (sobre la fórmula, *vid.* [83.21]), *cf.* Gai. 4, 75–79; Inst. 4, 8 pr.–7; Gai. D. 9, 4, 1. En época clásica se justifica la responsabilidad noxal sobre la base de que sería injusto que la maldad de un hijo de familia o de un esclavo fuese en detrimento del padre o del dueño, más allá del valor de su cuerpo, Gai. 4, 75; Inst. 4, 8, 2; Paul. D. 2, 10, 2; Ulp. D. 9, 4, 2 pr. A los publicanos [17.9] se les impide sustraerse de la responsabilidad por los delitos de sus auxiliares sometidos a potestad mediante la *noxae deditio: idcirco tam dura condicio eorum effecta est, quia debent bonos servos ad hoc ministerium eligere* («por esta razón resulta tan dura su situación, porque deben elegir para este servicio buenos esclavos»), Ulp. D. 39, 4, 3 pr.

Al potestad habiente le afecta una responsabilidad *personal*; las acciones noxales, por consiguiente, requieren de la colaboración en juicio, propia de las *actiones in personam* [82.12]. La responsabilidad subsiste en tanto el *paterfamilias* conserva su potestad: si él transfiere ésta, la responsabilidad se traslada al adquirente de la misma; si el hechor sale de la potestad, responde por sí mismo; si muere, se extingue la potestad. A esta vinculación de la responsabilidad a la persona se refiere la regla **noxae caput sequitur** (la responsabilidad sigue al hechor), Gai. 4, 77 = Inst. 4, 8, 5. La entrega (*noxae deditio*), se concibe originalmente como un abandono para la venganza de la víctima y, más tarde, como la entrega del valor patrimonial del que es entregado para la expiación. En el caso del hijo de familia, el abandono se realiza a través de una *mancipatio* (Gai. 4.79, así lo sostenían los sabinianos), quedando en poder del adquirente en una calidad similar a la esclavitud, *mancipium*; tratándose de los esclavos, se realiza mediante una transmisión directa. La transferencia es (según Pap. coll 2, 3, 1) solo fiduciaria: una vez expiado el delito, la víctima es constreñido (en la *extraordinaria cognitio*) a retransferir al hechor. El edicto pretorio prevé para la responsabilidad noxal una complicada regulación, la que también considera los casos de ausencia del hechor o en que el demandado discute el poder al cual se somete éste. Justiniano modifica en parte esta regulación. Entre los clásicos, los proculyanos se pronuncian a favor de incluir ocasionalmente las consecuencias de la responsabilidad noxal en acciones que no sean penales (*cf.* p. ej., Próculo en Ulp. D. 9, 2, 27, 11 = Coll. 12, 7, 9, en el que los esclavos incendian la casa del campo arrendado; Neracio, en Paul. D. 17,

1, 26, 7, en que la responsabilidad del mandante se limita cuando el esclavo comprado en ejecución del mandato hurta al mandatario).

La responsabilidad noxal por los *hijos de familia* cae en desuso en el s. IV d. C. y es suprimida por Justiniano (Inst. 4, 8, 7). Solo subsiste respecto de los *esclavos*, pero en época posclásica a veces se sustituye por el hecho de que el autor del delito sea entregado al juez para el castigo y para que, después de ocurrido éste, lo devuelva al dueño. En cambio, tiene precedentes clásicos el hecho de que en la *actio iniuriarum* [51.20–23] se permitiese al demandado (potestad habiente) liberarse si ofrecía a la víctima azotar al hechor, según el arbitrio del juez (Ulp. D. 47, 10, 17, 4–6). **Lit.:** F. De VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité*, Bruxelles, 1947; G. L. FALCHI, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali. Il possessore di buona fede del servo*, Milano, 1976; T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El regimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, Pamplona, 1981; H.-P. BENÖHR, «Zur Haftung für Sklavendelikte», SZ 97 (1980) 273; M. PENNITZ, «Noxalhaftung und Eigenverantwortung bei den Delikten bedingt freigelassener Sklaven», en *Fs. Knüttel*, 855; P. GRÖSCHLER, «Considerazioni sulla funzione della responsabilità nossale in diritto romano», en *St. Metro*, vol. III, 195; A. J. B. SIRKS, «Noxa caput sequitur», TR 81 (2013) 81; C. A. CANNATA, «Su alcuni problemi in materia di azioni nossali», en *Liber amicorum Christoph Krampe*, Berlin, 2013, 59; M. SALAZAR REVUELTA, «El peculiar carácter noxal de las acciones *in factum furti vel damni adversus nautas, caupones et stabularios*», en SCDR 28 (2015) 997.

- 14 b) La responsabilidad por los **perjuicios causados por animales** toma por base las ideas centrales de la responsabilidad noxal. Las XII Tablas (Tab. 8, 6) conocen una ***actio de pauperie*** (acción por causa de daños de animales) que se funda en el deber del dueño de, o bien entregar a la víctima el animal doméstico que ha ocasionado los perjuicios (*in noxam dedere*), o bien resarcir dichos daños en dinero (*noxiam sarcire*). Como autor del daño se considera también al animal demoníaco. La acción tiene por supuesto que el animal ocasiona los daños en contra de su natural apacibilidad. Ulp. D. 9, 1, 1 pr.–11; Inst. 4, 9.

Lit.: H. ANKUM, «L'*actio de pauperie* et l'*actio legis Aquiliae* dans le droit romain classique», en *St. Sanfilippo*, vol. II, Milano, 1982, 11; M. V. GIANGRIECO PESSI, *Ricerche sulla actio de pauperie. Dalle XII tavole ad Ulpiano*, Napoli, 1996; Ph. KLAUSBERGER, «Vom Tierdelikt zur Gefährdungshaftung», TSDP IV (2011); A. WACKE, «Der Vogel Strauß als frühes Beispiel für Gesetzesanalogie: ein Phantasma? Grenzfragen bei der römischen Tierhalterhaftung», *Fundamina* 20-2 (2014) 1015; ZIMMERMANN, 1095. Sobre *Cave canem* véase J. MACQUERON, «Les dommages causés par des chiens dans la jurisprudence romain», en *Flores legum H. J. Scheltema antecessori Groningano oblata*, Gröningen, 1971, 133.

- 15 5. Las acciones penales civiles **no están sujetas a plazo**, como tampoco las acciones honorarias creadas para su extensión. Las otras acciones penales ho-

norarias están sujetas al **plazo de un año**. La víctima no debe esperar a que se enfríe la venganza. *Cfr.* Gai. 4, 110 s.; Inst. 4, 12 pr.

Algunas acciones cuyo objeto es un múltiplo, después de transcurrido un año (*post annum*) se dan por el *simplum* (p. ej., la acción por el robo [51.25]). En otros casos subsiste *post annum* una acción pretoria de enriquecimiento [48.28]. La obligación procesal derivada de una acción penal anual carece de plazo, lo mismo que la obligación derivada de la sentencia [50.7].

§ 51. Delitos en particular

(RPr. §§ 41, 143–146, 272, 273)

I. HURTO (*FURTUM*) Y DELITOS SEMEJANTES

Lit.: H. F. JOLOWICZ, *Digest XLVII 2 De furtis*, Cambridge, 1940; ZIMMERMANN, 922; versión en español en *Homenaje Murga*, 753; NELSON – MANTHE III 3, 121 (sobre Gai. 3, 182–209), 277 (etimología de *furtum*), 299, 301, 303, 304.

- 1 **1.** *Furtum* (de *ferre*) es la sustracción clandestina de cosas ajenas. El delito, cuya configuración ha sido, en ocasiones, oscilante, va mucho más allá que nuestro moderno hurto. Para la época alto y tardoclásica se define como el hecho por el cual alguien *dolosa* y *clandestinamente* se apropia de una cosa que pertenece a otro, o de una persona sujeta a una potestad ajena. El aprehender (*contrectare*) ilícitamente las cosas es lo que subyace a dicha apropiación, sea mediante la sustracción de la cosa, sea mediante la retención de las que ya se tenían bajo custodia (apropiación indebida de bienes confiados, Ulp. D. 47, 2, 52, 7), sea mediante encubrimiento del autor del delito y de su botín, Ulp. D. 47, 2, 48, 1; Diocl. C. 6, 2, 14), sea mediante aprovechamiento fraudulento del error ajeno (p. ej., en el caso de la prestación de un *indebitum* que se realiza por causa de error, la aceptación de éste, a sabiendas del error, Scaev. D. 13, 1, 18). El *furtum* incluye también la sustracción del mero uso de la cosa (*furtum usus*), así como aquella de una cosa que es propia de quien la posee *ad usucapionem*, o bien de quien la tiene en prenda (*furtum possessionis*).

De dudoso valor es la definición: *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve* («el hurto es la sustracción de una cosa con intención fraudulenta, para obtener lucro de ella, de su uso o de su posesión»; Inst. 4, 1, 1 = Paul. D. 47, 2, 1, 3). Cfr. Sabino, citado en Gell. 11, 18, 20 s. Respecto de la casuística, puede verse Gai. 3, 195–202, Inst. 4, 1, 6–11. Sobre el dolo de hurto, *adfectus* (o *animus furandi*, vid. Gai. 2, 50; 3, 208 = Inst. 4, 1, 8, también Ped.–Ulp. D. 47, 2, 50, 2. **Lit.:** H. ANKUM, «*Furtum pignoris* und *furtum fiduciae*», RIDA 26 (1979) 127; 27 (1980) 95; EL MISMO, «*Furtum pignoris* dans le texte d'Ulpien D. 47, 2, 12, 2», Bull. 90 (1987) 169; M. KASER, «*Furtum pignoris* und *furtum fiduciae*», SZ 99 (1982) 249; I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum. Qui sciens indebitum accepit*, 2006; P. APATHY, «*Commodatum* und *furtum*», en *Festschrift Herbert Hausmaninger*, Wien, 2006, 15; B. SIRKS, «D. 47, 2, 21 and *contrectatio*», en *FHI.*, vol. VII, 5193; L. PARENTI, «Brevi considerazioni su due passi di Pomponio in tema di *furtum usus*: D. 13.1.16 e D. 47.2.77(76) pr.», TSDP VII (2014).

2. La distinción entre hurto *flagrante* y *no flagrante* es antigua. Al que es capturado en el momento de la comisión, el *fur manifestus*, según Tab. 8, 14, se le puede *dar muerte* lícitamente (Gai. 3, 184; 189). Para ello, la víctima debía suplicar (*endoplorare, implorare*) a los vecinos que fuesen testigos del hecho y llevar al autor del delito (sin necesidad de una *manus iniectio* formal) ante el magistrado, el que debía decretar una *addictio* (Tab. 8, 14) del mismo a favor de la víctima. También es flagrante el *furtum* si el autor del mismo es descubierto mediante una inspección formal de su vivienda (*quaestio lance et licio*); Gai. 3, 192-194.

Según Gayo, el que realiza la inspección debe presentarse desnudo, y entrar a la casa solo equipado con un mandil de cuero (*licium*) y con un recipiente (*lanx*). Numerosas hipótesis vinculan este ritual con concepciones religiosas. **Lit.:** F. WIEACKER, «*Endoplorare*», en *Festschrift für Leopold Wenger*, Bd. 1, München, 1944, 129; J. G. WOLF, «*Lanx und licium*», en *Symptica Franz Wieacker*, Göttingen, 1970, 59 = WOLF, *Aufs.*, 21; M. BALZARINI, «Il furto manifesto tra pena pubblica e privata», en *Atti Copanello*, 5 (1992) 49; A. GUARINO, *Pagine di diritto romano*, vol. 4, Napoli, 1994, 180; U. MANTHE, «*Lance et licio*», en *UAJR*, 163; NELSON – MANTHE III 3, 284.

Al *fur manifestus* que es aprehendido *de noche*, o al que resiste a su aprehensión con armas (incluso si es de día), se le puede dar muerte, sin más. Quien así lo hiciere, deberá, *después del hecho*, convocar a los vecinos para suplicarles (*endoplorare*) que den cuenta de la licitud de la muerte (Tab. 8, 12; Gai. D. 9, 2, 4, 1).

Con posterioridad, la muerte del *furs* cae en desuso y es reemplazada por el encadenamiento de éste ante la víctima. Más adelante, el pretor introduce una *actio furti manifesti*, la que tiene por objeto una pena pecuniaria por el cuádruplo del valor de lo sustraído (Gai. 3, 189; Inst. 4, 1, 5).

Además de la mencionada *quaestio lance et licio* [51.2] se desarrolla una *inspección simple de la casa*, en presencia de testigos. El que es descubierto de esta forma no es equiparado al *fur manifestus*, sino que responde en razón de una *actio furti concepti*, por el triple del valor de las cosas. Si las cosas habían sido ocultadas en su casa por el verdadero ladrón, no se libera por ello de responsabilidad (aparece aquí la concepción del *dolo* tipificado del derecho antiguo; *cfr.* [36.6; 84.3]), pero puede demandar a éste mediante la *actio furti oblati*, la que también tiene por objeto el triple. Con posterioridad se crean acciones *pretorias*: la *actio furti prohibiti*, por el cuádruplo, cuando se ha rehusado la inspección de la casa; la *actio furti non exhibiti*, probablemente contra aquel que no presenta ante el juez las cosas halladas en el registro de su domicilio. Justiniano suprime el registro domiciliario y todas las acciones referidas a él. *Cfr.* Gai. 3, 186–188; 191 s.; Inst. 4, 1, 4.

3. Si se trata de un *furtum no flagrante*, lo que implica que debe ser probado ante el juez y que su sentencia debe declararlo de forma indiscutible, la ley de las XII Tablas daban una *actio furti nec manifesti* cuyo objeto era un pena

pecuniaria al *duplo* del mayor valor de las cosas sustraídas o, en ocasiones, del perjuicio irrogado (Gai. 3, 190; Inst. 4, 1, 5; *vid.* la fórmula en [83.20]).

La acción de hurto corresponde, en primer término, al *dueño*; a partir de la jurisprudencia tardorrepública, a aquel que tiene *interés* en que la cosa no se vea afectada (*cum interest rem salvam fore*). De ahí se sigue que, en el supuesto de un no-dueño que responda por custodia (es decir, por el riesgo de hurto) ante el dueño, la acción le corresponda a él en lugar de al dueño, si es que es solvente; también corresponde a determinadas personas en razón de interés propio (y con independencia de la responsabilidad por custodia): acreedor prendario, *bonae fidei possessor*, vendedor (antes de entregar la cosa), etc. *Cfr.* Gai. 3, 203–207 = Inst. 4, 1, 13–17; *vid.* también [34.34]. **Lit.:** M. KASER, «Die *actio furti* des Verkäufers», SZ 96 (1979) 89; A. GUARINO, «Il *fur nec manifestus*», Labeo 38 (1992) 326 = *Pagine di diritto romano* [51.2], vol. 4, 183; L. PARENTI, «Notazioni sulla legittimazione attiva all’*actio furti* per i frutti del fondo dato in locazione al colono», SCDR 28 (2015) 783; M. SERRANO VICENTE, «Enfoques jurisprudenciales en torno a la legitimación activa a la *actio furti*: Gayo, Papiniano, Ulpiano y Paulo», SCDR 28 (2015) 1041.

- 6 Desde época tardoclásica la persecución privada del *furtum* retrocede a un segundo plano ante la de carácter *criminal* (Ulp. D. 47, 2, 93). **Lit.:** B. SANTALUCIA, «Crimen furti», en *Homenaje Murga*, 785.

- 7 4. La *condictio ex causa furtiva* (más adelante, *condictio furtiva*) puede acumularse a las *actiones furti* puramente penales (al menos, en el derecho clásico), como acción puramente reipersecutoria, queda a disposición del dueño, exclusivamente, y tiene por objeto el *simplum* de la cosa; Gai. 4, 4, = Inst. 4, 6, 14; Ulp. D. 13, 1, 1.

Este es el único caso de aplicación de la *condictio* en el cual esta acción corresponde al dueño. Si éste ha sido víctima del hurto también puede reivindicar la cosa, con lo que obtendría más que con la *condictio*, porque tiene por objeto una restitución plena [27.18–20]; sin embargo, por motivos que tienen que ver con la especialidad de la restitución, ella puede verse impedida si es que la cosa peca antes del ejercicio de la acción, o desaparece de alguna forma, mientras que la *condictio* subsiste, incluso si la cosa se ha perdido, puesto que el ladrón se considera que siempre está en mora (*fur semper moram facere videtur* [37.7]). **Lit.:** D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht*, Göttingen, 1972, 87, 132; W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1988; SACCOCCIO [48.1], 2, 79.

- 8 5. Entre los *cónyuges* se excluye el *furtum*, a consecuencia de la comunidad de vida que supone el matrimonio y, por la *reverentia* que ambos se deben mutuamente, no se admite *actio furti* alguna entre ellos. Para ciertas hipótesis de sustracción, el pretor concede una acción reipersecutoria (ocasionalmente concebida como penal mixta), la *actio rerum amotarum* (acción de las cosas sustraídas), cuyo objeto es el *simplum* (*cf.* Paul. D. 25, 2, 1). Ella deriva del supuesto de que la mujer sustraiga cosas del

marido (no solo de la dote), ante la perspectiva de un divorcio; sin embargo, probablemente ya en el derecho clásico, se amplió la acción a otras sustracciones de cosas entre los cónyuges. **Lit.:** A. WACKE, *Actio rerum amotarum*, Hamburg, 1963.

6. Otras acciones derivadas de delitos similares al *furtum* son la *actio de tigno iuncto* 9 [26.10] y la *actio de rationibus distrahendis* [62.23].

II. LESIONES AL ESCLAVO Y DAÑOS CAUSADOS EN LAS COSAS (DAMNUM INIURIA DATUM)

Lit.: F. H. LAWSON, *Negligence in the Civil Law*, Oxford, 1950, reimp. 1955, p 180 (exposición histórico-jurídica e histórico-comparativa); S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia: criteri di imputazione e problema della «culpa»*, Torino, 1969; EL MISMO, «Rileggere i Digesti: Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale», en *Fs. Knütel*, 1071; U. v. LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin, 1971; J. A. CROOK, «Lex Aquilia», *Athenaeum* 62 (1984) 67; D. NÖRR, «Texte zur lex Aquilia», en *Iuris Professio. Festgabe für Max Kaser*, Wien, 1986, 211; EL MISMO, *Causa mortis*, München, 1986; EL MISMO, «Zur Formel der *actio legis Aquiliae*», en *Fs. Knütel*, 833 = *Schr.*, 705 [51.13]; ZIMMERMANN, 193, 998; G. VALDITARA, «*Damnum iniuria datum*», en *Homenaje Murga*, 825; C. A. CANNATA, «Sul testo della *lex Aquilia* e la sua portata originaria», en L. Vacca (a cura di), *La responsabilità da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 1995, 25; EL MISMO, «Il terzo capo della *lex Aquilia*», *Bull.* 98–99 (1995–96) 111; B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne romaine (Damnum iniuria datum)*, Bale et Francfort-sur-le-Main, 1997 (rec. P. PICHONNAZ, *SZ* 118 [2001] 466); EL MISMO, *La responsabilité aquilienne en droit commun (Damnum culpa datum)*, Genève, 2002 (rec. N. JANSEN, *SZ* 122 [2005] 325); A. CASTRESANA, *Nuevas lecturas de la responsabilidad Aquiliana*, Salamanca, 2001; H. HAUSMANINGER, *Das Schadensersatzrecht der lex Aquilia*⁵, Wien, 1996 [1.55]; JANSEN [32.20], 185, 202; A. CORBINO, *Il danno qualificato e la lex Aquilia (corso)*², Padova, 2008; H. STIEGLER, «*Stipulator Stichum ante moram occidit*», en *Festschrift Herbert Hausmaninger*, Wien, 2006, 269; A. RODGER, «The Palingenesia of the Commentaries Relating to the Lex Aquilia», *SZ* 124 (2007) 145; EL MISMO, «What did Damnum Iniuria Actually Mean?», en A. Burrows – A. Rodger, *Mapping the Law (Essays in Memory of P. Birks)*, Oxford, 2006, 421; NELSON – MANTHE, III 3, 205; T. WALLINGA, «*Actio legis Aquiliae* – Buße oder Schadensersatz?», en *Fs. Knütel*, 1385; B. SIRKS, «The delictual origin, penal nature and reipersecutory object of the *actio damni iniuriae legis Aquiliae*», *TR* 77 (2009) 303; A. CORBINO, «*Lex Aquilia* e procurato aborto», en *Mél. Humbert*, 359; M. F. CURSI, «La colpa e i profili risarcitori del danno extracontrattuale», en *Mél. Humbert*, 227; F. MUSUMECI, «*Quasi ruperit, quasi rupto*. In tema di

applicazione concreta del terzo capitolo della *lex Aquilia*», en *St. Metro*, vol. IV, 347; P. J. DU PLESSIS, «Damaging a Slave», en *Mem. Rodger*, 157.

- 10 1. La *lex Aquilia* (c. 286 a. C.; con precedentes en la ley de las XII Tablas) establece, para el supuesto del daño que una persona sufra a raíz de las *lesiones* (o muerte) provocadas a sus *esclavos*, o en caso de daño o destrucción de bienes materiales, una regulación que resulta fundamental.

D. 9, 2, 2 pr. (Gayo, 7 *ed. prov.*)

Lege Aquilia capite primo cavetur: «ut si quis servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto».

En el primer capítulo de la ley Aquilia se prevé: «si alguien injustamente matare a un esclavo o esclava ajenos, o a un cuadrúpedo o una res, sea condenado a dar al dueño el mayor valor que hubiese alcanzado en el año».

D. 9, 2, 27, 5 (Ulpiano, 18 *ad ed.*)

Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: «Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res <fu>erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto».

El tercer capítulo de la ley Aquilia establece: «En las demás cosas, además del esclavo y de la res que hayan sido muertos, si alguien hiciera daño a otro en lo que hubiere quemado, quebrado o roto injustamente, sea condenado a dar al dueño el valor que la cosa alcance en los treinta días próximo».

El capítulo 1 castiga la muerte del esclavo ajeno y de cuadrúpedos con una pena cuya cantidad es el mayor valor en el último año (*cf.* G. 3, 210 = Inst. 4, 3 pr.). En cambio, el cap. 3, posiblemente añadido con posterioridad, sanciona todos los daños que se causen mediante incendio, fractura o ruptura de una cosa (es decir, no solo de esclavos o cuadrúpedos (*cf.* Ulp. D. 9, 2, 29, 6) y establece una multa según el mayor valor en los últimos 30 días que preceden al delito (Gai. 3, 218 = Inst. 4, 3, 15). Por lo demás, en caso de muerte dolosa de su esclavo el dueño podía demandar civilmente por la indemnización de perjuicios según la ley Aquilia al autor del daño y ejercitar una acción por delito capital [15.6]; Gai. 3, 213; Ulp. D. 9, 2, 23, 9; Inst. 4, 3, 11; sobre lo cual M. MIGLIETTA, *Servus dolo occisus*, Napoli, 2001 (rec. A VÖLKL, SZ 122 [2005] 314).

- 11 El delito debe ser cometido *iniuria*. En principio, esto no significa solamente «injustamente», sino «dolosamente». Los juristas tardorrepúblicanos incorporarán en el concepto de *iniuria* el de *culpa*, que supone negligencia (Gai. 3, 211; Inst. 4, 3, 3; *vid.* [36.9]). Durante la época clásica se produce una escisión

conceptual, a resultas de la cual la *iniuria* apuntará solo a la antijuridicidad [36.11], pero significará también, y en primer término, el daño culposa e injustamente causado, Ulp. D. 47.10, 1 pr.

Según la interpretación de los juristas, la *lex Aquilia* exige que el daño sea provocado por una *acción directa* (y no por una simple omisión) del autor del delito sobre el objeto ajeno (sin que concurren causas intermedias (*damnum corpore corpori datum*; [36.3]; Gai. 3, 219; Inst. 4, 3, 16). Esta interpretación restrictiva condujo a que las cuestiones acerca de la delimitación con la causalidad mediata constituyesen el punto más difícil de las discusiones en torno a la *lex Aquilia*, dependiendo de ellas si la acción de esta ley era la procedente o si debía darse otra acción. Como era de esperar, impulsó el desarrollo de la responsabilidad aquiliana. Sobre otras cuestiones acerca de causalidad, así como de culpa y conculpas, *vid.* [36.3–9]; sobre la antijuridicidad, *vid.* [36.11]. **Lit.:** M. F. CURSI, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Napoli, 2002, 85; I. PIRO, *Damnum corpore suo dare rem corpore possidere. L'oggettiva riferibilità del comportamento lesivo e della possessio nella riflessione e nel linguaggio dei giuristi romani*, Napoli, 2004; C. MÖLLER [28.1, 2009], 436 [51.18].

El cálculo del mayor valor en el último año se explica por la idea de que, p. ej., si un esclavo estaba herido al momento de su muerte su valor había disminuido; por lo mismo, había que retrotraerse en el tiempo hasta llegar a un momento en que alcanzase todo su valor; G. 3, 214; Inst. 4, 3, 9. Lo mismo para el período de 30 días del capítulo tercero (Gai. 3, 218; Inst. 4, 3, 14–15; Ulp. D. 9, 2, 29, 8; Paul. D. 44, 7, 34, 2).—Sobre el capítulo segundo de la *lex Aquilia*, *vid.* [57.1]. **Lit.:** ANKUM [50.14], 47; A. RODGER, «Body Language. Translating some Elementary Texts on the *Lex Aquilia*», en *Fs. Knütel*, 951 (en especial, sobre Ulp. D. 9, 2, 21, 2 y Paul. D. 9, 2, 22, 1); B. SIRKS, «An Inheritance Lost and a Fraudulent Slave», en *Mem. Rodger*, 265 (sobre Ulp. D. 9, 2, 21 pr. y 9, 2, 23); J. H. DONDORP, «*Quanti ea res erit: Wat vertellen we onze studenten?*», *Fundamina* 20-1 (2014) 206. 12

Si el autor del delito lo reconoce ante el magistrado [82.10], la *actio legis Aquiliae* se concede como *actio confessoria* solo para la determinación de la multa. Si niega el hecho, en el proceso de la *actio legis Aquiliae* se debe decidir también sobre el delito mismo; en este caso, el hechor es condenado al doble de la pena pecuniaria en razón de la *litis crescencia* [31.18]; Ulp. D. 9, 2, 23, 20. La acción aquiliana es penal, pero tiene además una función reipersecutoria (acción penal mixta). La multa se calculaba en épocas más antiguas en relación con el valor objetivo de la cosa, pero desde Labeón (en Ulp. D. 9, 2, 23, 4) se considera, además, el *quanti interest*.—Las concepciones predominantes consideran que habrían existido distintas formas (apenas reconstituibles) de la 13

actio legis Aquiliae, según si el hechor confesaba o negaba los hechos, o si el potestad habiente respondía en razón de su conocimiento, o bien solo noxalmente [50.13]; posiblemente, con las demás diferencias que derivaban de si se respondía por el capítulo primero o por el tercero. Por el contrario, consideraciones prácticas y la circunstancia de que los juristas comentaban el texto de la ley Aquilia y no su acción, hacen pensar en una acción unitaria. D. NÖRR [51.10; 2009] ha proporcionado razones a favor de que ésta pudo haber sido una *condictio (certi/incerti) ex lege*.

Lit.: C. A. CANNATA, «In tema di *aestimatio rei* nell'azione aquiliana», SD 58 (1992) 392; G. VALDITARA, *Superamento della aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano, 1992; EL MISMO, «Dall'*aestimatio rei* all'*id quod interest*. Evoluzione del criterio di stima del danno Aquiliano», in Vacca [51.9], 76.—Sobre la *actio in duplum* por el daño directamente causado en las cosas en el derecho bizantino, *vid.* H. de JONG, SZ 132 (2015) 324.

- 14 2. La responsabilidad aquiliana fue extendiéndose en el transcurso de la época clásica, en razón de que ella se aplicó a casos en los cuales el daño era provocado por una *omisión*, o bien mediante un actuar positivo, pero en el que el autor del delito *no* actuaba *directamente* ni con su cuerpo sobre el objeto, sino sobre *otra* persona o cosa, la que, a su vez, ocasionaba el daño. Con este fin, el pretor introdujo acciones, con fórmula *in ius* [83.15], denominadas *actiones in factum* y, posteriormente, *actiones útiles (ad exemplum legis Aquiliae)* y que recibieron el tratamiento de acciones civiles (*cf.* Pomp. D. 19, 5, 11; sobre ciertas distinciones conceptuales, *vid.* KASER–HACKL, 238). Ejemplos en Ulp. D. 9, 2, 9 pr.–3; Gai. 3, 219 y 202; Inst. 4, 3, 16; 4, 1, 11.
- 15 Es conocida la distinción conceptual que formula Celso:

D. 9, 2, 7, 6 (Ulpiano, 18 *ad ed.*)

Celsus autem multum interesse dicit, occiderit an mortis causam praestiterit, ut qui mortis causam praestitit, non Aquilia, sed in factum actione teneatur. unde adfert eum qui venenum pro medicamento dedit et ait causam mortis praestitisse, quemadmodum eum qui furenti gladium porrexit: nam nec hunc lege Aquilia teneri, sed in factum.

Dice Celso que hay una gran diferencia: si alguien ha matado o si ha dado ocasión para la muerte, de tal modo que quien ha dado ocasión para la muerte responde por la acción *in factum*, no por la acción de la ley Aquilia. De donde menciona a aquel que dio un veneno en lugar de una medicina y dice que responde por haber dado causa a la muerte, lo mismo que si a un demente proporcionase una espada: tampoco éste responde por la acción de la ley Aquilia, sino por la acción *in factum*.

Es posible que esta distinción sea de inspiración retórica. Si a la víctima solo se entrega el veneno o la espada con los cuales ésta se da muerte, entonces no se mata directamente. No obstante, la causalidad directa no presupone la comisión con las propias manos: si alguien mata siguiendo una instrucción, el autor es el que ordena matar, en tanto tiene el *ius imperandi* (Iav. D. 9, 2, 37 pr.: *cfr.* Paul. D. 50, 17, 169 pr.: causa daño aquel que ordena hacerlo; en cambio, no tiene culpa aquel que debe obedecer). La figura del instrumento carente de voluntad, que actúa contra sí mismo, era desconocida, como lo muestra el caso del veneno.—Aún hoy, constituyen a menudo casos límite aquellos en que el hechor abre la jaula al «pájaro cantor», o bien el que lanza al mar el anillo o la copa dorada. En el segundo caso se actúa directamente sobre la cosa, no obstante lo cual ella permanece intacta (aunque inalcanzable). En el primer supuesto, cuyo punto de partida es el caso en que una persona rompe, por piedad, las cadenas del esclavo, de modo que éste puede huir, el que comete el delito no toca la cosa en sí, por lo que no se produce un *damnum corpore corpori datum*. Los juristas romanos concedieron en ambos casos *actiones in factum* (Serv.—Alf. D. 19, 5, 23; Pomp. D. 19, 5, 14, 2; Proc. D. 41, 1, 55; Inst. 4, 3, 16 *i.f.*) y también en el derecho civil actual se acepta unánimemente la responsabilidad delictiva (§ 823 I BGB; art. 1902 Cc esp.). Para el derecho penal, en cambio, la opinión dominante niega la existencia de daño en las cosas, según el § 303 StGB (prohibición de la analogía). **Lit.:** NÖRR [51.10], *Causa mortis*), 169; R. KNÜTEL, «Von befreiten Vögeln schönen Schläferinnen und hüpfenden Hunden oder: Exempla docent,», JuS 2001, 213.

Además, la acción de la ley Aquilia, que en un principio solo se concedía a los propietarios quiritarios, se concede como *actio utilis* al usufructuario, al titular del derecho de uso, al comodatario —según una controvertida opinión clásica—, probablemente también al acreedor pignoraticio, al poseedor de buena fe y al arrendatario. 16

En época clásica, como muy tarde a partir de Ulpiano (D. 9, 2, 13 pr.), y apelando a la analogía, la acción se concede, casuísticamente, por las lesiones ocasionadas a personas libres. **Lit.:** R. WITTMANN, *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, München, 1972; H. SCOTT, «*Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem*: D. 9, 2, 13 pr. in context», en *Ess. Sirks*, 699; R. FEENSTRA, «Die Glossatoren und die *actio legis Aquiliae* bei Tötung eines freien Menschen», en *RRMA* (1979), 205. 17

Con posterioridad a la Recepción subsiste, en conexión con la generalización de Inst. 4, 3, 16 *i.f.*, la ampliación del campo de aplicación de la acción de la ley Aquilia, que se transforma en el núcleo del moderno derecho de responsabilidad civil. En la praxis del *Usus modernus* llega a ser la acción general de los delitos por causa de daño en los bienes corporales de un patrimonio, como también por causa de la muerte y lesión de personas libres. Ella combina el ámbito de la *actio directa*, de las *actiones utiles* e *in factum* y llega a ser, ya despojada de su carácter penal, una acción indemnizatoria pura. Grocio (*De* 18

iure belli ac pacis, II 17, 1) formula por primera vez que, por derecho natural, de todo daño infligido culposamente, por acción u omisión, se origina una pretensión de indemnización de perjuicios. Ahí se encuentran las raíces de las cláusulas generales de responsabilidad civil de las codificaciones influidas por el derecho natural moderno, § 8 ss. I 6 ALR; arts. 1382, 1383 Cc fr. (en relación con el art. 41 I OR); § 1295 ABGB. En cambio, el BGB (§ 823 I), por motivos de seguridad jurídica (también por la controversia acerca de si los bienes jurídicos de la vida, la salud, etc., se cuentan entre los derechos subjetivos) se decide por la definición de hechos básicos.

Lit.: H. KAUFMANN, *Rezeption und usus modernus der actio legis Aquiliae*, Köln, 1958; H. J. WIELING, *Interesse und Privatstrafe vom Mittelalter bis zum BGB*, Köln, 1970; COING I, 508; ZIMMERMANN, 1017; H. H. SEILER, «Römisches deliktisches Schadensersatzrecht in der obergerichtlichen Rechtsprechung des 19. Jahrhundert», en *Festschrift für Hermann Lange*, Stuttgart, 1992, 245; L. Vacca [51.10] con contribuciones de P. CERAMI, «La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio», 103; B. KUPISCH, «La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale», 123, y J. SCHRÖDER «Die zivilrechtliche Haftung für schuldhaftes Schadenszufügung im deutschen Usus modernus», 144; además, H. HATTENHAUER, *Grundbegriffe des Bürgerliches Rechts*², München, 2000, 108; H.-P. BENÖHR, «Die Redaktion der §§ 823 und 826 BGB», en *RGuPD*, 499; CURSI [51.11], 29; JANSEN [32.20], 271 (de la Glosa al derecho natural moderno), 361; F. CURSI, «Modelle objektiver Haftung im Deliktsrecht», *SZ* 132 (2015) 362.

III. LESIONES (INIURIA)

Lit.: F. RABER, *Grundlagen klassischer Injurienansprüche*, Wien – Köln, 1969; R. WITTMANN, «Die Entwicklungslinien der klassischen Injurienklage», *SZ* 91 (1974) 285; A. VÖLKL, *Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen Römischen Recht*, Wien, 1984; E. PÓLAY, «Iniuria-Tatbestände im archaischen Zeitalter des antiken Rom», *SZ* 101 (1984) 142; ZIMMERMANN, 1050; A. MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano, 1977; EL MISMO, *La diffamazione verbale nel diritto romano*, vol. I (Età repubblicana), Milano, 1979; EL MISMO, «*Quod edictum autem praetorum de aestimandis iniuriis*», en *Atti Copanello*, 5 (1992) 65; EL MISMO, «L'iniuria nelle XII Tavole», en *Homenaje Murga*, 799; M. HAGEMANN, *Iniuria. Von den XII-Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation*, Köln – Weimar, Wien, 1998; CURSI [51.11], 221, 237; L. WAELKENS, «*Talio esto* anders bekeken», en *Ess. Pool*, 404; J. ZABŁOCKI, «La pena del taglione nel diritto romano», en *FHI.*, vol. VIII, 5991; A. HIRATA, «Die Generalklausel zur Hybris in den

alexandrinischen Dikaiomata», SZ 125 (2008) 675; NELSON – MANTHE III 3, 234, 236, 240.

1. Prescindiendo del *malum carmen* («encantamiento maligno»), las **XII 19 Tablas** (8, 2–4) conocen tres supuestos de lesiones a personas: a) *Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto* («Si se mutilase un miembro, se aplica el Talión, a menos que se pacte»): la mutilación de un miembro se expía mediante el Talión; el autor del delito debe sufrir en la misma parte de su cuerpo lo que él ha infligido. La solución mediante un *pactum* de expiación, es decir, uno cuyo objeto es el pago de una suma de dinero, no estaba prescrito como obligatorio; el «si» y el «cuánto», quedaban al arbitrio de la víctima.– b) *Manu fustive si os fregit, libero CCC, si servo, CL poenae sunt* («cuando uno con la mano o con una porra ha quebrado un hueso, debe, si lo ha hecho a una persona libre, pagar la multa de 300 ases; si a un esclavo, 150 ases»).–c) *Si iniuria(m) alteri faxsit, XXV poenae sunt* («Si uno ha cometido una «injuria» contra otro, debe pagar 25 ases de multa»): estas «injurias», de un importe de 25 ases, en tiempos antiguos solo incluían otras clases de agresiones sobre el cuerpo.

Se supone, mayoritariamente, que en la Tabla 8, 1 con el *carmen malum* (o *famosum*) se sancionaba la ofensa pública (¿una suerte de asesinato moral?) con la muerte (FIRA I, 52), presuntamente mediante un derecho de matar concedido a la víctima [32.4, 12]. La sanción podría tener su origen en el derecho sacro. **Lit.:** G. SCHIEMANN, «Das *carmen malum* – Versuch einer Entzauberung», *Fs. Knüttel*, 1059.

2. Esta antigua regulación de carácter civil es reemplazada luego por una de carácter *pretorio*, que deroga las consecuencias del Talión y la multa fija, devenida intrascendente, mediante una evaluación pecuniaria. En Gell. 20, 1, 13 el filósofo Favorino informa, citando a Labeón, que la ocasión para la dictación del edicto del que hablamos, la habría dado el caso del prepotente caballero Lucio Veratius, quien, por divertirse, habría ido dando bofetadas a quien se cruzase en su camino. Junto a él iba uno de sus esclavos, con un saco lleno de *asses*, y, siguiendo la instrucción de su dueño, a todo aquél que era abofeteado pagaba inmediatamente la suma de 25 ases exigida por la ley de las XII Tablas. Con el correr de los siglos, esta suma se había vuelto ridículamente baja. **Lit.:** F. GUIZZI, «Gli schiaffi di un uomo insensato e impudente», *Iura* 58 (2010) 229.

En el edicto sobre injurias, publicado en una fecha que va entre el s. III y II a. C., en el concepto de *iniuria* ahora, junto a las lesiones corporales se comprende la **lesión a la personalidad**, es decir, *el menoscabo intencional de la perso-*

nalidad ajena y con ello (tal como ocurría con la griega *hybris*, en su definición original) la exaltación de la propia persona (Gai. D. 3, 220–222 = Inst. 4, 4, 1–3). El edicto contiene, además de la descripción de ciertos hechos, un edicto general sobre los (demás) casos de *iniuria*.

- 22 Tales hechos en particular son, p. ej., el *convicium* inmoral, es decir, la denostación mediante insultos y versos burlones realizada públicamente, en una congregación ante la casa de la víctima; el ataque a la reputación moral de una mujer joven u honorable, etc. (cfr. Ulp. D. 47, 10, 15 §§ 2, 15 s., 25, 43). En principio, esto se entiende como una denostación indirecta del marido o del padre; sin embargo, más adelante se concede la *actio iniuriarum* a quien haya sido directamente ofendido (cfr. Gai. 3, 221–222; Inst. 4, 4, 2–3, sobre lo cual, G. KLINGENBERG, «Zur mittelbaren *iniuria*», *Fundamina* 20-1 [2014] 456). Ulpiano (D. 47, 10, 15, 35 y 15, 44) también concede –en general, bajo la influencia del pensamiento humanitario de raíz estoica– protección a los esclavos contra las lesiones personales, cuando éstas no representan, al mismo tiempo, una contra el dueño, sobre lo cual *vid.* M. F. CURSI, «*Pati iniuriam per alios*» (Gai. 3, 221–222)», *Bull.* 106 (2012) 255, 270.–En su conjunto, la sociedad romana fue sensible ante las lesiones a la personalidad, como ocurre hoy en día. Entre otros, se consideran también *iniuria* las perturbaciones a los actos de apropiación (como pescar en el mar), obstrucciones al uso de las cosas propias, o la visita a un baño público (Ulp. D. 47, 10, 13, 7).
- 23 La *actio iniuriarum*, común a todos estos hechos, tiene por objeto una multa cuyo monto debe determinar el juez, de acuerdo con lo que a él, atendidas las circunstancias particulares del hecho, parezca como adecuado como pena y desagravio (Ulp. D. 47, 10, 17, 2). La acción es activa y pasivamente intransmisible y su ejercicio tiene plazo de un año.
- 24 En el *Usus modernus* la *actio iniuriarum* desempeñó un importante papel como una de las acciones más frecuentes. En el s. XVIII, surgieron en los territorios germánicos crecientes reparos contra ella. Por un lado, algunos se basaban en el deber cristiano de perdonar (p. ej., Mateo 18.22 y 35), teniendo en cuenta que la honra de un hombre no disminuye por los denuestos de quienes buscan pendencia. Otros reparos, a su vez, se fundaban en que sería contrario al sentimiento alemán el que el honor y la reputación pudieran repararse con dinero; además de que las sanciones del derecho criminal serían suficientes. Por ello el BGB no incluyó al honor entre los bienes protegidos del § 823 I. A partir de los años 50 del siglo XX la acción por injurias experimentó un renacimiento, en la forma de acción indemnizatoria por lesiones al derecho general a la personalidad, de acuerdo con el § 823 I BGB, que la jurisprudencia, había derivado del mandato de protección de los arts. 1 y 2 de la Constitución alemana (BGHZ 13, 334; 26, 349; BverfGE 34, 269). **Lit.:** M. HERMANN, *Der Schutz der Persönlichkeit in der Rechtslehre des 16.–18. Jahrhundert*, Stuttgart, 1968; COING I, 513; II, 293, 296; ZIMMERMANN, 1062, 1085.

IV. DELITOS VIOLENTOS. ROBO (*RAPINA*)

Lit.: U. EBERT, *Die Geschichte des Edikts de hominibus armatis coactisve*, Heidelberg, 1968; L. VACCA, *Ricerche in tema di actio vi bonorum raptorum*, Milano, 1971; LA MISMA, «L'editto di Lucullo», en *Atti Copanello*, 5 (1992) 221; LA MISMA, «Il delitto di rapina», en *Homenaje Murga*, 887.—Sobre violencia y luchas violentas en la República tardía, *vid.* A. W. LINTOTT, *Violence in Republican Rome*, Oxford, 1968; L. LABRUNA, «Les racines de l'idéologie répressive de la violence», *Index* 3 (1972) 525; NELSON – MANTHE III 3, 202. *Cfr.* [8.30–34], también [1.31].

La represión de determinados delitos violentos fue introducida por el pretor, presumiblemente, para agravar la antigua responsabilidad civil. Se nos han transmitido dos delitos principales, cuyo contexto histórico es discutido: el **daño** producido *dolosa y violentamente* en cosas ajenas mediante una cuadrilla armada (*dolo malo vi hominibus armatis coactisve damnum datum*) y el **robo** (*bona vi rapta, rapina*), es decir, la sustracción violenta de cosas del patrimonio ajeno (Ulp. D. 47, 8, 2 pr.). De ambos delitos se deriva una acción cuyo objeto es una multa al *cuádruplo* y, después de transcurrido un año, por el *simpulum*. 25

En época clásica temprana las acciones tenían también una función reipersecutoria; sin embargo, en época altoclásica la *actio vi bonorum raptorum*, por influencia de la *actio furti* se interpreta como una acción penal pura y se acumula con la *condictio ex causa furtiva* (Gai. 3, 209; 4, 8). En época *posclásica*, en cambio se la trata como una acción penal mixta (Inst. 4, 6, 19). Su importancia retrocede, ante las graves penas de carácter *criminal* que se impone a todos los delitos violentos. 26

V. OTROS DELITOS

De las acciones penales (que son, al mismo tiempo, reipersecutorias y arbitrarias) por *coacción* (*actio quod metus causa*) y por *dolo* (*actio de dolo*) ya hemos hablado [8.33 y 35].—A su lado hay aún un gran número de acciones penales pretorias, algunas cuyo objeto son multas fijas, otras al *cuádruplum*, al doble o al *simpulum* de un determinado valor patrimonial, las cuales no pueden ser tratadas aquí, por la limitada importancia que tienen los hechos sobre los que recaen. 27

VI. Justiniano, siguiendo la doctrina de las escuelas de derecho orientales, reúne a título de **cuasidelitos** ciertos hechos antijurídicos que ya eran conocidos en el derecho clásico y cuya nota común es que en el derecho posclásico exigen *culpa* simple. Pertenecen a este grupo: el juez que, en el desempeño de su ministerio, actúa violando el 28

derecho (*iudex, qui litem suam fecit*); aquel desde cuya vivienda algo es arrojado o derramado hacia la calle (*deiectum vel effusum*), a resultas de lo cual otra persona resulta perjudicada; o bien aquél de cuyo edificio adherido cae hacia la calle algo que estaba adherido o pendía de él (*positum vel suspensum*), pudiendo dañar a otro (Ulp. D. 9, 3, 5, 11); finalmente, el *nauta, caupo, stabularius*, cuyos auxiliares han cometido hurto o daño en las cosas contra un huésped (responsabilidad por *culpa in eligendo* [36.25; 46.8]. Cfr. Inst. 4, 5 (en parte = Gai. D. 44, 7, 5, 4–6; D. 50, 13, 6). **Lit.:** J. PARICIO, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, Madrid, 1987; C. A. CANNATA, s.v. «Quasi contratti e quasi delitti (storia)», en *ED.* 38, 1987, 25; T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, Madrid, 1990; P. BIRKS, «A New Agreement for a Narrow View on *Litem Suam Facere*», *TR* 52 (1984) 373; R. ZIMMERMANN, «*Effusum vel deiectum*», en *Festschrift für Hermann Lange*, Stuttgart, 1992, 301 (incluye historia dogmática); NELSON – MANTHE III 2, 64; R. SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus*, Milano 2004 (rec. G. WESENER, *SZ* 125 [2008] 932); F. MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione dei cosiddetti quasi delitti*, Bolonia, 2010; JANSEN [3.6], 504; E. DESCHEEMAKER, *The Division of Wrongs. A Historical Comparative Study*, Oxford, 2009 (rec. B. BISCOTTI, *Roman Legal Tradition* 10 [2014] 38); EL MISMO, «Obligations *quasi ex delicto* and Strict Liability in Roman Law», *JLH* 31 (2010) 1; C. VENTURINI, «La responsabilità del giudice nell'età classica, tra negligenza e corruzione», *Index* 41 (2013) 455; R. SCEVOLA, «In margine ad *litem suam facere* in età postclassica e giustiniana», *SD* 79,1 (2013) 423.—Sobre el desarrollo posterior, vid. R. HOCHSTEIN, *Obligationes quasi ex delicto. Untersuchung zur dogmengeschichtlichen Entwicklung verschuldensunabhängiger Deliktshaftung unter besonderer Berücksichtigung des 16. bis 18. Jahrhunderts*, Stuttgart, 1971; ZIMMERMANN, 1126; COING II, 520; DESCHEEMAKER, (cit.); JANSEN [48.29].

C. EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

§ 52. La extinción de la deuda. Generalidades

(RPr. §§ 45, 148)

I. ESENCIA Y TIPOS

La obligación se *extingue* mediante el *cumplimiento* de lo debido, es decir, cuando el acreedor obtiene lo que se le debe; también, cuando el deudor se libera del vínculo obligacional por alguna *otra* causa. Las causas de extinción pueden tener efectos más o menos intensos. 1

1. En determinados casos el deudor queda inmediatamente liberado, es decir, *ipso iure*, de modo que el juez debe asumir que la obligación se ha extinguido. Estas causas de extinción producen sus efectos según el *ius civile*, o bien, según el *ius honorarium*, dependiendo de si la obligación pertenece a uno u otro ámbito. 2

2. En otros casos, como ocurre con los supuestos de remisión informal, o de compensación, la obligación subsiste como tal, pero se le priva de eficacia por el hecho de que el pretor, a solicitud del deudor, deniega la acción al acreedor, o bien (que es lo más habitual) concede al deudor una *exceptio*. Esta enervación operada por medio de una excepción (*per exceptionem, ope exceptionem*) es una medida pretoria que puede también tener por fundamento una *lex* o un *senatusconsultum* [4.10]. 3

II. HISTORIA

1. Tal como ocurre con el concepto mismo de obligación, los precedentes de sus modos de extinguir tienen una larga formación histórica. Del mismo modo que las raíces de la obligación se encuentran en la *responsabilidad* personal del obligado [32.3-4 y 10], debemos buscar los orígenes históricos de los hechos extintivos en tal *liberación de responsabilidad*. Esta liberación ocurrió tempranamente a propósito de la responsabilidad derivada de *delitos*, mediante el pago de una *multa*, y por lo que se refiere a la responsabilidad *negocial*, mediante la *prestación* de aquello a lo cual el deudor se había obligado. Es probable que desde antiguo la liberación de responsabilidad fuese posible de realizar sin formalidad alguna. 4

La necesidad de una formalidad se habría impuesto en interés del responsable, cuya liberación le interesaría probar más adelante. Pero éste carecía de mecanismos coactivos para forzar a su contraparte a la observación de alguna formalidad. Incluso después de la época clásica, el deudor de obligaciones provenientes del antiguo derecho civil, derivadas de los delitos de *furtum* e *iniuria* se libera mediante un *pacto* de remisión no formal, conforme al *ius civile* [53.20].

- 5 2. Se nos ha transmitido un negocio *formal* de extinción de responsabilidad de nombre *solutio per aes et libram* o *nexi liberatio* (Gai. 3, 173–175). Al igual que los demás actos librales [7.14], en su forma original debió ser un *acto de intercambio*, realizado ante al menos cinco testigos y un *libripens*, en el cual, el facultado para hacer efectiva la responsabilidad (más adelante, el acreedor) recibe una suma de dinero en efectivo y cede, a cambio, a su derecho sobre el responsable.
- 6 Este acto formal tuvo la temprana función de *liberar de responsabilidad al tercero*, en caso que no fuera el responsable mismo, sino un tercero, quien diese la suma liberatoria. Éste no perseguía la plena liberación del responsable, sino que, a cambio de la cantidad entregada, obtenía un *poder* sobre éste, que le aseguraba el *reembolso* de la cantidad pagada. En calidad de tal tercero actuaba un familiar o uno que pertenecía a la misma *gens* del responsable; y puesto que su poder lo ejercía de un modo menos estricto que el acreedor que, a su vez, le había cedido tal derecho, el responsable percibía el acto como una *liberatio* o *solutio*.
- 7 Es posible conjeturar tres etapas de *desarrollo* de este negocio liberatorio: a) el negocio liberatorio realizado por el tercero podía, originalmente, tener por requisito que el acreedor ya hubiese ejercido su poder sobre el responsable, es decir, la *manus iniectio* ejecutiva; más adelante este requisito no se exigirá más. Si el tercero hubiese salido fiador de una *sponsio* a favor del responsable y hubiese pagado según la *solutio per aes et libram*, entonces queda facultado para ejercitar la *manus iniectio* contra el deudor para recuperar lo pagado. Una *lex Publilia* (s. IV-III a. C.) dilata esta ejecución durante seis meses, a contar del día del pago, para permitir al liberado cumplir a satisfacción del tercero (detalles en [57.20]).—b) Se mantiene la forma *solutio per aes et libram*—tenga lugar o no la *manus iniectio*— no solo en el supuesto del pago del tercero, sino también en el de *autoliberación* del deudor. La *solutio per aes et libram* solo es exigible en caso que la obligación resulte *ejecutable*, esto es, cuando se ha *condenado* al deudor, o cuando la deuda ha sido confesada *in iure*, o también cuando, por excepción, puede ser ejecutada *sin condena previa*, siempre que el pretor haya determinado la subsistencia de la responsabilidad [32.15].—Finalmente, se *desiste* de la forma cuando la *prestación* debida se realiza efectivamente. El acto libral de pago se emplea en la forma «imaginaria» del *nummo uno*, si el acreedor *remite* la deuda sin que exista una efectiva prestación [54.18]. **Lit.:** KASER [32.15], 100; KNÜTEL [6.4], 73; NELSON – MANTHE III 2, 403.
- 8 3. Si la deuda deriva de una *stipulatio*, la extinción de la obligación requiere de una *acceptilatio*, de carácter formal. Al igual que en la *stipulatio*, se requie-

re de una pregunta y una respuesta formales. El deudor pregunta, *quod ego tibi promisi, habesne acceptum?* («Lo que te debía, ¿lo has recibido?»), a lo que el acreedor respondía *habeo* («Lo he [recibido]»). Cfr. Gai. 3, 160 = Inst. 3, 29, 1; Mod. D. 46, 4, 1.; vid. [53.19].

También esta forma (en cuanto acto que sirve de prueba) era acompañada en un principio de una *prestación*, pero luego ya se usó como acto de *remisión*, cuando la prestación a la que se hace mención en su fórmula, en realidad no había tenido lugar [53.19]. Los *peregrinos* también pueden hacer uso de ella.

§ 53. Pago y otras causas de extinción

(RPr. §§ 149-151, 274; KASER – HACKL §§ 35 V, 38 II)

I. PAGO (*SOLUTIO*), PRESTACIÓN SUSTITUTIVA DEL CUMPLIMIENTO, DEPÓSITO EN CONSIGNACIÓN

- 1 **1.** El **pago** es la *prestación de lo debido*, al tiempo que es, en cierto modo, el término natural de la obligación, la realización de su finalidad. El pago libera al deudor *ipso iure*, cuando la prestación se realiza tal como se debe (Gai. 3, 168; Ulp. D. 50, 16, 176; Inst. 3, 29 pr.).

Se llama siempre *solutio* (de *solvere*, extinguir) si bien con esta expresión ya no se designa a la persona del deudor y a su vínculo, sino al objeto de la prestación, a saber, el dinero (*pecuniam solvere*).

- 2 El pago al pupilo sin la *auctoritas tutoris* hace dueño a aquél; en tanto el pupilo se enriquece con el dinero, el deudor cuenta con una *exceptio doli* (Gai. 2, 84). El pago *realizado* por el pupilo sin la *auctoritas tutoris*, lo libera cuando el acreedor se hace dueño por mezcla, prescripción, etc. Lo mismo vale cuando se paga con una cosa ajena y el acreedor se hace dueño por alguno de estos modos de adquirir; *cfr.* Ulp. D. 46, 3, 14, 8; Pomp. D. 46, 3, 1; además, Inst. 2, 8, 2; *vid.* [48.6 y 8].
- 3 La *prueba* de la *solutio* en el derecho clásico no está sujeta a reglas formales: los *recibos (ápochae)* se sujetan a la libre apreciación de la prueba. Para la validez de los recibos (*securitas*) Justiniano exige en ocasiones su forma escrita y, en todo caso, testigos, y concede al recibo correctamente extendido mayor fuerza: quien quiera alegar que la prestación a la que se refiere el recibo, en realidad, no tuvo lugar, debe impugnarlo, ejercitando la *querela non numeratae pecuniae* en un plazo de dos años (Iust. C. 4, 30, 14). **Lit.:** KASER – HACKL, 604; BÜRGE [56.4].—Sobre la excepción del dinero no entregado, *vid.* [40.8].
- 4 Cualquier tercero está *facultado* para pagar con efecto liberatorio, cuando la prestación no está vinculada en razón de su contenido a la persona del *deudor*, y puede hacerlo incluso contra la voluntad de éste (Inst. 3, 29 pr.; Lab–Paul. D. 46, 3, 91); en lo que subsiste el antiguo pago por un tercero [52.6]. Gayo (D. 3, 5, 38; D. 46, 3, 53) esgrime su fundamento: porque corresponde a la razón natural y jurídica que nosotros podamos mejorar la condición de otro, incluso sin su conocimiento o contra su voluntad, pero no empeorarla.

Lit.: Chr. EMUNDS, *Solvendo quisque pro alio liberat eum. Studien zur befreienden Drittleistung im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2007 (extensamente; p. 164: carece de importancia si la prestación de una deuda ajena se hace en nombre propio o

del deudor; (rec. F. STURM, SZ 128 [2011] 540); HKK-GRÖSCHLER, §§ 266–268 [15–18].—Cfr: §§ 267 BGB; 1422, 1423 ABGB; art. 68 OR; 1158–1159 Cc esp.

3. Aparte del acreedor, están facultados para recibir el pago: 5

a) el apoderado del acreedor, en particular, su *procurator*. El acreedor puede revocar esta autorización en cualquier momento, pero si el deudor que ignoraba tal revocación paga al apoderado queda, en ocasiones, protegido (Ulp. D. 46, 3, 12 pr.–2).

b) Si el acreedor autoriza al deudor a pagar a un tercero (*delegatio solvendi*; [54.10]), el deudor se libera pagando a éste. Y sin tal autorización también se libera, en el caso que el acreedor *ratifique* posteriormente el pago hecho al tercero (*ratihabitio*; Ulp. D. 46, 3, 12, 4). 6

c) En la *stipulatio* (o en la *dotis dictio*) puede mencionarse, junto al acreedor, a un tercero (p. ej., un banquero) como *adjunto para el pago (solutionis causa adiecto)*: ¿prometes que a mí o a Ticio será dado...? (Ulp. D. 46, 3, 12, 3). El tercero queda entonces facultado para recibir, pero no para exigir [35.6], de modo que no puede demandar el crédito, cederlo o remitirlo. A diferencia del apoderado o *procurator* [53.5], el acreedor no puede revocar al acreedor adjunto su poder para recibir. **Lit.:** Chr. SCHNABEL, *Der solutionis causa adiectus im römischen Recht*, München, 2015. 7

d) Puede nombrarse un *adstipulator* como autorizado para recibir y para demandar; su derecho, en cualquier caso, depende del acreedor [57.1]. Con todas estas instituciones satisfacen los romanos la necesidad –para ellos, desconocida– de «genuinos» contratos a favor de terceros [35.6]. 8

4. El objeto de la prestación debe corresponder a la deuda. 9

a) El acreedor puede rechazar el *pago parcial*, sin incurrir por ello en mora, si al deudor no se le ha autorizado a ello (Iul. D. 12, 1, 21).

Esta regla, que presumiblemente se origina en la ejecución personal, no se encuentra tan firmemente anclada en el derecho romano, como en general se suele pensar. Ella ha sido acogida en casi todos los códigos civiles.—§§ 266 BGB; 1415 ABGB; arts. 69 OR; 1169 Cc esp.; 316 ZGB gr.; 1181 Cc it.; 629 NBW neerl.; con restricciones, art. 1244–1 I Cc fr. 1985; diversamente solo el art. 450 ZGB pol. de 1964. **Lit.:** R. KNÜTEL, «*Particularis enim solutio rarum est ut incommoda sit*», en *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly*, Köln, 2002, 337; HKK-GRÖSCHLER, §§ 268 [11–14].

b) Si el acreedor tiene *varios* créditos de la misma clase (p. ej., sobre sumas de dinero) contra el mismo deudor, se debe determinar a cuál de estos créditos se ha de *imputar* la prestación, lo que en principio hace el deudor y, a falta de éste, el acreedor. Si ninguno manifiesta nada, la prestación se imputa a la deuda exigible antes que a la 10

que aún no lo es; si hay varias exigibles, a la que sea más gravosa para el deudor; si hay varias igualmente gravosas, se imputa a todas, proporcionalmente. Paul. D. 46, 3, 101, 1; Pap. D. 46, 3, 97; Ulp. D. 46, 3, 3, 1; Ulp. D. 46, 3, 5 pr.; Paul. D. 46, 3, 8.—§§ 366 BGB; 1416 ABGB; arts. 86, 87 OR; 1172 Cc esp.

- 11 c) Si el acreedor recibe una prestación *distinta* a la debida (*aliud pro alio*), se extinguirá la deuda en virtud de ***datio in solutum*** (dación en pago) solo si el acreedor la acepta como pago. En este caso, los *proculeyanos* dan al deudor la *exceptio doli*, los *sabinianos* —que prevalecen, finalmente— conceden la extinción *ipso iure*; Gai. 3, 168, *cf.* Inst. 3, 29 pr.

Si la cosa *dada en pago* al acreedor resulta evicta (total o parcialmente), el crédito se tiene por subsistente (Marci. D. 46, 3, 46 pr.—1).

La acción análoga del comprador (*actio empti utilis*), que, por analogía, trata al acreedor que ha aceptado la cosa a cambio de la liberación del deudor, como un comprador (Ulp. D. 13, 7, 24 pr.; Ant. C. 8, 44, 4), es, en la práctica, una acción de garantía.—A causa de la recesión económica y la escasez de dinero, Justiniano, entre los años 535 y 544 (Nov. 4, 3 y 120, 6, 2) estableció la llamada *datio in solutum necessaria*: si el deudor no puede conseguir el dinero para el pago, pero es dueño de predios, el acreedor debe tomarlos en pago del precio.—§§ 364 I, 365 BGB; 1413, 1414, 922 ABGB; el OR solo hace mención a prestaciones que suponen cumplimiento, arts. 116 II, 172. **Lit.:** M. HARDER, *Die Leistung an Erfüllungs Statt (datio in solutum)*, Berlin, 1976; ZIMMERMANN, 753; A. SACCOCCIO, «La c. d. *datio in solutum necessaria* nel sistema giuridico romanistico», ReA 14 (2002) 17 (incluye historia dogmática); EL MISMO, «*Datio in solutum*: storia e dogmatica di una locuzione», en *FHI.*, vol. VII, 4893; EL MISMO, *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*, Milano, 2008 (rec. M. J. SCHERMAIER, SCDR 23–24 [2010–11] 438); M. WIMMER, «Das Kaufmodell bei der *datio in solutum* und seine Folgen im modernen Recht», SZ 129 (2012) 364.

- 12 5. El momento del vencimiento de la obligación, en que el acreedor puede *exigir* su cumplimiento y, en caso de ser necesario, ejercitar una acción, se rige por lo establecido en el negocio obligacional (contrato, testamento); en todo caso, según las circunstancias y, en especial, según la naturaleza de la prestación. Si de todo esto no se sigue algo diferente, la prestación es exigible inmediatamente (Pomp. D. 50, 17, 14; Ulp. D. 50, 16, 213 pr.).
- 13 El deudor puede, por regla general, pagar antes del vencimiento y, conforme a esto, hacer incurrir en mora al acreedor: *diei adiectio pro reo est*, («la determinación del momento de la prestación favorece al deudor»; D. Ulp. D. 45, 1, 41, 1). La regla se basa en la experiencia cotidiana de que una prestación es tanto más bienvenida mientras antes se realiza (Gai. 3, 113 = Inst. 3, 20, 5, literalmente, *bis dat qui cito dat*, «el que da rápidamente, da doblemente»). La regla de la falta de claridad, cuyo desarrollo tiene lugar en las estipulaciones, también desempeña un papel. Sin embargo, es diferente cuando el acreedor tiene interés en que el deudor no cumpla con su prestación

antes de tiempo (Ulp. D. 50, 17, 17; Pomp. D. 31, 43, 2).—A causa de las emergencias económicas período posclásico los emperadores conceden moratorias generales y, bajo Justiniano, también de acreedores.

Lit.: F. FASOLINO, «Note in tema di *solutio ante diem*», en *FHI.*, vol. III, 1729; HKK-GRÖSCHLER, §§ 269–272 [21–23].—§§ 271 I, II BGB; arts. 75, 81 I OR; §§ 904 y 1413 ABGB; 1113 Cc esp.

6. Asimismo, el **lugar** en que se ha de pagar se rige por lo establecido en el negocio obligacional y, en cualquier caso, atendidas las circunstancias. No hay suficiente claridad acerca de las reglas complementarias, a causa de las múltiples diferencias que hay en las fuentes. Cuando menos, es reconocible que en las obligaciones contractuales el lugar del cumplimiento del contrato era el de su celebración (*locus contractus*), de modo que aquel que promete en Roma dar a Estico, sin más, deberá pagar en Roma, sin importar si Estico se encuentra en Efeso (Ven. D. 45, 1, 137, 4; además, Ulp. D. 5, 1, 65, en que el principio resulta de la excepción: si se promete restituir la dote en caso de divorcio, dicha restitución debe hacerse —y ahí mismo podrá demandarse— donde el marido tiene su domicilio conyugal, no donde se celebraron los acuerdos acerca de la dote).

Las obligaciones de género deben ser cumplidas en el lugar en el que se deban ejercitar las acciones contra el demandado; luego, en el lugar de la celebración del contrato o en el domicilio del demandado (Iul. D. 12, 1, 22; Gai. D. 13, 3, 4; Pomp. D. 33, 1, 1). El que a un deudor se le deba demandar en su domicilio (el domicilio general del que habla el § 13 ZPO) se explica en razón de que nadie podría negarse a colaborar en el proceso que se lleva a cabo en el lugar que resulta más cómodo para él.—La regla según la cual la especie o cuerpo cierto (*certa res*) debe darse en el lugar en que se encuentra es aplicable a los legados (Lic. D. 5, 1, 38; Ulp. 30, 47 pr.; Afr. D. 30, 108 pr.), a la obligación de exhibir (Ulp. D. 10, 4, 11, 1) y a la devolución de la cosa depositada, que entonces no debe necesariamente restituirse en el mismo lugar en que ella se depositó (Pomp. D. 16, 3, 12 con una dudosa extensión a todas las acciones de buena fe). **Lit.:** F. AMARELLI, *Locus solutionis. contributo alla teoria del luogo dell'adempimento in diritto romano*, Milano, 1984.

Si el acreedor demanda una cantidad de dinero con una fórmula que lleva una *intentio* referida a una *certa pecunia*, en un lugar *diferente* a aquel que se estableció en el negocio jurídico como lugar de cumplimiento, el pretor le concede una acción especial relativa a aquello que debe darse en un determinado lugar (*actio de eo quod certo loco dari oportet*), por la cual el demandado deberá ser condenado a pagar una suma de dinero de idéntico valor al de la suma debida en el lugar previsto para el pago. Esta acción protege al acreedor que se vería impedido de demandar en caso de que nunca llegase el deudor al lugar prome-

tido para el pago (Gai. D. 13, 4, 1). Los distintos intereses en juego son tomados en consideración, en principio, a favor del demandado, de modo que es posible condenar a una suma menor que la prometida en la estipulación y, posteriormente, también a favor del demandante, al que podría darse una cantidad mayor, en especial cuando el hecho de no cumplirse la prestación en el lugar previsto le hubiese irrogado perjuicios (p. ej., si las cosas entregadas en prenda, se hubiesen enajenado en un valor inferior), Ulp. D. 13, 4, 2 pr. y 8.

En cambio, en la *formula incerta* cuyo objeto sea *quidquid*...[34.7] y probablemente también en la fórmula con un *certum* que no sea una suma fija de dinero, dicho «interés del lugar» se ha de tomar en cuenta *sin* necesidad extender las palabras del texto.

Lit.: F. PULITANÒ, *De eo quod certo loco. Studi sul luogo convenzionale dell'adempimento nel diritto romano*, Milano, 2009 (rec. F. SITZIA, Bull. 105 [2011] 385; véase la crítica de F. STURM, SZ 132 [2015] 606).

- 16 7. Cuando el acreedor se encuentra en mora, lo mismo que en algunos otros casos, el deudor puede **depositar** la cosa debida. La *imposición de sellos* (*obsignatio*) y el *depósito* (*depositatio*) se realiza, por regla general, en templos, en ciertos lugares públicos (p. ej., en almacenes, *horrea*), o ante banqueros y, ya en época cristiana, en iglesias que sean idóneas. La consignación proporciona al deudor ciertas ventajas.

Los intereses dejan de correr, el acreedor pierde el derecho a vender las cosas en prenda; el fiador que hubiese depositado puede ejercitar la acción de reembolso contra el deudor principal. *Cfr.* Pap. D. 22, 1, 7; Gord. C. 8, 27, 8; Pap. D. 17, 1, 56, 1. Ya en época de Diocleciano el deudor se libera mediante el depósito, C. 8, 42, 9. Diocleciano o Justiniano da al acreedor una *actio utilis* contra el depositario e, incluso, contra todo poseedor del dinero depositado; C. 4, 32, 19, 4.—§§ 372 ss. BGB; 1425 ABGB; arts. 92 ss. OR; 1176 Cc esp. **Lit.:** M. NITSCHKE, «Die Hinterlegung der geschuldeten Leistung», SD 24 (1958) 112; R. VIGNERON, *Offerre aut deponere. De l'origine de la procedure des offres reelles suivies de consignation*, Liège, 1979.

II. REMISIÓN DE LA DEUDA

- 17 La remisión es el acuerdo celebrado entre el deudor y el acreedor en virtud del cual éste desiste de la prestación y libera a aquél. El negocio *formal* de remisión libera al deudor *ipso iure* (*vid.* a continuación 1 y 2); en cambio, el negocio *no formal* de remisión le confiere solo una *exceptio pacti* (*vid.* detalladamente en 3).
- 18 1. La *solutio per aes et libram* [7.14 y 52.5] en época clásica se realiza *numero uno*, luego, representa un cumplimiento de la obligación puramente *simbólico*, empleada con una finalidad remisiva; Gai. 3, 173–175.

La fórmula que el deudor debe pronunciar («Puesto que yo he sido condenado ante ti en la cantidad de ...mil, pago y me libero de ti mediante este cobre y esta balanza. Te pago esta primera y última libra [es decir, la suma total] de acuerdo con la ley»); en lo que atañe a la afirmación de que se paga la totalidad de la deuda, es mera apariencia.—En el derecho antiguo [32.15, 52.7 b)] este acto se limita a las deudas de dinero y a las de género de un *certum* derivados de un *legado damnatorio* (lo que se explica en razón de que la más antigua forma de testamento era un negocio mancipatorio, un acto *per aes et libram*), así como también a la *obligación impuesta por una condena*.—Lo mismo que con los demás actos librales, a fines de la época clásica este negocio ha desaparecido. Justiniano lo elimina de las fuentes.

2. La *acceptilatio* [52.8], con su pregunta y respuesta formales, es el anverso 19 de la *stipulatio*, y su aplicación se restringe a ésta (y a la *dotis dictio*). Equivale a un recibo formal y libera al deudor aun sin el cumplimiento efectivo de la prestación; Gai. 3, 169–172; Inst. 3, 29, 1. Los peregrinos pueden hacer uso de ella (Ulp. D. 46, 4, 8, 4).

Obligaciones distintas a las mencionadas deben ser previamente transformadas en estipulaciones, mediante novación (p. ej., la *stipulatio Aquiliana* [54.6]). La *acceptilatio* produce efectos (lo mismo que hoy la remisión del § 397 BGB) de forma *abstracta*, es decir, resulta irrelevante su *causa*, a menos que ella sea expresamente mencionada en la fórmula (Ulp. D. 23, 3, 43 pr.); dado el caso, era el acreedor anterior quien debía convenir la remisión. La *acceptilatio* inválida puede ser mantenida como *pacto de remisión* (Ulp. D. 46, 4, 8 pr.; Ulp. D. 46, 4, 19 pr.), *vid. supra* [9.6]. **Lit.:** LIEBS [6.4], 131; KNÜTEL [6.4], 87; Chr. KRAMPE, «An inutilis acceptilatio utile habeat pactum quaeritur», TR 53 (1985) 3.

3. a) Al igual que en el antiguo convenio expiatorio (*pactum*), tratándose 20 de las deudas (multas) derivadas de *furtum* y de *iniuria*, el acuerdo **no formal** de remisión libera al deudor según el *ius civile*, Ulp. D. 2, 14, 17, 1.

b) Tratándose de las *demás* deudas (sean éstas de negocios jurídicos o de 21 delitos), el pacto remisivo no formal, *pactum de non petendo*, libera al deudor solo por *ius honorarium*, de modo que éste obtiene solo una *exceptio pacti (conventi)*; Gai. 4, 119; 126, *cfr.* Inst. 4, 14 pr.

Frecuentemente, puede optarse entre esta excepción y la *exceptio doli*, G. 3, 179. En los *bonae fidei iudicia* se puede prescindir de la inclusión de la *exceptio* en la fórmula [34.11]. Si el *pactum* solo se refiere a un determinado período de tiempo, opera como aplazamiento (Gai. 4, 122; Inst. 4, 13, 10).—Los juristas clásicos distinguen entre el *pactum in personam* y el *pactum in rem*; el primero resulta eficaz solo para la persona del deudor; el segundo, a favor de los herederos, fiadores, codeudores, etc. *Cfr.* Ulp. D. 2, 14, 7, 8; Paul. D. 2, 14, 17, 5; 21, 5; 25, 1.

c) La *transactio* es un pacto no formal por el cual, mediante concesiones 22 recíprocas, se pone fin a un litigio o una situación de incertidumbre acerca de

un derecho. En el derecho clásico constituye un caso de aplicación del *pacto de remisión*.

La *transactio* opera, principalmente, una renuncia a una *actio* a cambio de una contraprestación, o la promesa de realizarla, *cfr.* Ulp. D. 2, 15, 1. Justiniano la separa del *pactum*. Sobre su tratamiento como *contrato innominado*, *cfr.* Alex. C. 2, 4, 6, 1 [45.4 *i.f.*], *vid.* también Diocl. 2, 4, 33, 1.–§§ 779 BGB; 1380 ss. ABGB; art. 1809 Cc esp.

Lit.: M. A. FINO, *L'origine della transactio. Pluralità di prospettive nella riflessione dei giuristi antoniniani*, Milano, 2004; (sobre historia dogmática) F. TREGGIARI, «Profili storici della transazione», *Studi Senesi* 104 (1992) 304.

- 23 d) La recíproca vinculación derivada de los *contratos consensuales*, en especial, el de la compraventa, puede ser deshecha en tanto ninguna prestación haya tenido lugar (técnicamente: *res integra* aún) mediante un acuerdo de resciliación (*contrarius consensus*). Desde el punto de vista de su construcción, este convenio o acuerdo se estructura como la articulación de acuerdos de remisión recíprocos (*pacta de non petendo*). Estos son tenidos en consideración por parte del juez cuando una de las partes demanda, no obstante el acuerdo, por cuanto las acciones nacidas de los contratos consensuales son *bonae fidei iudicia* [9.10; 34.14 y 15] (la llamada «inherencia»), Iul.– Paul. D. 18, 5, 3. Por el contrario, otros juristas, como Paulo, entienden que el *contrarius consensus* es un supuesto de aplicación del principio de simetría [6.4] y, por lo mismo, como un acuerdo de resciliación de derecho civil; por esta razón asumen, que este acuerdo no solo concierne a las obligaciones nacidas del contrato, sino a su fundamento, de modo que el contrato, en su conjunto, sería disuelto (Pomp. D. 46, 3, 80; Ulp. D. 50, 17, 35; Inst. 3, 29, 4).

Las distintas interpretaciones tienen efectos, p. ej., en cuestiones acerca de si es posible resciliar el pacto de resciliación de una compraventa (Paul. D. 2, 14, 27, 2), o si produce efectos una resciliación motivada por una extorsión (Paul. D. 4, 2, 21, 4; *cfr.* [8.31]), o si cuando las partes rescilian la compraventa, el fiador se libera *ipso iure* o debe oponer la *exceptio pacti* (Paul. D. 18, 5, 3). **Lit.:** R. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, Köln, 1968; EL MISMO, «Die Inhärenz der *exceptio pacti*», *SZ* 87 (1967) 133; KUPISCH [34.19]; FIORI [38.2], 1955 (sobre Pomp. D. 46, 3, 80); R. CARDILLI, «Iul. XV dig. (D. 18, 5, 5, 1–2) e i limiti al *contrarius consensus*», en *Fs. Knütel*, 147.

III. COMPENSACIÓN (*COMPENSATIO*)

Lit.: H. DERNBURG, *Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuerem Rechte*², Heidelberg, 1868 (reimp. 1965); ZIMMERMANN, 760; P. PICHONNAZ, *La compensation. Analyse historique et comparative des modes de compenser*

non conventionnels, Fribourg, 2001 (incluye historia dogmática); J.-Ph. DOLT, «La mise en oeuvre de l'opération compensatoire. Son évolution de l'Antiquité; jusqu'au XIXe siècle», TR 71 (2003) 155 (desarrollo hasta el s. XIX); HKK-ZIMMERMANN, §§ 387–396 [5–17].

Mediante la compensación un deudor puede oponer a su acreedor un *contra-crédito*, de modo que el acreedor solo podrá reclamar el monto restante (o saldo) que resulte de la deducción de dicho contracrédito. Varios supuestos de este tipo son agrupados por los juristas clásicos a título de *compensari*. Justiniano los generaliza y uniforma (*vid.* D. 16, 2).

Los romanos conciben la compensación en términos puramente *procesales*; el acreedor debe descontar desde un comienzo el contracrédito, o el juez tomarlo en consideración al momento de calcular la condena. La compensación mediante un negocio unilateral constitutivo se remonta a la mitad del s. XIX. *Cfr.* §§ 387–389 BGB; arts. 120, 124 OR; 1195-1202 Cc esp., en oposición al § 1438 ABGB.

Para que opere la compensación se requiere que los créditos: a) sean *recíprocamente imputables* (en el sentido de que sean entre las mismas personas); b) sean *del mismo tipo* (p. ej., en dinero); c) sean *líquidos* (sobre lo cual, *vid.* [53.31]) y que se trate de créditos de quien alega la compensación; d) *vencidos*, y e) que no se encuentren *enervados*, en especial, impedidos por una *exceptio* (porque si se alega la compensación de un crédito que aún no se encuentra vencido, o se alega uno enervado en la vía judicial, ya no se podría hacer valer sin mediar la voluntad de la contraparte). Sin embargo, hay ciertas excepciones, como se observa a continuación:

1. En las *acciones de buena fe* el juez puede deducir contracréditos surgidos de *la misma* relación obligacional (*ex eadem causa*), los llamados créditos conexos; Gai. 4, 61–63; Inst. 4, 6, 30 y 39, también [34.16].

Las acciones sirven, por lo tanto, para la liquidación de los créditos de la misma relación, y es indiferente si ellos consisten desde un comienzo en dinero o lo sean solo después de la estimación judicial. Si el juez rehúsa la deducción de un contracrédito –ilíquido– (p. ej., porque su comprobación retrasaría el proceso), el demandado podrá demandar dichos créditos en forma independiente (ya que no estaría en situación de litispendencia).

2. Los *banqueros (argentarii)* pueden demandar a sus clientes solo por el saldo que queda de la deducción de los contracréditos del mismo tipo (es decir, en dinero). Los contracréditos no requieren ser conexos; Gai. 4, 64; 66–68.

Para demandar, es preceptivo que el banquero calcule el saldo; si exige excesivamente, puede ser desestimado por causa de *pluris petitio*. En situación de litispendencia (incluido en un proceso ya entablado) se entienden todos los créditos y contracréditos cuyo saldo deba calcularse. Con posterioridad, ya no podrán ser demandados. **Lit.:** P. PICHONNAZ, «La compensation commerciale. À l'aune de cas de l'argentarius», TR

71 (2003) 29.—Sobre una (supuesta) prohibición de compensación para el depositario (PS 2, 12, 12) *vid.* P. PICHONNAZ, «L'interdiction de compenser dans le contrat de dépôt», RIDA 46 (1999) 393; T. WALTER [39.14], 345.

- 29 3. El adquirente de la masa concursal (*bonorum emptor* [85.6]) puede hacer valer un crédito perteneciente a la masa solo en virtud del *agere cum deductio- ne*, es decir, debe deducir los contracréditos existentes del demandado contra el acreedor común. No tienen importancia la homogeneidad del objeto de las prestación y ni el vencimiento de las obligaciones. Gai. 4, 65, 68.
- 30 4. Más allá de estos casos, corresponden al derecho clásico: a) los casos de *convenio* de compensación (mediante un *pacto* de remisión); b) en las acciones de *derecho estricto*, en virtud de un *rescripto de Marco Aurelio*, se permite la compensación mediante *exceptio doli*; Inst. 4, 6, 30.

En el procedimiento formulario se produce la siguiente dificultad. Si el demandado con una acción estricta a un *certum* invoca ante el pretor un contracrédito similar y vencido, cuya existencia y monto puede probar inmediatamente, el pretor puede constreñir al demandante para que limite su pretensión a la diferencia y, ante la negativa de éste, puede denegarse la acción. Pero si el contracrédito no puede ser probado inmediatamente y el demandante se resiste a reducir su pretensión, entonces la utilidad de la *exceptio doli* resulta discutible: si el demandante discute el contracrédito, fundado en la convicción de que no existe, no se le puede recriminar sin más que actúa con *dolo*; además, con la *exceptio doli* solo puede obtenerse un rechazo total de la acción, pero no un rebaja de la condena. Si la *exceptio doli* puede apoyarse en el dolo del demandado a contar de la *litis contestatio*, es posible pensar que el juez, luego de fijar la existencia y el monto del contracrédito podría exigir al demandante que se diese por satisfecho con el pago del saldo por parte del demandado. Si el demandante no accediese, entonces podría absolver al demandado. Sin embargo, hay otras dos interpretaciones que deben ser consideradas (en relación con la *actio iudicati* o con el proceso cognitorio). Quizá si lo más cercano sea la autorización al actor para limitar ante el *iudex* su crédito al saldo, de modo de eludir las consecuencias de la *pluris petitio*. Del *rescripto* podría concluirse que en los *bonae fidei iudicia* fue posible una compensación (debido a la inherencia de la *exceptio doli*) en casos en los que el contracrédito no se basaba en la misma *causa* que el crédito demandado.

- 31 5. Justiniano amplía las posibilidades de compensar, en tanto el actor al que se opone un contracrédito ya no debe temer perder su crédito por causa de *pluris petitio* [34.5]. Se considera reclamado el *saldo* por el cual el crédito demandado excede al contracrédito; el juez debe deducir el contracrédito *líquido*, es decir, el que puede probarse inmediatamente y luego condenar por el saldo. Esto es lo que quiere decir la expresión *ipso iure compensatur*; Inst. 4, 6, 30; C. 4, 31, 14.

El juez debe tomar en cuenta el contracrédito fijo, siendo indiferente si el demandado lo invoca. A ambos créditos se les trata (en cuanto a los intereses corrientes y a la

condictio de la prestación efectuada) como si una vez enfrentados, se hubieran extinguido con *efecto retroactivo*.

IV. CONFUSIÓN

Así como los derechos reales limitativos se extinguen cuando concurren con el dominio en una sola persona [28.19; 29.13], así también se extinguen los créditos cuando se confunden en una sola persona las calidades de *acredor* y de *deudor*. 32

Así ocurre cuando una persona hereda a otra. Sobre un caso especial a propósito de acciones noxales, *vid.* Gai. 4, 78. En algunos casos el pretor (mediante una fórmula ficticia) restablece el crédito extinguido, Iul. D. 36, 1, 28, 11. Por la confusión entre acreedor y deudor principal se extingue también la *fideiussio* (afr. D. 46, 3, 38, 5). La confusión entre acreedor y fiador mantiene subsistente la deuda principal; si extingue o no la acción de regreso del fiador, ello dependerá de las circunstancias del caso (Afr. D. 46, 1, 21, 5, contra *Pomp.* D. 17, 1, 11). La confusión entre el deudor principal y los fiadores extingue la fianza (Ulp. D. 46, 1, 5; taxativamente Scaev. D. 46, 3, 93, 3). **Lit.:** KIESS [28.19], 60; G. WESENBERG, «Zur Dogmengeschichte der schuldrechtlichen *confusio*», en *Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae*, vol. I, Vratislaviae, 1956, 553; M. WIMMER, «Geschichtliche Anmerkungen zur Theorie der Konfusion», en *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly*, Köln, 2002, 889.

V. CAUSAS ESPECIALES DE EXTINCIÓN

Si concurren *varias causas de adquisición* respecto de la misma cosa (*concursum causarum*), p. ej., el estipulante adquiere la cosa debida por compra, donación o legado, el antiguo derecho permitía que la deuda se extinguiese en cualquier caso; una vez adquirido el dominio, ya nada puede deberse. A partir de Juliano, sin embargo, el crédito subsiste cuando una *causa* es a título oneroso y la otra lucrativa; *cf.* D. 44, 7, 19. Solo en caso de concurrencia de dos causas de adquisición *lucrativas* (*concursum duarum causarum lucrativarum*) se entiende extinguido el crédito, Iul. D. 30, 82 pr.-1; D. 44, 7, 17; Inst. 2, 20, 6, pero también Ulp. D. 30, 34, 3. La concurrencia de dos causas onerosas se trata únicamente en *Pomp.* D. 21, 2, 29 pr.: un primer vendedor había vendido a E una cosa ajena y se la había entregado. Posteriormente E compró esta cosa al dueño, como es evidente, para evitar la evicción. Contra Nerva, Celso deniega al primer vendedor la acción para reclamar el precio (aunque había procurado a E la *possessio ad usucapionem* y no se dieron los presupuestos formales de la evicción), probablemente en razón de la (inherente) *exceptio doli*. Si E, una vez que hubiese pagado al primer vendedor, hubiese podido exigir la restitución del dinero, es algo que no se dice. 33

■ § 53. PAGO Y OTRAS CAUSAS DE EXTINCIÓN

Lit.: P. LAMBRINI, *Il problema del concursus causarum*, Padova, 2000 (rec. E. BUND, SZ 119 [2002] 446); W. ERNST, *Rechtsmängelhaftung*, Tübingen, 1995, 30; S. PFEIL, *Der concursus duarum causarum im klassischen römischen Recht*, Frankfurt am Main, 1998.—Sobre la regla de que una acción o una obligación se extingue cuando ella cae en una situación de la que no podría surgir, *vid.* A. GUZMÁN-BRITO, «*Quia in eum casum res pervenit, a quo incipere non potest*», en *Fs. Knütel*, 401.

- 34 Ya se ha hablado de los demás modos de extinguir: de la *imposibilidad* sobrevenida (*cfr.* [37.3]), de la *intransmisibilidad pasiva* de todas obligaciones nacidas de delito y la intransmisibilidad activa de algunas [50.7]. Sobre la *resolución* de la compraventa y sobre la terminación unilateral de la *locatio conductio*, de la *societas* y mandato, así como de la extinción de las dos últimas en razón de la muerte, véase lo dicho a propósito de estas relaciones obligacionales.

§ 54. Novación y delegación

(RPr. §§ 152, 275)

I. NOVACIÓN

Lit.: B. v. SALPIUS, *Novation und Delegation nach Römischen Recht*, Berlin, 1864; C. SALKOWSKI, *Zur Lehre von der Novation nach Römischen Recht*, Frankfurt, 1866; F. BONIFACIO, *La novazione nel diritto romano*², Napoli, 1959; P. VOCI, «Per la storia della novazione», Bull. 68 (1965) 147; M. KASER, «Zu Novation und Delegation», en *Satura Roberto Feenstra*, Fribourg, 1985, 141 = RRQ., 301; E. J. H. SCHRAGE, «Die Glossatoren und ihre Lehre von der Novation», TR 58 (1990) 39; F. STURM, «La novation des obligations de bonne foi en droit romain classique», en *FHI.*, vol. VIII, 5447 (novación parcial); P. LAMBRINI, *La novazione*, Padova, 2006 (rec. F. STURM, SZ 127 [2010] 455); LA MISMA, «*Fundum Cornelianum stipulatus quanti fundus est postea stipulor*: novazione oggettiva ed eccezione di dolo in diminuzione della condanna», en *Atti Burdese*, vol. II, 377 (sobre Pap. D. 46, 2, 28).

1. *Novatio* o novación es la transformación de una obligación en una nueva, en virtud de la cual el vínculo anterior queda *extinguido*, siendo sustituida por una *stipulatio* (o bien, por una *dotis dictio*; es probable que también por un contrato literal), que toma su lugar. Ulpiano (D. 46, 2, 1 pr.) la define así: «La novación es la transformación y conversión de una deuda en otra obligación civil o natural, es decir, cuando de una obligación existente se crea una obligación nueva, de modo que la anterior se extingue. «Novación» viene de nuevo (*a novo*): de la obligación nueva (*a nova obligatione*)». Examinada desde la perspectiva de su contenido fundamental, la novación constituye la faz jurídico-civil de la regla *lex posterior derogat legi priori* (la ley posterior deroga la anterior, Tab. 12, 5; Mod. D. 1, 4, 4; sobre la regla y su historia, *vid.* recientemente, J. L. HALPÉRIN, TR 80 [2012] 353); una convención basada en la autonomía privada es *lex* entre las partes (*cf.* arts. 1134 I Cc fr.; 1091 Cc esp.; 1372 Cc it.).

La novación desempeña en Roma un papel más importante que hoy en día, porque la *transformación* posterior de una obligación, mediante un cambio en la persona del acreedor o del deudor, se podía realizar no mediante un convenio modificatorio, sino mediante novación. Además, la fianza contraída mediante *sponsio* exigía que la deuda principal derivase de una estipulación; así, para utilizar esta garantía respecto de una

obligación principal diferente, primero debía transformarse ésta, mediante novación, en una obligación estipulatoria.

- 2 **2.** a) La estipulación novatoria se debe «titular», de modo que ella y su contenido hagan mención a «la deuda de la anterior obligación», p. ej., *quod mihi Seius debet*, o bien, *quod ex testamento mihi dare debes* («Lo que Seyo me debe», o bien, «Lo que tú debes darme según el testamento?»), Ulp. D. 45, 1, 75, 6. Si la deuda que se quiere novar *no existe*, nada se debe por la estipulación y, por lo mismo, contra la acción nacida de la estipulación no se requiere de *exceptio* alguna [40.5].—Si la estipulación, en cambio, se concibe como *abstracta* (*centum mihi dari spondesne?* ¿Prometes que me serán dados 100?), solo se podrá oponer una *exceptio doli* al defecto de la deuda que se pretendía novar [40.4].
- 3 Dependerá de la intención de las partes, es decir, del *animus novandi* [8.19] el que la antigua obligación se extinga por novación, o bien, el que la nueva obligación consista en una fianza contraída por *sponsio* (de fórmula idéntica a la de la novación) [57.5], que se añadirá a la obligación anterior.
 - b) También en el derecho *posclásico*, que renuncia a la forma oral de la *stipulatio* [7.23], el efecto novatorio se vincula al *animus novandi*. Puesto que la prueba de esta intención de novar suele tropezar con dificultades, la práctica documental posclásica desarrolló un *formulario*, en el cual las partes declaran expresamente que ellas *no* quieren novar. Justiniano lo modifica, en el sentido de que la novación opere solo si se declara expresamente que esa es la intención. *Cfr.* C 8, 41, 8; Inst. 3, 29, 3–3a. **Lit.:** P. APATHY, *Animus novandi. Das Willensmoment beim römischen Schuldenerneuerungsvertrag*, Wien – New York, 1975.
- 4 **3.** La novación exige que la nueva obligación contenga un *novum* respecto de la anterior. Tal *novum* puede consistir en un cambio de *personas* [54.11], o bien en añadir o suprimir una condición o plazo, en la incorporación o la liberación de fiadores. Sin embargo, se discutió si era posible reemplazar el objeto de la prestación por su valor en dinero. *Cfr.* Gai. 3, 177–179; Pap. D. 46, 2, 28; Inst. 3, 29, 3. No se tiene noticia de otros *nova*. Si se promete dos veces lo mismo *sin* agregar *novum* alguno, la segunda estipulación resulta ineficaz; Pomp. D. 45, 1, 18.
- 5 **4.** La novación *provoca* que la extinción *ipso iure* de la obligación anterior. La prendas y las fianzas constituidas a favor de la obligación anterior, se extinguen (Paul. D. 46, 2, 18; Ant. C. 8, 40, 4) y si se requieren para reforzar la nueva obligación, deben constituirse nuevamente; dejan de correr los intereses; Paul. D. 46, 2, 18. En el derecho clásico, si la novación se sujeta a *condición* suspensiva, la antigua obligación se extingue solo al cumplirse la condición; sin embargo, a la acción de ésta se opone la *exceptio doli* o *pacti*, porque la novación condicional equivale a un *pactum de non petendo*; Gai. 3, 179 = parcialmente, Inst. 3, 29, 3 *i.f.*

5. Una novación (en sentido amplio) contiene la *stipulatio Aquiliana*, ideada por el jurista C. Aquilius Gallus (s. I a. C.), cuyo objeto es *quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet oportebit praesens in diemve...* («todo lo que tú me debas dar o hacer ahora o en el futuro por cualquier causa deberás...»). Ella engloba el valor en dinero de todos los derechos reclamables judicialmente, presentes o futuros, del acreedor estipulante, contra el deudor promitente en una única estipulación, cuya deuda se extinguirá mediante *acceptilatio* (fórmula: D. 46, 4, 18; Inst. 3, 29, 2). 6

La *estipulación Aquiliana* incluye también los derechos aún no vencidos, además de las acciones de carácter real y (al menos en un principio) penal. La finalidad del doble negocio, que lleva aparejado un *recibo general*, es una remisión: el promitente debe quedar a resguardo de futuras reclamaciones del estipulante. La *estipulación Aquiliana* se utilizó con frecuencia en las transacciones. Solo parcialmente puede compararse con la cuenta corriente, porque los contracréditos del promitente solo podían ser deducidos en tanto eran compensables. Sin embargo, en la transacción que subyace a la *estipulación Aquiliana*, se hace una estimación en dinero, tanto los derechos del estipulante como los contracréditos, y se tienen en cuenta en el cálculo del saldo. Si resultaba un saldo a favor del estipulante, la realización de la *stipulatio Aquiliana* y de la *acceptilatio* solo tenía sentido después de que el saldo hubiese sido pagado. **Lit.:** F. STURM, *Stipulatio Aquiliana. Textgestalt und Tragweite der aquilianischen Ausgleichsquittung im klassischen römischen Recht*, München, 1972; M. KASER, «*Stipulatio Aquiliana*», SZ 90 (1973) 346.

II. NOVACIÓN PROCESAL

Ciertos actos *procesales* guardan una acotada similitud con la novación. A tales actos los juristas romanos los compararon, si bien no en un sentido técnico, con la novación. En el *iudicium legitimum* —es decir, en el proceso que se realiza en Roma, delante del *iudex unus* y en el que tanto las partes como el juez son ciudadanos romanos [80.20]— la *litis contestatio* actúa sobre la *actio in personam*, extinguiendo la pretensión jurídico-privada, el *dare (facere) oportere* [82.25]. Su lugar lo ocupa el *condemnari oportere*, es decir, el sometimiento del demandado a la eventual condena, dependiendo de la concurrencia de los presupuestos tanto civiles como procesales de la condena. Un segundo acto que opera una transformación se vincula ahora con la *condena*, en virtud de la cual, el *iudicatum facere oportere* pasa a ocupar, ahora, el lugar del *condemnari oportere* [84.14]. Ambos actos procesales tienen en común con la novación que la nueva obligación extingue la anterior (Gai. 3, 180), no obstante que los derechos pignoratícios subsisten después de la *litis contestatio*. Al proceso posclásico le son desconocidos estos efectos similares a la novación. **Lit.:** A. SALOME, «*De necessaria quam vocant novatione*», en *FHL.*, vol. VII, 4943. 7

- 8 La mayoría de los códigos contienen reglas sobre novación, a saber, §§ 1376 ss. ABGB; arts. 116, 117 OR (con innovaciones importantes modificaciones, frente a los arts. 142, 143 a OR); 1271 ss. Cc fr.; 1203 ss. Cc esp.; 436 ZGB gr.; 1230 ss. Cc it.; 857 ss. Cc. port.; 360 Cc. br. 2002.

III. DELEGACIÓN (*DELEGATIO*)

Lit.: Véase la literatura citada en [54.1], así como W. ENDEMANN, *Der Begriff der Delegatio im klassischen römischen Recht*, Marburg, 1959 (sobre lo cual, *vid.* M. KASER, SZ 77 [1960] 464); G. SACCONI, *Ricerche sulla delegazione in diritto romano*, Milano, 1971; G. THIELMANN, «Unwirksame Vollzugsverhältnisse bei der Delegation», SZ 100 (1983) 229; M. KASER, «Zu Novation und Delegation», en *Satura Roberto Feenstra*, Fribourg, 1985, 141 = *RRQ.*, 301; B. KUPISCH, D. 46, 2, 12 (Paulus 31 ad edictum): zum Subjektwechsel als Auslegungsproblem», en *Festschrift für Rudolf Lukes*, Köln, 1989, 743; H. H. JAKOBS, «Fiducia und Delegation», SZ 110 (1993) 370 (sobre lo cual, W. FLUME, *ibíd.*, 424); J. L. ALONSO, *Estudios sobre la delegacion*, I 1, Santiago de Compostela, 2001; I 2, Santiago de Compostela, 2002.

- 9 La *delegatio* se relaciona solo parcialmente con la novación, no obstante la vinculación entre ambas practicada por Justiniano. Ella constituye un caso de aplicación de la *autorización (iussum)*, es decir, de una declaración unilateral no formal, en que se acepta la actuación de otro contra uno mismo, y que admite varias formas.
- 10 1. En la *delegación para el pago (delegatio solvendi)* el delegante confiere al delegado la autorización para pagar al delegatario. La prestación realizada se entiende como hecha del delegado al delegante y por parte de éste al delegatario.—La *delegatio solvendi* puede servir para el cumplimiento de obligaciones, si, p. ej., un acreedor delega a su deudor para que éste, quede liberado mediante la prestación realizada ante el delegatario; o bien cuando el deudor delega a un tercero para liberarse, mediante la prestación de éste a su acreedor.

Paul. D. 46, 3, 56; 50, 17, 180. La *delegatio solvendi* puede emplearse también con otras finalidades, como donación, constitución de dote, otorgar un préstamo y precisamente en la forma que, p. ej., un marido delega a su deudor para pagar la deuda de su mujer, a fin de realizar una donación. Celso (en Ulp. D. 24, 1, 3, 12) soluciona el caso en el sentido de la llamada «teoría del tránsito»: se considera como si el deudor diese al acreedor delegante y éste a su mujer, de modo que el marido por causa de la prohibición de donaciones entre cónyuges se hubiese hecho dueño del dinero y el deudor se hubiese liberado mediante la entrega de las monedas. **Lit.:** F. WIEACKER, «Die Juristische Sekunde. Zur Legitimation der Konstruktionsjurisprudenz», en *Mensch und*

Recht. Festschrift für Erik Wolf, Frankfurt am Main, 1962, 421 = WIEACKER, *Kleine juristische Schriften*, Göttingen, 1988, 77; MISERA [59.5, 1974], 27; M. KASER, «Durchgangserwerb», *Labeo* 26 (1980) 24; B. KUPISCH, «Celsus bei Ulp. D. 24, 1, 3, 12», en *St. Sanfilippo*, vol. II, Milano, 1982, 285; EL MISMO, «Der Durchgangserwerb des Celsus: wirtschaftliche Betrachtungsweise bei den Klassikern», *Bull.* 98–99 (1995–1996) 45; KLINCK [11.4], 300; H. M. EMPPELL, «Durchgangseigentum bei Celsus Ulp. 32 ad Sab. D 24.1.3.12 sachenrechtlich interpretiert», *SD 79.1* (2013) 103 (transferencia del dinero al marido mediante constituto posesorio previo al inicio del pago con la mujer como persona auxiliar libre en la adquisición de la posesión, luego –si no existiera la prohibición–, transmisión de la propiedad del marido a la mujer mediante el deudor como auxiliar del acreedor).

2. En la *delegatio obligandi* el delegante instruye al delegado para que se obligue ante el delegatario mediante *estipulación* (o *dotis dictio*). 11

a) Si la obligación existente es **mencionada** en la estipulación, se trata de un caso de aplicación de la novación. Siempre se presupone una obligación, la cual debe ser novada por cambio de acreedor o de deudor.

aa) La *delegación activa*, es decir, por *cambio de acreedor* presupone un crédito del delegado contra el delegado (la llamada «relación de cobertura»), el cual debe ser novado; por ejemplo, haciéndose prometer el delegatario del delegado de esta forma: «*quod* (o bien: *centum quae*) *Ticio* (delegante) *debes, mihi dari spondesne?*» («Lo que debes a Ticio [o bien: los cien que debes a Ticio], ¿prometes que me serán dados?»). Por regla general, aunque no siempre, el delegado dispondrá frente al delegatario de la misma la excepción que podría oponer al delegante (Ulp. D. 46, 2, 19; Ulp. D. 44, 4, 4, 21), pero no aquella que el delegante opondría al delegatario. 12

bb) En la delegación **pasiva**, es decir, por cambio de deudor, se presupone de un crédito del delegatario contra el delegante (la llamada «relación de valuta»), que ha de novarse; el delegatario se hace prometer del delegado «*quod* (o bien: *centum quae*) *Titius mihi debet, mihi dari spondesne?*» («Lo que Ticio me debe [o bien: los cien que Ticio me debe], ¿prometes que me serán dados?»). En este caso, por regla general, el delegado no puede oponer al delegatario la excepción de que dispone contra el delegante, sino la que el delegante tuviese contra el delegatario (Ulp. D. 16, 1, 8, 2; Paul. D. 46, 2, 19).—El deudor (delegante) se libera con la delegación pasiva, porque el acreedor se da por satisfecho con que la nueva deuda ocupe el lugar de la prestación. Esto es lo que significa la regla *solvi et qui delegat* («paga el que delega [un deudor]»); Ulp. D. 16, 1, 8, 3; Iul. D. 46, 1, 18). 13

b) La delegación con estipulación **abstracta** se realiza mediante la promesa «*centum mihi dari*», u otra equivalente, que el delegado hace al delegatario, y que en razón de la autorización del delegante, produce efectos respecto de él (tal es la opinión dominante; sin embargo incluso en la estipulación abstracta 14

■ § 54. NOVACIÓN Y DELEGACIÓN

se produce un efecto novatorio, p. ej., en Cels. D. 12, 1, 32). Este mecanismo puede servir para el pago de una deuda, pero también (como ocurre con la *delegatio solvendi*) también para otros fines, y precisamente en la misma forma que en la *delegatio solvendi* [54.10]. **Lit.:** I. REICHARD, «Zum Formular der Delegationsstipulation. Celsus D. 12, 1, 32», en *FHI.*, vol. VII, 4725; EL MISMO, [47.8], 289 (delegación con infracción a la ley Cincia).

- 15 Los defectos de las relaciones de cobertura o de valuta solo se toman en consideración cuando la estipulación transgrede una norma prohibitoria (*cf.* p. ej. Ulp. D. 24, 1, 5, 3 s.; Paul. D. 46, 2, 19). Excepcionalmente, se concede la excepción de dolo; p. ej., cuando ambas obligaciones presentan defectos a en las relaciones de cobertura y de valuta, pero, por error de los acreedores son consideradas eficaces, Iul. D. 39, 5, 2, 3 s.; Ulp. D. 44, 4, 7 pr.– 1. **Lit.:** F. STURM, «*Suum recipere*», en *Fs. Knütel*, 1207.

Derecho actual: §§ 783 ss. BGB; 1400 ss. ABGB; 466 OR. El más importante caso de aplicación de la delegación es el del art. 16 de la ley alemana sobre letras de cambio (*Wechselgesetz*).

D. CAMBIO DE SUJETOS Y PLURALIDAD DE SUJETOS EN LAS OBLIGACIONES

§ 55. Cesión de créditos y asunción de deudas

(RPr. §§ 153, 276)

I. GENERALIDADES

Para llevar adelante un *cambio de acreedor* no podían los romanos echar mano de una sencilla *cesión* de créditos de una persona a otra (subsistiendo la anterior obligación), porque en Roma los derechos subjetivos y, en todo caso, los derivados de un crédito, estaban vinculados a su titular y no era posible transferirlos a otro mediante una sucesión a título singular. Del mismo modo, tampoco era posible un *cambio de deudor* mediante una cesión de la relación de deuda. Es probable que en ello aún resonara la vieja noción de la responsabilidad personal. No obstante, para satisfacer las necesidades económicas asociadas al cambio de acreedor o de deudor, se crearon mecanismos que, a pesar de estar muy por debajo de las actuales cesión y asunción de deuda, satisficieron las exigencias de la práctica. En este grupo no se encuentra la *in iure cessio* (no obstante que la actual cesión de créditos se denomine así). 1

II. LA CESIÓN Y SUS FORMAS DE SUSTITUCIÓN

Lit.: W. ROZWADOWSKI, «Studi sul trasferimento dei crediti in diritto romano», Bull. 76 (1973) 11; EL MISMO, «Die Bedeutung der *denuntiatio* bei der Forderungsübertragung im römischen Recht», en *Ars iuris. Festschrift für Okko Behrends*, Göttingen, 2009, 455; ZIMMERMANN, 58; A. WACKE, «Übertragbarkeit des *iuris vinculum?*», en *St. Talamanca*, vol. VIII, 333; J. D. HARKE, «Zum römischen Recht der Forderungsübertragung», TR 76 (2008) 1; *vid. también supra* [7.16].

1. Un cambio de acreedor mediante **novación** es posible hacerlo a través de la *delegación activa* del antiguo acreedor al nuevo [54.12]. La nueva obligación se constituye con la estipulación entre el nuevo acreedor y el *deudor*, de cuya buena disposición depende la operación del cambio de acreedor. *Cfr.* Gai. 2, 38. 2

Esto podría ser poco práctico, en el supuesto de que el cambio de acreedor no tenga impacto en los intereses del deudor.—Además, se extinguen las prendas y las fianzas, a menos que vuelvan a constituirse [54.5].

- 3 2. Para obviar esta desventaja, es posible echar mano de la **representación procesal** [82.29–31]. El acreedor (cedente) nombra como *cognitor* o *procurator in rem suam* a aquel a quien quiere ceder el crédito (cesionario) y lo instruye (mediante *iussum*) para demandar (en nombre propio) los créditos y de conservar lo obtenido, ingresándolo a su propio patrimonio (el del cesionario). *Cfr.* Gai. 2, 39.

Esta clase de cesión no depende de la colaboración del deudor, pero presenta la desventaja de que el cedente se mantiene en calidad de acreedor.

- 4 En tanto el cesionario no alcance el momento de la *litis contestatio*, el cedente puede revocar su *iussum*. Incluso, puede demandar el crédito. Si acepta el pago del deudor (o de un tercero), remite la deuda, o con ella como objeto concluye una transacción con el deudor, el cesionario se ve perjudicado. Sin embargo, para prevenir perjuicios (en principio, solo para el caso de la venta de una herencia, cuando ésta contenía créditos; más tarde, también para el caso de compra singular de un crédito) se otorgaban *cauciones*. El cedente prometía por estipulación restituir al cesionario todo lo que obtuviese de la herencia (o del crédito) y responder en el supuesto de hacer, en el futuro, algo contra los efectos de la cesión (Gai. 2, 252 *i.f.*).—La autorización que implica la cesión se extingue por *muerte* de cualquiera de las partes; sin embargo, hacia fines de la época clásica se concede a favor y contra los *herederos acciones utiles*; *cfr.* Gord. C. 4, 10, 1.
- 5 3. Desde Antonino Pío (mitad del s. II d. C.), el *derecho imperial* procura al cesionario una posición de mayor autonomía respecto del cedente y más eficaz, al concederle, en ciertos casos, una *actio utilis* independiente de la representación procesal, es decir, la acción de que disponía el cedente se concede como análoga al cesionario. Mediante tal acción éste no demanda como mero *cognitor* o *procurator*, sino en razón de un derecho propio, que no se ve afectado por la revocación o por la muerte del cedente y que se transmite a los herederos.

El derecho del cedente, cuyo ejercicio frustraría la finalidad de la cesión, subsiste junto al del cesionario, pero éste puede quedar reforzado por cauciones.

La creación de esta *actio utilis* tiene su origen en el caso de la venta de la herencia (Antonino Pius, citado en Ulp. D. 2, 14, 16 pr.). Ya en época clásica ella se habría ampliado, parcialmente, a casos como el de compra singular de un crédito (Diocl. C. 4, 39, 8), cesión de un crédito constituido como dote (Val. Gall. C. 4, 10, 2), legado de crédito (Diocl. C. 6, 37, 18), *datio in solutum* de un crédito (C. 4, 15, 5). Justiniano añadiría, finalmente, el caso del crédito donado (C. 8, 53, 33). **Lit.:** F. KLINCK, «Klagebefugnis als Verfügungsgegenstand?», en *Liber amicorum Christoph Krampe*, Berlin, 2013, 178.

4. a) El derecho vulgar de época *posclásica* que no distingue entre negocio obligacional y negocio de disposición [24.14] llega a admitir la cesión sin más requisito que la venta o la donación del crédito. 6

b) Justiniano, en cambio, separa nuevamente el negocio causal de la cesión, abandona el concepto (surgido del procedimiento formulario y, por lo mismo, superado) de *actio utilis*, y alcanza una efectiva transmisión del crédito. 7

El cesionario ya no refuerza su posición mediante cauciones, sino a través de una *denuntiatio* (con precedentes en el derecho imperial tardío) de la cesión hecha al deudor, y que le impide pagar al cedente con efecto liberatorio (Alex. C. 8, 16, 4; Gord. C. 8, 41, 3). Una norma del emperador Anastasio (*lex Anastasiana*, de 506, C. 4, 35, 22, 1-3) establece que el comprador de un crédito que ha pagado por él un importe inferior, no puede exigir al deudor una cifra superior al monto efectivamente pagado. La ley protege al deudor contra adquirentes expertos de créditos que buscan obtener provecho de la mala situación económica.

5. La mayoría de los glosadores veía los supuestos en los que se concedían *actiones utiles* como casos especiales y ponía énfasis en el principio de que un derecho de crédito no podría ser transmitido. Se ejemplificaba mediante el aforismo *nomina ossibus inhaerent* (los créditos adhieren a los huesos [del acreedor]). El punto de conexión para su formulación había sido la prohibición, impuesta por Constantino (C. 9, 4, 1, 2), de colocar al imputado, antes de la acusación, esposas de hierro que se adhiriesen a los huesos. El dogma de la intransferibilidad jurídico-negocial de los créditos se mantuvo por largo tiempo. Sin embargo, razones de carácter económico impulsaron hacia la transabilidad del valor patrimonial incorporado en un crédito. La práctica francesa, en analogía con la *traditio* en la transferencia de cosas, desarrolló para la cesión la exigencia de un anuncio de la cesión al deudor (*signification*). En el derecho común, todavía en la primera mitad del s. XIX era posible solo una transferencia de la facultad de ejercitar un crédito ajeno como propio; solo a partir de la segunda mitad ganaría la partida la concepción de que el crédito como tal era transferible (§§ 398 BGB; 1392 ABGB; art. 164 OR; 1689, 1690 Cc. fr.; 1526, 1528 Cc esp. **Lit.:** R. FRÄNKEL, «Zur Zessionslehre der Glossatoren und Postglossatoren», ZHR 66 (1910) 305 y 67 (1910) 79; E. GENZMER, «*Nomina ossibus inhaerent*», en *Mélanges Phillippe Meylan*, vol. 1, Lausanne, 1963, 159; K. LUIG, *Zur Geschichte der Zessionslehre*, Köln, 1966; B. HUWILER, *Der Begriff der Zession in der Gesetzgebung seit dem Vernunftrecht*, Zürich, 1975; ZIMMERMANN, 58; COING I, 445; II, 468; RANIERI [5.1], 1183; HKK-Chr. HATTENHAUER, §§ 398–413 [7–42]. 8

III. ASUNCIÓN DE DEUDAS

1. El cambio de deudor requiere de la colaboración del acreedor, al que no se puede imponer contra su voluntad otro deudor (quizá menos confiable). Por lo 9

tanto, es posible valerse de la **novación**: el nuevo deudor promete, frecuentemente en razón de una *delegación pasiva*, al acreedor la misma prestación que el anterior deudor le debía [54.13; *expromissio*]. Las prendas y fianzas que garantizaban el crédito se extinguen, de modo que habrán de volver a constituirse.

- 10 2. La vía de la **representación procesal** también está disponible, de modo que el anterior deudor establezca al que asumirá la deuda como *cognitor* o *procurator in rem suam*, autorizándolo a que permita ser demandado, en nombre propio, por el acreedor; la condena y la ejecución se dirigirán contra el que asume la deuda. *Cfr.* vat. 317; 331.

Este tipo de sustitución del deudor es, sin embargo, menos eficaz que la novación, puesto que el deudor anterior no se libera ante el acreedor, y porque éste al que asume la deuda no puede compelerlo a aceptar el juicio. Si se rehúsa a ser parte del proceso y el acreedor demanda al antiguo deudor, éste podrá, solo amparándose en el contrato, demandar el reembolso al que iba a asumir la deuda (la llamada relación interna, por lo general, un mandato).

- 11 3. Solo a partir del s. XIX se desarrolló la posibilidad de que un nuevo deudor asumiera una obligación existente, sin que fuese necesaria una novación, o bien mediante un contrato con el acreedor, o bien mediante uno con el anterior deudor, con la aprobación del acreedor.—*Cfr.* §§ 414, 415 ss. BGB; 1405, 1406 ss. ABGB; arts. 175 OR; 1272, 1273 Cc it., en cambio, sigue aún el camino de la novación el art. 1271 ss. Cc. fr.; 1203 ss. Cc esp. **Lit.:** COING II, 470; HKK-MEYER-PRITZL, §§ 414–418 [3–11].

§ 56. Pluralidad de acreedores y deudores. Obligaciones solidarias

(RPr. §§ 154, 277)

I. GENERALIDADES. OBLIGACIONES DIVISIBLES Y CUMULATIVAS

1. La existencia de una *pluralidad* de personas por el lado del acreedor o por el del deudor es posible de varias formas. O bien los titulares del crédito, o los obligados, lo son recíprocamente en conjunto, como en el caso las obligaciones divisibles, conjuntas y solidarias, o bien se establecen relaciones como entre acreedores principales y accesorios (*adstipulator*) y deudores principales y accesorios (fiador; § 57).

2. En las obligaciones **divisibles** éstas se *fraccionan* en varias obligaciones *autónomas*, cuyos destinos son igualmente independientes. En el supuesto de pluralidad de acreedores cada uno de éstos puede exigir solo la parte correspondiente a la prestación que es, originalmente, unitaria (o concebida como tal); en el supuesto de pluralidad de deudores, cada deudor solo debe cumplir la parte que le corresponde de la prestación.

Una división de créditos y deudas de este tipo se produce cuando los *coherederos* ocupan el lugar del acreedor o del deudor, de acuerdo con la regla *nomina ipso iure divisa* (los créditos son inmediatamente divididos, de pleno derecho [73.5; 74.2]), como también en otros casos, como cuando el objeto de la prestación es *divisible*, es decir, ideal o físicamente [23.22]. Es posible que lo sea parcialmente, sin detrimento patrimonial. Ya el derecho clásico se dispone también del *beneficium divisionis* –de existir una pluralidad de deudores, cualquiera de ellos puede pedir la división de la deuda, incluso contra la voluntad de los acreedores– que, tomando como punto de partida la situación de los cofiadores, se extiende a otros supuestos; *cfr.* sobre cotutela, Ulp. D. 27, 3, 1, 10–12. Justiniano generaliza el *beneficium divisionis* en la Nov. 99, de 539 d. C., al punto que permite introducir la responsabilidad dividida en los casos de deudas solidarias.

3. Las obligaciones pueden ser **cumulativas** en razón de multiplicarse la prestación en una pluralidad de personas, por lo que cada acreedor obtiene la totalidad de la prestación y cada deudor queda obligado a realizar la prestación total.

Si existen coautores de un delito, cada uno debe la totalidad de la pena (*vid. supra* [50.9], lo que fue limitado por Justiniano, al tratar a ciertas acciones delictivas como reipersecutorias). Si existen varios acreedores a los cuales se ha dejado un legado damnatorio *disiunctim* [76.16], cada uno puede exigir el legado íntegro.

II. OBLIGACIONES SOLIDARIAS

Lit.: G. SACCONI, *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*, Milano, 1973; Ph. SCHMIEDER, *Duo rei. Gesamtoobligationen im römischen Recht*, Berlin, 2007; A. BÜRGE, «Sklaven als Gesamtgläubiger: Überlegungen zur Quittung SB 14, 11624», en *Fs. Knüttel*, 119; A. STEINER, *Die römischen Solidarobligationen*, München, 2009; L. PARENTI, *In solidum obligari. Contributo allo studio della solidarietà da atto lecito*, Napoli, 2012; Th. FINKENAUER, «*Duo rei* – Neues von der Gesamtoobligation?», *SZ* 130 (2013) 164.

- 4 **1.** En los *créditos solidarios* cada acreedor tiene derecho exigir la prestación íntegra (*in solidum*); el deudor está obligado a pagar solo *una vez*; una vez realizada su prestación (y bajo otras circunstancias que producen efectos propios de la solidaridad [56.7]) se libera respecto de todos los acreedores. Igualmente, si se trata de una *deuda solidaria* el acreedor puede dirigir su crédito contra *cada* deudor por el *total* (*in solidum*); pero, en tanto lo debido sea pagado (o tenga lugar otra circunstancia con efecto propios de la solidaridad), todos los deudores quedan liberados.

A propósito de la estipulación, se habla de *duo rei stipulandi* y de *duo rei promittendi* (Mod. D. 45, 2, 1); respecto de otras obligaciones, de *duo rei*; esporádicamente, se habla de *conreus* (Ulp. D. 34, 3, 3, 3), de donde deriva la expresión *correalidad* para hacer referencia a la obligación solidaria y a la solidaridad como tal.

- 5 **2.** La *stipulatio* es fuente de la obligación solidaria (quizás la relación entre cofiadores).

Varios acreedores hacen la pregunta al deudor (el primero: *decem dari spondesne?* [¿Prometes que me serán dados cien?], el segundo: *eosdem decem dari spondesne?* [¿Prometes que me serán dados los mismos cien?]; y así sucesivamente], etc.) y el deudor responde: *utriusque vestrum dari spondeo* (Prometo que a cada uno de vosotros será dado). A la inversa, en caso de pluralidad de deudores, el acreedor pregunta a éstos: *Maevi, quinque dari spondesne?*, *Sei, eosdem quinque dari spondesne?* (Mevio, ¿prometes que me serán dados cinco?, Seyo, ¿prometes que los mismos cinco serán dados?); también puede preguntar a ambos a la vez: ... *spondetisne?* (¿...prometéis?) y los deudores responden: «prometo» o «prometemos». *Cfr.* Pomp. D. 45, 2, 4; Inst. 3, 16 pr. De modo similar, surgen obligaciones solidarias del *legado damnatorio*, p. ej., *Titius heres meus aut Mevius heres meus decem Seio dato* (Mi heredero Ticio, o mi heredero Cayo, debe dar diez a Seyo), o en sentido inverso, *Titio aut Seio heres meus decem dato* (Mi heredero debe dar diez a Ticio o a Cayo); *cfr.* Pomp. D. 30, 8, 1; Cels. D. 31, 16.

- 6 Las obligaciones solidarias también se originan en ciertos supuestos (que aumentan en número bajo Justiniano) de pluralidad de personas en otra clase de

relaciones contractuales (Pap. D. 45, 2, 9 pr.); luego, bajo ciertas circunstancias, en el supuesto de pluralidad de tutores; en la *condictio ex causa furtiva* contra los coautores de un delito, especialmente a propósito de las acciones reipersecutorias puras derivadas de los delitos; finalmente, por regla general, en la pluralidad de acreedores o deudores, cuando la prestación es *indivisible*.

3. a) De las circunstancias que influyen en la obligación, muchas producen el **efecto de la solidaridad**, es decir, sus efectos operan respecto contra todos los acreedores y a favor de todos los deudores; así, el pago, la remisión formal (*acceptilatio*), la imposibilidad sobrevenida de la prestación, la novación, y otras más. En el derecho clásico también produce este efecto la *litis contestatio* [56.8].
Cfr. Ulp. D. 45, 2, 3, 1; Iav. D. 45, 2, 2; Ven. D. 46, 2, 31, 1, diversamente, Paul. D. 2, 14, 27 pr. Sobre el *pactum de non petendo in rem* véase [53.21]. Justiniano añade: la transacción y la prescripción.—Cfr. §§ 422–424, 429 BGB; 893 ABGB; arts. 147, 150 II OR; 1145-1145 Cc esp.

En cambio, solo producen efecto contra *específicos* acreedores o deudores: la *confusio* (Paul. D. 46, 1, 71 pr. *i.f.*), la *capitis deminutio* (Pomp. D. 45, 2, 19), el *pactum de non petendo in personam* (Paul. D. 2, 14, 25 pr.–1). Perjudica *exclusivamente* al deudor su mora (*debitoris*) y la imposibilidad sobrevenida que le resulta imputable.—§§ 425, 429 BGB; 894 ABGB; arts. 145, 146 OR.

b) El efecto de la *litis contestatio* exige una consideración más detallada. Las acciones de varios acreedores o contra varios deudores pueden tener por objeto el mismo asunto litigioso (*de eadem re*). Esto trae aparejado que, al producirse la *litis contestatio* respecto de una de tales acciones, ésta *se consume*, impidiendo el ejercicio de las acciones de los demás acreedores o contra los demás deudores, es decir, se da respecto de ellas una *concurrencia consuntiva* (Iav. D. 45, 2, 2; Scaev. D. 13, 1, 18).

No hace ninguna diferencia que la acción se consuma *ipso iure* (en un *iudicium legitimum*; véase [54.7]) o que a las demás acciones se les oponga la *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* [82.24–25].

Justiniano, en cambio, suprime el efecto consuntivo de la litispendencia e impide el ejercicio de las acciones posteriores solo a partir del cumplimiento de la *prestación*, o desde que el acreedor sea satisfecho de algún modo. Así, respecto de las acciones se da una *concurrencia de pago* (C. 8, 40, 28, 2).

Incluso después de haber demandado a uno de sus deudores solidarios, el acreedor puede demandar a los demás, hasta obtener satisfacción de su crédito. Igualmente, el deudor que ha sido demandado por uno de los acreedores solidarios, responde frente a los demás en tanto no dé cumplimiento íntegro a la prestación.—Esta regulación existió, presumiblemente, en el derecho clásico para *ciertas* relaciones jurídicas, quizás ante una pluralidad de mandantes de crédito y en otros casos de solidaridad en que eran procedentes *acciones de buena fe* (cfr. Pap. D. 46, 1, 52, 3; Iul. D. 26, 7, 18, 1).

Lit.: LIEBS [51.7], 1, 38; ZIMMERMANN, 125; HKK-S. MEIER, §§ 420–432 I [34–51]; II [15–18].

- 10 **4.** El **derecho de regreso o reembolso** de los supuestos de obligaciones solidarias, provoca que el *acreedor solidario* que ha obtenido la prestación deba distribuir lo obtenido con sus coacreedores, y que el *deudor solidario* que paga pueda exigir de sus codeudores el reembolso proporcional de lo que les corresponde. Este deber de reembolsar no se deriva, sin más, de la obligación solidaria misma. Que entre los acreedores o deudores solidarios ello sea exigible, depende de la *relación concreta* que exista entre ellos.

Si los acreedores o los deudores solidarios son *socios* o *coherederos*, la restitución a prorrata se operaría en razón de la acción divisoria general, o de la acción de división de herencia (Iul. D. 35, 2, 62 pr.). Si un deudor solidario responde en cumplimiento del *mandato* de otro, dispondrá de la *actio mandati (contraria)*; si tal mandato no existe, entonces se valdrá de la *actio negotiorum gestorum (contraria)*. Sobre el reembolso entre cofiadores [57.21].

- 11 En época posclásica se permitió –primeramente, a los cotutores– hacer depender la realización de la prestación del hecho de que el acreedor *cediese* su crédito, de modo que el cesionario pudiese dirigirse contra los demás codeudores solidarios (Pap. D. 26, 7, 38, 2 al comienzo). Posteriormente, se amplió esta cesión forzosa y, a partir de ciertos casos, se reconoció una acción de regreso *autónoma* (independiente de la cesión); Paul. D. 9, 3, 4; Diocl. C. 8, 39, 1, 1.

Es posible que se remonte a Antonino Pío una *actio utilis* (probablemente *tutelae*) concedida a los cotutores, Ulp. D. 27, 3, 1, 13.–Cfr. §§ 426, 430 BGB; 896, 895, 820 S. 2 ABGB; arts. 148, 50 II, 70 III OR. **Lit.:** G. WESENER, «Die Durchsetzung von Regreßansprüchen im römischen Recht», Labeo 11 (1965) 341, 350; SEILER [44.12], 175; HKK-S. MEIER, §§ 420–432 I [108–119]; II [24, 31–32].

§ 57. *Adstipulatio* y fianza. Intercesión

(RPr. §§ 155, 156, 278, 279)

I. *ADSTIPULATIO*

Se denomina *adstipulator* a un *accedor adjunto* al que el acreedor principal designa como persona de confianza para la reclamación de un crédito (Gai. 3, 110–114; 117). 1

El *adstipulator*, inmediatamente después de la conclusión de la estipulación principal, se hace prometer del deudor: *idem dari spondesne?* (¿Prometes que lo mismo será dado? [es decir, lo mismo que el deudor principal ha prometido]). La acción del *adstipulator* puede comprender menos, pero no más que el crédito principal, y no se transmite a los herederos. Si el *adstipulator* remite la deuda, mediante *acceptilatio*, en perjuicio del acreedor principal, responderá frente a éste, en razón del capítulo 2 de la *lex Aquilia*, con el pago de una pena (pecuniaria o multa). Ya en el derecho clásico esta responsabilidad a título de delito será desplazada por la que se hace valer mediante la *actio mandati* (Gai. 3, 215). En el s. II d. C. la *adstipulatio* se emplea, exclusivamente, en vista de la ineficacia de la *stipulatio post mortem* [35.7; 45.5], de modo que la estipulación pueda ser exigida después de la muerte del acreedor principal, a favor de sus hereros, por el acreedor adjunto. La *adstipulatio* cae en desuso a fines de la época clásica. **Lit.:** NELSON – MANTHE III 2, 147.

II. FIANZAS ESTIPULATORIAS

Lit.: ZIMMERMANN, 114; NELSON – MANTHE III 2, 154, 479.

1. Con la *fianza* se garantiza un crédito, de modo que un *deudor accesorio* se obliga a la misma prestación que el deudor principal. La fianza es, entre los romanos, hasta la época imperial, el medio más importante de garantizar los créditos –sobre todo a causa de la rigurosidad y contundencia del procedimiento de ejecución personal– que superó a la garantía pignoratícia por su mayor importancia práctica y desarrollo técnico–jurídico [31.1–2]. 2

Los actos típicos constitutivos de fianza requieren, desde antiguo, de la *stipulatio*, que encuentra en esta materia uno de sus orígenes históricos [7.21].–Sobre otros negocios constitutivos de fianzas, *vid. infra* [57.24 y 26]. 3

Los antiguos «fiadores de presentación» (*vades, praedes*) no afianzan la *prestación* del deudor, sino que asumen la responsabilidad de que una persona (p. ej., el deudor principal) o una cosa se encuentre en un determinado tiempo y en cierto lugar (a saber, ante el magistrado). Es conjeturable que a partir de la fusión de este tipo de fianza con la antigua promesa de prestación de la *sponsio* (posiblemente, bajo juramento, en sus orígenes), haya surgido la «fianza de la prestación». Incluso en época clásica la expresión *sponsor* se usa solo en referencia a los fiadores constituidos mediante *sponsio*.

- 4 2. La fianza estipulatoria (cuya denominación escolástica es *adpromissio*) existe, en época clásica, bajo tres modalidades: *sponsio*, *fidepromissio* y *fideiussio* (Gai. 3, 115; 117; *cfr.* Inst. 3, 20). Las fuentes jurídicas no utilizan estas denominaciones para el negocio, sino solo para la persona: *adpromissor*, *sponsor*, *fidepromissor*, *fideiussor*.
- 5 a) La antigua fianza mediante *sponsio* está reservada a los ciudadanos romanos. Ella presupone una deuda principal contraída mediante *estipulación* y se realiza inmediatamente después de concluida ésta: *idem dari spondesne?* (¿Prometes que será dado lo mismo?). La responsabilidad no se transmite a los herederos del fiador. *Cfr.* Gai. 3, 116; 119; 120.

El hecho de que el uso de la fianza mediante *sponsio* se reserve solo a los ciudadanos romanos, así como su intransmisibilidad pasiva se explican, probablemente, por el hecho de que ella consistía, originalmente, en un juramento [7.21]. La restricción de su aplicación a las deudas nacidas de una estipulación hace necesario, cuando las obligaciones tienen otra fuente, novarlas previamente [54.1].—FLUME piensa que *sponsio* y *fidepromissio* se relacionan con la estipulación entendida como acto jurídico, es decir, con realización de una estipulación pura y simple (lo que no existiría en el caso de, p. ej., la *sponsio* de un no-ciudadano o en la estipulación condicional mientras pendía la condición), en tanto que la *fideiussio* presupone una obligación principal efectiva. FLUME, 29; EL MISMO, [57.12], 96, *cfr.* también [10.1].

- 6 La legislación de la República se esmera por *aliviar* la responsabilidad que asumen los fiadores, especialmente en el supuesto de cofiadores.

Si hay varios fiadores de una misma deuda, todos responden *conjuntamente*, es decir, por la misma parte cada uno. Si uno de ellos paga más de lo que corresponde a su parte, la *lex Apuleia* le da una acción de regreso contra los demás fiadores. Una *lex Furia* (más reciente y con efecto solo en Italia) limita la responsabilidad nacida de la *sponsio* a dos años y permite que, en el supuesto de varios *sponsors*, cada uno responda desde el inicio solo por una cuota. Si el acreedor cobró de uno de ellos más de lo que correspondía, el cofiador podrá dirigirse contra este acreedor a causa de lo percibido en exceso y proceder ejecutivamente, sin necesidad de condena previa. Para la determinación del monto de las cuotas, la *lex Cicereia* prescribe al acreedor que manifieste públicamente por cuáles créditos acepta fiadores y por qué monto. Si omite dicha manifestación, los fiadores podrán en el plazo de 30 días solicitar una senten-

cia declarativa (*praeiudicium*) de que no se llevó a cabo la manifestación prevista en la ley. Al proceder así, quedan liberados. *Cfr.* Gai. 3, 121–123.—Sobre la acción de regreso de los fiadores, *vid.* [57.20]. **Lit.:** HACKL [83.25], 257; KASER [9.7], 48 n. 28; NELSON – MANTHE III 2, 164, 177.

La responsabilidad de los fiadores es similar a la de los deudores solidarios [56.4–5]; 7
pero existen diferencias. En tanto los deudores solidarios se encuentran equiparados entre sí, el *sponsor* es tratado como un deudor accesorio, al que solo interesa asegurar una deuda principal [56.1]. Entre los fiadores la pregunta *idem dari spondesne?* se pronuncia solo después que el deudor principal ha pronunciado su propia *spondeo*; el deudor solidario, en cambio, pronuncia su *spondeo*, o bien *spondemus* al mismo tiempo, después de que todos hayan sido interrogados. Además, las leyes sobre fiadores se aplican solo a éstos, no a los deudores solidarios.

b) La ***fidepromissio***, cuya fórmula es *idem dari fidepromittisne?* (¿Prometes 8
por tu honor que lo mismo será dado? (Gai. 3, 116), es un negocio que imita la fianza por *sponsio*, destinado a ser aplicado por *no ciudadanos* a quienes el *spondere* resulta inaccesible. Se rige por prácticamente todas las reglas de la *sponsio*.

c) Probablemente en el último siglo antes de nuestra era se encuentra junto a 9
las formas más antiguas, la innovadora ***fideiussio***: (*quod Maevius mihi debet id fide tua esse iubesne? iubeo* (Lo que Mevio me debe, ¿empeñas tu fielmente tu palabra para lo mismo? Empeño mi palabra): el fiador «ordena con carácter vinculante» que la obligación del deudor principal se halle bajo su palabra. A la *fideiussio* pueden acceder tanto ciudadanos como peregrinos. Ella desplaza, rápidamente, las otras formas de fianza. La transmisión documental muestra que, entre los siglos I y II d. C., los romanos y los no romanos constituían fianzas entre sí, exclusivamente mediante *fideiussio*; la fianza mediante *sponsio* se vuelve infrecuente y de la *fidepromissio* no quedan testimonios.—La *fideiussio* no presupone una deuda principal nacida de una *estipulación*, la responsabilidad que deriva de ella es transmisible y no está sujeta a plazo; los *cofiadores* responden (ya que no se aplican las *leges Apuleia, Furia* y *Cicerreia*), en tanto no se establezca algo distinto, como deudores solidarios. [57.16]. *Cfr.* G. 3, 116; 119a = Inst. 3, 20, 1; Gai. 3, 120; Inst. 3, 20, 2; Ulp. D. 45, 1, 75, 6.—Sobre obligación alternativa y fianza, *vid.* APATHY [35.9].

3. Ciertas reglas son **comunes** a todas las *fianzas* estipulatorias. 10

a) Se pueden constituir por *menos*, pero nunca por *más* que la deuda principal (Gai. 3, 126; *cfr.* Inst. 3, 20, 5). En medida importante, corresponden al fiador las excepciones que corresponden al deudor principal. Prevalece la opinión de que en este aspecto se expresa la *dependencia* de la fianza de la deuda principal (accesoriedad).

- 11 La accesoriedad de la fianza, entendida en los términos de las estrictas consecuencias que establece el derecho actual (§§ 767, 768 BGB; 1351, 1353, 1363 ABGB; arts. 499, 502 OR; 1824 Cc esp.), no se dio en el derecho romano, y es dudoso en qué medida los juristas romanos se rigieron por la noción de accesoriedad a propósito de la *fideiussio* (para la *sponsio* y la *fidepromissio* las fuentes son insuficientes). El hecho de que todas las fianzas pudiesen garantizar menos, pero no más que la deuda principal se sigue del hecho de que se trata de derechos accesorios (*accessiones*); el principio de accesión, sin embargo, no equivale a principio de accesoriedad. Los juristas romanos no consideraron el problema de las excepciones como uno relativo a la extensión de éstas desde el deudor principal al fiador; sino que, a través de la interpretación iban definiendo si el hecho en que se fundaba la excepción podía a su vez fundar una a favor del fiador. Así, por ejemplo, la *exceptio doli* está a disposición del fiador no a causa de que corresponde al deudor principal y de que el fiador pueda servirse de las excepciones de éste, sino a causa de que el acreedor actúa también dolosamente frente al fiador cuando lo demanda, no obstante que no podría ejercitar la acción contra el deudor principal.

D. 46, 1, 49 pr. (Papiniano, 27 *quaest.*)

Si testamento liberatum debitorem heres omittat, fideiussorem autem eius conveniat, proderit exceptio doli fideiussori propter improbabilitatem heredis, quae prodesse reo debuerat, si conveniretur.

Si el deudor liberado por el testamento es respetado, pero demanda al fiador, servirá a éste la *exceptio doli* por causa de malicia del heredero, la misma que aprovecharía al deudor principal si fuera demandado.

- 12 El que el hecho fundante de la excepción fuese decisivo, y de que la interpretación de él fuese determinante para saber si aquella operaba a favor del fiador, es especialmente claro a propósito de la *exceptio pacti*. Desde un punto de vista interpretativo, se diferencia entre *pacta in rem*, que también benefician al fiador, de los *pacta in personam*, que, si se convienen con el deudor principal, no corresponden al fiador (Ulp. D. 34, 3, 5 pr., *cf.*: [53.21]). Si lo relativo a las excepciones en la *fideiussio* se resuelve mediante interpretación, debe asumirse que, a propósito de la *sponsio* o la *fidepromissio* no debió ser diferente.—Que en época tardoclásica se generalizara la idea de que las excepciones del deudor principal correspondían también al fiador, es algo que puede asociarse con este tipo de esquematización (Marci. D. 44, 1, 19; Ulp. D. 46, 1, 32; diferenciación de supuestos en Paul. D. 44, 1, 7, 1). **Lit.:** R. FEENSTRA, «Le caractère accessoire des différents types de cautionnement *verbis* en droit romain classique», en *Études offertes a Jean Macqueron*, Aix en Provence, 1970, 301; M. KASER, «Celsus D. 12, 6, 47 und die Akzessorietät der Bürgerschaft», en *Festgabe für Arnold Herdlitzka*, München, 1972, 143 = *Ausgewählte Schriften*, vol. II, Napoli, 1976, 363;

ZIMMERMANN, 121; V. MANNINO, L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale nel diritto romano classico, Torino, 1992; W. FLUME, «Zu den römischen Bürgerschaftsstipulationen», SZ 113 (1996) 88; L. PIRO, «In tema di fideiussione del debito futuro», en *FHI.*, vol. VI, 4337; Ph. KLAUSBERGER, «Zur Haftung Dritter für die Verbindlichkeiten Minderjähriger», SZ 124 (2007) 342.

Nota común a los tres tipos de fianza es que, en ocasiones, el fiador debe responder, aunque no lo haga el deudor principal, p. ej., cuando la obligación principal adolezca de un vicio contra el cual el acreedor se protege con la fianza. Así, todo fiador constituido por estipulación responde cuando una mujer o un pupilo contrae una obligación sin la *auctoritas tutoris* y en casos similares, en los que el vicio en la deuda principal depende de la persona del deudor (Gai. 3, 119, que lo aplica también al *fideiussor*). 13

Los casos en que el fiador destruye o daña la cosa debida, o bien la cosa perece durante la mora del fiador, se explican diversamente: responde en tal caso el *sponsor* solo por su fianza estipulatoria (Pap. D. 45, 1, 88, probablemente relativo al *sponsor*), el *fideiussor*, en cambio, responde en virtud de la *actio de dolo* (Pap. D. 4, 3, 19; sin embargo, Pap. D. 46, 3, 95, 1 *i.f.*) o de una *actio utilis* (Paul. D. 45, 1, 49 pr.). 14

b) La *lex Cornelia de sponsu* estableció un límite (de 20.000 sestercios) para las fianzas constituidas por causa de mutuo, por la misma persona, a favor del mismo deudor y ante el mismo acreedor, dentro del término de un año (Gai. 3, 124 s.); bajo Justiniano fue suprimido este límite. 15

c) Según una *epistula Hadriani*, el fiador que ha sido demandado puede solicitar al pretor *limitar su* responsabilidad: si demuestra que junto a él responden otros *cofiadores* de solvencia, el acreedor deberá limitar su acción contra él a una cuota de la deuda (Gai. 3, 121-121a; *beneficium divisionis*).—§§ 769 BGB; 1359 ABGB; art. 497 OR; 1837 II Cc esp. 16

El afianzamiento *recíproco* entre el deudor principal y los fiadores (*mutua fideiussio*, Pap. D. 45, 2, 11 pr.) es habitual, en particular, en los derechos helenísticos (*ἀλληλεγγύη*); se asimila a la deuda solidaria.

d) Como en la mayoría de las acciones contra varios deudores solidarios [56.8], las acciones contra los deudores principales y contra los fiadores se equiparan a las *de eadem re*, de tal modo que al ejercitarse una de ellas contra uno, la *litis contestatio* extingue la acción contra el otro (conurrencia consuntiva). El acreedor, por consiguiente, debe elegir hasta la *litis contestatio* contra quién procederá, pero si al dirigirse contra el deudor principal no obtiene en juicio, entonces ya no podrá hacerlo contra el fiador, y viceversa (PS 2, 17, 16). 17

La fianza ofrece una garantía eficaz al acreedor contra la insolvencia del deudor principal, solo cuando el fiador demandado es solvente. La costumbre imponía al acreedor demandar al deudor principal (solvente) antes que al fiador. Si el acreedor demandaba al fiador antes que al deudor principal dispuesto al pago, cometía una *iniuria*; Gai. D.

47, 10, 19.—Un expediente frecuente consistió en hacerse el acreedor mandatario del fiador para demandar al deudor principal. La *litis contestatio* extinguía su acción contra el deudor principal, pero disponía de la *actio mandati contraria* para demandar al fiador la indemnización de los gastos; *cfr.* Paul. D. 17, 1, 22, 2; Paul. D. 17, 1, 45, 8; Inst. 3, 26, 2.

- 18 También era posible la estipulación en la cual se prometía pagar todo lo que el acreedor no podía cobrar al deudor principal (Pap. D. 45, 1, 116); se trata de la llamada *fideiussio indemnitis*, que es en realidad más bien una promesa de garantía que una fianza; las equivalencias funcionales permitían, no obstante, la aplicación del derecho propio de la fianza.—1356 ABGB; 495 III OR. **Lit.:** R. KNÜTEL, «Zur Frage der sog. Diligenzpflichten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen», en *Festschrift für Werner Flume*, Köln, 1978, vol. 1, 1978, 568; M. A. FENOCCHIO, «Ricerche in tema di *fideiussio indemnitis*», SD 77 (2011) 257 (fianza genuina).
- 19 Justiniano suprime, también aquí, la *concurrentia consuntiva*, de modo tal que el deudor principal y los fiadores solo quedan liberados cuando el acreedor resulta satisfecho (C. 8, 40, 28 pr. y §§ 1, 3). Además, Justiniano, en Nov. 4, 1, de 535, concede al fiador una excepción, hasta que el acreedor demanda al deudor principal e intenta la ejecución (*beneficium excussionis*, u *ordinis* [31.40]). El fiador responde solo subsidiariamente.—§§ 771BGB; 1355, 1356 ABGB; arts. 495, 496 OR; 1836 Cc esp.

Lit.: F. BRIGUGLIO, «*Beneficium ordinis seu excussionis*», Bull. 98/99 (1995/96) 411; EL MISMO, *Fideiussoribus succurri solet*, Milano, 1999, 93 (rec. R. KNÜTEL, SZ 119 [2002] 605); KOOPS [31.40], 6, 60 (con historia dogmática); N. WURCH, *David Mevius und das lübische Recht. Dargestellt am Beispiel des «beneficium excussionis»*, Köln – Wien, 2015 (*beneficium excussionis*).

- 20 **4. a)** Para la **acción de reembolso** del fiador que ha pagado al acreedor, contra el deudor principal como *sponsor*, sirve la *actio depensi*, en el supuesto que no se le restituya en el plazo de seis meses (Gai. 3, 127; 4, 22).

Originalmente, esta acción exigía, que el *sponsor* hubiese pagado al acreedor mediante *solutio per aes et libram* [52.7]. Puesto que el pago libral mediante los cinco testigos debe ser verificado ante el pretor, esta responsabilidad por el reembolso, en principio, era ejecutable sin necesidad de acción ni sentencia condenatoria [32.15] y en los primeros tiempos, inmediatamente; a contar de la *lex Publilia*, solo después de seis meses. Posteriormente, se establece un procedimiento ordinario derivado del *depen-sum*, ante un juez (*actio depensi*), con litiscrescencia. En el derecho posclásico, la *actio depensi* sigue el derrotero de la *sponsio*. **Lit.:** KASER [32.15], 100.

- 21 **b)** Con prescindencia de lo anterior, entre los fiadores no existe una acción *general* de regreso contra el deudor principal, al igual que ocurre entre los

deudores solidarios. Luego, depende de la relación concreta entre ellos que el fiador disponga de una acción de esas características. Lo habitual es que el fiador (expresa o tácitamente) haya pagado en cuanto mandatario del deudor principal; así, mediante la *actio mandati contraria* puede exigirle el reembolso de la prestación que haya realizado (Gai. 3, 127; Inst. 3, 20, 6).

Los juristas clásicos dieron con el medio para que el fiador solo necesitase pagar al acreedor cuando éste le *cediese* su crédito contra el deudor principal. 22

D. 46, 1, 17 (Juliano, 89 *dig.*)

Fideiussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina. Suele defenderse a los fiadores, para que el estipulante sea constreñido a vender los demás créditos, a aquel que está dispuesto a pagar.

Probablemente, esta asistencia se materializaba en que el pretor daba una *exceptio doli*, que permitía al juez rechazar la acción del acreedor cuando no estaba dispuesto a ceder la acción para obtener el pago del deudor. El pago del fiador implicaba cumplimiento, de modo que con él se extinguían los créditos contra el deudor y los eventuales cofiadores (antes de la epístola de Adriano); este problema era superado con el recurso a la ficción de la venta: el fiador pagaría como comprador, no como fiador.

Con la acción cedida el fiador podía exigir del deudor principal el reembolso de lo pagado. Justiniano concede al fiador, con carácter general, el derecho de exigir esa cesión (Nov. 4, 1; ***beneficium cedendarum actionum***). Las cesiones legales del derecho moderno constituyen la etapa final de este desarrollo.—§§ 774 BGB; 1358 ABGB; arts. 507 I OR; 2029 Cc. fr.; 1839 Cc. esp.; 1916 Cc. it.

Lit.: D. MEDICUS, «Der fingierte Klagenkauf als Denkhilfe für die Entwicklung des Zessionsregresses», en *Festschrift Max Kaser*, München, 1976, 391; G. PROVERA, «Riflessioni sul *beneficium cedendarum actionum*», en *St. Sanfilippo*, vol. IV, Milano 1983, 609; BRIGUGLIO [57.19], 209, 261; J. WACKE, «Papinians Gutachten zur *culpa in exigendo* und zum derivativen Regreß mittels Klagenzession», SZ 124 (2007) 113 (sobre precedentes romanos del § 255 caso 2 BGB); EMUNDS [53.4], 68, 202, 227 (sobre el pago del fiador); L. PELLECCI, «Trasferimento del pegno al fideiussore e processo in Pap. D. 20, 5, 2», SZ 125 (2008) 276; L. PARENTI, «Sul pagamento del fideiussore *debitoris nomine*», Index 35 (2007) 241. *Cfr.* también [34.34; 44.10].

- 23 5. Justiniano suprime la *sponsio* y la *fidepromissio*, que ya hacia fines de la época clásica habían caído en desuso, con todas sus particularidades (incluidas las leyes a favor de los cofiadores); reconoce como único tipo de fianza estipulatoria a la *fideiussio*.—Sobre su evolución con posterioridad, *vid.* COING I, 484; II, 494; ZIMMERMANN, 142.

III. MANDATO DE CRÉDITO

- 24 El mandato de crédito (*mandatum qualificatum*), es decir, el mandato de conceder un mutuo a un tercero, fue reconocido como obligatorio por Sabino, en contra de la opinión de Servio. El negocio es similar a la fianza en cuanto el mandatario, además de la acción nacida del mutuo contra el mutuario (en cuanto deudor principal), dispone de una *actio mandati contraria* contra el mandante, con la cual él (como si fuera un fiador) puede exigir el reembolso de la suma entregada al tercero. Puesto que no se trata de la misma cosa litigiosa (*eadem res*), no se da el supuesto del riesgo de una concurrencia consuntiva ([57.17]; PS 2, 17, 16). La libertad de forma del mandato permite que sea concluido incluso entre ausentes. Mientras los clásicos no llegan a tratar este negocio según las reglas de la fianza estipulatoria, Justiniano lo somete ampliamente a las reglas de la fianza.
- 25 El mandante tiene las excepciones del mutuario (Ulp. D. 46, 1, 32), y, de haber pluralidad de mandantes, dispone del *beneficium divisionis* (C. 4, 18, 3); para el reembolso del mandante queda a disposición el *beneficium cedendarum actionum* (Pap.-Ulp. D. 17, 1, 28; Pap. D. 46, 3, 95, 10). La acción contra el mutuario no consume, en el derecho clásico, la acción contra el mandante (Diocl. C. 8, 40, 23).—§§ 778 BGB; art. 408 ss. OR. **Lit.:** A. GUARINO, *Mandatum credendi*, Napoli, 1982; EL MISMO, «Alle origini del *mandatum credendi*», en *Homenaje Murga*, 649; EL MISMO, «L'itinerario del salmone. Sulle tracce del *mandatum credendi*», SCDR 23–24 (2010–2011) 105, 111; BEHRENDIS [44.9], 45; ZIMMERMANN, 139; V. GIUFFRÈ, «Il *mandatum pecuniae credendae* di Caio Giulio Prudente a Caio Sulpicio Cinnamo», en *FHI.*, vol. IV, 2305; Chr. KRAMPE, «Das Mandat des Aurelius Quietus», en *Quaestiones Iuris. Festschrift für Joseph Georg Wolf*, Berlin, 2000, 131; H. ANKUM, «Il *beneficium cedendarum actionum* del mandante di credito», en *Atti Burdese*, vol. I, 173.

IV. CONSTITUTUM DEBITI ALIENI

- 26 También el *constitutum* sobre una deuda ajena se asemeja a una fianza [46.3], pero solo con Justiniano es sometido a las reglas relativas a las fianzas.

Se le aplican los *beneficia divisionis* (C. 4, 18, 3) y *excussionis* (Nov. 4,1) y probablemente también el *cedendarum actionum*.—También es similar a la fianza, en el derecho clásico, el *receptum argentarii* [46.5].

V. INTERCESIÓN

Lit.: H. VOGT, *Studien zum Senatus consultum Velleianum*, Bonn, 1952; D. MEDICUS, *Zur Geschichte des Senatus consultum Velleianum*, Köln, 1957; J. A. CROOK, «Feminine Inadequacy and the SC Velleianum», in: Rawson [58.1, 1986], 83; ZIMMERMANN, 145; U. MÖNNICH, *Frauenschutz vor riskanten Geschäften. Interzessionsverbote nach dem Velleianischen Senatsbeschuß*, Köln, 1999; B. KUPISCH, «Die römische Frau im Geschäftsleben», en *Festschrift für Bernhard Großfeld*, Heidelberg, 1999, 659; W. ERNST, «Vom Verbot der Fraueninterzession über die Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften zum Schutz des Verbrauchers als Interzedenten», en *RGU-PPD*, 395; *vid.* también, Z. VÉGH, «*Imbecillitas feminarum?*», en *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly*, Köln, 2002, 785; F. THEISEN, «Die Bedeutung des SC Velleianum in der Rechtspraxis des Hochmittelalters», *SZ* 122 (2005) 103; P. BUONGIORNO – F. RUGGIO, «Per una datazione del *senatus consultum Velleianum*», *RivDR V* (2005).

Un **senadoconsulto Veleiano** (*Velleianum*, mitad del s. I d. C.) protege a las **27** *mujeres*, en cuanto les prohíbe *intercedere*, es decir, «interponerse», en el sentido de contraer obligaciones en interés de terceros (*pro aliis reas fieri*; texto en Ulp. D. 16, 1, 2, 1). En el Senado se adujo como justificación que no sería conveniente que las mujeres desempeñaran tareas propias de hombres y que quedasen obligadas de esta forma; Ulpiano (D. 16, 1, 2, 2) pone de relieve que el Senado habría protegido a las mujeres, quienes debido a la debilidad de su género (*propter sexus inbecillitatem*) incurrían en supuestos de este tipo, a saber, de responder por otro. Se discute si la finalidad de la decisión del Senado era, realmente, proteger a las mujeres (como cree la opinión dominante), o más bien mantenerlas en casa, mediante el expediente de excluirlas de determinados negocios.

Entre los negocios prohibidos a las mujeres se encuentran las fianzas, la solidaridad **28** pasiva, la pignoración, como también la liberación del deudor mediante novación, además de negocios con los cuales la mujer evita al tercero contraer una obligación, como por ejemplo, mediante la asunción de un mutuo en interés de aquél. Los negocios de intercesión de la mujer son válidos desde el punto de vista del derecho civil, pero se les priva de eficacia en razón de la *exceptio Senatusconsulti Velleiani*. En compensación, el pretor concede al acreedor, contra el deudor que por intervención de

■ § 57. ADSTIPULATIO Y FIANZA. INTERCESIÓN

la mujer ha quedado liberado, una *actio restitutoria*, y si la mujer ha intercedido a favor del tercero desde el inicio, concede contra éste una *actio institutoria*, como si el negocio se hubiese contraído con él. Estas acciones dan origen a una *in integrum restitutio*. **Lit.:** Th. FINKENAUER, «Der Verzicht auf die *exceptio SCti Velleiani* im klassischen Recht», TR 81 (2013) 17.

- 29 La prohibición de la intercesión para las mujeres subsiste bajo Justiniano, aunque con atenuaciones; se conserva incluso en la época de la Recepción, pero limitada por la introducción de dos excepciones: primera, que la mujer renuncie, mediante juramento, a la protección del SC y, segunda, que a los negocios de intercesión realizados por mujeres comerciantes les sea reconocida su eficacia. La prohibición de intercesión rigió en los territorios alemanes hasta 1900; diversamente, sin embargo, en el § 1349 ABGB. Solo a contar de 1988 la determinación del art. 177 III ZGB (antigua versión), según el cual una mujer casada podía contraer ante terceros una obligación válida en favor de su marido solo con la autorización administrativa. En la jurisprudencia del BGH sobre inmoralidad de las fianzas de los integrantes de la familia carentes de patrimonio –en general, mujeres casadas sin ingresos– puede verse un retorno del SC. *Veleyano*. Al parecer, puesto que la idea prototípica del consumidor supondría una cierta *imbecillitas* o *infirmitas animi*, algunas leyes sobre protección al consumidor han incluido restricciones a la intercesión, p. ej., en la ley austríaca sobre protección al consumidor, arts. 25c y 25d (deber de información del acreedor y derecho de moderación del juez).

CAPÍTULO V

DERECHO DE FAMILIA

Exposiciones generales: BONFANTE [1.56] I (nueva ed. ampliada, Milano, 1963); B. Rawson, ed., *The Family in Ancient Rome: New Perspectives*, London – Sydney, 1986 (selección de contribuciones anticuarias en pág. 1: RAWSON, *The Roman Family*; más referencias en los correspondientes pasajes, y en la 2.^a ed. 1992; B. Rawson, ed., *Marriage, Divorce and Children in Ancient Rome*, Oxford, 1996; M. BETTINI, *Familie und Verwandtschaft im antiken Rom*, Frankfurt am Main, 1992 (especialmente en relación con aspectos lingüísticos, culturales, antropológicos, etnográficos y genealógicos); G. FRANCIOSI, *La famiglia romana (Società e diritto)*, Torino, 2003. Una canteira de información, pero poco innovadora desde el punto de vista jurídico, es la obra de C. FAYER, *La familia romana: Aspetti giuridici ed antiquari*, vol. I (*La famiglia romana: I gruppi famigliari; La patria potestas; L'adoptio; Tutela e cura*), Roma, 1994; vol. II (*Sponsalia; Matrimonio; Dote*), Roma, 2005; vol. III (*Concubinato; Divorzio; Adulterio*), Roma, 2005 (con J. F. STAGL, SZ 125 [2008] 912).

A. MATRIMONIO

§ 58. Matrimonio y potestad marital

(RPr. §§ 17-19, 73-78, 215-221)

I. ESENCIA DEL MATRIMONIO

Lit: O. ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano: esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma, 1970; E. VOLTERRA, «Precisazioni in tema di matrimonio clásico», Bull. 78 (1975) 245; EL MISMO, *ED* 25, 1975, 726 s. v. «Matrimonio (diritto rom.)»; EL MISMO, «Ancora sulla struttura del matrimonio classico, (2.)», en *Fs. v. Lübtow* [2.2], 147, todos ellos reunidos también en E. VOLTERRA, *Scritti giuridici*, vol. 3, Napoli, 1991, 355, 223, 599 (en este volumen, así como en *Scritti giuridici*, vol. 2, Napoli, 1991, *vid.* también muchos más trabajos de VOLTERRA sobre Derecho de familia y matrimonio); J. HUBER, *Der Ehekonsens im römischen Recht*, Roma, 1977; J. GAUDEMET, *Sociétés et mariage*, Strasbourg, 1980 (colección de artículos); S. TREGGIARI, *Roman Marriage: Iusti Coniuges from the time of Cicero to the time of Ulpian*, Oxford, 1991 (rec. R. A. BAUMANN, SZ 110 [1993] 701); R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Oxford, 2000 (2002²); EL MISMO, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Padova, 2014² (rec. J. F. STAGL, SZ 125 [2008] 897); EL MISMO, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano*, Napoli, 2012; R. FIORI, «La struttura del matrimonio romano», Bull. 105 (2011) 197; M. V. SANNA, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel diritto romano classico: matrimonium iustum, matrimonium iniustum*, Napoli, 2012; T. A. J. MCGINN, «The Law of Roman Marriage in Late Antiquity», *Iura* 62 (2014) 208.—Vid. más lit. referida a cuestiones sobre el matrimonio *ante* [14.12].

1. La concepción *romana* del matrimonio es profundamente distinta de la moderna, en la medida en que esta viene marcada por motivos *cristianos*.

El Derecho matrimonial canónico, desarrollado sobre todo en la Edad Media y seguido después por las regulaciones actuales de los Estados occidentales, somete los *presupuestos* del matrimonio, su *celebración* y su *disolución* a un fuerte control bajo los mandatos de la doctrina cristiana. La *existencia* del matrimonio válidamente constituido y su disolución, sobre todo por divorcio, que solo se admite por motivos rigurosamente limitados, se someten a examen a través de un *procedimiento judicial* que ha de velar por la conservación de los matrimonios válidos. Por su estructura, el matrimonio

es una relación jurídica con un contenido determinado, que confiere facultades perfectamente delimitadas –conforme a la progresiva individualización– frente al otro cónyuge y frente a terceros, tanto en los asuntos personales como en los que tienen que ver con el patrimonio. En este sentido, el principio del *tratamiento igualitario* de marido y mujer se fue verificando en la mayoría de los ordenamientos.

Frente a esto, los romanos no vieron en su matrimonio (*matrimonium*) tanto una relación jurídica como un hecho social, si bien despliega trascendentales efectos jurídicos. El matrimonio romano se caracteriza como una «comunidad de vida efectiva» (*verwirklichte Lebensgemeinschaft*) de hombre y mujer (L. Mitteis), presidida por la *affectio maritalis*, *i. e.* la intención y la conciencia de ambos cónyuges de que su comunidad es un matrimonio. 2

Mod. 23, 2, 1: *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio* («el matrimonio es la unión de varón y mujer y una comunidad de toda la vida, una comunión de Derecho divino y humano»; *cfr.* Inst. 1, 9, 1. La conciencia matrimonial no es ninguna voluntad *negocial*, en absoluto es un supuesto de hecho subjetivo independiente, sino la «convicción matrimonial», que se manifiesta durante todo el matrimonio y en el conjunto de los comportamientos de los cónyuges entre sí y ante terceros. **Lit.:** A. EHRHARDT, «*Consortium omnis vitae*», SZ 57 (1937) 357.

Pero, para que esta comunidad de vida configure el hecho social de un matrimonio, deben darse determinados presupuestos: la conciencia matrimonial debe estar dirigida a una comunidad de vida vitalicia, monogámica, plasmada en una comunidad doméstica, cuyo fin más distinguido es la consecución de una descendencia plenamente legítima. A la vista de este fin, Cicerón denomina la unión matrimonial (*coniugium*) como «semillero de la comunidad política» (*seminarium rei publicae*: De officiis, 1, 17, 54; *Cfr.* Platón, *Lg.*, 4, 721a, así como can. 1096 § 1 Codex Iuris Canonici; BVerfGE 6, 55, 71: «Keimzelle jeder menschlichen Gemeinschaft» [«célula de toda comunidad humana»]). 3

Como el matrimonio romano no es primordialmente una relación jurídica, sino un *factum* de tipo social, tampoco los principios que determinan la celebración, la disolución y la protección del matrimonio están regulados en su mayor parte, sino que se abandonan a la *moral social*. La conclusión del matrimonio no es ningún negocio jurídico y no está ligado a ninguna forma jurídica, y sus presupuestos no son examinados por razones de Estado. Una acción para establecer que el matrimonio existe es desconocida; tan solo hay una acción para la constitución de la comunidad de vida matrimonial. El divorcio es jurídicamente libre para cualquiera de las partes en cualquier momento y no está ligado a determinadas causas; no requiere, por tanto, de un procedimiento judicial que lo supervise. Sin embargo, se erigieron

lazos *morales* a lo largo de los siglos para mantener firme la esencia de la mayoría de los matrimonios.

- 4 2. El matrimonio según el *ius civile* (*matrimonium iustum*) presupone que los cónyuges son ciudadanos romanos, o al menos el marido debe serlo y tener el *conubium* con la mujer (*vid. infra* [58.17]).

Solo de un matrimonio así nacen hijos que son ciudadanos romanos, entran en la patria potestad de su padre y tras la muerte de este se convierten en *sui heredes* (i. e. herederos de la casa): *Cfr.* Gai. 1, 55; 76; Gai. D. 1, 6, 3 = Inst. 1, 9 pr.—Otros matrimonios (*matrimonia non legitima*; **matrimonium iuris gentium*) no son romanos, pero pueden ser válidos conforme al Derecho peregrino de los cónyuges y, en esa medida, son reconocidos también por los romanos. La contraposición con el matrimonio romano fue perdiendo progresivamente su importancia con la expansión del derecho de ciudadanía romano.

- 5 3. Frente a esto, la *doctrina cristiana* ve en el matrimonio una institución de la vida religiosa, un vínculo sagrado de valor indestructible; ahí se va preparando el reconocimiento del matrimonio como *sacramento* producido en el s. X. Bajo esta influencia se alteró la interpretación postclásica del matrimonio, según la cual, en muchos aspectos (especialmente con respecto a su disolución), se entiende como una *relación jurídica*; no obstante, se mantiene en todo momento el carácter fundamental del matrimonio como «comunidad de vida puesta en práctica» basada en el consenso duradero de los cónyuges.

Lit.: «Clásicos» sobre el desarrollo del Derecho matrimonial y de la disolución del matrimonio son E. FRIEDBERG, *Das Recht der Eheschließung in seiner geschichtlichen Entwicklung*, Leipzig, 1865 (reimpr. Aalen, 1965); R. SOHM, *Das Recht der Eheschließung aus dem deutschen und canonischen Recht geschichtlich entwickelt*, Weimar, 1875 (reimpr. Aalen, 1966).

II. PODER MARITAL (*MANUS*)

- 6 1. La esencia de la *familia* romana como agrupación rigurosamente organizada conforme al Derecho de personas (*vid. supra* [12.3-5]) pedía en época antigua que también *la mujer casada* fuera incluida como miembro de esa comunidad. Su posición como madre y como organizadora de la vida doméstica exigía que se encontrase bajo el poder del *paterfamilias* y también que tomara parte en los cultos domésticos. El antiguo nombre del poder doméstico (*manus*) se convirtió en término técnico para esta potestad doméstica del *paterfamilias* sobre su esposa integrada en su familia. Como todas las formas de manifestación del

poder doméstico, el poder marital es una relación jurídica. Las actuaciones que conducen a su adquisición y a su pérdida son actos jurídicos, que en época arcaica estaban ligados como actos unitarios con los de celebración y disolución del matrimonio (*vid. sobre la confrarreatio y la diffarreatio, infra* [58.34 y 49]); sin embargo, con el tiempo esa unidad se perdió (*vid. infra* [58.9]).

Como todo el poder doméstico del *paterfamilias*, la *manus* también es un poder absoluto. Incluye el derecho de vida y muerte (*ius vitae necisque*) y también el derecho de castigar y de repudiar a la esposa. No obstante, en época arcaica, el *Derecho sacro* y, durante la República, sobre todo la *moral social* vigilada por el *ensor* vetaban todo abuso de ese poder y lo amenazaban con sanciones parecidas a las de los abusos de la *patria potestas* (*vid. supra* [12.5] e *infra* [60.2]). En época clásica el poder disciplinario del marido sobre la esposa puede decirse que estaba prácticamente evaporado del todo. 7

Como «sometida a potestad», la *uxor in manu* carecía de capacidad jurídica, al igual que los hijos de familia; lo que ella adquiría recaía en el patrimonio del *paterfamilias*. Más detalles *infra* [11.4] y [60.12-13]. 8

La *uxor in manu* del *paterfamilias* entra en la sucesión intestada en la posición de una hija (*filiae loco*), la del *filius (familias)* en la de una nieta (*neptis loco*): Gai. 1, 111/114; 2, 159. La mujer permanece en *manus* de su marido si este se convierte en libre de potestad a la muerte del *paterfamilias*.

2. Si en época arcaica el matrimonio con cuya celebración se había ligado, jurídica o fácticamente, una entrada de la esposa en el grupo familiar del marido (*conventio in manum*; el llamado matrimonio *cum manu*) era la regla, ya en las Doce Tablas se conocía una posibilidad de impedir la adquisición de la *manus* por el marido (*trinoctium, vid. infra* [58.37-38]). Sin embargo, este llamado «matrimonio libre (de *manus*)» (matrimonio *sine manu*) era al principio solo una excepción motivada por especiales necesidades. Hasta el último siglo a. C. la mayoría de los matrimonios eran aún *cum manu*; luego su presencia fue retrocediendo rápidamente. El matrimonio *cum manu* en la época clásica se celebraba solo en casos aislados, y al final de ese periodo fue definitivamente sustituido por el matrimonio *sine manu*. 9

III. ESPONSALES (*SPONSALIA*)

Lit.: J. GAUDEMET, «L'originalité des fiançailles romaines», *Iura* 6 (1955) 47 = EL MISMO (*ante* [58.1]), 15; H. KUPISZEWSKI, «Das Verlöbniß im altrömischen Recht», *SZ* 77 (1960) 125; EL MISMO, «Studien zum Verlöbniß im klassischen römischen Re-

cht», SZ 84 (1967) 70; R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, Padova, 1994³; R. KNÜTEL, «Verlöbniß einst und heute», en *Fs. für E. Jayme*, vol. 2, München, 2004, 1487 ss.; A. C. KARL, *Castitas temporum meorum. Die Partnerwahl der Frau im römischen Recht von der späten Republik bis zum Ausgang des 4. Jh. n. Chr.*, Frankfurt am Main, 2004 (también sobre el matrimonio, las relaciones no matrimoniales, el divorcio y la separación).

- 10 1. Los esponsales son en tiempos históricos una promesa de matrimonio que tiene efectos obligacionales, para la que se hacía uso normalmente de la *sponsio (stipulatio)* regular. El titular de la potestad de la novia (prometida) promete al novio que se la dará como esposa; la mayor parte de las veces promete también el novio (o su titular de potestad por él) al titular de la potestad sobre la novia que él la integrará en su casa. Se trata, por tanto, de un contrato sobre la mujer que ha de contraer matrimonio. *Cfr.* Ulp. D. 23, 1, 2; Gell. 4, 4.

Alternativamente, con la celebración de las nupcias o la entrega en matrimonio se promete una suma de dinero que puede reclamarse en caso de no realizarse el matrimonio: Varro, *ling.* 6, 70 (*spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa*: «se prometía solemnemente dinero o la hija con fines matrimoniales»).

- 11 2. A finales de la República los esponsales pierden su forma estipulatoria, y al mismo tiempo desaparece la posibilidad de reclamar judicialmente por ellos. Para los *sponsalia* vale ahora cualquier forma de promesa, oral o escrita, entre presentes o ausentes (Flor. D. 23, 1, 1). Puede realizarse por los mismos futuros contrayentes si están libres de potestad; la mujer libre de potestad puede acudir al pretor para obligar a su tutor a prestar su consentimiento (Gai. 1, 190). La promesa de matrimonio no puede ser garantizada por penas convencionales (cuyo acuerdo sería *contra bonos mores*, *vid. supra* [9.9]; Pap. D. 35, 1, 71, 1); cada una de las partes puede libremente renunciar mediante una declaración (*nuntium remittere*: *Cfr.* Gai. D. 24, 2, 2, 2).

En caso de conclusión de los esponsales por parte del titular de la potestad de la prometida, algunos clásicos exigen ya que ella misma consienta. Ciertos impedimentos matrimoniales se oponen también al compromiso. Algunas normas sociales de protección del matrimonio valen también para los prometidos. Sobre la cuestión de la edad del compromiso, *vid.* [14.7].

- 12 A las costumbres sobre los esponsales corresponde el hecho de que el prometido, antes o después de las *sponsiones*, se sacaba un anillo del cuarto dedo de su mano izquierda y se lo colocaba en el mismo dedo de la prometida. Este uso había sido tomado de los griegos y a estos probablemente les llegó de los egipcios, que, con base en sus habituales secciones anatómicas, habían llegado a la conclusión de que del cuarto dedo izquierdo salía un nervio muy fino que lle-

gaba hasta el corazón humano (Gell. 10, 10, 2). En correspondencia con esto, Isidoro de Sevilla (s. VI d. C.) dice que el anillo en el cuarto dedo es una prenda de la unión de corazones (*Eccl. off.* 2, 20, 8). Sobre todo el anillo era originariamente un medio con el que alguien se empeñaba a sí mismo para el caso de romper su palabra. En época histórica conocida se daba este anillo en el mundo mediterráneo oriental en el caso de compromiso matrimonial y de arras (*arrha*) en la compraventa (*vid.* [41.7]): quien no cumplía, perdía el anillo.

3. En el Derecho postclásico se adoptaba la libre renuncia a los esponsales con las arras esponsalicias (*arra sponsalicia*): se trata de una entrega del prometido a la prometida, que debía ser devuelta cuadruplicada, más tarde solo doblada, si la celebración del matrimonio no se realizaba sin una razón importante. **13**

Las arras esponsalicias eran un resto del precio de la novia que se daba en las compras de esposas en el mundo semítico y penetraron en el Derecho imperial en el s. IV por mediación de la Iglesia (que favorecía la fuerza vinculante de los esponsales).—La obligación en los esponsales, desde el s. IV, se extinguía a los dos años de su conclusión.

IV. PRESUPUESTOS E IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES

El hecho social del matrimonio requiere que se sean determinados presupuestos positivos y negativos de modo que, si faltan, la conciencia social de la comunidad no reconoce el matrimonio. Los juristas refundieron estos requisitos en reglas fijas. **14**

1. La celebración del matrimonio exige la pubertad (*pubertas, vid. supra* [14.7]), por tanto, para las mujeres los 12 años cumplidos; sin embargo, esto en la realidad social no era muy raro que fuera incumplido. Los enfermos mentales (PS 2, 19, 7) y ciertos tipos de impotentes (Ulp. D. 23, 3, 39, 1) no podían contraer matrimonio válido. **Lit.:** PIRO, *Spouse bambine* [14.7]; T. A. J. MCGINN, «Child Brides at Rome», *Iura* 63 (2015) 107.

2. Si el prometido se encuentra bajo la *patria potestas*, no puede contraer matrimonio por sí mismo, sino solo *iussu patris* o con la autorización de su *paterfamilias*. El matrimonio de la esposa lo concluye para ella su *paterfamilias*; sin embargo, ya en época clásica se impone claramente la consideración de que no puede casar a su hija contra la voluntad de esta (UE 5, 2; Paul. D. 23, 2, 2). Más bien puede incluso obligarse a la colaboración del *paterfamilias* (Marc. D. 23, 2, 19). El Derecho postclásico exige el consenso de los contra- **15**

yentes, así como la aprobación de los titulares de la potestad (con relajamientos en Occidente); más tarde el del padre, aunque él no tuviera la patria potestad, o en todo caso de los parientes, si los hijos aún no habían alcanzado los 25 años. **Lit.:** KARL (*ante* [58.10]), 75.

- 16 **3.** Quien contrae un matrimonio válido no puede contraer un segundo matrimonio mientras subsista el primero: Gai. 1, 63; Inst. 1, 10, 6-7.

La celebración del segundo matrimonio junto al primero disuelve este, porque a la vista de aquel decae el consentimiento matrimonial. A los que actúen de esa manera se les pone una nota de infamia, pero no son sancionados penalmente (por bigamia). En el Derecho postclásico, puesto que el abandono del consenso matrimonial ya no basta para la disolución del primer matrimonio, la existencia de este constituye una causa de nulidad independiente para el segundo matrimonio. La celebración de un matrimonio bigamo es sancionada a partir del s. III con la pena de muerte (por *stuprum* y *adulterium*): Val. Gall. C. 9, 9, 18; Theoph. 1, 10, 6, *Cfr.* también Alex. C. 9, 9, 9; Diocl. C. 2, 4, 18.—§§ 1306 BGB; 8 öEheG; 96 ZGB; art. 46-2.º Cc esp. **Lit.:** E. VOLTERRA, «Per la storia del reato di bigamia in diritto romano», *Studi in memoria di U. Ratti*, Milano, 1934, 27 = *Scritti* (*ante* [58.1]), vol. 7, 1999, 209; L. SANDIROCCO, «*Binae nuptiae et bina sponsalia*», SD 70 (2004) 165.

- 17 **4.** Los impedimentos matrimoniales «relativos» (i. e. los que se aplican solo frente a determinadas personas) los califican los romanos con el requisito de que cada parte debe tener con la otra el *conubium*, es decir, la capacidad de contraer matrimonio válido con esa persona. Falta sobre todo en caso de *desigualdad jurídica*.

El matrimonio con o entre *esclavos* (*contubernium*, *vid. supra* [15.5]) no tiene efectos jurídicos; el matrimonio entre *ingenui* y *liberti*, en principio igualmente ineficaz, se reconoce a finales de la República. El matrimonio entre *patricios* y *plebeyos*, que estuvo prohibido al menos temporalmente, se admitió ya a través de la *lex Canuleia* (445 a. C.). Para el matrimonio con *no ciudadanos* (latinos y demás peregrinos), con excepción de aquellos que procedieran de comunidades de la antigua Liga Latina, que tenían *conubium* con los romanos desde antiguo, se requería la concesión del *conubium*; esta podía darse en favor de comunidades enteras o de personas en particular (tal es el caso sobre todo de los soldados retirados, *veterani*, en caso de su licenciamiento honoroso, *Cfr.* [58.22]). *Vid.* G. 1, 56 s. Con la extensión de la ciudadanía romana esta concesión perdió su importancia.

- 18 **5.** a) El *parentesco de sangre* (y asimismo el agnaticio) hace nulo el matrimonio entre las personas afectadas, cuyo tráfico sexual es castigado como *incesto* (*incestum*). Esto se aplica a parientes en línea recta, ascendente y descendente, en todos sus grados; entre los parientes colaterales se aplicaba esto hasta el sexto grado incluido (porque hasta ahí se reconocía un parentesco); sin embargo, esto

fue atenuándose progresivamente (en la época preclásica hasta el cuarto grado), pero en el periodo cristiano volvió a endurecerse por un tiempo.

La prohibición en la época clásica alcanzaba, en general, hasta el tercer grado (sobre el cómputo de los grados, *vid. supra* [12.7]). Se impiden los matrimonios entre hermanos, entre tío y sobrina, tía y sobrino (por eso se necesitó un SC del año 49 d. C. para posibilitar el matrimonio del emperador Claudio con su sobrina Agripina: *Cfr.* G. 1, 59-64). Desde Teodosio I (segunda mitad del s. IV) la prohibición se extendía a los primos y primas (*consobrini*), por tanto también en el cuarto grado; esto fue derogado de nuevo en Oriente, *vid.* Inst. 1, 10, 4. En el Corp. iur. alcanza la prohibición hasta el tercer grado.—§§ BGB; 6 öEheG; 95 I ZGB; *cfr.*, en cambio, art. 47.2 Cc esp. **Lit.:** J. MODRZEJEWSKI, «Die Geschwisterehe in der hellenistischen Praxis und nach römischem Recht», SZ 81 (1964) 52, 62; Y. THOMAS, «Mariages endogamiques à Rome», RH 58 (1980) 345; BETTINI [12.7], 157; PH. MOREAU, *Incestus et prohibita nuptiae: conception romaine de l'inceste et histoire des prohibitions matrimoniales pour cause de la parenté dans la Rome antique*, Paris, 2002, 177; ASTOLFI (*ante* [58.1, 2012]), 91; A. CUSMÀ PICCIONE, «Vincoli parentali e divieti matrimoniali: le innovazioni della legislazione del IV sec. d. C. alla luce del pensiero cristiano», APal. 55 (2012) 189; S. CASTÁN, «Endogamia matrimonial de clase y política en Roma: un modelo antiguo de exclusión social», SD 81 (2015) 121.

b) El parentesco basado en la adopción impide el matrimonio con el mismo alcance que en el parentesco de sangre. El impedimento del parentesco adoptivo entre parientes colaterales decae, con todo, cuando se acaba la relación adoptiva: Gai. 1, 59 y 61 = Inst. 1, 10, 1 y 2. - §§ 1308 BGB; 10 öEheG; 95 II ZGB; art. 47.1 Cc esp. 19

c) La afinidad (*adfinitas*), es decir, la relación de una persona con los parientes de su cónyuge y con los cónyuges de sus parientes, impone un impedimento matrimonial en principio solo en línea recta, es decir, entre padrastro e hijastra, madrastra e hijastro, suegro y nuera, suegra y yerno (Gai. 1, 63); en época postclásica también entre los que fueron cónyuges del hermano o de la hermana.—La prohibición del matrimonio entre parientes por afinidad (§§ 1310 *i. f.* BGB; 4 EheG) fue derogado en Alemania por la EheschließungsrechtG de 1997. 20

6. a) Un SC dictado en época de *Marco Aurelio* y *Cómodo* (segunda mitad s. II d. C.) prohíbe el matrimonio del *tutor* y su pupila o con su hijo (Paul. D. 23, 2, 59 s.; eod. 66 pr.; más tarde extendido al *curator*, y además al nieto y los libertos del tutor o el curador). El fin del senadoconsulto es impedir que el tutor se libere de esa manera de su obligación de rendir cuentas de su gestión.—En ello se basaba también el impedimento matrimonial en Alemania, derogado en 1998, del que fuera testigo en la separación (§§ 1314 *i. f.* BGB, 9 EheG). 21

b) Algunos mandatos imperiales vedaron el matrimonio de los funcionarios civiles y militares de provincia con habitantes de la misma, a fin de prevenir el ejercicio de 22

presiones para forzar el matrimonio.–c) Muy discutido es el fundamento, fecha y alcance de las medidas que prohíben el estado matrimonial a los soldados (incluidos los oficiales) para guardar la disciplina durante el tiempo de servicio; como muy tarde bajo Septimio Severo (en torno al 200 d. C.) se derogó esta prohibición.

Lit.: J. H. JUNG, «Das Eherecht der römischen Soldaten», ANRW, II/14, 1982, 302; O. BEHREND, «Die Rechtsregelungen der Militärdiplome und das die Soldaten des Prinzipats treffende Eheverbot», en W. Eck – H. Wolff, eds., *Heer und Integrationspolitik*, Köln, 1986, 116, 150; CHR. SCHMETTERER, *Die rechtliche Stellung der römischen Soldaten im Prinzipat*, Wiesbaden, 2012.

23 7. a) Si se casa la viuda durante el *tiempo de duelo* de diez meses (que se superpone con la duración del periodo de gestación: XII Tab. 4, 4; Ulp. D. 38, 16, 3, 11), incurría según el Derecho arcaico y clásico en infamia pretoria (D. 3, 2, 1), pero no por ello era su matrimonio inválido. En la época postclásica se alargó el periodo de espera a un año, y afecta a la mujer también tras el divorcio, temporalmente también al marido. La parte culpable es sancionada con notables perjuicios patrimoniales; Theod. I C. 5, 9, 2; Theod. II C. 5, 17, 8, 4b.–El impedimento matrimonial de la espera de diez meses, que aún existía recientemente en el § 8 EheG (antes también en §§ 120, 121 ABGB; 103 ZGB) fue derogado en Alemania por la KindschaftsrechtsreformG.

24 b) Además, en la época postclásica, bajo la influencia de la doctrina cristiana, no se prohibieron directamente las *segundas nupcias* (también fuera del tiempo de duelo), pero se les impusieron ciertos gravámenes, en principio para la mujer casada de nuevo, luego también al marido.

Estas medidas pretendían principalmente solo salvaguardar a los *hijos* del primer matrimonio de perjuicios que pudieran amenazarlos por el siguiente cónyuge y los hijos del matrimonio ulterior. La parte nuevamente casada *pierde* por ello los bienes recibidos del matrimonio anterior (donación por nupcias, las demás atribuciones gratuitas, legados) a favor de los hijos nacidos de ese matrimonio y conserva un mero usufructo sobre ese patrimonio (parecido a *infra* [60.20-21]). **Lit.:** M. HUMBERT, *Le remariage à Rome*, Milano, 1972; J.-U. KRAUSE, *Witwen und Waisen im Römischen Reich I (Verwitwung und Wiederverheiratung)*, Stuttgart, 1994; ASTOLFI (*ante* [58.1], 2014), 201.

25 8. Un lugar especial entre los presupuestos del matrimonio lo ocupan los que se recogen en las **leyes matrimoniales de Augusto**. Las principales leyes son la *lex Iulia de maritandis ordinibus* («sobre el matrimonio de los órdenes sociales»), del año 18 a. C., y la *lex Papia Poppaea*, del 9 d. C. Como las leyes sobre las manumisiones (*vid. supra* [16.10-11]), perseguían objetivos de política social y poblacional, ya que pretendían mantener sano y fuerte al núcleo de población itálica que había obtenido la ciudadanía romana; sobre todo en sus estratos supe-

riores, en los que la escasez de matrimonios y la falta de hijos amenazaban con ser excesivos. No obstante, junto a esto también se proponían llenar el tesoro público, recalca Tácito, con la nota añadida, no del todo imparcial, pero ciertamente no atípica, de que, así como antes se había sufrido por el delito, desde entonces se sufrió bajo las leyes (Tac., *ann.* 3, 25; más detalles, *infra* [71.11]).

Las leyes matrimoniales son el «paquete de reformas» más amplio de la historia de Roma y se salen de los esquemas por dos características extraordinarias. Afectan profundamente a la libertad y la propiedad del ciudadano romano al invadir el ámbito de la tradición social y ética, y representan un primer intento (no comparable con las diversas medidas para combatir el lujo) de realizar reformas sociales por la vía de una detallada regulación legal.

Las dos leyes se consideraron ya en la época clásica como una unidad (*lex Iulia et Papia*). Como complemento se añadió *la lex Iulia de adulteriis coercendis* (D. 48, 5) del año 17 a. C., con prescripciones penales para el caso de impudicia (*stuprum*) y adulterio (*adulterium*) (sobre ella, vid. G. RIZZELLI, *La lex Iulia de adulteriis*, Lecce, 1997; J. G. WOLF, «Die *lex Iulia de adulteriis coercendis*», *Iura* 62 [2014] 47; P. BUONGIORNO, «Storia di un dialogo. La data della *lex Iulia de adulteriis*», en EL MISMO/LOHSE [37.8], 273; vid. también [58.40]). **Lit.:** P. JÖRS, *Iuliae rogationes: due studi sulla legislazione matrimoniale augustea* (nueva ed. de *Die Ehegesetze des Augustus*, Marburg, 1894; *Über das Verhältnis der Lex Iulia zur Lex Papia*, Bonn, 1882) con una *Nota di lettura* de T. SPAGNUOLO VIGORITA, Napoli, 1985; J. E. SPRUIT, *De lex Iulia et Papia Poppaea*, Deventer, 1969; R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, Padova, 1996⁴; L. F. RADITSA, «Augustus' Legislation Concerning Marriage: Procratation, Love Affairs and Adultery» ANRW II/13, 1980, 278 (con D. NÖRR, SZ 99 [1982] 466); D. NÖRR, «The Matrimonial Legislation of Augustus», *The Irish Jurist* 16 (1981) 350 = *HIA*, vol. II, 1369; EL MISMO, «Planung in der Antike», en *HIA*, vol. II, 1093; H. H. SEILER, «Römische Ehe und augusteische Ehegesetzgebung», en G. Seifert, ed., *Ehestabilisierende Faktoren* (= Veröffentlichungen der J. Jungius-Gesellschaft, vol. 62), Göttingen, 1990, 75; A. METTE-DITTMANN, *Die Ehegesetze des Augustus: Eine Untersuchung im Rahmen der Gesellschaftspolitik des Princeps*, Stuttgart, 1991; CRAWFORD, vol. II, 801; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus. Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*, Napoli, 2010³ (con E. HÖBENREICH, SZ 130 [2013] 690); EL MISMO, «Joersiana III: ancora sul percorso della riforma matrimoniale augustea», *Mél. Humbert*, 793.

Las leyes contienen prohibiciones del matrimonio y órdenes de matrimonio. a) 26 Prohibido está que los romanos *ingenui* contraigan matrimonio con determinados tipos de mujeres de mala reputación. Para los senadores y sus descendientes la prohibición va más allá. *Cfr.* UE 13, 1 s.

Para todos se prohíbe el matrimonio con prostitutas, alcahuetas, actrices, etc.; a los senadores etc. se les prohíbe también con libertas. Los matrimonios contrarios a la ley

no son, de entrada, nulos, pero, a la vista de los mandatos de contraer matrimonio (vid. inmediatamente), eran tratados como si no se hubiesen celebrado. Solo un SC de época de Marco Aurelio y Cómodo (2.^a mitad del s. II) declaró estos matrimonios como nulos: Paul. D. 23, 2, 16 pr.

- 27 b) El *deber de contraer* matrimonio existe para todos los hombres entre 25 y 60 años, y para todas las mujeres entre 20 y 50. Los viudos o divorciados de esas edades debían casarse nuevamente. Se establecían exenciones solo en virtud del *ius (trium) liberorum* (i. e. el «derecho de los tres hijos») para los varones *ingenui* que hayan tenido al menos tres hijos legítimos y, del mismo modo, para aquellas mujeres que al menos hayan dado a luz tres veces. Sobre todo esto, vid. Gai. 1, 194; 3, 44; UE 16, 1; PS 4, 9, 1 ss.

A los libertos se les exigen cuatro hijos (*ius quattuor liberorum*). El Senado, y más tarde los emperadores, confirieron este derecho como privilegio también a personas que no cumplieran el requisito.

- 28 Las sanciones de las leyes se dirigen contra *quienes no contraen matrimonio* y *quienes no tienen hijos*, y afecta sobre todo a la *capacidad de adquirir* por vía *hereditaria*. En general, los no casados (*caelibes*) no pueden adquirir absolutamente nada de lo que les correspondiera por sucesión hereditaria o por legado; los que no tengan hijos (*orbi*), solo la mitad. Lo que no puede adquirirse por esa razón se considera «decaído» (*caducum*) y pasa a otros herederos testamentarios o legatarios (siempre que tengan al menos un hijo), y en su caso al *aerarium*, más tarde al *fiscus* (vid. detalles *infra* [71.11]). Junto a eso gravitan sobre los infractores de las leyes perjuicios de tipo social.
- 29 Las leyes matrimoniales de Augusto, que comprensiblemente no fueron bien aceptadas y no alcanzaron los fines pretendidos, fueron progresivamente *derogadas* o cayeron en desuso en los ss. IV y V (no, sin embargo, las limitaciones a las segundas nupcias, vid. *supra* [58.24]). Se mantuvieron las prohibiciones para ciertos tipos de dignatarios de contraer matrimonio con mujeres de origen social bajo o de modo de vida reprochable; Justiniano abrogó también esto.
- 30 9. En razón de la *fe cristiana*, hay prohibiciones de contraer matrimonio entre cristianos y judíos en la época postclásica; para las vírgenes y viudas consagradas; para el ordenado como sacerdote, diácono o subdiácono (el matrimonio celebrado antes de la ordenación se mantiene, y el celebrado con posterioridad produce la pérdida de la función espiritual). **Lit.:** ASTOLFI (*ante* [58.1] 2014), 171.
- 31 Justiniano prohíbe a la *adúltera*, con pena y nulidad, el matrimonio con el cómplice; y al *raptor*, con la mujer raptada; vid. ASTOLFI (*ante* [58.1] 2014), 135.—El impedimento matrimonial del adulterio (§§ 1312 i. f.; 6 EheG) fue derogado por el § 1 EheRG de 1976 (en vigor desde 1.7.1977).

V. CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO. *CONVENTIO IN MANUM*

1. Por la visión romana del matrimonio como un hecho de la vida social, se explica que la celebración del matrimonio como tal no se entienda en principio como un *negocio jurídico* y, en consecuencia, tampoco se configurará como un acto formal. Más bien bastaba con que se hubiera establecido la comunidad de vida, en la conciencia visible de ambos cónyuges de que esa comunidad sea un matrimonio. 32

Para la celebración del matrimonio (boda: *nuptiae*), la *costumbre* construyó un *conjunto de usos* rico, en parte dotado de elementos sacros; pero la validez del matrimonio no dependía de su realización. Como típico criterio para la constitución de la comunidad de vida se consideró la conducción de la mujer a la casa del marido (*deductio in domum mariti*: vid. Pomp. D. 23, 2, 5); más tarde, en época postclásica, se ve también en el otorgamiento de escrituras matrimoniales, en especial de un documento dotal, un signo inequívoco de la voluntad matrimonial. Sobre la concepción postclásica, vid. ASTOLFI (*ante* [58.1] 2014), 3.

Sin embargo, con independencia de esto, ya en el periodo altoclásico se impuso la idea de que es la voluntad de las partes de constituir un matrimonio lo que lo fundamenta y mantiene (Iul. D. 23, 1, 11 y Ulp. D. 50, 17, 30: *Nuptiae non concubitus, sed consensus facit*: «no la cohabitación, sino el [mero] consentimiento funda el matrimonio»).

El Derecho canónico asumió la idea de que el mero consenso funda el matrimonio (*consensus facit nuptias*). Las celebraciones de nupcias domésticas, facilitadas por esta concepción, condujeron, sin embargo, a graves inconvenientes, sobre todo a la aparición de frecuentes casos de bigamia extraordinariamente. Por ello, las celebraciones de matrimonio en casa fueron declaradas nulas de cara al futuro a partir del 11.11.1593 por el Concilio de Trento, y se decidió que en lo sucesivo solo sería reconocido como válido un matrimonio si era anunciado por tres amonestaciones del párroco en presencia de la comunidad eclesial y se celebraba al menos con dos testigos. Sobre la larga historia de su surgimiento, vid. FRIEDBERG [58.5], 101; SOHM [58.5], 107, 187. 33

2. La *conventio in manum*, *i. e.* la conducción de la mujer de su grupo familiar de origen al de su marido es desde antiguo un procedimiento jurídico que, en el caso de la *coemptio* (vid. *infra* [58.35]), está ligado a una forma típicamente jurídico-privada. 34

Lit.: E. VOLTERRA, «Nuove ricerche sulla *conventio in manum*», en *Scritti (ante* [58.1]), vol. 3, 3; F. BENEDEK, *Die conventio in manum und die Förmlichkeiten der Eheschließung im römischen Recht*, Pécs, 1978; J. LINDERSKI, «*Usu, farreo, coemp-*

tionone», SZ 101 (1984) 301; I. PIRO, «*Usu* in manum convenire, Napoli, 1994 (rec. O. PÉTER, SZ 113 [1996] 557).

a) Muy antigua es la *confarreatio*, un acto sacral ante diez testigos, el *flamen Dialis* (sacerdote de Júpiter) y, quizá, también el *pontifex maximus*. El prolijo ritual (que simboliza la unión de los cónyuges para su vida ulterior) culmina en una ofrenda común de un pan de espelta (*panis farreus*) al *Iuppiter farreus*: Cfr. Gai. 1, 112. El acto presumiblemente servía en primer término para la celebración del matrimonio, pero también producía la adquisición de la *manus*. Era seguramente un privilegio de los patricios o de la *nobilitas*; más tarde se utilizó solo para determinados sacerdotes (para los cuales estaba prescrito) y a lo largo de la época clásica fue entrando en desuso.

- 35 b) El procedimiento regular de adquisición de la *manus* es la *coemptio*, una derivación de la *mancipatio*: el *paterfamilias* de la mujer (o, si ella está libre de potestad, ella misma con la *auctoritas* de su *tutor*) cede en un acto *per aes et libram* ante cinco testigos y el *libripens* la potestad sobre ella por un precio de compra simbólico (*nummo uno*) a favor del marido. Ahí se cuidaba la fórmula que debía pronunciar el marido de que la mujer no cayera en la potestad de *mancipium* (similar a la de los esclavos) del marido, como era la regla en la *mancipatio* (vid. *supra* [16.17]), sino en la posición de esposa integrante del grupo familiar (*uxor in manu*). Cfr. Gai. 1, 113; vid. *supra* [7.11].

Si la *coemptio* (como la *mancipatio*) implicó alguna vez el pago de un precio efectivo, entonces podría haber servido para la compra de la esposa, como la conocían muchos Derechos de la Antigüedad.—La *coemptio* se realizaba normalmente al mismo tiempo que la celebración del matrimonio. En la época clásica degeneró la forma de la *coemptio* y también podía llevarla a cabo por sí misma la propia mujer sometida a la patria potestad con la simple *auctoritas patris*. Al final de la época clásica desapareció el acto definitivamente.

Lit.: G. L. FALCHI, «Osservazioni sulla natura della *coemptio matrimonii causa* nel diritto classico», SD 50 (1984) 355; PIRO, (vid. [58.34], «*Usu*»); LA MISMA, «Gai. 1, 113 ed il formulario della *coemptio*», en *St. Talamanca*, vol. VI, 359; ASTOLFI (ante [58.1], 2000), 255; B. ALBANESE, «Note sulla *coemptio*», *Iura* 52 (2001) 1; D'ALESSIO [13.3], 61; vid. también M. DAVID – H. W. L. NELSON, *Gai Institutionum Commentarii IV. Kommentar*, Leiden, 1954, 133 (¿*coemptiones* mutuas?).

- 36 c) A esto se añade una adquisición de la *manus* por el *usus*. Ahí se trata obviamente de un caso de aplicación de la regla general de la usucapión de las Doce Tablas sobre el *usus auctoritas* (vid. *supra* [25.2]): si el marido ha

vivido con la mujer un año en matrimonio válido, ya no se le puede discutir eficazmente el poder marital sobre ella (Gai. 1, 111). Al final del periodo preclásico o a inicios del clásico cayó también en desuso la adquisición de la *manus* por *usus*.

3. Para impedir la entrada en la *manus* por este procedimiento del *usus*, ya 37 las Doce Tablas (6, 4) previnieron la regla de que el plazo de un año se da por *interrumpido* si la mujer permanece durante tres noches consecutivas (*trinoc-tium*) fuera de la casa del marido (Gai. 1, 111). Esta norma posibilitó ya en aquel tiempo la existencia de un matrimonio «libre de potestad» (*sine manu*). Que el plazo se contaba con exactitud lo prueba un famoso testimonio:

Aulo Gelio, *Noctes Atticae* 3, 2, 12-13

Quoque Mucium iureconsultum dicere solitum legi non esse usurpatam mulierem, quae, cum Kalendis Ianuariis apud virum matrimonii causa esse coepisset, ante diem IV. Kalendas Ianuarias sequentes usurpatum isset: (13) non enim posse impleri trinoctium, quod abesse a viro usurpandi causa ex duodecim tabulis deberet, quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex Kalendis.

He leído también que el juriconsulto Quinto Mucio solía decir que no estaba usurpada la mujer que había comenzado a cohabitar con un hombre con fines matrimoniales en las Calendas de enero e iba a proceder a la usurpación el cuarto día anterior a las Calendas del siguiente mes de enero, (13) porque no se habían completado las tres noches que debía ausentarse del marido para hacer válida la usurpación según la ley de las Doce Tablas, ya que las seis últimas horas de la tercera noche pertenecían al año siguiente que comenzaba en las Calendas.

Los romanos determinaban los días del mes contando hacia atrás a partir del día pre-fijado (*calendas, nonas, idus*) e incluyendo el día en cuestión. Puesto que las calendas son el primer día del mes, el cuarto día antes del 1.1 (que se incluye en la cuenta) ha de ser el 29.12. En ese día tendría que haber salido de la casa marital la mujer que hubiera contraído matrimonio el 1 de enero, a fin de impedir la adquisición de la *manus* que habría adquirido el marido sobre ella por usucapión. Esto fracasa, dice Escé-vola (cónsul en el 95 a. C.), porque el año de usucapión ya está cumplido con la medianoche con la que empieza el siguiente 1 de enero. La segunda mitad de la tercera noche ya no entra, por tanto, en el cómputo del primer año de matrimonio, de modo que, en ese año, en vez de las tres noches preceptivas, solo estuvo ausente dos noches y media. El texto confirma, al mismo tiempo, que el cómputo de los días corría de medianoche a medianoche y, con el fin de favorecer la adquisición del derecho, se sigue la regla *dies a quo computatur* (vid. *supra* [10.22]; vid. también F. C. v. SAVIGNY, *System des römischen Rechts*, vol. 4, Berlin, 1841, 364).

- 38 El fin de la introducción de tal matrimonio *sine manu* ha de buscarse presumiblemente en la celebración del matrimonio por la mujer *sui iuris*, que estaba de hecho bajo la *tutela mulieris* de sus parientes colaterales agnaticios. Si la mujer *sui iuris* contraía un matrimonio *cum manu*, entonces todo su patrimonio lo adquiría directamente su marido. Para impedir esto, habrían consentido el matrimonio solo si la mujer no entraba en la *manus* del marido.—Más tarde, se dice, el matrimonio libre se convirtió en la regla. Con la extinción del *usus* también resultó superflua la consideración del *trinocitium*.

Lit.: PIRO (vid. [58.34], *Usu*); ASTOLFI (ante [58.1] 2010), 220; GIUNTI (ante [58.43]), 226, 235, 419.

VI. EFECTOS DEL MATRIMONIO

- 39 1. El matrimonio romano, con independencia de la *conventio in manum*, producía de entrada el efecto de que la mujer obtenía el *honor matrimonii*, y con ello la consideración de la mujer casada según su posición social; y, en segundo lugar, que los *hijos* nacidos del matrimonio, en tanto que descendientes legítimos, podían dar continuidad a la familia paterna (Gai. 1, 55-56; Inst. 1, 9 pr. y 2-3) y, en el momento de nacer, entraban ya en la patria potestad de su progenitor (Gai. D. 1, 6, 3; Ulp. D. 1, 6, 8 pr.; Gai. 1, 55; Inst. 1, 9 pr.).
- 40 El *deber de fidelidad* matrimonial obliga sobre todo a la mujer; solo en época cristiana se exigió con algo más de intensidad también al marido. La sanción del adulterio corresponde principalmente al ámbito del Derecho penal (sobre la *retentio ex dote*, vid. *infra* [59.20]). En caso de sorprender a la mujer cometiendo adulterio, el marido puede matarla impunemente (y también al cómplice), y tanto el marido como el *paterfamilias* de la mujer tienen, además, según la *lex Iulia de adulteriis coercendis* (17 a. C., vid. *supra* [58.25]) un derecho preferente a demandar a los culpables.—Junto a esto se estableció un «deber de respeto» entre los cónyuges, pero que pertenecía más bien al ámbito de la costumbre, no al Derecho (sobre la *actio rerum amotarum*, vid. *supra* [51.8]; sobre el *beneficium competentiae*, que en principio solo afectaba a la *actio rei uxoriae*, pero que fue reconocido más tarde con carácter general, vid. *supra* [32.22], *cfr.* Mod. D. 42, 1, 20).—Un deber *jurídico* de prestación de *alimentos* entre cónyuges lo conoce a su vez Justiniano solo en casos excepcionales (*cfr.* C. 5, 12, 29 de 528).—La promesa entre solteros, prestada por escrito para el caso de convivencia, de pagar una «renta vital» (*salarium*) solo es exigible judicialmente en caso de que se den determinadas circunstancias: Scaev. D. 44, 7, 61, 1 («carta de amor»), vid. al respecto V. T. HALBWACHS, «Verpflichtung aus Liebe?», en *Fs. Hausmaninger* [9.3], 109.

2. Sobre los efectos de la *manus*, *vid. supra* [58.7-8] y [59.2-3].—En el caso del matrimonio *sine manu*, el *paterfamilias* de la mujer, bajo cuya *patria potestas* permanecía ella también durante el matrimonio, podía recuperarla de nuevo para su casa (con su *vindicatio* o con interdictos, *vid.* [60.8-9]); sin embargo, en época clásica ya no se le permitió tal intervención arbitraria en el matrimonio de su hija, si el matrimonio era afortunado. 41

Antonino Pío paralizó el *interdictum de liberis exhibendis* o *ducendis* del padre contra el marido si el matrimonio era un *matrimonium bene concordans* (PS 5, 6, 15; Ulp. D. 43, 30, 1, 5). Bajo Diocleciano el marido tenía a su vez interdictos *de uxore exhibenda et ducenda* para la recuperación de la esposa que estuviera retenida (C. 5, 4, 11; Herm. D. 43, 30, 2). Lit.: M. DE SIMONE, «Una congettura sul arcaismo “*filiam abducere*”», APal. 55 (2012) 321.

3. Sobre los efectos del matrimonio respecto al *patrimonio*, *vid. infra* § 59. 42

VII. DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO; EN ESPECIAL EL DIVORCIO

Lit.: E. LEVY, *Der Hergang der römischen Ehescheidung*, Weimar, 1925; O. ROBLEDADA (*ante* [58.1]), 255; EL MISMO, «Il divorzio in Roma prima di Costantino», ANRW II/14, 1982, 347; P. GIUNTI, *Consors vitae. Matrimonio e ripudio in Roma antica*, Milano, 2004; ASTOLFI (*ante* [58.1], 2014), 357.

1. Al igual que la constitución, también la finalización del matrimonio ha de distinguirse de la de la *manus*. El matrimonio se disuelve por la muerte, pérdida de la capacidad matrimonial o divorcio. 43

a) A la muerte no se equipara la ausencia sin más.

Sin embargo, si un cónyuge está sin noticia de la supervivencia de la otra parte durante tanto tiempo y bajo tales circunstancias que lo tiene por fallecido y se lo puede tener por tal, el matrimonio se disuelve, porque está acabada la relación de hecho que conforma la comunidad de vida basada en la convicción de estar unidos en matrimonio. *Cfr.* Pap. D. 48, 5, 12, 12; Pseudo-Quintiliano 347 (al respecto, *vid.* T. WYCISK, *Quidquid in foro fieri potest. Studien zum römischen Recht bei Quintilian*, Berlin, 2008, 110).

b) Para la *pérdida* de la *capacidad matrimonial*, ha de distinguirse: aa) La pérdida de la *libertad* hace desaparecer el matrimonio y la *manus*; la cautividad de guerra disuelve el matrimonio (sin *postliminium*, *vid.* [15.17]): en caso de retorno del cautivo es preciso renovar el matrimonio con una nueva celebra- 44

ción. bb) Tras la pérdida del *derecho de ciudadanía* (p. ej. por deportación) podía continuar el matrimonio conforme al Derecho peregrino, pero también según el Derecho romano se fue admitiendo progresivamente la continuidad, al menos de algunos efectos del matrimonio. cc) La modificación del *status familiae* (*vid. supra* [13.3]) afecta a la *manus*, pero deja el matrimonio (en general) inalterado.

- 45 c) Los emperadores *postclásicos*, bajo influencia cristiana, limitan los casos de disolución del matrimonio y dificultan las segundas nupcias, especialmente en caso de ausencia y cautividad por causa de guerra.
- 46 2. a) El **divorcio** (*divortium*) se denomina así *quia in diversas partes eunt, qui distrahunt matrimonium* («porque aquellos que terminan su matrimonio se van por caminos diversos»: Gai. D. 24, 2, 2 pr.; Paul. D. 50, 16, 191). Dada la naturaleza del matrimonio romano como hecho social, el divorcio tampoco es un negocio jurídico, sino un procedimiento privado, fáctico, que ni está ligado a motivos fijos ni está sometido a control judicial. El divorcio romano se produce cuando uno de los cónyuges, o ambos, abandona la comunidad de vida, en la conciencia de que el matrimonio está de ese modo acabado.

La *libertad* de divorcio se considera incuestionable hasta el final de la época clásica, siguiendo el principio conforme a la esencia del matrimonio: *libera matrimonia esse antiquitus placuit* («ya en la antigüedad se quiso que los matrimonios sean libres»: Alex. C. 8, 38, 2). Un contrato que excluya el divorcio o lo dificulte mediante penas convencionales (*vid. supra* [9.9]) es nulo (Alex. C. 8, 38, 2). En principio, solo se limita esta libertad de divorcio por la amenaza de penas sacrales en caso de abuso, y más tarde también por el control de las costumbres por parte del censor; junto a esto también influyeron consideraciones económicas, puesto que el marido debía restituir la dote en caso de divorcio (*vid. más detalles, también en el caso de divorcio por adulterio de la mujer, infra* [59.19]).

- 47 El régimen del divorcio parte del caso del *repudio* unilateral (**repudium**) de la mujer culpable de adulterio o de cualquier otra falta grave por parte del marido. Esto se comprueba por las fórmulas consuetudinarias de divorcio que presuntamente se mencionaba en las Doce Tablas (4, 3): *baete foras* («¡márchate!»); *tuas res tibi habeto* («¡llévate tus cosas!»); exigencia de entrega de las llaves. El divorcio de la mujer no culpable se documenta por primera vez en el s. III a. C. (por falta de hijos: *Cfr.* Gell. 4, 3, 1 s.). El divorcio a iniciativa de la *mujer* debió de ser más reciente. La aprobación del *paterfamilias* de un cónyuge o del tutor de la mujer ya no se precisaba desde tiempo atrás. **Lit.:** KARL (*ante* [58.10]), 227.

Una fórmula obligatoria para la declaración del divorcio (*repudium*) tampoco existe en época clásica. El envío de un mensajero del divorcio (*nuntium mittere*) es habitual, pero no preceptivo.—La aportación de siete testigos exigida por la *lex Iulia de adult.* (Paul. D. 24, 2, 9) afecta solo al caso del divorcio a causa del adulterio y tiene razones especiales. **Lit.:** E. LEVY (*ante* [58.43]), 4. 48

b) Si la mujer está sujeta a la *manus*, se requiere, junto al divorcio, un acto de extinción de ese poder. Para ello se desarrolló —con seguridad solo en tiempos posteriores a las Doce Tablas— la *remancipatio* como negocio formal complejo: el marido (o su titular de potestad) transmite a la mujer mediante una mancipación fiduciaria a su antiguo *paterfamilias* o a un fiduciario, que luego la libera mediante una *manumissio*: Gai. 1, 115; 137. 49

La *mancipatio* la pone bajo el poder del *mancipium* del adquirente; a través de la manumisión, ella se convierte en *sui iuris*, y este en su patrón y tutor legal.—Antes de la introducción de este doble acto el matrimonio *cum manu* habría sido indisoluble. Para el matrimonio celebrado por *confarreatio* se ha transmitido la existencia de una *diffarreatio* como acto contrario (seguramente con la expulsión del culto de las divinidades familiares del marido).—En época del Principado la mujer puede obligar al marido que se niega a realizar la *remancipatio* a través de la *cognitio extra ordinem*: Gai. 1, 137a.

c) En época *postclásica* cambia radicalmente el cuadro del divorcio romano bajo la influencia del dogma *cristiano* de la indisolubilidad del matrimonio; sin embargo, las leyes imperiales de ningún modo van tan lejos como los Padres de la Iglesia, que declaran el matrimonio como totalmente indisoluble. La legislación (en los aspectos concretos repetidamente oscilante) desde Constantino permite el divorcio solo por determinadas *causas* (la mayor parte de las veces por graves faltas de la otra parte) y grava el divorcio sin causa con *penas*, principalmente en relación con la dote y la donación nupcial; asimismo se dificultan las segundas y ulteriores nupcias. Las Novelas de Justiniano condenan además a la mujer que declara el divorcio sin causa al ingreso de por vida en un convento, junto con la pérdida del patrimonio a favor de los hijos, los padres o el monasterio. Más tarde se impusieron también estas consecuencias al marido que declara el divorcio sin causa. El divorcio *por mutuo acuerdo*, en cambio, se sigue admitiendo (en general) y no se castiga con penas. 50

Con todo, el divorcio unilateral declarado sin motivo es válido; la nulidad del divorcio aparece por primera vez en la Nov. 134 (del año 556).—Para la declaración del divorcio se generaliza en época *postclásica* el modelo helenístico de la carta o *libelo de divorcio* (*libellus repudii*); y, en Occidente, la declaración ante testigos. **Lit.:** LEVY (*ante* [58.43]), 96; F. DE MARTINO, «Chiesa e Stato di fronte al divorzio nell'età romana», en *Fs. Flume* [2.2], vol. 1, 137; J. GAUDEMET, *L'interprétation du principe*

d'indissolubilité du mariage chrétien au cours du premier millénaire (ante [58.1]), 230; O. FORZIERI VANNUCCHI, «La legislazione imperiale del IV–V secolo in tema di divorzio», SD 48 (1982) 289 (con E. VOLTERRA, en *Scritti giuridici*, vol. VI, Napoli, 1994, 521); M. MEMMER, «Die Ehescheidung im 4. und 5. Jh. n. Chr.», en *Fs. Mayer-Maly* [8.27], 489; J. URBANIK, «La repressione costantiniana dei divorzi», *FHI*, vol. VIII, 5705.–Sobre la patria potestad y la manutención tras el divorcio, *vid.* [60.42].

VIII. CONCUBINATO

Lit.: J. GAUDEMET, «Union libre et mariage dans la Rome impériale», *Iura* 40 (1989) 1; R. FRIEDL, *Der Konkubinat im kaiserzeitlichen Rom: von Augustus bis Septimius Severus*, 1996; EL MISMO, «Konkubinat», *RAC* 21 (2006) 416, 419; R. ASTOLFI, «Il concubinato romano quale rapporto di fatto», SD 79,2 (2013) 859.

- 51 1. El concubinato (*concubinatus*) es una comunidad de vida y una cohabitación duradera entre un hombre y una mujer no reconocida como matrimonio. Se tolera con determinados límites y gana importancia práctica durante el Principado en casos en los cuales el matrimonio no es posible (*Cfr.* D. 25, 7; C. 5, 26).

Esto corresponde sobre todo a las prohibiciones matrimoniales de Augusto (*vid. supra* [58.26]), que parecen haber tolerado el concubinato con libertas y con mujeres nacidas libres, pero de origen social despreciado; además, para los casos en los que existía la prohibición de contraer matrimonio para determinados funcionarios y oficiales, así como soldados (*vid. supra* [58.22]). El concubinato no tenía, sin embargo, los efectos del matrimonio, especialmente en cuanto a los hijos, que no son matrimoniales (*i. e.* legítimos).

- 52 2. En época *postclásica* se impone, sin embargo, la idea de que una comunidad de vida entre hombre y mujer que responda a las exigencias del matrimonio *cristiano* ha de ser reconocido también por razones de Estado, aunque falten los presupuestos matrimoniales impuestos por el Estado. Este concubinato se reconoció como una suerte de «matrimonio de condición inferior» (*inaequale coniugium*), pero, en contraposición a lo que sucede en el Derecho clásico, se le imponen *presupuestos* rigurosos: se prohíbe en caso de existencia de matrimonio y exige una relación duradera con *una sola* mujer, con la que (con excepción de los impedimentos citados *supra* 1) sería posible el matrimonio. Del matrimonio se distingue este concubinato, que en la mayor parte de las veces se celebraba entre personas de desigual origen social), solo por la falta de reconocimiento social (*dignitas*) que se deriva de la conciencia de la

relación matrimonial. Los *hijos* del concubinato son, igual que antes, ilegítimos, pero pueden (ellos, y solo ellos) obtener la condición de matrimoniales a través de la *legitimación* (*vid. infra* [61.6-8]).

A la concubina y sus hijos les puede donar el varón determinadas cuotas de su patrimonio o dejárselas en testamento. La Novela 18, 5 de Justiniano les concede incluso, cuando ni los hijos legítimos ni la esposa están legitimados para heredar, un *derecho de sucesión intestada* en la cuantía de un sexto del patrimonio. 53

§ 59. Régimen económico-matrimonial. Dote (*dos*) y donación nupcial (*donatio ante, propter nuptias*)

(RPr. §§ 18 V, 79-81, 222-225)

I. GENERALIDADES

- 1 La **celebración del matrimonio** como tal no cambia nada en la pertenencia de los patrimonios del marido y la mujer ni en los derechos de disposición sobre ellos. Cada uno de los cónyuges (o su titular de la potestad) conserva su poder sobre su patrimonio y responde solo por sus propias deudas. Esta condición jurídica vale en todo caso para el matrimonio «libre», en que existe una «separación de bienes».

Con esto es compatible que –obedeciendo a una obligación *consuetudinaria*– el marido proporcione a la mujer recursos para su mantenimiento en la casa común; que las cosas que sirven a la casa común sean utilizadas por ambos cónyuges; que el marido invierta los rendimientos de la dote en hacer frente a los costos de la vida común. Si la mujer, como era corriente, cedía su patrimonio al marido para que lo administrara, se le aplican las mismas reglas jurídicas que a cualquier administración patrimonial (principalmente las reglas del mandato, *cf.* Ulp. D. 23, 3, 9, 3; sobre los *parapherna*, *vid. infra* [59.32]).

- 2 2. En caso de *conventio in manum*, en cambio, ha de distinguirse:
- a) Si la mujer era hasta entonces *filiafamilias* y, como tal, sin capacidad patrimonial, sigue estando en una situación similar cuando se convierte en *uxor in manu*; cambia de titular de la potestad, pero no obtiene ninguna capacidad patrimonial. Sin embargo, podía tener durante el matrimonio un patrimonio especial (*peculium*) para su explotación privada, *cf.* Pap. D. 6, 1, 65; D. 39, 5, 31, 1 = vat. 254 (PLATSCHEK [59.32], 129).
- 3 b) Si, en cambio, era hasta ese momento *sui iuris*, pierde la capacidad patrimonial, y todo su patrimonio recae en poder del marido (o su *paterfamilias*).

Sus deudas (con excepción de las heredadas, que gravan al nuevo titular de potestad con la responsabilidad hereditaria) se extinguen según el *ius civile*. Para no dejar a los acreedores con las manos vacías, les concede el pretor una *in integrum restitutio*: pueden demandar a la mujer como si siguiera estando libre de potestad, y ejecutar la deuda (en vía de concurso) en aquel patrimonio que la mujer hubiera tenido de haber seguido siendo libre de potestad: *Cfr.* Gai. 3, 83 s.; 4, 38; *Cfr.* Edicto D. 4, 5, 2, 1.

3. a) De las reglas particulares que integran el Derecho patrimonial de los cónyuges, la más importante es que las **donaciones entre cónyuges** son nulas. 4

Esta limitación puede haber sido establecida solo para el matrimonio *sine manu*. Seguramente es ya antiguo y se remonta a la idea de que el matrimonio no debe motivar ningún traspaso patrimonial injustificado de la mujer a la familia del marido. Se ha transmitido la justificación de que los regalos contradicen la esencia del matrimonio, en el que marido y mujer han de tener todo en común. Pero quien acepta un regalo entenderá que todos los demás bienes que no se le han regalado son ajenos: por tanto, si uno regala a otro algo importante, le está privando con ello de todo lo demás (*vid.* Plutarco, *Quaestiones Romanae* 7 y 8). En cambio, el motivo más importante mencionado en las fuentes jurídicas es que los cónyuges no deben depauperarse mutuamente por amor de uno a otro a través de donaciones desmedidas (*ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes...* Ulp. D. 24, 1, 1).—En el tiempo de las leyes matrimoniales de Augusto se añade que los cónyuges que viven en un matrimonio prohibido o siguen sin tener hijos no deberían poder evadir las limitaciones de adquisición hereditaria por medio de donaciones. Pero la regla de la nulidad se fundaba ya en el antiguo Derecho de los *mores maiorum* y quizá solo más tarde se basó en una desaprobación moral. Sobre las motivaciones, *vid.* Ulp. D. 24, 1, 1 a 3 pr.

La norma pretende impedir un enriquecimiento de una de las familias a costa de la otra y no se aplica solo a los cónyuges mismos, sino también a todas las personas de ambos grupos familiares. Los negocios a través de los que se hace la donación son *nulos*, el donante sigue siendo propietario de la cosa donada y puede reivindicarla o, si ha sido consumida etc., puede ejercitar una *condictio*. Los clásicos y la jurisprudencia posterior limitan el alcance de la norma por medio de *excepciones* y autorizan además un remedio para sanar la ineficacia del negocio. 5

Así, se admitieron donaciones para el mantenimiento o por un deber de conservar el decoro; además, aquellas que se hacen para el caso de muerte, divorcio o cualquier otra forma de disolución del matrimonio, de modo que solo se hacen efectivas tras la finalización del matrimonio. Si muere el donante antes que el beneficiario de la donación, puede confirmar la donación por medio de un fideicomiso. Una *oratio Severi* del 206 d. C. hace eficaz la donación no revocada aun sin fideicomiso con la muerte del donante (Ulp. D. 24, 1, 32 pr./2); esto se amplía más aún con posterioridad.—Una prohibición de donaciones entre cónyuges es desconocida en el Derecho alemán, el austriaco y el suizo, pero sigue existiendo en los Derechos románicos (*Cfr.* p. ej. arts. 1091, 1099 Cc fr.; 781 Cc it., pero este fue dejado sin efecto por el Tribunal Constitucional italiano en 1973; 1334 Cc esp. hasta su derogación por la Ley de 13.5.1981). **Lit.:** K. MISERA, *Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten*, Köln, 1974; EL MISMO, «Die Zeugnisse zum Grund des Schenkungsverbots unter Ehegatten», en

Fs. Kaser [3.22], 407; EL MISMO, «Die Drittwirkung des Schenkungsverbots unter Ehegatten», *SZ* 93 (1976) 33; A. MANZO, «Sull'origine del divieto di donazioni tra coniugi», *Labeo* 37 (1991) 342; H. SCHLEI, *Schenkungen unter Ehegatten*, Göttingen, 1993 (rec. CHR. KRAMPE, TR 64 [1996] 260), *vid.* también KASER [9.7], 114; G. D. GADE, *Donationes inter virum et uxorem*, Berlin, 2001 (con F. STURM, *SZ* 122 [2005] 291); CHIUSI [47.1].

- 6 b) Según la **presunción Muciana** (**praesumptio Muciana*, por *Q. Mucius Scaevola*, *Cfr. Pomp. D.* 24, 1, 51) se presume, salvo prueba en contrario, que, en caso de que se discuta de dónde ha adquirido algo la mujer, lo ha adquirido del marido. Esta regla probatoria obviamente se estableció para los legados, en los que el marido dejaba a la *uxor in manu* todo lo que ella hubiera recibido de él a lo largo del matrimonio (sobre la presunción de derecho, *vid. infra* [84.5]).—§§ 1362 BGB (está derogado el 1237 II ABGB; divergente 200 ZGB; art. 1324 Cc esp.). **Lit.:** M. KASER, «*Praesumptio Muciana*», en *St. De Francisci* [6.3], vol. 1, 215 = *Schr.*, vol. 1, 311; M. G. SCACCHETTI, *La presunzione muciana*, Milano, 2002; F. LAMBERTI, «Suggerzioni in tema di '*praesumptio Muciana*'», *RivDR V* (2005).

II. DOTE (DOS)

Lit.: A. BECHMANN, *Das römische Dotalrecht*, vol. 1, Erlangen, 1863; vol. 2, Erlangen, 1867; K. CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht*, Gießen, 1870; M. LAURIA, *Matrimonio – Dote in diritto romano*, Napoli, 1952; A. SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae*, Köln-Wien, 1969; K. L. STREICHER, *Periculum dotis*, München, 1973; A. WACKE, «Zur Funktion und Gefahrtragung bei der römischen Mitgift», TR 43 (1975) 241; M. MAGAGNA, *I patti dotali nel pensiero dei giuristi classici: per l'autonomia privata nei rapporti patrimoniali fra i coniugi*, Padova, 2002; STAGL [59.9].

- 7 1. La celebración del matrimonio no tenía, como hemos visto, ningún efecto jurídico inmediato sobre las relaciones patrimoniales de los cónyuges; tampoco lo tenía la *conventio in manum* cuando la mujer no era *sui iuris* (*vid. supra* [59.3]). Haciendo abstracción de este último caso (que en principio no debía de ser muy común, *cfr. supra* [58.37-38]), el uso imponía, ya desde antiguo, que el *paterfamilias* de la mujer le diera al marido, en el momento de contraer matrimonio, un activo patrimonial como **dos** (dote). Esta *dos* corresponde al marido; este adquiere los bienes dotales en plena propiedad. Con ello debe mejorarse al mismo tiempo a situación de la mujer, puesto que el marido está moralmente obligado en todo matrimonio –también en el matrimonio *sine manu*– a garantizar el mantenimiento de su esposa y hacerla partícipe de su modo de vida.—El *SC de Cn. Pisone patre* del año 20 d. C., descubierto en los

años 80 del s. XX, da un motivo para la asunción de que, en su época, en el «estrato social superior» se viera como adecuada una dote de una cuantía de un millón de sestericios (*cf.* también Tac., *ann.* 2, 86, 2), un importe que, a su vez, era el patrimonio mínimo que debía tener un senador.

Junto a este fin originario de la *dos*, el servir al marido como una aportación 8 para sufragar las «cargas matrimoniales» (*onera matrimonii*: Paul. D. 23, 3, 56, 1), apareció desde finales de la República una segunda función: la dote debe asegurar el sostenimiento de la mujer tras la finalización del matrimonio y, al mismo tiempo, salvaguardar sus oportunidades de un nuevo matrimonio acorde con su nivel social. En aras de estos fines limitaron las leyes y la jurisprudencia el libre dominio del marido sobre el patrimonio dotal; no obstante, los juristas se mantuvieron firmes en la idea de que la dote pertenece al marido. En cambio, Justiniano, que se interesaba sobre todo por esta finalidad de sostenimiento de la mujer, debilita el derecho del marido (bajo influencia helenística) hasta hacerlo una propiedad cuyo contenido apenas rebasa el de un usufructo (C. 5, 12, 30).—A partir de esta circunstancia, a saber, que el marido ha de restituir la dote en caso de divorcio, se sigue como otro fin de la *dos* la contribución a la estabilidad del matrimonio: en caso de una dote de gran cuantía, el marido deberá pensarse si llegar hasta el divorcio (en principio siempre posible, *vid.* [58.46]).

En la realidad jurídica romana la dote desempeñó un papel relevante. Pomponio, en D. 24, 3, 1, lo resalta: «La relación jurídica de la dote es siempre y en todo lugar de extraordinaria importancia. Pues existe también un interés público en que se asegure la dote a las mujeres, ya que es necesario para el nacimiento de descendencia y para la conservación de la comunidad a través de los hijos que las mujeres puedan disponer de una dote». A causa de la importancia de la dote, los juristas observaron en su interpretación el principio de favorecer, en la mayor medida posible, la constitución, la garantía y la conservación de la dote (*favor dotis*, *vid.* [8.13]). Por eso, como también subraya Justiniano (C. 4, 29, 25, 1), se dieron numerosas excepciones a los principios generales en el caso de la dote, v. gr. Paul. D. 23, 3, 55 (continuidad de la garantía por fiadores en caso de novación de la promesa de dote, *cf.* [54.5]), Paul. D. 12, 4, 9, 1 (a la acción de la estipulación novatoria [*delegatio*] no puede oponerse ninguna excepción derivada de la relación entre delegado y delegante, *cf.* [54.13-14]), *vid.* además [35.6], etc.

Lit.: WACKE [10.10], 651, 665; J. F. STAGL, *Favor dotis: Die Privilegierung der Mitgift im System des klassischen römischen Rechts*, Wien, 2009 (profundizando sobre el régimen especial derivado del *favor dotis*, al respecto M. PENNITZ, SZ 129 [2012]

851); EL MISMO, «La *Lis de dotibus socrus et nurus* e il potere del *favor dotis* (Quint. *decl.* 360)», Index 40 (2012) 326.

- 10 2. a) **Constituyente** de la dote es sobre todo el *paterfamilias* de la mujer; si esta está libre de potestad, entonces ella *misma*. Sin embargo, también un *tercero* cualquiera puede constituir una dote para ella.

Dos profecticia se denomina a la dote constituida por el *paterfamilias* de la mujer (más tarde también el padre, aunque este no tuviera la patria potestad); *dos adventicia* la constituida por otra parte, y *dos recepticia* aquella dote cuya restitución se hubiera reservado el constituyente (*vid. infra* [59.21]). *Cfr.* UE 6, 3-5; Ulp. D. 23, 3, 5 pr. ss.

- 11 b) Un **deber** de concesión de una dote existía en época clásica para el titular de la potestad sobre la mujer; para sí misma y para sus parientes solo como una fuerte obligación de *moral social*. Un deber jurídico para el *paterfamilias*, y en general para el padre de la mujer (excepcionalmente también para la madre) lo estableció únicamente Justiniano (C. 5, 11, 7).

- 12 3. a) **Objeto** de la *dos* puede ser todo lo que tiene un valor patrimonial: cosas corporales, derechos reales limitados, créditos, condonación de deudas, etc.

- 13 b) Según el objeto se sigue también el modo de constitución. Se distinguen tres modos: *Dos aut datur aut dicitur aut promittitur* («la dote, o se da o se dice o se promete»: UE 6, 1.) aa) ***Dotis datio*** es el negocio al contado, p. ej. la transmisión de los bienes dotales por *mancipatio*, *in iure cessio*, *traditio*.—bb) La promesa dotal puede hacerse por estipulación (***dotis promissio***), y además en el testamento por legado *per damnationem*; también entre vivos a través de un negocio especial (en vez de la estipulación), la ***dotis dictio***.

La *dotis dictio*, que en Gai. 3, 95a se incluye entre los contratos verbales, es una declaración acordada contractualmente, pero expresada unilateralmente y de forma oral, del tipo: ‘*doti filiae meae tibi erunt centum*’ («como dote para mi hija tendrás cien»). A menudo acompañaba a los esponsales y estaba a disposición solo para el *paterfamilias* de la mujer, para ella misma y para su deudor delegado por ella. Para su cumplimiento existía presumiblemente una acción especial.

- 14 Los padres que constituían la dote simplemente por una promesa (o una simple promesa de dote) pactaban con el marido muy a menudo un aplazamiento y asumían en contraprestación el sustento de la mujer, *cfr.* Scaev. 15, 3, 20 y 21; Tryph. D. 23, 4, 30. La mujer tenía entonces una dote, pero, sin embargo, solo debía pagársela al marido en caso de disolución del matrimonio y solo en tanto que él no tuviera que entregársela a su vez (*cfr. infra* [59.20-21]). Si había prometido la dote la mujer misma, no ne-

cesitaba ningún acuerdo de aplazamiento, porque el marido no podía reclamar judicialmente contra ella el cumplimiento de la promesa (Iav. D. 24, 3, 66, 4).

c) aa) En la época **postclásica** se produce el fenómeno en el *Derecho vulgar* de que el negocio al contado (como p. ej. la compraventa o la donación) se funde la constitución de la dote (que debe hacerse por escrito) con la transmisión de la propiedad (vid. *supra* [24.24]). Justiniano, en cambio, considera nuevamente la constitución de la dote como simple causa para la transmisión de la propiedad, que solo se verifica a través de la *traditio*; y excluye cualquier exigencia formal para la constitución de la dote. 15

bb) Para la promesa de dote, se generaliza el otorgamiento de documentos (*instrumenta dotalia*) en el lugar de la *stipulatio* o de la *dotis dictio*. Justiniano elimina la *dotis dictio* de las fuentes. Junto a la forma escrita deja solo la forma oral para la promesa de dote (C. 5, 11, 6 itp.; **pactum legitimum*, vid. *supra* [38.16]). La pretensión para la constitución de la dote se asegura a través de una *hipoteca general* sobre el patrimonio del constituyente (C. 5, 13, 1, 1b). 16

4. La *dos* presupone la existencia de un matrimonio válido según el *ius civile*. 17

Antes del matrimonio se da la *dos* eventualmente bajo la condición de una futura celebración del matrimonio, de modo que solo con su cumplimiento se hace el marido propietario de objetos dotales; o bien se da sin condición, en cuyo caso se hace propietario inmediatamente, pero al constituyente se le concede una *condictio (ob rem dati)*, vid. *supra* [48.16]) en caso de que el matrimonio no tenga lugar. Cfr. Ulp., Call. D. 23, 3, 7, 3 a 9 pr.—Si la dote se constituye de forma incondicionada y además mediante una promesa estipulatoria de forma abstracta (cfr. [54.2]), entonces puede reclamarse solo tras la celebración del matrimonio. Este resultado lo alcanzaron los juristas a través de una interpretación extensiva según la cual la promesa de dote contiene la condición tácita del tipo «en caso de que se celebre el matrimonio» (vid. *supra* [10.8]).

5. Durante el matrimonio el marido es propietario de la *dos* (no simple fiduciario); pero tiene que prevenir que, una vez que finalice el matrimonio, responda de su restitución (vid. *infra* inmediatamente). Además, la **lex Iulia** de Augusto le prohíbe la enajenación de los *fundos dotales* (itálicos) sin consentimiento de la mujer (Gai. 2, 63; D. 23, 5). La prohibición se extiende quizá ya en la época clásica a todos los fundos, y Justiniano incluye también la *prenda* además de la enajenación (C. 5, 13, 1, 15b; Inst. 2, 8 pr.). Los negocios contrarios a la prohibición son nulos. 18

6. a) Desde que en la República emergió la función de la *dos* de sostener a la mujer tras la finalización del matrimonio, ella recibió una pretensión recu- 19

peratoria contra el que fue su marido (o sus herederos) con la acción para la restitución de la dote (*actio rei uxoriae*). La acción se dirige a obtener *quod eius melius aequius est* (vid. al respecto *supra* [34.17]) y otorga al juez un amplio margen de apreciación para determinar la cuantía de la prestación, pero ya en la época clásica también para el enjuiciar el fundamento de la acción.

A la *dos* se le llama *res uxoria* («bienes de la esposa»), aun cuando el marido es normalmente el propietario de la misma, ya que se constituye en interés de la mujer, y solo a la finalización del matrimonio es cuando se le restituirá a la mujer. La *actio rei uxoriae* (de discutido origen) era al principio una acción pretoria; sin embargo, en la época clásica se concibió su fórmula *in ius (civile)*. Gayo (4, 62) y los clásicos posteriores la incluyen entre los *bonae fidei iudicia*. Cfr. Inst. 4, 6, 29. **Lit.:** M. KASER, «Die Rechtsgrundlage der *actio rei uxoriae*», RIDA 2 (1949) 511 = *Schr.*, vol. 1, 343 con añadidos.; EL MISMO, SZ 83 (1966) 33; SÖLLNER (*ante* [59.7]), 135; J. PARICIO, «Sobre la fórmula de la *actio rei uxoriae*», en *Fs. Wacke* [48.16], 365; M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote I. La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino, 2006.—Sobre la condena limitada a aquello que está en condiciones de pagar el deudor condenado por la promesa de dote o la obligación de restituirla, vid. WACKE [32.22], 457, 469.

Muy a menudo y en el estrato social más alto se llegaba normalmente a acuerdos sobre la dote (*pacta dotalia*), sobre todo para el caso de la disolución del matrimonio. Varios de esos *pacta* se comentan en los correspondientes títulos de D. 23, 4 y C. 5, 14. Los pactos se interpretaban generalmente a favor de la mujer, y por eso se veían en principio como ineficaces si daban como resultado que la dote no fuera restituida (Paul. D. 23, 4, 12, 1). Esto se explica sencillamente por el interés en el sostenimiento y el nuevo matrimonio de la mujer (vid. [59.8]).

Es muy relevante por ello que se reconozca un pacto según el cual (en perjuicio de esos intereses) la dote deba quedar en poder del marido, si la culpa del divorcio no era del marido y al menos hubiera nacido un hijo del matrimonio (Ulp. D. 33, 4, 1, 1). La aprobación de tal *pactum* se basa solamente en la «presión estabilizante del matrimonio» que debía ejercerse sobre la mujer: de la circunstancia de que al menos hubiera nacido un hijo del matrimonio se desprendía que este matrimonio era apto para el cumplimiento del «cometido de política poblacional» de las leyes matrimoniales de Augusto. Ha de añadirse que el caso principal de un divorcio no causado por culpa del marido sería el de un adulterio (*adulterium*) de la mujer. Este, según la *lex Iulia de adulteriis* (17 a. C.), arrastraba consigo un deber para el marido de divorciarse y presentar una demanda; la mujer culpable era castigada con la pérdida de la mitad de su dote, de un tercio del resto de su patrimonio y el destierro a una isla (2, 26, 14); además sufría la prohibición de contraer un nuevo matrimonio. A la vista de estas sanciones, ya no existía interés por facilitar un nuevo matrimonio a la mujer, lo que hubiera justificado garantizarle la dote; por lo demás, el fin de las sanciones era afectar a la

mujer en la dote y en su patrimonio, con lo que también desaparecía el fundamento de un aseguramiento del interés por su conservación. Pero si tales sanciones tan determinantes para el caso principal de un divorcio por culpa de la mujer existían ya por ministerio de la ley, la prometida y su padre no habrían mostrado ninguna oposición a un pacto como el mencionado.

Lit.: MAGAGNA (*ante* [59.7]); R. KNÜTEL, «Zum *pactum de lucranda dote* im klassischen römischen Recht», en P.-I. Carvajal – M. Miglietta, ed., *Estudios jurídicos en homenaje al prof. A. Guzmán Brito*, vol. 3, Alessandria, 2014, 51; EL MISMO, «*Uxores constrictae*», *Fundamina* 20-1 (2014) 467.

b) La acción para la devolución de la dote le compete a la mujer, si el matrimonio se ha disuelto por *divorcio* o por *muerte del marido*. 20

En caso de divorcio tiene el marido derecho a hacer ciertas *retenciones*: aa) *rententio propter liberos*: por cada hijo nacido del matrimonio, un sexto, hasta un máximo de la mitad de la *dos*; bb) la *rententio propter mores*: si el divorcio viene causado por el adulterio de la mujer (*mores graviores*), puede el marido deducir un sexto más, y en caso de conductas menos graves contra las buenas costumbres, un octavo. Estas *retenciones* tal vez fueron reguladas con más precisión en la *lex Iulia de adulteriis*. *Cfr.* UE 6, 9-13.

c) Tras la *muerte de la mujer*, la *dos* permanece normalmente en manos del marido; sin embargo, hay excepciones. 21

Tras la muerte de la mujer, el constituyente tiene derecho a la restitución de la *dos* si se lo ha reservado (*vid. supra* [59.10]). El constituyente de una *dos profecticia* (*ibid.*) tiene la *actio rei uxoriae* si sobrevive a la mujer; sin embargo, el marido puede retener un quinto por cada uno de los hijos nacidos del matrimonio (UE 6, 4; por tanto, en caso de cinco o más hijos, la totalidad).

d) Para la *restitución* de la *dos* valen determinadas reglas generales que los juristas dedujeron de la interpretación de las fórmulas de la práctica. 22

Los objetos dotales no fungibles han de restituirse inmediatamente tras la finalización del matrimonio y los fungibles en tres plazos anuales (*annua bima trima die*, UE 6.8), seguramente en conexión con las cosechas anuales. En caso de divorcio por infidelidad del marido, los plazos decaen o se recortan. Los frutos de la *dos* permanecen en propiedad del marido. Ciertos derechos de retención, las denominadas *retenciones* (además de las ya citadas), pueden hacerse valer en todos los casos de ejercicio de la *actio rei uxoriae* (UE 6, 9) y claramente sin *exceptio*: aa) *propter res donatas*, *i. e.* en la cuantía del valor en el cual la mujer se haya enriquecido por donaciones nulas del marido (*cfr.* sobre la prohibición de donaciones entre cónyuges, *vid. supra* [59.4-5]); bb) *propter res amotas*, *i. e.* en la cuantía del valor de las cosas que la mujer haya sustraído al marido *divortii causa* para el aseguramiento de su pretensión por la dote (*cfr. supra* [51.8] sobre la *actio rerum amotarum*); cc) *propter impensas*: los gastos del

marido para la dote justifican una deducción, si eran necesarios para la conservación de los bienes dotales (*impensae necessariae*) o bien han incrementado su valor (*impensae utiles*); los demás (*impensae voluptuariae*) no son reembolsados. Cfr. UE 6, 14-17. La regla *impensae necessariae dotem ipso iure minuunt, i. e.* que los gastos necesarios (o útiles) reducen la dote inmediatamente por disposición del derecho (Ulp. D. 25, 1, 5 pr. ss.), expresa la idea de que, para hacer valer la *retentio*, no se necesita una *exceptio*.

- 23 e) El marido responde por el daño o la pérdida de los bienes dotales por *dolus* y *culpa*; si esto se entendió ya así en la época clásica, en el sentido del cuidado usual que se ha de tener para los objetos en cuestión (*vid.* [36.10 y 21]; Paul. D. 23, 3, 17 pr.), es dudoso. En cambio, si el marido ha aceptado la dote con arreglo a un valor de estimación, con la posibilidad de entregar ese importe en dinero en vez de los propios objetos dotales (*res aestimata in dotem data*), entonces el marido asume el riesgo sobre esas cosas y, por tanto, responde también por su destrucción casual.—Con respecto a la usucapión de las cosas y la responsabilidad por evicción, el vínculo se enjuicia con arreglo al Derecho de la compraventa. Cfr. Ulp., Pomp. D. 23, 3, 14-16.
- 24 7. En época **postclásica** se fortalece en el tratamiento de la pretensión restitutoria la finalidad de la *dos* de servir como base de subsistencia de la *mujer* tras concluir el matrimonio; junto a esto también va destacando paulatinamente el punto de vista de que la *dos* ha de reservarse para los *hijos*.
- 25 a) Justiniano, en parte siguiendo modelos más antiguos, establece para el destino de la *dos* lo siguiente: en caso de *muerte del marido* y en caso de un *divorcio* no causado por culpa de la mujer, la dote recae en su favor. En caso de *muerte de la mujer* (libre de potestad), la *dos* se hace propiedad de los hijos y el marido conserva solo un «poder de aprovechamiento» (*ususfructus*), que en el Derecho vulgar postclásico está absorbido en un concepto más amplio de propiedad (*vid. supra* [22.11]), pero Justiniano lo entiende como un usufructo cualificado (*vid. supra* [29.18]). El marido retiene la dote solo si la mujer es culpable del divorcio (CTh. 3, 16, 1 y 2) o se separa de él sin justificación; además, si se ha pactado así.
- 26 b) La *actio rei uxoriae* la sustituye Justiniano por una figura híbrida, una *actio ex stipulatu*, pero que no se basa en una realización real de una estipulación, sino en una simple suposición. La *actio* —en contra de las restantes aplicaciones de la acción por la estipulación— no es de Derecho estricto, sino que es tratada como *bonae fidei iudicium* (C. 5, 13, 1 pr.-2; Inst. 4, 6, 29). En el Digesto se denomina *actio dotis* (o *de dote*). Con ella concurre la *actio in rem* (*rei vindicatio*), porque ahora tiene la mujer, ya durante la existencia del matrimonio, un

derecho de propiedad «natural» sobre la dote y el marido pierde su propiedad temporalmente limitada con la disolución del matrimonio (C. 5, 12, 30, 1).

Los principios para la restitución de la *dos* se modifican en interés de la mujer. Los plazos se alteran: los fundos deben entregarse inmediatamente; los otros objetos (también los no fungibles) dentro del plazo de un año; desde ese momento le corresponden los frutos a la mujer. Si el marido no tiene capacidad de pago, se le puede reclamar la restitución de la *dos* a él (o a un tercero que posea los bienes dotales) ya durante el matrimonio. Los derechos de retención del marido se eliminan. De las *impensae*, solo reducen la dote las *necessariae*; por las *utiles* se remite al marido a las pretensiones que se derivan del mandato o de la *negotiorum gestio*, y por las *voluptuariae* al *ius tollendi* (vid. *supra* [27.21]). Cfr. C. 5, 13, 1, §§ 5-5f; 7-7b. **Lit.:** F. GORIA, «*Bona fides ed actio ex stipulatu* per la restituzione della dote», en *Atti Burdese*, vol. II, 241.

Para el aseguramiento de sus pretensiones sobre la *dos*, la mujer recibe (junto a la prohibición de enajenar y de pignorar, vid. *supra* [59.18]), por influencia helenística, una *hipoteca general privilegiada* sobre el patrimonio del marido (con rango superior a todos los demás derechos de garantía real): C. 5, 12, 30 pr.-1; C. 8, 17, 12, 4.

III. DONACIÓN NUPCIAL (*DONATIO ANTE, PROPTER NUPTIAS*)

Lit.: L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig, 1891, 256.

1. La llamada «donación nupcial» es una atribución patrimonial gratuita del marido a la mujer, cuya existencia jurídica está ligada a la realización y ulterior destino del matrimonio. Como un tipo especial de donación es aún desconocida en el Derecho clásico y solo penetra en el Derecho romano durante el periodo *postclásico* a partir de los Derechos populares orientales, en los cuales aparece de muy variadas formas. Con Justiniano se presenta como un modo de contravalor respecto a la dote, mientras que en el Derecho tardío de *Occidente* se funde con la *dos* en una unidad.

La «donación nupcial», en el Derecho prejustiniano, a causa de la prohibición de las donaciones entre cónyuges (vid. *supra* [59.4-5]), debe verificarse (o, al menos, prometerse) **antes** de la celebración del matrimonio y, por ello, se denomina *donatio ante nuptias* (o también '*largitas sponsalitia*' = «liberalidad por los esponsales»). A finales del s. IV se refuerza el negocio como un tipo especial de donación del marido a la mujer, que gana peso sobre todo *una vez finalizado* matrimonio, ya que está orientada, como la *dos*, a sostener a la mujer, pero también ha de realizarse a favor de los hijos.

En caso de muerte del marido y de divorcio (no culpable), permanece la donación nupcial en poder de la mujer; sin embargo, si existen hijos, se conserva solo como un «poder de aprovechamiento», que se califica como *ususfructus*; la «propiedad» recae en los hijos. Si muere la mujer, vale la misma regla a favor del marido y de los hijos. **Lit.:** P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, Milano, 2000.

- 31 **2.** Justiniano autoriza también la donación nupcial **tras** la celebración del matrimonio y se independiza, como *donatio propter nuptias*, frente a las restantes donaciones, para las que sigue siendo válida la regla de la prohibición de donaciones entre cónyuges. Para contribuir al sostenimiento de la mujer tras la finalización del matrimonio, se configura la donación nupcial como una suerte de «contradote» y está sometida a las mismas reglas que la dote. *Cfr.* C. 5, 3, 20; Inst. 2, 7, 3.

Como el padre de la mujer está jurídicamente *obligado* a aportar una dote, así también el del marido lo está a constituir una donación nupcial. Para la *constitución*, Justiniano renuncia, al igual que para la *dos*, a todo requisito formal, incluida la forma prescrita para las demás donaciones, esto es, la *insinuatio*. Para el destino de la donación nupcial tras la *disolución* del matrimonio, se mantiene en lo esencial la regulación anterior. Las garantías con las que se provee a la pretensión de la mujer sobre la *dos* se aplican también a la donación nupcial (administrada generalmente por el marido), especialmente la prohibición de *enajenar* o *pignorar* los fundos, así como la *hipoteca general* sobre el patrimonio del marido (pero, en cambio, sin privilegios).

- 32 **IV. Parapherna** (-orum: «bienes fuera de la dote») se llama, siguiendo precedentes clásicos (Ulp. D. 23, 3, 9, 3) que siguen a su vez modelos helenísticos, a un conjunto de bienes de la mujer que normalmente consiste en objetos de adorno personal (vestidos, joyas). Permanecen en propiedad de la mujer, pero son administrados por el marido y han de serle restituidos a ella tras concluir el matrimonio: vid. Iust. C. 5, 14, 11. Aisladamente se denomina *parapherna* también a todos los bienes de la mujer distintos de la dote, p. ej. su *peculium* (vid. *supra* [59.2]). **Lit.:** E. GERNER, *Beiträge zum Recht der Parapherna*, München, 1954; H. J. WOLFF, «Zur Geschichte der Parapherna», SZ 72 (1955) 335; J. MODRZEJEWSKI, «Zum hellenistischen Ehegüterrecht im griechischen und römischen Ägypten», SZ 87 (1970) 50; J. PLATSCHEK, «Das Nebengut der Ehefrau in D. 23, 3, 9, 3», QuLup. 5 (2015) 125.

B. PATRIA POTESTAD Y PARENTESCO**§ 60. La patria potestad (*patria potestas*)**

(RPr. §§ 14, 15, 27, 82, 83, 226-229)

I. NATURALEZA Y CONTENIDO

Lit.: A. M. RABELLO, *Effetti personali della patria potestas*, vol. I (*Dalle origini al periodo degli Antonini*), Milano, 1979; P. VOCI, «Storia della *patria potestas* da Augusto a Diocleziano», Iura 31 (1980) 37; EL MISMO, «La *patria potestas* da Costantino a Giustiniano», SD 51 (1981) 1, ambos en VOCI, *Studi di diritto romano*, vol. 2, Padova, 1985, 397, 465; W. K. LACY, «*Patria potestas*», en Rawson (*ante* [58.1], 1986), 121; C. F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, *Origen de los poderes del «paterfamilias». El «paterfamilias» y la «patria potestas»*, Madrid, 2009 (prepublicación en REHJ 28 [2006] 37; 29 [2007] 51); M. V. SANNA, «*Spes nascendi – spes patris*», APal. 55 (2012) 519.

1. Entre los derechos de señorío en los que se despliega en el seno del grupo familiar romano, cerrado y organizado monocráticamente, el *poder total* del *paterfamilias* (vid. *supra* [12.4]), el más importante y el más característico para el orden romano es la ***patria potestas***. Esta somete a los hijos y las hijas de familia (*filii, filiae familias*) desde su nacimiento a un señorío de su titular de la potestad, es decir, de su padre o abuelo, etc., en tanto que su padre no lo emancipe tras su procreación. Si aún vive su abuelo y es mancipado por su padre tras la procreación, caen bajo la potestad doméstica de su abuelo desde su nacimiento (Cfr. [13.8]). La patria potestad era un poder prácticamente *ilimitado* en época arcaica; se moderaba principalmente este señorío total por restricciones ajenas al Derecho privado, el *Derecho sacro* y la *costumbre*, y solo desde la época del Principado también por reglas jurídico-privadas y penales. Si el poder no se acaba por procedimientos especiales (vid. [60.36]), los hijos permanecen sometidos a él sin distinción de *edades* hasta la muerte del titular de la potestad; el poder paterno sigue existiendo, pues, a diferencia de lo que sucede en los Derechos germánico y griego, sobre el hijo de familia *adulto* incluso tras alcanzar su mayoría de edad.

2. La *patria potestas* concede al *paterfamilias*, al igual que la *manus* sobre la esposa integrada en su familia, un poder pleno que, en la Roma arcaica, como se ha dicho, estaba sujeto a limitaciones por parte del *Derecho sacro* y

de la *costumbre social*, nutrida de los valores romanos, vigilada por el *censor* (cfr. [4.4]).

Algunas normas sacras aisladas de la época más temprana, transmitidas hasta nosotros como supuestas *leges regiae*, castigaban los abusos graves del poder doméstico con penas sacrales; en la mayor parte de las veces, el culpable era declarado *sacer*, es decir, quedaba expuesto a la venganza de determinadas divinidades, lo que en la práctica conducía a ponerlo fuera de la ley (sin paz posible), de modo que cualquiera, para desagraviar a la divinidad ofendida, podía y debía matarlo.—El *regimen morum*, i. e. la vigilancia de las costumbres, que el censor ejercitaba mediante el examen de la ciudadanía realizado cada cinco años, le daba poder para gravar a los *paterfamilias* que hubieran abusado de su potestad doméstica (en todas sus manifestaciones) con perjuicios políticos y económicos (vid. [3.3]). El censor no estaba vinculado a supuestos de hecho fijos, pero se cita como ejemplos de intervención del censor el abuso del poder de vida y muerte y el excesivo rigor o lenidad respecto a los hijos de familia. Antes de adoptar rigurosas medidas disciplinarias sobre la *uxor in manu* o los hijos de familia, el *paterfamilias* debía convocar un *tribunal doméstico* (**iudicium domesticum*), al que pide un enjuiciamiento de parientes y amigos respecto a la culpabilidad.—En el último siglo a. C. desaparece el control censorio de las costumbres. En el Principado se asumen parcialmente las limitaciones de la potestad paterna como normas prohibitorias de origen imperial. Cfr. Ulp. D. 48, 8, 2; Marci. D. 48, 9, 5. **Lit.:** W. KUNKEL, «Das Konsilium im Hausgericht», SZ 83 (1966) 219 = *Kleine Schriften: Zum römischen Strafverfahren und zur römischen Verfassungsgeschichte*, Weimar, 1974, 117; R. FIORI, *Homo Sacer: dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1996, 190; N. Donadio, «*Iudicium domesticum*, riprovazione sociale e persecuzione pubblica di atti commessi da sottoposti alla *patria potestas*», Index 40 (2012) 175; L. GAROFALO, «*Homo liber e homo sacer: due archetipi dell'appartenenza*», en *St. Metro*, vol. III, 17.

3 3. Como poderes concretos que se incluyen en la *patria potestas* se incluyen:

a) El derecho de **vida y muerte** (*ius vitae necisque*), que designa el aspecto más extremo del poder disciplinario del *paterfamilias* (cfr. [60.25]). No obstante, su ejercicio sin el juicio de culpabilidad emitido por el tribunal doméstico estaba prohibido ya en una disposición de las Doce Tablas. Bajo Constantino este derecho de vida y muerte ya no se considera existente (CTh. 4, 8, 6 pr., cfr. C. 8, 46, 10) y la muerte del hijo se castiga con la pena de muerte como un caso de homicidio agravado (CTh. 9, 15, 1).

4 No entra en el ámbito de las prohibiciones la *exposición de los recién nacidos*. La exposición de los nacidos con malformaciones estaba prescrita en la ley de las Doce Tablas (4, 1). En la época postclásica se sigue tolerando la exposición. Pero quien recoge al niño expuesto obtiene la patria potestad o la propiedad, dependiendo de cómo

trate al recogido, si como hijo o como esclavo; el poder del padre que lo expuso se extingue (CTh. 5, 9, 1 s.). Justiniano da siempre al hijo expuesto la consideración de libre de nacimiento (C. 1, 4, 24). **Lit.:** G. PUGLIESE, «Note sull'*expositio* in diritto romano», en *St. C. Sanfilippo*, vol. VI, Milano, 1982, 629; W. V. HARRIS, «Child-Exposure in the Roman Empire», *JRS* 84 (1994) 1; C. Lorenzi, «L'esposizione dei figli nel tardo impero», *AARC* 17 II, 2010, 1143.

b) El padre puede enajenar al hijo. Con la *mancipatio* el hijo pasa a una situación análoga a la del esclavo en manos del adquirente, que se designa como *in mancipio esse* (poder del *mancipium*). Sigue siendo personalmente libre, pero solo puede ser liberado del poder del adquirente a través de una *manumissio* (vid. *supra* [16.17]), con la que retorna al poder doméstico de su *paterfamilias*. Cfr. 1, 138-141. 5

Las Doce Tablas (4, 2) establecen: *si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto* («si el padre ha vendido al hijo tres veces, el hijo debe quedar libre de su padre»).—Su poder se extingue con ello definitivamente, y tampoco revive si el hijo es manumitido. 6

La norma fue en principio adoptada como una medida penal contra un padre demasiado riguroso, pero posiblemente ya pronto fue reinterpretado a los fines de crear un negocio de liberación de la *patria potestas*. La praxis posterior aplicó la norma exclusivamente para el caso de la *adoptio*, la *emancipatio* y la *noxae deditio*.

c) Una **venta** efectiva de los hijos *recién nacidos* aparece en el estado de necesidad económica del s. IV y es tolerado por Constantino a fin de preservar a los hijos de la exposición. Pero el padre tiene el derecho de rescatar al hijo mediante un pago en dinero o la entrega de un esclavo: Const., vat. 33 y 34; CTh. 5, 10, 1. 7

Tras una legislación oscilante, influida por prohibiciones canónicas de la venta de los hijos, Justiniano autoriza la venta solo a causa de pobreza acuciante y da el derecho a cualquiera de reivindicar al hijo para liberarlo a cambio de una suma liberatoria o la entrega de un esclavo sustitutorio. Cfr. C. 4, 43, 2 (itp. a partir de CTh. 5, 10, 1); vid. más detalles *supra* [15.18]. **Lit.:** TH. MAYER-MALY, «Das Notverkaufsrecht des Hausvaters», *SZ* 75 (1958) 116; SIMON [47.4], 35; M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, «Vendita ed esposizione degli infanti da Costantino a Giustiniano», *SD* 49 (1983) 179; D. NARDI, «Ancora sul *ius vendendi* del *paterfamilias* nella legislazione di Costantino», *Sodalitas*, vol. 5, 1984, 2287; C. LORENZI, *Si quis a sanguine infantem... comparaverit: Sul commercio di figli nel tardo impero*, Perugia, 2003.

4. Para la defensa de la *patria potestas* existe en el Derecho antiguo una *vindicatio*, con la que el *paterfamilias* (al igual que para cosas con la *rei vindicatio*) puede proceder frente a cualquiera que retenga al hijo frente a él. En el Derecho clásico entra en su lugar un procedimiento declarativo previo (*praeiudicium*) de carácter pretorio para precisar si el afectado es un hijo de familia 8

del reclamante o no; junto a esto existen interdictos (Ulp. D. 453, 30, 1 pr.; 3 pr.).—Cfr. § 1632 BGB.

- 9 El interdicto exhibitorio *de liberis exhibendis* está dirigido a una presentación ante el tribunal con el fin de identificar al hijo; el interdicto prohibitorio *de liberis ducendis* se emplea para obligar a soportar la conducción del hijo a la casa familiar. Como ya en el Derecho antiguo, es posible además la aprehensión y conducción consigo del sometido a potestad a través de un procedimiento formal de aprehensión física (*manus iniectio*), a la que solo podía oponerse una *vindicatio*.

II. POSICIÓN JURÍDICA DE LOS HIJOS DE FAMILIA

- 10 1. Aunque los hijos de familia, a causa de su sometimiento a la *patria potestas*, están sujetos a importantes limitaciones, son en principio *libres* desde el punto de vista jurídico-personal y pueden vivir en un matrimonio válido y tener hijos legítimos.

El Derecho *sacro* y el Derecho *penal* tratan a los hijos como personas libres y plenamente responsables. En el Derecho público, los hijos de familia (a diferencia de las hijas de familia) tienen plena legitimación política: así, p. ej., adquirieron ya muy tempranamente la capacidad de acceder a las magistraturas y el derecho de sufragio tanto activo como pasivo, *cfr.* Pomp. D. 1, 6, 9.

- 11 2. En el antiguo procedimiento civil de las *legis actiones* los hijos de familia no podían ser parte. En el procedimiento formulario se admitió a los *hijos de familia* en numerosos casos, pero no a las hijas de familia (y la *uxor in manu*). De la exclusión de las *legis actiones* se deriva el hecho de que a los hijos de familia les estaba negada la *in iure cessio*: Gai. 2, 96; Paul. vat. 51.

- 12 3. a) Los hijos de familia son desde antiguo **incapaces patrimonialmente**. Solo puede ser titular de derechos patrimoniales quien es *sui iuris*.

Todo el patrimonio del grupo familiar pertenece al *paterfamilias*. Sin embargo, las fuentes de la época clásica consideran a los hijos de familia ya durante la vida del *paterfamilias* como *quodammodo domini* (*i. e.* en cierto modo «dueños de la casa»), cuya legitimación está por el momento latente, pero, a la muerte del titular de la potestad, en la medida en que son sus *sui heredes*, se expande (Gai. 2, 157; Paul. D. 28, 2, 11). Con ello se intenta explicar que los *sui heredes*, a la muerte del *paterfamilias*, entren inmediatamente en la titularidad de los derechos patrimoniales, sin que sea necesario un acto de aprehensión por su parte (*vid. infra* [11.4]).

- 13 b) A la incapacidad patrimonial de los hijos de familia le corresponde que todo lo que adquieran por negocios formales o informales, o a través de pro-

cedimientos fácticos, recaiga necesariamente en poder del *paterfamilias* (vid. [11.4]).

c) En virtud de negocios *obligatorios* los hijos de familia responden según el *ius civile*. Los hijos de familia (no las hijas) pueden ser demandados por personas ajenas a la familia y ser condenados; sin embargo, según la opinión dominante, la ejecución contra ellos fracasará ante la *patria potestas*. Frente a esta idea, F. KLINCK («Die persönliche Haftung des *filus familias*», SZ 132 [2015] 126) considera, con argumentos de peso, que es posible una ejecución personal contra un hijo de familia condenado. Puesto que, en cambio, las deudas negociales de las hijas de familia podían ser libremente cumplidas, se consideraban desde Juliano como *obligaciones naturales* (vid. *supra* [33.10]). Pero además los pretores concedieron, a raíz de los negocios obligacionales de los hijos de familia, bajo determinados presupuestos, las acciones **adyecticias** contra el titular de la potestad (todo esto, más detalladamente, *supra* § 49).— Sobre el *SC Macedonianum*, vid. *supra* [39.7].

Para los *negocios dispositivos* de los hijos de familia valen las mismas reglas, vid. *supra* [11.15]. Al hijo de familia le es posible realizar, con la aprobación de su titular de la potestad, disposiciones libres de forma; de los formales, sin embargo, solo la *manumissio vindicta*.

d) Por los *delitos* cometidos por el hijo de familia responde el titular de la potestad con las **actiones noxales**, que le conceden la elección entre el pago de la multa correspondiente y la entrega del culpable (vid. *supra* [50.12-13]). En época postclásica la *noxae deditio* del hijo de familia quedó fuera de uso (Inst. 4, 8, 7).

e) El *paterfamilias* debe conceder a sus hijos de familia (como a los esclavos) un **peculium**, es decir, un patrimonio especial que permanece en propiedad del *paterfamilias*, pero que los hijos explotan independientemente y cuyos rendimientos pueden usar para sí. Aunque el *paterfamilias* puede recuperar el *peculium* en cualquier momento total o parcialmente, la costumbre desaprobaba una privación arbitraria del mismo. En la consideración general se tomaba el *peculium* como un «patrimonio propio» del hijo que le proporcionaba una amplia independencia económica.—Sobre las disposiciones sobre el *peculium*, vid. [11.15].

En la *actio de peculio* se trata al *peculium* como un patrimonio independiente desde el punto de vista contable frente al restante patrimonio del *paterfamilias*, vid. *supra* [49.6]. En época *postclásica* se tiene totalmente al *peculium* como patrimonio propio del hijo; un tratamiento distinto dispensa de nuevo Justiniano al *peculium* procedente del padre. **Lit.:** M. A. LIGIOS, «*Ademptio peculii* e revoca implícita del legato (D. 34, 4, 31, 3)», Index 34 (2006) 501; A. FLECKNER, «The Peculium», en F. Carlà, M. Gori,

ed., *Gift Giving and the «Embedded» Economy in the Ancient World*, Heidelberg, 2014, 213.

- 17 4. Partiendo del *peculium*, se desarrolló paulatinamente en la época clásica, y sobre todo en la postclásica, una capacidad patrimonial limitada de los hijos de familia sobre determinadas masas de bienes. Sin embargo, la plena capacidad patrimonial sobre todo el patrimonio no la obtuvieron los *fili familias* ni siquiera en la Antigüedad tardía.
- 18 a) Augusto y los emperadores posteriores conceden a los hijos de familia del estamento castrense, en principio caso a caso, el derecho a disponer por testamento del patrimonio obtenido en el servicio militar (sueldo, participación en el botín de guerra), *i. e.* el llamado *peculium castrense*. Los juristas y los emperadores extienden este patrimonio especial a los veteranos y a ciertas adquisiciones más, sobre todo también a disposiciones *inter vivos*, de modo que este conjunto de bienes se convierte en un patrimonio libre del hijo de familia y solo si este muere sin testamento recae en poder del *paterfamilias*. Cfr. UE 20, 20; Inst. 2, 12 pr. (en Justiniano va a parar antes a los hijos y a los hermanos).

Lit.: B. LEHMANN, «Das Eigenvermögen der römischen Soldaten unter väterlicher Gewalt», ANRW II/14, 1982, 183, Cfr. además J. H. JUNG, «Die Rechtsstellung der römischen Soldaten», ANRW II/14, 1982, 882, 914.

- 19 b) En las leyes *postclásicas* este régimen especial se amplía a los patrimonios de ciertos *funcionarios civiles y eclesiásticos*, así como a las donaciones del emperador o de la emperatriz. Justiniano reúne estos casos bajo el concepto de *peculium quasi castrense*: C. 3, 28, 37.
- 20 c) De una clase totalmente distinta es la regulación que desde Constantino se previno para los bienes heredados de la *madre (bona materna)*. Sobre este conjunto de bienes se divide la propiedad funcionalmente de una forma que se corresponde con la visión del Derecho *vulgar* (*vid. supra* [22.11]): el *paterfamilias* recibe una *propiedad de aprovechamiento y administración (ususfructus)*, mientras que el hijo de familia tiene una propiedad limitada a las restantes funciones: Cfr. CTh. 8, 18, 1 s. Con ello se inició un desarrollo que al final condujo a la regla '*paterna paternis, materna maternis*', *i. e.* el patrimonio paterno va a parar a los parientes paternos y el materno, a los maternos.

El *paterfamilias* responde ante el hijo de una administración *diligente*: no puede *enajenar o pignorar* objetos del patrimonio (en general), y tampoco están afectados por la *usucapión*. Pero tampoco puede el hijo ni disponer por testamento ni enajenarlos o pignorarlos sin aprobación del *paterfamilias*. Tras la *muerte del paterfamilias*, ese patrimonio no entra en su herencia, sino que pasa inmediatamente al hijo. Si muere este,

entra una sucesión *ab intestato* de los parientes (especialmente regulada).—Esta regulación se *extiende* en el curso del periodo postclásico a toda adquisición de ascendientes maternos por donación o por causa de muerte: CTh. 8, 18, 7 (a. 395 d. C.) = C. 6, 60, 2; más tarde, a la adquisición del hijo de familia de su cónyuge y, además, a la disolución del matrimonio, a la adquisición de la dote o de la donación nupcial: CTh. 8, 19, 1 (a. 426 d. C.) = C. 6, 61, 1.

Justiniano amplía estos principios a todas las adquisiciones que lleguen a los hijos de familia de cualquier otra procedencia distinta del patrimonio paterno (**bona adventicia*): C. 6, 61, 6, 1; eod. 8 pr.; Inst. 2, 9, 1. Puesto que Justiniano rechaza la propiedad dividida (ajena al Derecho clásico), interpreta el derecho del *hijo de familia* sobre estas masas de bienes como *propiedad* y el del *padre* como *usufructo* cualificado (*ususfructus*): C. 6, 60, 1 (itp. a partir de C. 8, 18, 1). **Lit.:** G. WESENER, «Sondervermögen und Sondererbfolge im nachklassischen römischen Recht (*bona materna, bona paterna* und *bona nuptialia*)», en *Fg. Kaser* [8.12], 331; EL MISMO [65.15], 1402.

En una ley fundamental del 382 Teodosio I amplía la protección de los hijos, 21 que progresivamente obtienen una cierta capacidad patrimonial, para el caso de *nuevo matrimonio* de la madre viuda (CTh. 3, 8, 2 pr. = C. 5, 9, 3). Tras contraer el segundo matrimonio debía esta transferir (*transmittere*) la donación nupcial recibida del primer marido, así como las demás atribuciones patrimoniales gratuitas *inter vivos* o *mortis causa* de ese origen, a los hijos del primer matrimonio, y también debía conservarlos en sustancia o, al menos, en valor. Ella misma conserva, sin embargo, un derecho a poseer y disfrutar de esos bienes. Solo en 439 extiende Teodosio II esta regulación con modificaciones al viudo que vuelve a casarse: NT 14, 3 ss. = C. 5, 9, 5. **Lit.:** M. HUMBERT [58.24], 418, 435; R. BACKHAUS – D. V. SIMON, «*De paternis sive maternis bonis*. Zu CT 3.8.2, NT 14 und ihrer Reform durch Justinian», TR 80 (2012) 1.

III. SURGIMIENTO DE LA *PATRIA POTESTAS*

1. El hijo entra en la potestad paterna por **descendencia legítima**, si: a) ha 22 sido *concebido* en el seno de un *matrimonio* legítimo, y b) padre e hijo están sometidos al régimen de la *ciudadanía* romana.

Sobre a): Que el hijo sea **legítimo** significa que haya sido concebido estando vigente el matrimonio; y esto se admite, si ha nacido, como muy pronto, en el séptimo mes tras la celebración del matrimonio y, como muy tarde, en el décimo mes posterior a su disolución, más concretamente: entre el 182° día –lo que se remite a Hipócrates (Paul. D. 1, 5, 12; Ulp. D. 38, 16, 3, 12)– y el 300° día, lo que ya viene prescrito en la ley de las Doce Tablas (4, 4): *cfr.* Ulp. 38, 16, 3, 11; Gell. 3, 16, 12; y desde 1998 de nuevo

en el 1593, 1600d III BGB (como en el art. 313 Cc fr.; §§ 138, 155 ABGB; 262, § 265a ZGB; art. 116 s. Cc esp.). El BGB de 1900 disponía 302 días, lo que, pasando por el ALR, se remonta a la Glosa al *Sachsenspiegel* de Johann von Buch (primera mitad del s. XIV), que a su vez está inspirada por la Glosa al *Authenticum* (*vid.* [1.22], hoy Nov. 39, 2).

La máxima «*pater est quem nuptiae demonstrant*», *i. e.* el padre es aquel a quien el matrimonio señala [como tal] (Paul. D. 2, 4, 5; ahí también «*mater semper certa est*»: «la madre siempre es cierta»), contiene solo una regla de interpretación (sobre la palabra *parens* en el edicto sobre las prohibiciones de gravar: D. 2, 4, 4, 1); sin embargo, también fue entendida en la praxis procesal romana como regla probatoria que admite prueba en contrario. Así, algunos clásicos siguieron el verdadero estado de cosas si el hijo pudiera demostrablemente haber sido engendrado por alguien distinto del marido: Ulp. D. 1, 6, 6.—El antiguo uso de que el padre exhibiera al hijo recién nacido (*tollere liberum*) no da lugar a la adquisición de la *patria potestas*, que ya se ha producido con el nacimiento (Scaev. D. 40, 4, 29), sino que tan solo simboliza su voluntad de admitir a su hijo y no exponerlo (*vid.* [60.4]). Si el padre rechaza el reconocimiento, el pretor le concede una acción declarativa sobre la paternidad. Un procedimiento para inducir al marido a una rápida toma de posición en interés de la madre viene regulado por un *SC Plancianum* (Vespasiano, s. I d. C.; Ulp. D. 25, 3, 1 pr. ss., § 16; *eod.* 3 pr./1).

- 23 Sobre b): Los padres deben ser ambos *ciudadanos romanos* o el padre debe ser *civis Romanus* y tener *conubium* con la madre; además, el matrimonio debe ser válido conforme al *ius civile* (Gai. 1, 55 s.; Inst. 1, 9 pr.). Por otra parte, el hijo puede ser matrimonial según el Derecho peregrino, pero no entra en la patria potestad romana (Gai. 1, 88).

Lit.: F. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano*, vol. 2: La c. d. presunzione di paternità, Bologna, 1964 (con M. KASER, SZ 82 [1965] 381); K. HACKL, «Die Feststellung der Vaterschaft und der väterlichen Gewalt», SZ 90 (1973) 105; EL MISMO, *Praejudicium im klassischen römischen Recht*, München, 1976, 235; N. SANTORO, «Sul *tollere liberos*», Index 28 (2000) 273; A. BÜRGE, «Rechtsvereinheitlichung im Laufe der Jahrhunderte: Die gesetzliche Empfängniszeit von 302 Tagen», JuS 43 (2003) 425; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, «*Tollere liberos*: un mito dei moderni?», en *Fs. Knütel*, 131; P. L. CARUCCI, «Questioni di paternità nel diritto d'età imperiale», SD 78 (2012) 41.—*Cfr.* §§ 1591, 1592 núm. 1 y 2, 1593 ss. BGB; 137b, 138, 156 ss. ABGB; 252, 255, 256 ss. ZGB; art. 115 ss. Cc esp.

- 24 **2. La aceptación en la posición de hijo** desempeñaba en Roma un papel mucho más importante que en la actualidad para el mantenimiento del grupo familiar y del nombre de familia, así como la conservación del culto de las

divinidades familiares. Han de distinguirse dos formas de adopción (en sentido amplio):

a) Una persona libre de potestad (*sui iuris*) puede, en la medida en que sea púber, ser admitido por un varón *sui iuris* en el lugar de un hijo por medio de la arrogación (**adrogatio**), Cfr. Gai. 1, 99-107. La arrogación requiere en el Derecho arcaico la *rogatio* ante la asamblea popular, en concreto los *comitia curiata*.

La fórmula ritual dice así: *Velitis iubeatis, uti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est. haec ita ut dixi, ita vos Quirites rogo* («Si queréis y ordenáis que Lucio Valerio sea, conforme a la ley y el derecho, hijo de Lucio Ticio, como si hubiera sido engendrado y hubiera nacido de él como *paterfamilias* y de su mujer como *materfamilias*, y que este tenga sobre él el poder de vida y muerte, como el padre lo tiene sobre un hijo. Que esto sea así como he dicho, os lo pido a vosotros, Quirites»: Gelio 5, 19, 9). La decisión tomada al respecto por la asamblea popular implicaba originariamente una ley para el caso particular (a través del francés se deriva nuestra palabra «arrogante», pues quien «interroga» a otro, se eleva sobre él). A la decisión se antepone un acto por el que quien va a ser adrogado ante la asamblea se separa de las que hasta entonces eran sus divinidades familiares (*detestatio sacrorum*).—En la República tardía se sustituye la decisión legal por la convocatoria simbólica de los 30 lictores como representantes de las 30 curias en las que se dividía la asamblea popular más antigua (comicios curiados).—Diocleciano introduce para las provincias una nueva forma mediante un favor imperial (*per rescriptum principis*), que en seguida desplazó a la forma *per populum* también en Roma (C.- 8, 47, 2; eod. 6).

Puede ser adrogado en principio solo el *varón sui iuris* (con independencia de si tiene sometidos a potestad o no), porque solo este puede dar continuidad a la familia agnaticia. 26

Todavía en la República tardía se vela por que la adrogación se proponga seriamente la reformulación de una relación de paternidad natural (*adoptio naturam imitatur*: «la adopción imita la naturaleza», Inst. 1, 11, 4). El que va ser adrogado no debe tener ya hijos naturales o adoptados ni estar a la espera ya de descendencia carnal. Durante el Principado pudieron ser adrogados también menores de edad (desde Antonio Pío, Gai. 1, 102), así como mujeres y libertos. En tiempos de Diocleciano podían las mujeres mismas adrogar, aunque ellas no podían adquirir la potestad doméstica sobre el hijo adrogado, de modo que el acto solo constituye una relación de parentesco (C. 8, 47, 5). **Lit.:** D. DALLA, «L'arrogazione degli impuberi nel sistema dell'adozione giustiniana», *FHI*, vol. II, 1273; A. M. SEELENAG, *Ius pontificium cum iure civili coniunctum. Das Recht der Arrogation in klassischer Zeit*, Tübingen, 2014.

- 27 El adrogado se hace desde antiguo hijo de familia del adrogante; sus sometidos a potestad se someten, como su patrimonio, al nuevo titular de la potestad y se hacen, por tanto, como regla general, sus nietos (Mod. D. 1, 7, 40 pr.; D. 1, 7, 15 pr.). Sus deudas se extinguen; sin embargo, el pretor concede a sus acreedores una *restitutio in integrum* como en el caso paralelo de la *conventio in manum* de una mujer *sui iuris* (vid. supra [59.3]): Gai. 1, 107; 3, 83 s.; 4, 38. **Lit.:** D'ALESSIO (vid. [13.3]), 117.
- 28 Justiniano *deja* al adrogado su patrimonio y da al adrogante el mero usufructo sobre el mismo: Inst. 3, 10, 2.
- 29 b) Quizá sea solo una disociación de la adrogación el *testamentum calatis comitiis* («testamento ante la asamblea popular», *i. e.* los comicios curiados), por el cual alguien confiere a otro la posición de *hijo* suyo y *heredero* solo para el momento de su *muerte*; por tanto, es una «adrogación para el caso de muerte», cuyos efectos quedan aplazados, puesto que el acto está sometido a la condición de que el heredero sobreviva al causante (Gai. 2, 101-103). Sin embargo, el negocio se utilizó después presumiblemente también para las demás instituciones de heredero (vid. *infra* [67.2]). Se extingue ya en el periodo preclásico.
- 30 c) Solo un caso especial de este testamento comicial era seguramente el *testamentum in procinctu* («ante el ejército en formación de guerra» con la toga «arremangada»), en el que el ejército aparece en lugar de la asamblea popular (Gai. 2, 101; 103). Desaparece como muy tarde en el último siglo a. C. **Lit.:** L. MINIERI, «Il *testamentum in procinctu*», SD 64 (1998), 253.
- 31 d) No entre los juristas, sino solo en las fuentes literarias, se nos han transmitido *adopciones testamentarias*, que seguramente se remiten a modelos griegos. En Roma se le puede imponer al heredero instituido en el testamento solo el deber *moral* de llevar el *nombre* del testador. En el caso más famoso, la adopción de *Octavio* (luego *Augusto*) por César, se confirmó posteriormente, a iniciativa de Augusto, el testamento ante los comicios, para darle el carácter de una adrogación. **Lit.:** L. SCHUMACHER, «Oktavian und das Testament Caesars», SZ 116 (1999) 49; MIGLIORINI (vid. *supra* [60.32]), 364.
- 32 3. a) La aceptación de una persona sometida a potestad (*alieni iuris*) en el lugar de un hijo se produce a través de la *adoptio* (en sentido estricto). Para ello se configuró un negocio *compuesto*, sobre la base de la ley de las Doce Tablas, según la cual el hijo que fuera vendido tres veces por su padre quedaría liberado de su potestad (vid. *supra* [60.6]): el padre realiza tres veces una *mancipación fiducia causa* de su hijo a favor del padre adoptivo (o de un tercero); el adquirente lo libera tras la primera y la segunda mancipación por una *manumissio vindicta*, con lo que cae nuevamente bajo la *patria potestas* de su padre

natural. Solo la tercera mancipación acaba definitivamente con la *patria potestas* según la norma decenviral. En el caso de hijas y nietos –en una interpretación restrictiva de dicha norma, que habla de *filius*– basta con una sola mancipación. Si la patria potestad queda de ese modo *extinguida*, se produce una *remancipatio* al (antiguo) *paterfamilias* y se celebra entonces un verdadero procedimiento de adopción, que consiste en la adquisición de la *patria potestas* a través de una *in iure cessio*: el que va a adoptar afirma ante el pretor que el hijo es suyo, el contrario deja pasar la contraafirmación impugatoria y el magistrado adjudica el hijo al padre adoptivo por *addictio*. Cfr. Gai. 1, 134, también 10 ss.

La triple mancipación para la extinción de la *patria potestas* del padre natural se exigía para que esta no pudiera revivir a la muerte o cambio de *status* del padre adoptivo.–En lugar de la aceptación en la posición de un hijo era también posible en la de un nieto, y, no raramente, por adopción, pero también por adrogación (Ulp. D. 1, 7, 15, 1; Paul. D. 1, 7, 10 y 11; Pomp. eod. 43); la mayor parte de las veces podría haberse inducido por motivos hereditarios.–En época arcaica podían ser adoptados no solo hijos e hijas de familia, sino también esclavos (con una *manumissio vindicta* coetánea).–En el periodo *postclásico* (quizá ya un poco antes) la forma antigua fue desapareciendo, y el procedimiento se hace principalmente por vía documental. **Lit.:** M. KURYŁOWICZ, *Die adoptio im klassischen römischen Recht*, Warszawa, 1981; C. RUSSO RUGGIERI, *La datio in adoptionem*, vol. I (*Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale*), Milano, 1990; vol. II (*Dalla pretesa influenza elleno-cristiana alla riforma giustiniana*), Milano, 1995; KNÜTEL [14.7], 249 = «Zur Adoption im römischen Recht», en H. F. Gaul, ed., *Familienrecht in Geschichte und Gegenwart: Symposion für F. W. Bosch*, Bielefeld, 1992, 3; M. MIGLIORINI, *L'adozione tra prassi documentale e legislazione imperiale nel diritto del tardo impero romano*, Milano, 2001; CHR. KUNST, *Römische Adoption. Zur Strategie einer Familienorganisation*, Frankfurt am Main, 2005 (anticuario; material sobre los hechos, cfr. J. F. STAGL, SZ 128 [2011] 620); P. GIUNTI, «In nepotis loco adoptare: ipotesi di lettura intorno a D. 1.7.44», en *St. Metro*, vol. III, 109; A. WACKE, «Im Zweifel enterbt?», en *Fs. Krampe (ante [7.16])*, 335 (Pap. D. 28, 2, 23 pr., adopción del hijo vivo emancipado anteriormente).

Justiniano elimina la forma antigua. Exige una declaración del que era *paterfamilias* hasta ese momento en actas ante el funcionario competente, en presencia del adoptado (que lo debe consentir), así como una declaración del adoptante. Cfr. C. 8, 47, 10; Inst. 1, 11, 2. 33

b) La adopción en el Derecho antiguo y clásico *produce el efecto* del completo *abandono* por parte del adoptado del grupo familiar de origen y la entrada como hijo (o nieto) en la familia adoptiva (**adoptio plena*). En todos los demás casos el efecto (siguiendo modelos de la praxis oriental) *se debilita* 34

fuertemente: el hijo permanece en su familia originaria y obtiene solo (junto a los derechos en esta) un *derecho a la sucesión intestada* tras la muerte del adoptante (no de sus parientes); **adoptio minus plena* (C. 8, 47, 10, 1 a-g).

- 35 Tras la Recepción las adopciones se dan solo raramente. La adopción solo ganó peso de nuevo en virtud de la legislación del siglo XIX, cuya intención era hacerse cargo de los deseos de los que carecen de hijos y posibilitar una relación paterno-filial, aunque bajo rigurosos presupuestos acordados con esa relación (falta de hijos y una edad del adoptante que al menos supere los 50 años, una distancia de edad fija de al menos 18 años [en conexión con Mod. D. 1, 7, 40, 1; Inst. 1, 11, 4, donde la diferencia de edad se explica por el hecho de que la antigua edad de madurez y de matrimonio era de 17 años, que con un año de gestación se alarga un año, *cfr.* [14.7], así como § 180 II ABGB; 16 años según el § 265 I ZGB y art. 175.1 Cc esp.; en el BGB se suprimió desde 1962 la distancia de edad fija, *cfr.* §§ 1741, 1743 BGB], etc.). La adopción se realizaba por un contrato entre adoptante y el que va a ser adoptado necesitado de confirmación, y tenía sobre todo efectos semejantes a la *adoptio minus plena*: para la familia del adoptante fundaba solo una relación limitada y mantenía en pie relaciones, solo parcialmente superpuestas, del adoptado con su familia de origen (*cfr.* §§ 1741 ss. BGB 1900). El desarrollo del s. XX se caracteriza en primer lugar por un fortalecimiento esencial de la intervención estatal, que especialmente ha llevado consigo una transición del sistema contractual al llamado sistema decretal (adopción por decisión del tribunal, § 1752 BGB), así como, en segundo lugar, por la tendencia a integrar completamente al hijo adoptivo en la familia adoptiva con un total desligamiento de la familia natural e imitar en la mayor medida posible una relación paterno-filial natural. Esta llamada adopción total (*cfr.* la *adoptio plena*) es significativa para la integración de los menores de edad, mientras que para la adopción de los mayores de edad se han previsto principalmente efectos que en lo esencial se limitan al adoptante y el adoptado.—§§ 1741 ss., 1767 ss. BGB; 179 ss. ABGB; 257-260 AußStrG; 264 s., 266 ss. ZGB; arts. 343 ss., 360 ss. Cc. fr.; 175 ss. Cc esp.—**Lit:** CHR. NEUKIRCHEN, *Die rechtshistorische Entwicklung der Adoption*, Frankfurt am Main, 2005; G. WESENER, «*Adoptio – affiliatio – Anwünschung – Ankindung – Wahlkindschaft*», en *Fs. für W. Brauneder*, Wien, 2008, 699.

IV. FINALIZACIÓN DE LA PATRIA POTESTAS

- 36 1. La patria potestad termina con la muerte del titular de la potestad, su pérdida de la libertad o de la ciudadanía, su adrogación (*vid.* [60.27]); la potestad sobre el hijo de familia en concreto acaba con su entrega en adopción o (en el caso de las hijas) con su entrega en *manus* (Gai. 1, 127 ss.). Sobre la liberación por medio de *emancipatio*, *vid.* inmediatamente a continuación.

Una finalización «*sin capitis deminutio*» se produce cuando el hijo de familia se convierte en *flamen Dialis* (sacerdote de Júpiter) o la hija en *virgo vestalis*.—Justiniano

hace extinguirse la patria potestad si el hijo de familia asciende a una elevada *dignidad estatal o eclesiástica* (C. 12, 3, 5; Inst. 1, 12, 4). Además, las leyes postclásicas prevén la pérdida de la *patria potestas* como pena para el padre en algunos casos.

2. a) La liberación del hijo de familia de la potestad paterna, que lo convierte en persona *sui iuris*, se produce a través de la *emancipatio*. Esta también se sirve de la norma de las Doce Tablas por la que la triple venta del hijo por el padre extingue su potestad (*vid. supra* [60.6]). El padre *mancipa* al hijo *tres veces* fiduciariamente a un hombre de confianza (*pater fiduciarius*); este lo libera tras la primera y la segunda mancipación por la *manumissio vindicta*, con lo que la *patria potestas* revive en ambos casos. Con la tercera mancipación, en cambio, la patria potestad se extingue. Una vez más puede el hombre de confianza liberar al hijo con una nueva *manumissio*, de modo que este se libera de la potestad. Pero, como entonces quedaría bajo el *poder de patronato* del hombre de confianza (manumitente) y este (como patrono) se convertiría en tutor de sus hijos y (en caso de falta de hijos) en su futuro heredero *ab intestato*, se hace seguir una *remancipatio* del fiduciario a favor del padre *natural*, que entonces llevaría a cabo a su vez la *manumissio definitiva*; los derechos de patronato surgen también en ese caso, pero corresponden al padre *natural* (*parens manumissor*). En el caso de las hijas y los nietos basta, como en la *adoptio*, una sola mancipación y *manumissio*; ahí el o la descendiente es también usualmente objeto de *remancipatio* y de *manumissio* por parte del que era *paterfamilias* hasta ese momento. *Cfr.* Gai. 1, 132 s.; Gai. epitome 1, 6, 4; Paul. D. 37, 12, 3 pr. (*a parente emancipatus et manumissus*). De la transmisión documental ha de señalarse la *emancipatio puellae* (con triple [¡!] mancipación de la hija) del papiro Lips Inv 136 (FIRA III, 31; *vid.* al respecto W. ERBE, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Weimar, 1940, 201). **Lit.:** D'ALESSIO (*vid.* [13.3]), 29, 48, 60.

En casos particulares (que posteriormente serían ampliados) el hijo de familia puede forzar el cumplimiento de la emancipación prometida a través de la *extraordinaria cognitio* ante el tribunal imperial: Pap. D. 37, 12, 5.—La gravosa y arcaica forma de la *emancipatio* decae en época *postclásica*. El emperador Anastasio introduce la emancipación por medio de un *acto de favor imperial* a petición del titular de la potestad (C. 8, 48, 5; **emancipatio Anastasiana*). Justiniano permite también la liberación de la patria potestad, sin rescripto del emperador, por medio de una *declaración* ante el *funcionario* competente (con el consentimiento del hijo): C. eod. 6; Inst. 1, 12, 6 (**emancipatio Iustiniana*).

b) El emancipado se hace *libre de potestad* y, por tanto, adquiere la *capacidad patrimonial*; normalmente, el padre de familia lo emancipa dotándole de un patrimonio (v. gr. el *peculium* que tenía hasta ese momento).

La emancipación fue introducida para forzar la *independencia* de hijos de familia que sobraban: a fin de evitar un reparto (antieconómico) de la hacienda familiar agropecuaria, el *paterfamilias* conservaba a *uno solo* de sus hijos, que a su vez se convertirá en su único heredero, bajo su patria potestad y proporciona ayuda a sus otros hijos por otros medios (*vid.* más detalles *infra* [65.6]). Sobre las posibilidades que tiene abiertas para ello, se cuenta también la liberación de la potestad, ligada con la adquisición de una existencia económicamente independiente.

- 40 En la época *postclásica* vuelve la importancia de la *emancipatio* con la progresiva independización económica de los hijos de familia [*vid. supra* [60.17-19)]. Constantino *recompensa* al *paterfamilias* por la *emancipatio* con un tercio de los *bona materna* del hijo (C. 8, 18, 1, 2; eod. 2) y Justiniano con el usufructo de la mitad del patrimonio del hijo (C. 6, 61, 6, 3/3 a; Inst. 2, 9, 2).—Desde Constantino puede revocarse la *emancipatio* por causa de *grave ingratitud* (vat. 248).
- 41 **3.** Un **extrañamiento** del hijo de familia como pena es desconocida en el Derecho romano. Una expulsión informal de la casa (*relegatio, abdicatio*) en el marco del poder disciplinario no suprime la patria potestad. El extrañamiento según el Derecho griego (*apokeryxis*) en un procedimiento judicial que hace al hijo salir de la familia, y con ello también el derecho a la sucesión intestada, no se reconoce por los romanos (Diocl. C. 8, 46, 6), pero sobrevivió en las provincias orientales como Derecho popular (*vid.* [1.14]) y con frecuencia se aseguró (en el Derecho imperial) por una desheredación suplementaria. **Lit.:** M. WURM, *Apokeryxis, Abdicatio und Exhereditatio*, München, 1972 (con H. MEYER-LAURIN, SZ 90 [1973] 428).
- 42 **4.** Por el contrario, el divorcio de los padres no conduce a la finalización de la *patria potestas* del padre de familia o del marido. Sin embargo, puede atribuirse a la mujer el derecho de alimentos. **Lit.:** CH. CORBO, «Genitori e figli: L'affidamento e le sue origini nell'esperienza giuridica romana», SD 77 (2011) 55.

§ 61. Parentesco

(RPr. §§ 84, 226 I, III, 230)

I. GENERALIDADES

1. Los fuertes vínculos que cohesionaban la familia como una agrupación jurídica firmemente cohesionada bajo la dirección monocrática del *paterfamilias* se fueron debilitando cada vez más durante la República, y sobre todo a inicios del Principado (*vid. supra* [12.11-12]); también fue perdiendo fuerza el *parentesco agnaticio*, basado en la pertenencia a los grupos familiares (*vid. supra* [12.7]); en su lugar ganó cada vez más peso el parentesco de sangre (*cognatio*), que no dependía de la relación con el grupo familiar.

Esta relación de parentesco desligada de los vínculos de potestad se despliega en diversos *deberes de lealtad y protección*, según los cuales, p. ej., los padres (en general) no pueden ser llevados ante los tribunales por los hijos, padres e hijos no pueden actuar como testigos entre sí, etc. En época postclásica se incrementan estas obligaciones por motivos cristianos.—Para la fijación del parentesco, *vid. supra* [12.7].

2. Una completa fisura del poder doméstico se infligió cuando fue reconocido en el Derecho imperial (¿Antonio Pío?, C. 5, 25, 1) un **deber de alimentos recíproco** entre todos los parientes de sangre por vía matrimonial en línea ascendente y descendente y entre hermanos. Las pretensiones recaen en la competencia del cónsul, que decide en la *extraordinaria cognitio* sobre la necesidad, dignidad, etc., según las circunstancias del caso. *Cfr.* Ulp. D. 25, 3, 5 pr. ss.; Divi Fratres, Sev. et Ant., C. 5, 25, 2-4.

Lit.: GARDNER (*ante* [14.12], 1998), 77, 82; A. DE FRANCESCO, «Il diritto agli alimenti tra genitori e figli. Un'ipotesi ricostruttiva», *Labeo* 47 (2001) 28; B. LAUBACH, *Latteinische Spruchregeln zum Unterhaltsrecht* Köln - Wien - Weimar, 2004, 31; D. A. CENTOLA, «Alcune osservazioni sull'origine del diritto agli alimenti nell'ambito familiare», *TSDP VI* (2013); V. HALBWACHS, «*Haec disceptatio in factum constitit*: Bemerkungen zur *pietas* im römischen Unterhaltsrecht», *Fundamina* 20-1 (2014) 371.

Un deber de los padres de proporcionar una educación a los hijos no es aún conocido como deber jurídico en el Derecho clásico; en un caso concreto concedió Antonino Pío a la madre un derecho de retención del hijo para su educación frente a la pretensión restitutoria del padre (Ulp. D. 43, 30, 1, 3; eod. 3, 5).

II. HIJOS ILEGÍTIMOS (NO MATRIMONIALES)

- 4 1. Los hijos no matrimoniales o ilegítimos (*spurii, vulgo quaesiti*) nacen como personas *sui iuris*. Con su *progenitor* no tienen parentesco ni agnaticio ni cognaticio (excepto en lo que se refiere al impedimento matrimonial). Con su *madre* tiene parentesco cognaticio; no obstante, la mujer es incapaz para tener o producir una potestad familiar, de modo que los hijos tampoco entran en la potestad de su abuelo materno. Entre el hijo ilegítimo y su madre (y sus ascendientes) no existe tal *deber de alimentos* recíproco en virtud del Derecho imperial como sí existe en el caso de los hijos legítimos (*vid. supra* [61.2]; Ulp. D. 25, 3, 4 ss.).

Una sucesión intestada entre el hijo ilegítimo y su madre (y sus parientes) existe en la clase pretoria *unde cognati*, *vid. supra* [66.15].

- 5 2. a) Una posición especial entre los hijos no matrimoniales lo asumen en época postclásica los nacidos de un concubinato (*vid. supra* [58.52]); se denominan *liberi naturales*.

A ellos les puede proporcionar el progenitor, así como la concubina misma, determinadas *cuotas* de su *patrimonio* por *donación* o *testamento*. Justiniano les da también a ellos (y a su madre), si no existe una esposa ni hijos legítimos aptos para adquirir por vía hereditaria, un *derecho a suceder ab intestato* tras la muerte de su progenitor en la cuantía de un sexto. Además, los hijos nacidos del concubinato reciben incluso una *pretensión para su manutención* contra los hijos matrimoniales y el padre. *Cfr.* Nov. 18, 5; 89, 12 s.

- 6 b) Los hijos nacidos del concubinato (no otros ilegítimos) pueden elevar su posición a la de legítimos (*legitimi*) por tres vías (**legitimatio*):

aa) A Constantino (y leyes posteriores, parcialmente oscilantes) se remonta a la legitimación por *matrimonio subsiguiente* (**legitimatio per subsequens matrimonium*): si el progenitor se casa con la concubina, el hijo recibe la plena posición de uno legítimo (C. 5, 27, 5 ss.). Se presupone un concubinato entre un varón no casado, sin hijos legítimos, y una mujer nacida libre. Justiniano requiere además la aprobación del hijo.

- 7 bb) La introducción de una legitimación a través de la vía de que el progenitor proporcione su patrimonio al hijo con la condición de que este se convierta en *curialis* (miembro de la *curia* o *senado municipal*) es un paso desesperado de los emperadores postclásicos para hacer más atractivo este cargo impopular, que estaba gravado con la responsabilidad personal por la recaudación de los impuestos y otras cargas (**leg. per oblationem curiae*: C. 5, 27, 3 s.).

Una hija recibía este beneficio si se le atribuía el patrimonio y ella se casaba con un *curialis*.

cc) Una legitimación por beneficio imperial la introduce Justiniano en la Nov. 74 (del año 538), siempre que no haya hijos legítimos, que la mujer sea libre y el matrimonio no sea posible. Esta **legitimatio per rescriptum principis* concede la plena equiparación a un hijo legítimo. 8

Lit.: G. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, Milano, 1990 (rec. H. STIEGLER, SZ 115 [1998] 569).

C. TUTELA Y CURATELA

§ 62. La tutela sobre los impúberes (*tutela impuberum*)

(RPr. §§ 21, 85-88, 231-234)

I. NATURALEZA Y DESARROLLO

Lit.: A. F. RUDORFF, *Das Recht der Vormundschaft aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten entwickelt*, vols. 1–3, Berlin, 1832–1834; E. SACHERS, «Tutela», en *RE* 7 A, 1948, col. 1497; SEILER (*ante* [44.12]), 145; B. ALBANESE, *Le persone (ante* [13.1]), 429; D. NÖRR, «Zur Palingenesie der römischen Vormundschaftsgesetze», *SZ* 118 (2001) 1 = *Schr.*, 33.

1 1. D. 26, 1, 1 pr. (Paulo, 38 *ad ed.*) = Inst. 1, 13, 1

Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.

La tutela es, como define Servio, un poder y potestad sobre persona libre que permite y otorga el derecho civil para proteger a quien por razón de su edad no puede defenderse por sí mismo.

Impúberes (vid. supra [14.2]) *y mujeres* están sometidos, si son *sui iuris*, a *tutela*. El **tutor** (derivado de *tueri* = «proteger») tiene sobre ellos y su patrimonio un poder protector, es decir, un poder que es, como la potestad doméstica del *paterfamilias* (*patria potestas, manus*), un derecho de señorío, pero está suavizado por la *finalidad protectora* a favor del pupilo (*pupillus*). **Lit.:** F. BRIGUGLIO, «Servio Sulpicio e la definizione di tutela: *vis ac potestas* o *ius ac potestas?*», en *St. Metro*, vol. I, 163.

2 2. La tutela romana *arcaica* presenta al mismo tiempo un interés *ajeno* y un interés *propio*. El tutor tiene un interés propio porque como tutor es llamado quien sería el *heredero* más próximo al impúber si el heredero muriera durante el tiempo de la tutela. El tutor cuida, por tanto, del patrimonio del impúber en primer término para el pupilo, pero posiblemente también para él mismo.

Ulpiano (D. 26, 4, 1 pr.) explica a este respecto: «Por la ley de las Doce Tablas [5, 6] fueron deferidas las herencias legítimas a los agnados y a los consanguíneos, y también a los patronos, es decir, aquellos que puedan ser admitidos a la herencia legítima. Esto se hace con suma previsión, a saber, que los mismos que esperen esta sucesión

cuiden de que no se dilapiden los bienes».—Pero también en el testamento puede nombrarse como tutor del hijo impúber a la persona que ha de ser su heredero (como sustituto pupilar designado testamentariamente).

En la República, con el creciente individualismo, retrocede el carácter egoísta de la tutela; esta se convierte cada vez más en un deber y, a finales del periodo imperial, se concibe como un servicio obligatorio (*munus*) impuesto por el interés público. Sin embargo, el tutor sigue siendo un sujeto privado; la función del Estado se limita, en todos los periodos, a una supervisión —cada vez más intensa— sobre los tutores. 3

3. El poder del tutor sobre el pupilo y su patrimonio era en el Derecho arcaico un poder fiduciario: su poder y su potestad (*vis ac potestas*) estaban atenuados por la *fides*, que aquí como en otras partes producía un vínculo sacral y cuya ruptura fue sancionada posteriormente también por el censor en su vigilancia de las costumbres. Paulatinamente, sin embargo, se endurecieron las limitaciones del poder del tutor con arreglo a reglas fijas de Derecho privado que imponían al tutor determinados deberes jurídicos. Con todo, la idea de la fiducia aún siguió teniendo eficacia más adelante (*vid. supra* [11.10-13]). 4

II. CLASES, LLAMAMIENTO A LA TUTELA

La *tutela impuberum* aparece en tres formas —en correspondencia con sus tres causas de surgimiento—, que se distinguen también en tratamiento jurídico, pero que se fueron equiparando cada vez más en la época clásica. 5

1. a) Como tutor legítimo (*tutor legitimus*) las Doce Tablas (5, 6) llaman a los *parientes agnaticios más próximos* (*adgnatus proximus*), por tanto, en primer lugar, los hermanos del pupilo, después los hermanos del padre y los hijos de los hermanos, etc.; si no existen agnados, entonces los *gentiles* (miembros de la *gens* a la que pertenece el pupilo). *Cfr.* Gai. 1, 155 s.; 164 = Inst. 1, 15 pr. y 1; 1, 16, 7. 6

Este llamamiento se superpone con el de la sucesión intestada (*vid. infra* [66.6]), pero en el caso de las mujeres, estas pueden heredar, pero no ser tutoras. Varios agnados del mismo grado ejercen la tutela de forma común. Si los agnados mismos son impúberes, su tutela está latente hasta que lleguen a ser púberes. La *gens* no ejercitará la tutela colectivamente, sino que su verificación se confía a uno de sus miembros. La tutela de los gentiles desaparece a finales de la República.—En el periodo *postclásico* entran en el lugar de los agnados los parientes de sangre.

- 7 b) Sobre los *libertos* impúberes (que han adquirido la capacidad jurídica con la manumisión y, por tanto, no pueden tener parientes colaterales agnaticios) y los hijos de los *libertos* corresponde la tutela legítima al *patrono* y, si este muere, a sus parientes agnaticios (Gai. 1, 165 = Inst. 1, 17, *vid.* también Inst. 1, 19). Esto se basa en una interpretación de la ley: puesto que la ley de las Doce Tablas asigna las herencias de los *libertos* muertos sin testamento a los manumitentes o a sus hijos (*vid.* [66.10]), «los antiguos juristas creyeron que, según la voluntad de la ley, corresponde también la tutela a los *patronos*, porque la ley también señala a los parientes de la rama paterna, a los que llama a la herencia, para que sean tutores, puesto que allí donde reside la ventaja de la sucesión intestada, ahí debe residir también la carga de la tutela» (Inst. 1, 17). Según esto, el *paterfamilias* que emancipa a su pariente impúber (y, por ello, manumitido) se hace también su tutor como *parens manumissor* (*tutor fiduciarius*: Gai. 1, 166-167; Inst. 1, 8).
- 8 c) La tutela legítima entra a actuar inmediatamente, *ipso iure*, tan pronto como hay un impúber *sui iuris* que aún no tiene un tutor; no necesita, por tanto, de *ninguna designación*. La tutela legítima está intrínsecamente vinculada a la persona (y, por ello, era desagradable para los tutores).

El tutor legítimo no puede renunciar (*abdicare*). Cabe pensar que ya en la época clásica podía *excusarse* (*se excusare*, *vid. infra* [62.13]).—Seguramente ya en el Derecho clásico puede ser destituido como sospechoso de deslealtad o como incapaz.

- 9 2. El *paterfamilias* puede nombrar en su *testamento*, para tales personas que con su muerte se convierten en *sui iuris*, un *tutor testamentarius* (o *dativus*). También esta tutela testamentaria se remonta a las Doce Tablas (5, 3). En la República se hace algo muy usual, junto con el testamento. Necesita para ello de la forma imperativa: «*Lucium Titium meis* (o *Gaio filio meo*) *tutorem do*» («A Lucio Ticio le doy a mis hijos [o a mi hijo Gayo] como tutor»), o bien «*Licius Titius... tutor esto*» («Que sea tutor Lucio Ticio...»: Gai. 1, 149; 2, 289); más tarde se renuncia a la vinculación a una determinada forma literal.

Los juristas y los emperadores ampliaron el ámbito de aplicación de la tutela testamentaria (p. ej. a los *postumi*, *vid. infra* [68.16], y a los desheredados), así como el círculo de las personas que pueden ser nombradas tutores en su testamento (madre, otros parientes, *patrono*), si bien estos nombramientos (según el modelo de designación del tutor por el magistrado, *vid. infra* [62.12]) necesitan de la confirmación (*confirmatio*) del magistrado. Con esta *confirmatio* pueden convalidarse también los posibles vicios formales. *Cfr.* Mod. D. 26, 2, 4; Iul. D. 26, 3, 3. Pueden ser nombrados tutores testamentarios también los latinos, así como los esclavos manumitidos y los hijos de familia (a la vista de su ulterior liberación de la potestad), entre otros. **Lit.:** L. DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore*, Milano, 1995 (rec. H.-G. KNOTHE, TR 65 [1997] 123).

El tutor testamentario asume su función sin más en el momento en que el testamento sea efectivo (por tanto, si es instituido un *suus heres*, con la muerte del causante; si es un *extraneus* –heredero externo a la familia inmediata–, como regla con su adición de la herencia); donde se necesita la *confirmatio*, con esta. 10

El *tutor testamentarius* (a veces llamado *dativus*) tiene una función honorífica que debe agradecer a la confianza del causante y, por ello, no puede abandonar el cargo, pero seguramente sí *rechazar* el nombramiento (*abdicare*). Sin embargo, desde el emperador Claudio (s. I d. C.) podía ser obligado a la asunción de la tutela; solo podía liberarse, entonces, si solicitaba la liberación por determinadas causas de dispensa (*excusationes*, *vid.* inmediatamente [62.13]): Gai. 1, 182. 11

3. La designación del tutor por el **magistrado** se remonta a la **lex Atilia**, que (con base en un inseguro testimonio de Livio 39, 8-9) se data preferentemente en el año 210 a. C. Se nombra este tutor (que solo ocasionalmente se lo denomina *dativus*) cuando alguien necesita uno, pero no lo tiene; además, si la existencia del tutor (requerido) es insegura. El nombramiento se produce a petición, para la que cualquiera está legitimado, y determinados parientes, especialmente la madre, están obligados, bajo amenaza de sanción penal (Sev.-Mod. D. 26, 6, 2, 2). 12

El nombramiento requiere, según la *lex Atilia*, en Roma una decisión del *praetor urbanus* y de la mayoría de los tribunos de la plebe; en las provincias son competentes *ex lege Iulia et Titia* (seguramente dos leyes del s. I a. C.) los gobernadores provinciales (Gai. 1, 185 = Inst. 1, 20 pr.). En Roma, desde Claudio, corresponde el nombramiento del tutor (junto a los antes citados) a los cónsules, y desde Marco Aurelio a un *praetor tutelarius* (más tarde *tutelar*) especial; en época postclásica (en general) al *praefectus urbi*, previa consulta a 10 senadores y el *praetor tutelaris*. **Lit.:** D. NÖRR (*ante* [62.1]).

En el caso de la tutela nombrada por la autoridad, que se considera como una carga pública (*munus*), la idea de *deber* cobra una importancia mayor que en las otras formas de tutela. El tutor no puede aquí ni abandonar la tutela ni rechazarla, sino que es obligado al cumplimiento de sus funciones con los medios coercitivos de la magistratura. Como compensación, en el caso de estos tutores se desarrolló el **régimen de exclusiones y excusas**, que más tarde fue traspasado también a las otras clases. El tutor designado, en virtud de determinadas causas de dispensa, en parte personales y en parte de naturaleza pública, puede solicitar que se le libere de la tutela; para la dispensa del cargo se recurre desde Marco Aurelio al *praetor tutelarius*. 13

Entre las causas se cuentan la edad (los 70 años cumplidos, Inst. 1, 25, 13), afecciones, domicilio a gran distancia, otras tutelas, gran número de hijos, servicio militar, etc. En vez de la *excusatio*, en el periodo postclásico puede el nombrado o confirmado como

■ § 62. LA TUTELA SOBRE LOS IMPÚBERES (TUTELA IMPUBERUM)

tutor presentar la *potioris nominatio*, es decir, sugerir el nombre de alguien más indicado (Ulp. vat. 149; 206 ss.). Justiniano eliminó este derecho. *Cfr.* sobre los actualmente conocidos como «motivos de rechazo» (*Ablehnungsgründe*) o «excusas», §§ 1786 BGB; 383 ABGB; arts. 223, 244 (antigua redacción), 279 Cc esp. **Lit.:** G. VIARENGO, *L'excusatio tutelae nell'età del Principato*, Genova, 1996; E. GERMINO, «Una causa di excusatio tutelae (in D. 27, 1, 6)», en *FHI*, vol. IV, 2189; E. CHEVREAU, «L'évolution de la tutelle romaine a travers le mecanisme de l'*excusatio tutelae*», *Fundamina* 20- 1 (2014) 139.

- 14 **4.** Junto a estos casos regulares de nombramiento por el magistrado del tutor se mencionaban ya desde época temprana tutores *por motivos especiales*: p. ej. un *tutor praetorius* para litigios entre el tutor y el pupilo; también en caso de deficiencias mentales o corporales del tutor y en caso de ciertos impedimentos en su persona (*cfr.* Gai. 1, 184; 186 s.; Paul. D. 26, 1, 12; eod. 17; Inst. 1, 21, 3). También estos nombramientos magistratuales necesitaban basarse en una ley, un SC o una constitución imperial. En tiempos de Justiniano estos tutores fueron sustituidos por *curatores*.
- 15 **5.** La *capacidad* para desempeñar la tutela seguía originariamente reglas especiales para cada clase de llamamiento, pero que progresivamente fueron equiparándose. En época postclásica confluyen las causas de incapacidad parcialmente con las causas de dispensa.

Mientras que el Derecho clásico se mantuvo firme en la exigencia del sexo *masculino* para el tutor –las mujeres estaban de hecho sometidas a su propia tutela–, la legislación postclásica, siguiendo modelos helenísticos, autorizó a determinadas *mujeres* a acceder a la tutela.

En primer lugar, la madre, si es viuda y se compromete a no volver a casarse (CTh. 3, 17, 4 = C. 5, 35, 2, a. 390 d. C.). Justiniano llama a la madre, y en su caso incluso a la abuela, como tutora legítima de los parientes colaterales (Nov. 118, 5). **Lit.:** T. CHIUSSI, «Zur Vormundschaft der Mutter», *SZ* 111 (1994) 155.

III. FUNCIONES DEL TUTOR

- 16 **1.** El poder sobre la **persona** del pupilo se volatilizó pronto. Quedó atrás respecto al deber de ocuparse del sostenimiento y la educación del pupilo, y principalmente con la puesta a disposición de los medios precisos. La educación misma se dejaba normalmente en manos de la madre.
- 17 **2.** Sobre el **patrimonio** del pupilo tiene el tutor un poder *fiduciario* que lo capacita para disponer sobre él en el lugar del propietario (*domini loco*).

En el antiguo Derecho la propiedad estaba quizá repartida funcionalmente entre el tutor y el pupilo; sin embargo, ya en el periodo preclásico se considera solo al pupilo

como propietario. El tutor es, en cambio, *possessor*; está legitimado para los negocios de *disposición* y puede *adquirir* la posesión y la propiedad para el pupilo (seguramente ya en la época clásica; *vid. supra* [11.11-12] y [11.5]). Para la adquisición de otros derechos se servía del mecanismo de que, p. ej., se hiciera prometer la prestación a un esclavo del pupilo o que el tutor adquiriera él mismo para sí y luego adjudicara lo adquirido de hecho o incluso (en todo caso tras la finalización de la tutela) de derecho (en el sentido de una «representación indirecta»). Los *procesos* los emprende el tutor (en el procedimiento formulario) en nombre del pupilo, pero debe prestar caución como si fuera un procurador procesal. Las *obligaciones* las puede asumir el tutor solo para sí mismo, pero el pretor le concede en muchos casos *actiones utiles* por negocios del tutor para el pupilo y contra este una vez concluida la tutela (*vid. supra* [11.12-13]).

3. Para la administración del patrimonio pupilar, y las *limitaciones* impuestas al respecto al tutor, desarrollaron los juristas principios firmes, principalmente derivados de la *bona fides* como principio rector para la *actio tutelae* (*vid. infra* 62.26-29). Desde Marco Aurelio (segunda mitad del s. II) se añade la vigilancia estatal del *praetor tutelarius*. *Cfr.* Ulp. D. 26, 7, 1 pr. ss.; 7 pr. ss. 18

El tutor ha de colocar los capitales en la medida de lo posible en bienes raíces, o al menos produciendo intereses, enajenar las cosas perecederas o prescindibles, cumplir las obligaciones lo antes posible y cobrar los créditos inseguros. En la época postclásica se refuerzan estas normas (sobre todo también a causa de la pérdida de valor del dinero y la inseguridad general), hasta entonces solo recomendadas. La elaboración de una lista de los bienes patrimoniales (*inventarium*), hasta entonces solo recomendada, se impone obligatoriamente, a la vista del deber que tiene el tutor de rendir cuentas al final de la tutela. Las *donaciones* a partir del patrimonio del pupilo en el Derecho clásico no las puede ni emprender ni autorizar el tutor (con excepción de aquellas que sean obligadas conforme a la costumbre o la moral social).

Una *oratio Severi* (Septimio Severo, 195 d. C) prohíbe (con excepción de unas pocas excepciones) la *enajenación* o la *pignoración* de *fundos* rústicos o urbanos; los negocios contrarios a la prohibición son nulos (Ulp. D. 27, 9, 1, 2). Constantino amplía la prohibición a otros fondos y a bienes muebles valiosos, así como la entrega de tales bienes como dote. Sin embargo (ya desde Constantino, en ampliación de una excepción reconocida en la *oratio Severi*), por razones de fuerza mayor, puede concederse una liberación judicial de la prohibición. *Cfr.* C. 5, 37, 22. Justiniano exige un permiso oficial también para el cobro de créditos (C. 5, 37, 25; Inst. 2, 8, 2). **Lit.:** A. BISCARDI, «L'*oratio Severi* e il divieto di "*obligare*"», en *St. G. Grosso*, vol. 3, Milano, 1968, 245; H. ANKUM, «L'interprétation de l'*oratio Severi de praediis pupillorum* de 195 après J.-C», *Mél. Humbert*, 13. 19

- 20 4. Los negocios jurídicos del *impubes infantia maior* con los que asume obligaciones o consume o grava derechos solo son eficaces si se llevan a cabo con la *auctoritas tutoris* (*vid. supra* [14.4]), es decir, si el tutor completa el negocio aún imperfecto, y por tanto ineficaz, mediante su confirmación para la plena eficacia del mismo.

La *auctoritas*, en época arcaica, seguramente debía ser declarada de modo formal (con la fórmula «*auctor fio*» o similar). En el Derecho clásico basta con una declaración informal; no obstante, se sigue exigiendo siempre una comunicación expresa a través de un negocio concluido con presencia del tutor. *Cfr.* Paul. D. 26, 8, 3; Gai. *eod.* 9, 5.

- 21 Si el pupilo, sin la *auctoritas tutoris*, ha admitido una prestación como *cumplimiento* de una obligación y luego, a pesar de ello, reclama el crédito, el deudor, si el pupilo se ha *enriquecido*, recibe una *exceptio doli* (Gai. 2, 84; Inst. 2, 8, 2). Además, un pupilo que se haya *enriquecido* a través de un negocio concluido sin la *auctoritas tutoris* es responsable a partir de un *rescriptum divi Pii* (Antonino Pío, med. s. II), que concede una *actio utilis* para la restitución del enriquecimiento (Ulp. D. 26, 8, 1 pr.; 5 pr.-1; *vid. supra* [14.5]).

- 22 5. Una **pluralidad** de tutores puede darse si varios agnados del mismo grado son llamados legalmente, o bien el causante ha nombrado a varios tutores en el testamento, o bien el magistrado ha designado a varios. La gestión de los negocios les corresponde en general a todos los tutores, pero el causante o el magistrado pueden distribuir los negocios según sus objetos; y también puede atribuirse la gestión a uno solo, bajo el control y corresponsabilidad de los demás. *Cfr.* Ulp. D. 26, 7, 3, 1 ss. **Lit.:** SEILER (ante [44.12]), 175; P. VOCI, «La responsabilità dei contutori e dei magistrati municipali», *Iura* 21 (1970) 71 = VOCI (ante [60.1]) vol. 1, 479; F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Contribución al estudio de la tutela testamentaria plural en derecho romano*, Madrid, 1995; C. VENTURINI, «In tema di contutela», *Labeo* 45 (1999) 110.

IV. PROTECCIÓN JURÍDICA DEL PUPILO

- 23 Los medios jurídicos para la protección del pupilo contra los abusos de poder del tutor fueron inicialmente desarrollados de forma especial para los tipos particulares de tutela –según el respectivo motivo para la tutela (*vid. supra* [62.5-14])–, pero con el tiempo se extendió a toda clase de tutela.

1. Contra el tutor *legitimus* ya las Doce Tablas (8, 20b) conocen una *actio rationibus distrahendis* del pupilo por *sustracciones* de bienes pupilares, dirigida al pago de una multa en la cuantía del doble del valor de las cosas sustraídas. *Cfr.* Tryph. D. 26, 7, 55, 1; Ulp. D. 27, 3, 1, 24.

La acción (literalmente «para el examen de las cuentas», esto es, de las propias del tutor y las referidas al pupilo) se basa en un delito a semejanza del *furtum*. Podía hacerse valer solo tras la finalización de la tutela. Si tenía además una función reipersecutoria es algo que quizá era aún discutido entre los clásicos. Sobre la extensión a todos los tipos de tutores, *Cfr.* Ulp. D. 27, 3, 1, 19. **Lit.:** P. VOCI, «*Actio rationibus distrahendis*», en *St. A. Arena*, Padova, 1981, 2823 = VOCI, *Studi (supra [62.22])*, 649; M. HERRERO MEDINA, «Observaciones sobre la *actio rationibus distrahendis*», *SCDR* 27 (2014) 321.

2. Igualmente se remonta a la ley de las Doce Tablas (8, 20a; Ulp. D. 26, 10, 1, 1) la acción contra el tutor digno de sospecha, la ***accusatio (postulatio) suspecti tutoris***, obviamente la introducción de un procedimiento penal público contra el tutor testamentario sospechoso de haber cometido un ilícito penal (*crimen*). La acusación la puede entablar cualquiera; el procedimiento se sigue por vía cognitoria. Se fundamenta en la imputación de un comportamiento desleal (*fraus*) que se encuentra dado en el dolo (*dolus*), pero también en la grave omisión del cumplimiento de su deber, y desemboca en una sentencia declaratoria de que el tutor es digno de sospecha (*suspectum pronunciare*). Se funda en una infracción dolosa de su deber, de modo que tiene un efecto infamante (Diocl. C. 5, 43, 9; Inst. 1, 26, 6). El magistrado impone a continuación, en el Derecho antiguo, quizá una sanción penal pública, pero en el Derecho clásico solo la destitución (*remotio*) del tutor y puede (según un SC) imponer un nuevo tutor. **24**

Si la *accusatio suspecti tutoris* en el Derecho clásico se aplicaba a otras clases de tutores es inseguro (Ulp. D. 26, 10, 1, 5). Una simple *remotio* del tutor no desleal, pero sí inapropiado –sin *accusatio* y sin la infamia consiguiente– se dio posiblemente en el caso del tutor nombrado por el magistrado, que sería desde antiguo libremente separable del cargo. También esta consecuencia se extendió posiblemente a toda clase de tutores.

3. Un deber general de realizar una supervisión ordenada del patrimonio del pupilo lo puede asumir el tutor mediante una estipulación con una caución de garantía, a saber, la ***satisfatio (cautio) rem pupilli salvam fore*** (*i. e.* la prestación de una garantía de que el patrimonio del pupilo permanecerá a salvo). La garantía se presta al inicio de la tutela, y se refiere a todo lo que debe dar y hacer el tutor conforme a la buena fe (*quod ex tutela dari fieri oportet ex fide bona*: Ner. D. 46, 6, 11) y es exigible judicialmente a la extinción de la tutela. **25**

La prestación de la garantía tiene posiblemente una raíz doble: a) Cuando uno de los varios tutores testamentarios la ofrece, recibe la gestión de los negocios del pupilo. b) Además, podría exigirse coactivamente del tutor legítimo y de los designados por el

magistrado municipal, ya que estos tutores ni fueron llamados por la confianza del causante (como es el caso de los testamentarios) ni por la elección e investigación de un magistrado de alto rango (Gai. 1, 199). **Lit.:** A. GUZMÁN, *Caución tutelar en derecho romano*, Pamplona, 1974; M. T. CARBONE, *Satisfatio tutoris: sull'obbligo del tutore di garantire per il patrimonio del pupillo*, Milano, 2014.

- 26 4. a) Un remedio general, y configurado de forma muy elástica, concedido al que fuera tutor, tras la extinción de la tutela, es la *actio tutelae* (*i. e.* la acción por la tutela), desde mediados de la República. Es una acción de buena fe (*bonae fidei iudicium*) y se basa en los deberes de lealtad que le incumben al tutor por la gestión de los negocios del pupilo (*tutelam gerere*). La acción está dirigida al *ajuste* de las pretensiones recíprocas entre el pupilo y el tutor y a la *restitución* del patrimonio pupilar que reste después de esta operación, y en todo caso a la indemnización de daños.

Según esto, la *actio tutelae* se acerca a las otras acciones de gestión de negocios (la del mandato y la de la gestión de negocios sin mandato); sobre la fórmula de la acción, *cfr.* [83.16]). La idea del deber habría emergido primeramente en el caso de la tutela atiliana y de la testamentaria; sin embargo, la *actio tutelae* se extiende ya claramente en la época clásica a todas las clases de tutela. Si le sirvió de modelo la *satisfatio rem pupilli salvam fore* o fue al contrario, es una cuestión abierta.—La relación pupilar se clasificó como *cuasicontrato*: Inst. 3, 27, 2, *vid. supra* [38.3-4].

- 27 El tutor responde en la *actio tutelae* por *dolus malus*: la condena implica por tanto la nota de infamia. No obstante, paulatinamente fueron introduciéndose también ciertos comportamientos negligentes (*vid. supra* [36.14]). En las fuentes tardoclásicas y postclásicas se amplía la responsabilidad expresamente a la culpa en la medida de la *diligentia quam in suis*: Pap. D. 26, 7, 39 §§ 2, 3, 7, 12-14; Mod. coll. 10, 2, 3, *vid. supra* [36.21].

Del *periculum tutoris* se habla en relación con la responsabilidad basada en la culpa tipificada del tutor por actos de administración desventajosos.—El heredero del tutor responde (aparte de su propia culpa) solo por el *dolus* de su causante; en Justiniano también por *culpa lata* (D. 26, 7, 39, 6; C. 5, 54, 1, ambos *itp.*).

- 28 Si el tutor permanece inactivo (*tutor cessans*), puesto que la fórmula clásica presupone un *tutelam gerere*, se concedía una *actio tutelae utilis* (Pap. D. 26, 7, 39, 11); además, con determinados límites, el tutor estaba sujeto directamente a la coerción del magistrado.—Cuando hay varios tutores, responden normalmente por la totalidad (si las funciones de la tutela no han sido materialmente divididas entre ellos), *in solidum*; sin embargo, se les concedía caso por caso el *beneficium divisionis* (*vid. supra* [56.2], *vid.* también sobre el regreso [56.11]).—Quien se encarga de negocios propios de la tutela sin ser tutor, responde en época clásica con una acción especial recogida en el edicto *De eo qui pro tutore negotia gessit* («Sobre el que ha gestionado asuntos [de la

tutela] como tutor [sin serlo]»). Justiniano habla aquí de una *actio protutela* (D. 27, 5, 1 pr. itp.). Además recibe el que ha sido tutor una *in integrum restitutio* a causa de una actuación procesal sin legitimación por parte del tutor en favor del pupilo (Ulp. D. 27, 6, 1, 1/6). **Lit.:** SEILER, *Tatbestand (ante [44.12])*, 208 (protutela).

b) Si el tutor ha hecho *gastos* que sirven al interés legítimo del pupilo, se le concede un *actio tutelae contraria* contra este (Ulp. D. 27, 4, 1 pr. ss.), que también puede dirigirse a la cesión de la acción contra el deudor respecto al que responde el tutor ante el pupilo por el hecho de no haber actuado judicialmente a tiempo (Pap. D. 46, 3, 95, 10). **Lit.:** SEILER (*ante [44.12]*), 149. **29**

5. Desde Constantino, siguiendo modelos helenísticos, recibe el pupilo una *hipoteca general* sobre el patrimonio completo del tutor para garantizar los créditos derivados de la tutela: CTh. 3, 30, 1 = C. 5, 37, 20. **30**

§ 63. La tutela sobre las mujeres (*tutela mulierum*)

(RPr. §§ 21, 89, 231 II)

Lit.: P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum*, 2 vols., Torino, 1976, 1979 (con H. STIEGLER, SZ 99 [1982] 454); NELSON – MANTHE III/2, 144; E. HOLTHÖFER, «Die Geschlechtsvormundschaft. Ein Überblick von der Antike bis ins 19. Jh.», en *Frauen in der Geschichte des Rechts (ante [14.12])*, 390; D. NÖRR (*ante [62.1]*).

- 1 Las *mujeres*, según el Derecho arcaico y, parcialmente, también el clásico, no tenían plena capacidad negocial (*vid. supra [14.12]*). Las mujeres *sui iuris*, incluso aunque fueran púberes, estaban siempre bajo la potestad de un **tutor**. Sin embargo, con la progresiva independización de la mujer en la vida social, esta *tutela mulierum* fue retrocediendo cada vez más. En la época postclásica siguieron existiendo solo débiles restos de ella. Es característico Gai. 1, 190:

Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur: nam quae vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera; mulieres enim quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negocia tractant et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur.

Pero, en cambio, apenas hay alguna razón de peso que persuada para que las mujeres de edad adulta estén bajo tutela: pues lo que vulgarmente se cree de que en general son engañadas por la ligereza de su espíritu, y por eso resultaba justo que fueran dirigidas por la autoridad de sus tutores, es más una razón aparente que verdadera, pues las mujeres adultas tratan de sus negocios por sí mismas y hay casos en que el tutor interpone su autoridad por mero formalismo, y con frecuencia también autoriza actos contra su voluntad forzado por el pretor.

Se requería el consentimiento del tutor sobre todo para la enajenación de *res Mancipi*, para la *in iure cessio* y la *acceptilatio*, las manumisiones, la adición de la herencia, el otorgamiento de testamento, la constitución de la dote, así como para la asunción de obligaciones y el ejercicio de acciones.

La justificación basada en la veleidosisidad o la debilidad (*infirmitas*) de carácter se encuentra muy frecuentemente en los escritores antiguos, en especial en Cicerón y Séneca (también en Gai. 1, 144), y procedía de la filosofía griega (Aristóteles, *Politeia* 1260a). Sin embargo, ya en la República (a finales) resultaba errada: de ello ofrece un ejemplo la mujer de Cicerón, Terencia, que –más intrépida que cualquier varón (Cic., *fam.* 14, 8, 2)– administraba sus bienes de

forma totalmente independiente y con éxito con ayuda de sus libertos. Probablemente se alargó artificialmente la subsistencia de la tutela de las mujeres por las leyes matrimoniales augústeas, que asociaron la liberación de esta tutela como privilegio con la procreación de tres o cuatro hijos (lo que en el caso de una auténtica *levitas animi* habría sido más un castigo que una recompensa): Gai. 1, 194; *cfr.* [58.27]. Tras el final de la época clásica, el instituto pronto desapareció.

2. A diferencia de la *tutela impuberum*, la *tutela mulierum* siguió siendo continuamente una institución «egoísta» en interés del tutor, aunque este no fuese necesariamente el heredero más próximo de la mujer. Con todo, la *potestad* originaria del tutor sobre la persona y el patrimonio de la mujer fue perdiéndose en gran medida en la época clásica, así como la gestión de negocios para la mujer. Esta administra su patrimonio por sí misma, de modo que el tutor no asume ninguna responsabilidad (Gai. 1, 191 s.). Su función se agota en la prestación de la *auctoritas* para determinados negocios.

3. Las **causas de la llamada** a la tutela de la mujer son las mismas que para la tutela de los impúberes.

a) Como tutores **legítimos** son llamados también aquí los *agnados próximos*, por tanto, en el caso de la que hubiera sido *uxor in manu*, en primera línea los propios hijos; tras los agnados, los *gentiles*. La tutela de los gentiles desapareció ya en el periodo preclásico; la de los agnados fue abolida en una *lex Claudia* (s. I d. C.): Gai. 1, 157.—Sobre las *libertas* se llamaba al patrono; sobre las emancipadas, al *parens manumissor*. En estos dos casos se mantuvo la tutela durante más tiempo —lo más tarde hasta Constantino— y aquí solo forzó el pretor la prestación de la *auctoritas* por alguna «causa importante»: Gai. 1, 192. En general, la tutela de la mujer ejercida por los patronos fue más amplia y más intensa que la tutela atiliana.—La tutela legítima sobre las mujeres podía cederse por medio de la *in iure cessio* (Gai. 1, 168-172).

b) En el caso de la tutela **testamentaria** puede el causante *dejar a la mujer* la elección de la persona del tutor (*tutor optivus*), y con permiso para elegir una o varias veces (Gai. 1, 150-154). El tutor conserva el derecho de renunciar (*ius abdicandi*): UE 11, 17.

c) La tutela de la mujer nombrada por el **magistrado** se funda en las mismas leyes que la de los impúberes, es decir, parte de las *leges Atilia* y *Iulia et Titia* (*vid. supra* [62.12], *Cfr.* Gai. 1, 195; UE 11, 18). En época clásica todavía se designa *a petición de la mujer*.

d) Un nombramiento del tutor por un motivo especial también existe en el caso de las mujeres; *Cfr. supra* [62.14]. *Cfr.* Gai. 1, 173-181.

§ 64. La curatela (*cura*)

(RPr. §§ 22, 90, 231 III, 235)

I. NATURALEZA Y DESARROLLO

- 1 Las Doce Tablas conocían una **cura** (*curatio*) sobre los enfermos mentales (*furiosus*) y sobre los pródigos incapacitados. Al igual que el tutor, también el *curator* recibe un poder fiduciario sobre la persona y el patrimonio, que en principio solo estaba limitado por normas del Derecho sacro y por la costumbre. Pero este poder, cuando afecta al *varón púber sui iuris*, se siente como una excepción y limitado a su finalidad, de modo que, en el caso de los enfermos mentales, concierne a su persona y su patrimonio, y en el caso del pródigo, solo a su patrimonio familiar hereditario. En esta posible limitación reside la diferencia entre la *cura* y la *tutela*.
- 2 En la República avanzada, en conexión con la *lex Laetoria* (ca. 200 a. C., *vid. supra* [14.8]), se añade la *cura minorum*, *i. e.* el cuidado sobre los púberes menores de edad, es decir, los que no han cumplido aún los 25 años. En seguida ganó más peso que los otros casos de curatela, se va configurando cada vez mejor y, con ello, se va acercando a la tutela de los impúberes. Con Justiniano está la equiparación casi acabada; sin embargo, aún mantiene formalmente la diferencia entre el *tutor impuberis* y el *curator minoris*.

II. LA CURATELA DE LOS MENORES (*CURA MINORUM*)

Lit.: SEILER (*ante* [44.12]; 1968), 276, 279; A. KRÄNZLEIN, «Obligatorische cura minorum im justinianischen Recht?», en *St. Grosso*, vol. IV, Milano, 315; S. DI SALVO, *Lex Laetoria minore età e crisi sociale tra il III e il II a. C.*, Napoli, 1979; WACKE [14.9]; J. A. CROOK, «*Lex Plaetoria*», *Athenaeum* 62 (1984) 586; H. ANKUM, «*Le minor captus et le minor circumscriptus*», en *Liber amicorum: études offerts à P. Jaubert*, Bordeaux, 1992, 35 = *Evag.*, 629; F. MUSUMECI, «L'interpretazione dell'editto sui minori 25 anni secondo Ofilio e Labeone», en *St. F. Gallo*, vol. II, Napoli, 1997, 39; EL MISMO (*supra* [9.3]); más *supra* [14.8].

- 3 1. El curador (*curator*) para el menor de edad púber es nombrado por el *pretor a petición* del propio *minor* (en el s. III, según el Derecho imperial, también a petición de sus parientes), y en principio solo para los fines concretos defini-

dos con exactitud en la petición. Solo Marco Aurelio (segunda mitad s. II) generalizó abiertamente el nombramiento y convirtió la *cura minorum* en una institución general, ya que podía concederse también para un círculo *indeterminado* de negocios o para la gestión de *todos* los asuntos. En época *postclásica* se nombra un curador, sin más, para *todo minor* (que no se encontrara sometido a tutela); la competencia para su nombramiento es igual que para el tutor nombrado por la autoridad (*vid. supra* [62.12]).

La norma, según la cual no puede nombrarse a ningún curador (excepto para la tramitación de un litigio) para el *minor* (púber) en contra de la voluntad (Inst. 1, 23, 2), apenas resultó práctica después. El que había sido tutor hasta ese momento no continuaba fácilmente ejerciendo la supervisión como *curator* sobre el menor con la entrada en la pubertad; más bien debió ser siempre nombrado el *curator* por el funcionario competente (o al menos ser confirmado), como en el Derecho clásico.—Que se nombrara un *curator* para el *minor* en los procesos a petición de la parte contraria se basa en el hecho de que, si no, no se le debería exigir la comparecencia en el litigio, a causa de la *restitutio in integrum* (*vid.* [14.8]) que pendía sobre ella: *cf.* Ant. C. 5, 31, 1. **Lit.:** DESANTI [62.9], 247, 295, 311; L. GARCÍA GÉRBOLES, «Minoría de edad y legislación justinianea», SCDR 28 (2015) 397.

2. a) Los negocios para los que se solicitaba un curador necesitaban de su **consensus**, pero esta «aprobación», a diferencia de la *auctoritas tutoris* (*vid. supra* [62.20]), no estaba ligada a la coincidencia temporal ni a la presencia en persona del *curator*. 4

Este *consensus curatoris*, en principio, no es imprescindible para la validez del negocio, puesto que el *minor* sí tiene capacidad jurídica; sin embargo, cuando el menor de edad ha concluido un negocio para el que se le ha proporcionado un *curator* y lo ha hecho sin el consenso de este, el pretor le concede el remedio que le prometió para el caso de engaño (*vid. supra* [14.8]). Seguramente desde Diocleciano se exigió la aprobación del curador (como ya antes en el caso de la *tutela impuberis*) para la validez de todos los negocios, en la medida en que lleve consigo una pérdida de derechos o una obligación para el *minor*.

b) La **administración del patrimonio** del menor de edad no pertenece, de entrada, a las funciones del curador. Sin embargo, parece haber sido corriente en el curso de la época clásica que el *minor transfiriera* esa administración al curador, hasta el punto de esta se convirtió en la época clásica tardía en su función principal; en el Derecho postclásico se entendía sin más como incluida en su cargo. 5

Según esto, ya en época clásica se prescribió para el *curator* una prestación de garantía (en principio voluntaria) correspondiente a la *satisdatio rem pupulli salvam fore* (Gai. 1, 199-200 = Inst. 1, 24 pr.); además, la *oratio Severi*, que prohibía

■ § 64. LA CURATELA (CURA)

la enajenación y la pignoración de los fundos del pupilo, se aplicó en correspondencia a los curadores. Algo parecido vale quizás para las *excusationes* y la *accusatio suspecti* (cfr. [62.13, 19 y 24]). Otras instituciones creadas para el tutor fueron extendidas con el tiempo también al curador. **Lit.:** S. NISHIMURA, «Ein vergessenes Beispiel für die Haftung der Kuratoren des Mindesjährigen: D. 4, 4, 32», en *Fs. Knütel*, 813.

- 6 3. Para las pretensiones entre el curador y el menor, el Derecho clásico se vale de la *actio negotiorum gestorum* (vid. *supra* [44.13]). Justiniano intenta independizarla como *actio curationis* o similar (también *actio utilis*): D. 26, 8, 11 itp.; rúbrica del edicto D. 27, 3.

III. LA CURATELA DE LOS ENFERMOS MENTALES (*CURA FURIOSI*)

- 7 La regla de las Doce Tablas «*Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniamque eius potestas esto*» («si uno está loco, los parientes agnaticios y los gentiles tengan la potestad sobre él y sobre su patrimonio»: 5, 7a) ha de entenderse en el sentido de que el poder de cura sobre el enfermo mental (vid. *supra* [14.15]) y su patrimonio correspondía, en primer término, a los *agnados más próximos*, y solo si no hay agnados, a los *gentiles*.

La *cura furiosi* es, pues, al igual que la tutela, una institución al mismo tiempo egoísta y altruista, en la medida en que el llamamiento a su ejercicio se solapa con el de la sucesión intestada. La *cura* de los agnados (la de los gentiles se extinguió también aquí ya durante la República) entra a funcionar por sí misma (sin llamamiento). Donde falta un agnado idóneo, el *curator* es nombrado por el *pretor* (o el gobernador provincial), Gai. D. 27, 10, 13. El nombramiento de un curador en el *testamento* no se reconoce como tal, se toma solo como un consejo para el magistrado (Tryph. eod. 16 pr.). Justiniano sigue exigiendo un nombramiento *de autoridad*; ha de nombrarse en primer término el sujeto que haya sido nombrado por el padre en el testamento, luego el llamado legalmente, y finalmente cualquier otro que sea apropiado (C. 5, 70, 7).

- 8 El *curator furiosi* (de modo semejante al *tutor impuberis*) debía velar por la *persona* del *furiosus* y administrar su *patrimonio*. También se encontraba, como fiduciario, en el lugar del propietario (*domini loco*), cfr. Gai. 2, 64. Para la *actio negotiorum gestorum* en relación con el *furiosus*, vale lo dicho más arriba (vid. [64.6]).

En el Derecho justiniano ha de prestar una garantía y elevar un inventario del patrimonio del sometido a la curatela. Sobre el patrimonio del curador recibe aquel una

hipoteca general por ministerio de la ley (C. 5, 70, 7, 5a/6c). **Lit.:** SEILER (*ante* [44.12]; 1968), 263; C. LANZA, *Ricerche sul furiosus in diritto romano*, Roma, 1990.

IV. LA CURATELA DEL PRÓDIGO (*CURA PRODIGI*)

La curatela del pródigo presupone la incapacitación (*interdictio*), *vid. supra* 9 [14.16]. Como la *cura furiosi*, también la *cura prodigi* corresponde, según la ley de las Doce Tablas (5, 7c), a los agnados más próximos, y tras ellos a los gentiles. En caso de necesidad también aquí se nombra el curador por el magistrado (UE 12, 1/3).

Sobre la *persona* del pródigo no tenía el curador ningún derecho. Su poder 10 tuitivo se limita a la administración del *patrimonio*, en un primer momento solo sobre los bienes objeto de la sucesión intestada (*bona paterna avitaque*, *vid. supra* [14.17]), luego de la totalidad del patrimonio. Sobre estos bienes se pone el curador también *domini loco*. Pero junto a él conserva el pródigo una limitada capacidad negocial (*vid. supra* [14.16]).

V. OTRAS CURATELAS

Según las fuentes clásicas los magistrados nombran a **otros curadores** para los *mu-* 11 *dos*, los *sordos* y los *imposibilitados*, y además para los concebidos (aún no nacidos) y en otros casos. Sus funciones se determinan conforme a su nombramiento. En el Derecho *postclásico* entran parcialmente en este grupo también los *tutores* nombrados por motivos *especiales* (*vid. supra* [62.14]).

VI. DESARROLLOS POSTERIORES

El Derecho romano de la tutela fue recibido en Occidente; en la mayoría de 12 los territorios alemanes se llegó a la fusión de *tutela* y *cura*, que se llevó a cabo en las Ordenanzas de Policía imperial (*Rechtspolizeiordnungen*) de 1548 y 1577. Ahí se estableció al mismo tiempo que, para todos los tutores, ya fueran llamados por testamento, la ley o el juez, la administración debía ser «decidida y ordenada por la autoridad» (tít. 31 o 32 § 2). Para la asunción de la administración del patrimonio del pupilo se necesitaba, pues, una resolución judicial. En el tardoabsolutismo ilustrado se llegó, en virtud de la idea directriz de que la administración estatal ha de orientar a los ciudadanos en

■ § 64. LA CURATELA (CURA)

todos los ámbitos de la vida y velar por ellos, a un traslado de amplio alcance de la dirección de la tutela al tribunal tutelar; los tutores se convirtieron en «plenipotenciarios del Estado» (§ 235 II 18 ALR), Sin embargo, la Ordenanza de Tutelas prusiana de 1875 y, siguiendo a esta, el BGB, así como el ZGB, retornaron en lo esencial a los principios del Derecho común y tomaron por base nuevamente en especial el principio de la independencia del tutor. En el lugar de la tutela sobre los mayores de edad entró en vigor desde el 1.1.1992 la asistencia jurídica (*rechtliche Betreuung*: §§ 1896 ss. BGB), que fundamentalmente deja a la persona que recibe la asistencia más autonomía que la que se daba en el caso de la incapacitación anterior.—§§ 1773 ss. (curatela [*Pflegschaft*] 1909 ss.) BGB; 187 ss. (custodia [*Obsorge*] de otra persona; desde la KindRÄG 2001 en lugar de la antigua tutela), 273 ss. ABGB (administrador para los mayores de edad impedidos); 360 ss. ZGB; arts. 268 ss. Cc esp. («curatela»). **Lit.:** COING I, 255; II, 329.

CAPÍTULO VI

DERECHO DE SUCESIONES

Exposiciones generales: VOCI, *DER* I², II²; EL MISMO, «Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi», *ANRW* II 14, 1982, 392 = VOCI, *Studi (ante [60.1])*, vol. 2, 1; EL MISMO, «Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero, I (Le costituzioni del IV sec.)», *Iura* 29 (1978) 17; «II (Le costituzioni del V sec.)», *SD* 48 (1982) 1 = VOCI, *Studi (ante [60.1])*, vol. 2, 79, 177; NELSON - MANTHE III 1, 51; F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Law of Succession*, Warszawa, 2011; U. BABUSIAUX, *Wege zur Rechtsgeschichte: Römisches Erbrecht*, Stuttgart, 2015.

A. GENERALIDADES. LLAMAMIENTO A LA HERENCIA

§ 65. La sucesión hereditaria. Herencia (*hereditas*) y posesión del patrimonio hereditario (*bonorum possessio*)

(*RPr.* §§ 23, 157-159, 280-282)

I. NATURALEZA DE LA SUCESIÓN HEREDITARIA

1. La sucesión hereditaria es la sucesión universal de una o varias personas como herederos en el conjunto de los derechos heredables de una persona muerta. La idea de la **sucesión universal** (de la adquisición *per universitatem*: *Gai.* 2, 97; *Inst.* 2, 9, 6) la ilustran los romanos con el cuadro de que los here-

deros «entran en el lugar del causante» (*succedere in locum defuncti*, entre otras expresiones).

Los clásicos utilizan la expresión *succedere* solo en sentido plástico para aclarar con ello que el derecho del heredero tiene el mismo contenido que el del causante. Son los postclásicos los que tienden más bien a la idea de una transmisión del derecho; sin embargo, la expresión *succedere in ius (iura) defuncti* la conocen ya los clásicos. La doctrina romana tardía enseña, bajo influencia filosófica, que el causante y el heredero constituyen una unidad ideal.—Otros casos de una sucesión universal están referidos, según el *ius civile* clásico, principalmente a la *conventio in manum* de una mujer *sui iuris* (vid. *supra* [59.3]) y a la *adrogatio* (vid. *supra* [60.27]), y según el *ius honorarium* a la *bonorum venditio* en el concurso de acreedores (vid. [59.3]).—En la sucesión a título particular (sea *inter vivos*, como p. ej. en el caso de enajenación, sea *mortis causa*, como en el legado) la idea del *succedere* de ciertos puntos concretos solo se aplicó con carácter general por los postclásicos.

El causante se denomina aún hoy en inglés y en las lenguas románicas «*de cuius*», que procede de la expresión *is de cuius hereditate agitur/lquaeritur* («aquel de cuya herencia se trata/se discute») de las fuentes romanas: Inst. 3, 2, 6.

Lit.: A. WACKE, «Erbrechtliche Sukzession als Persönlichkeitsfortsetzung?», SZ 123 (2006) 197; M. AVENARIUS, «*Continuatio dominii*», en *FHI.*, vol. I, 231; G. NICOSIA, «Le figure di “*successio*” diverse da quella ereditaria», Index 43 (2015) 165.

- 2 **2. Objeto** de la sucesión hereditaria es el *patrimonio* como conjunto de los derechos hereditarios. A él pertenecen las cosas en propiedad del causante, sus demás derechos reales heredables, la mayoría de sus créditos, etc. Gayo (2, 14 = Inst. 2, 2, 2) considera la *herencia (hereditas)* entre los objetos de derecho como una *res incorporalis* unitaria.
- 3 *No* son heredables el usufructo y el derecho de uso; además, aquellos *derechos de crédito* que se dirigen a prestaciones que solo corresponden a la persona del causante (como los derivados del mandato o de la sociedad), y ciertas pretensiones penales (vid. *supra* [50.8]). Sobre determinados derechos y créditos que no pueden constituirse por un tiempo limitado, *cfr. supra* [10.14 y 18]. Las obligaciones con eficacia solo *post mortem* pueden plantearse solo a partir de Justiniano (vid. *supra* [35.7]). Sobre la heredabilidad del llamamiento a la herencia (*transmissio*), vid. *infra* [72.8].
- 4 Las **deudas** no son parte integrante de la herencia; pero la responsabilidad del heredero por las deudas del causante está vinculada desde época temprana, aunque quizá no ya desde el principio, con la sucesión hereditaria (vid. *infra* [74.1]).

II. HISTORIA

1. a) El ordenamiento de la sucesión hereditaria en la **época arcaica** (en 5 parte aprehensible solo hipotéticamente y, por tanto, sometido a mucha discusión), en su parte esencial –es decir, en la sucesión hereditaria de los *herederos domésticos (sui heredes)*–, es solo una rama del *Derecho de familia*. Con la muerte del *paterfamilias* entran en su lugar sus *hijos de familia* y su *uxor in manu* y mantienen así la continuidad de la familia como una comunidad de cultos de las divinidades familiares y como unidad de producción en torno a la explotación agraria de la tierra. El grupo familiar monocráticamente dirigido por el *paterfamilias* se dispersa en tantas nuevas unidades como personas se hacen *sui iuris* con su muerte (*vid. supra* [12.9]); pero en ellos continúa viviendo la familia en su esencia jurídica y sacral. Además, esta pluralidad de personas continúa existiendo, en principio, en la medida en que lo quieran sus miembros, como una comunidad jurídica (*consortium*) constituida *cooperativamente*, es decir, según el principio de un orden igualitario (sin un jefe monocrático). *Vid. infra* [66.5].

b) Esta continuidad de la comunidad de varios herederos encierra en sí misma el 6 riesgo de que, con el crecimiento de la familia, la explotación agraria heredada no baste para su *alimentación*. A ello se añade que el *acuerdo* entre los miembros del consorcio (es decir, las personas que se han convertido en *sui iuris* con el hecho hereditario) cada vez es más difícil de mantener cuantos más sujetos confluyen en el mismo patrimonio hereditario. Por eso ya en las Doce Tablas todo coheredero podía en cualquier momento activar la disolución de la comunidad (con la *actio familiae erciscundae*). Pero con ello sobreviene el nuevo riesgo de que, con las divisiones efectuadas continuamente de generación en generación, la explotación agraria finalmente se fragmente en *unidades muy pequeñas no rentables*.

La única vía de salida que se ofreció fue reconducir el patrimonio hereditario *indiviso a un solo heredero* y excluir *jurídicamente* a los coherederos «sobrantes» del grupo familiar, privándoles así de la expectativa hereditaria. Como medio para ello estaban a disposición ciertos actos *inter vivos*: el «redimensionamiento» de los hijos mediante la *emancipatio*, la cesión de hijos a otra familia por la *adoptio*, el matrimonio con *conventio in manum* de las hijas (unido a la aportación de una dote). Pero además se añadió a este fin también un negocio de Derecho hereditario: el **testamento con institución de heredero**, en el que el *paterfamilias* instituye al futuro *heredero de la explotación familiar (heredis institutio)* y deshereda a los demás miembros de la comunidad doméstica legitimados para heredar (*exhereditio*).

- 7 Este desarrollo es comparable al del *Anerbenrecht* (derecho de herencia unitaria) medieval, que se deriva de una *Anerbensitte* (i. e. costumbre de dejar un solo heredero) expresado en la máxima «*der Bauer hat nur ein Kind*» («el campesino tiene un solo hijo»). Sin embargo, en Roma se dejó a la iniciativa del causante si él quería instituir a un solo heredero y a quién.—Como testamento con institución de heredero sirvió el *testamentum per aes et libram* (testamento mancipatorio) que, al menos para las atribuciones particulares (legados, manumisiones), era ya conocido por las Doce Tablas. Sin embargo, la *institución de heredero* probablemente solo fue incluida más tarde en esta figura; quizá solo con las grandes formaciones de latifundios y capitales del s. IV a. C., pero una antigüedad mayor no es totalmente excluible. Ahí podría haber servido como modelo el ya antiguo *testamentum calatis comitiis* (vid. *supra* [60.29]), que primariamente estaba previsto, como «adrogación para el caso de muerte», para dar al carente de hijos un *filius* como sucesor.
- 8 Si a la muerte del causante no hay *heredes sui*, entonces existe el riesgo de extinción de la familia y, por tanto, la desaparición del culto de las divinidades familiares, así como la ruina de la explotación agraria. En este punto intervino la ley de las Doce Tablas, al menos para la conservación de los *sacra* y de la hacienda, y defieren el patrimonio hereditario a los *parientes colaterales agnaticios más cercanos* y, si no hay ninguno, a los *gentiles*. En realidad, se admite incluso que cualquier persona *ajena a la familia* aprehenda la finca y se haga heredero por *usucapión* (*usucapio pro herede*), si con anterioridad no le ha arrebatado el patrimonio hereditario (incluso con la acción hereditaria si fuera necesario) uno de los llamados que se mencionaron antes (vid. [72.3]). El causante que no tenga *sui* podría, sin embargo, quizá ya en la época de las Doce Tablas, excluir completamente de la herencia a los agnados y a los gentiles, con independencia del mencionado testamento *calatis comitiis*, a través de la atribución de la totalidad del patrimonio hereditario (como una suerte de legado universal) a un beneficiario en su testamento mancipatorio.
- 9 2. Con el abandono de la forma de vida basada en el predominio de la economía agropecuaria *a mediados de la República* y con el ascenso de la conciencia de la personalidad en Roma, la **libertad de testar** se convirtió en el principio dominante del régimen de la sucesión hereditaria. El testamento, aunque obviamente fue creado para atender a las necesidades especiales de la época arcaica romana, ya desde antiguo incluyó dentro de sí la posibilidad de otras disposiciones del testador. Desde que el núcleo patrimonial ya no residía en una propiedad agraria que era preciso proteger frente a la disgregación, los causantes hicieron un uso abundante de la libertad de instituir a una o varias personas de su elección como herederos, y por tanto de atribuir el patrimonio discrecionalmente también a personas ajenas a la comunidad doméstica o de

repartirlo. Esta autocomposición que el *paterfamilias* hace del destino de su patrimonio para después de su muerte se convirtió en regla en Roma (al igual que lo es aún hoy en Inglaterra), hasta el punto de que el testamento en este periodo dejó muy en segundo plano a la sucesión intestada.

Las limitaciones a la libertad testamentaria solo se fueron configurando paulatinamente. El requisito de que el causante no pudiera prescindir tácitamente de determinados parientes cercanos (*vid. infra* § 69) no le privó de la libertad de desheredarlos. Solo hacia el final de la República los comienzos de un derecho de sucesión forzosa con la introducción de la *querela inofficiosi testamenti* (*vid. infra* [70.1]) estrecharon la libertad testamentaria en interés de ciertos parientes. 10

La **sucesión intestada**, esto es, la sucesión hereditaria que entra en caso de inexistencia de un testamento, es reordenada por el *pretor* a mediados de la República con un doble fin: a) con la progresiva individualización, en lugar del parentesco *agnaticio* (*vid.* [12.7]), que dominaba el sistema hereditario de las Doce Tablas, entra el parentesco de sangre (*cognatio*). Con ello se reconoce también al hijo *emancipado* legitimación para suceder junto con los hijos que permanecían bajo la potestad del causante; no obstante, se obliga a los emancipados a incluir (contablemente) su patrimonio propio en la masa hereditaria (*collatio*), a fin de que este no se encuentre en mejor situación que los otros hijos que habían permanecido sin capacidad patrimonial hasta la muerte del causante (*vid.* [73.9-10]). b) La creciente frecuencia del matrimonio *libre* motivó la introducción de una sucesión intestada entre los **cónyuges**, pero solo en último lugar tras los parientes. 11

3. Justiniano continúa las tendencias dominantes en el Derecho clásico: los restos del orden sucesorio agnaticio se eliminan y las contradicciones entre la sucesión hereditaria civil y la pretoria en la práctica se superan. El formalismo verbal de los testamentos (al igual que en la estipulación, *vid. supra* [40.3]) fue retrocediendo ya en el periodo clásico. Por ello se fortalecieron las exigencias formales *externas*, a saber, la forma escrita como regla general y la presencia de testigos. 12

Según su contenido, los testamentos sirven en el periodo postclásico primordialmente para el *sostenimiento* de los parientes cercanos, y junto a eso frecuentemente también para garantizar la salud del alma (*in bonum animae*) a través de atribuciones para fines piadosos. Sobre similares funciones de las donaciones, *vid. supra* [47.6]. 13

4. Hay ciertas reglas propias del Derecho de sucesiones romano que a primera vista parecen tener poco sentido: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, según la cual, junto a un testamento en el que se dispone sobre una parte de la 14

herencia, para el resto no son llamados los herederos *ab intestato* (vid. [65.25] con trad.); además, * *semel heres, semper heres* («una vez heredero, siempre heredero»), según la cual se le prohíbe al causante, tras los herederos llamados en principio, hacer entrar después a otras personas como «herederos sucesivos» (por la introducción de una condición o un plazo: vid. [68.7]); finalmente, la inadmisibilidad de una institución de heredero sobre objetos particulares (*heredis institutio ex re certa*: vid. [68.7]) en vez de sobre toda la herencia o una cuota ideal de ella (la mitad, un tercio, etc.). Estas reglas se remontan a la sucesión hereditaria unitaria de la época agraria, en la que el patrimonio hereditario debía pasar a una sola persona como una totalidad, que debía conservarlo el mayor tiempo posible. En el orden social y económico posterior estas reglas perdieron su sentido; sin embargo, el Derecho clásico aún las mantuvo y buscó solo vías parciales para eludir las: p. ej. la falta de una herencia sucesiva, a través del fideicomiso universal (vid. *infra* § 78).

- 15 En el *Derecho vulgar postclásico* se difumina la rigurosa frontera entre institución de heredero y legado y, por tanto, entre sucesión universal y particular; asimismo entre las donaciones (*inter vivos y mortis causa*) y las atribuciones *mortis causa*. Con ello se hace posible una «institución de heredero» sobre objetos concretos, en todo caso junto a la sucesión universal de los herederos *ab intestato*. Este tratamiento sirvió de modelo a la liberalidad para después de la muerte (*donatio post obitum*) medieval, que aún sigue teniendo vigencia en algunos ordenamientos actuales.—Justiniano, por el contrario, regresa con fuerza a las instituciones y principios clásicos. Sobre más casos, vid. G. WESENER, «Ephemere Besonderheiten des spätromischen Erbrechts. Zur Frage des Fortlebens rechtlicher Institute», en *Fs. Knütel*, 1401 (cfr. [60.20], [67.11 y 12]).

III. HERENCIA (*HEREDITAS*) Y POSESIÓN DE LOS BIENES HEREDITARIOS (*BONORUM POSSESSIO*)

- 16 **1.** *Heres* es solo el heredero según el *ius civile*, cuyo llamamiento se basa en leyes (como las Doce Tablas), senadoconsultos y el Derecho imperial. *Causante* puede serlo cualquier ciudadano romano que tenga capacidad patrimonial. Los esclavos no tienen herederos (Diocl. C. 6, 59, 4), y tampoco (porque no tienen propiedad alguna) las hijas de familia; solo los hijos de familia, pero solo si disponen sobre su peculio castrense (UE 20, 9).
- 17 **2.** El *pretor*, al igual que no puede hacer a nadie propietario (civil), tampoco puede crear a ningún *heres*. Pero, de la misma forma que a través del *in bonis habere* coloca a determinadas personas en una posición como si fueran propietarios, y los defiende en ciertos casos incluso contra el propietario civil (vid. *supra* [27.26]), también pone a ciertas personas en posición equivalente a la de un heredero y lo defiende en ocasiones incluso contra el heredero civil. El De-

recho hereditario reconocido con sus características por el pretor se denomina ***bonorum possessio*** («posesión de los bienes hereditarios», a no confundir con la *hereditatis possessio*, «posesión de la *hereditas*», *vid.* [75.3]); pero el *bonorum possessor* no es *heres*, sino que solo está en el lugar del *heres* (*heredis loco*: Gai. 3, 32 = Inst. 3, 9, 2 [1.^a parte]).

Posiblemente este desarrollo partió del procedimiento para la indagación de quién 18 podía ser *demandado* en un *proceso por la herencia*. Como la *rei vindicatio* se dirige contra el *poseedor*, también ha de ser el demandado correcto en la *hereditatis petitio* solo quien sea *poseedor de la herencia* (*vid. infra* [75.3]), que también aquí viene favorecido frente al demandante en cuanto a la carga de la prueba. Pero la cuestión de cuál de las dos partes del litigio ha de tener tal posesión, y, por tanto, tener el papel más ventajoso de demandado, no se dirime aquí a través de interdictos (como *supra* [27.14]), sino que el pretor mismo fija esta legitimación pasiva (tras un examen sumario) y concede la *bonorum possessio* por decreto (*vid. infra* [71.9]).

En la «partición» pretoria de la *bonorum possessio* (*vid.* al respecto [71.9]) hay 19 tres casos posibles, que se corresponden a los ámbitos de actividad del pretor *adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia* (*vid. supra* [2.12]). a) El pretor concede la *bonorum possessio* a aquel a quien tiene por heredero civil. Si luego de la indagación posterior del pretor en la *hereditatis petitio* se desprende que el *bonorum possessor* no es el heredero real, debe restituir la herencia al auténtico heredero.—b) Donde el pretor atribuye la *bonorum possessio* en un caso en que no hay *ningún* heredero civil en absoluto, rellena él la *laguna*. La *bonorum possessio* se concede aquí definitivamente, ya que no hay nadie que pueda discutirla judicialmente con base en el *ius civile*.—c) Donde el pretor finalmente considera la sucesión civil como *inequitativa* y, en consecuencia, entrega la *bonorum possessio* a alguien *distinto* del heredero civil, ahí está *reformando* el *ius civile* y da garantías al *bonorum possessor* concediéndole una *exceptio doli* contra la *hereditatis petitio* del heredero civil. *Cfr.* Gai. 2, 120; también 3, 34.

En el caso a) no interviene el pretor de forma innovadora: la *bonorum possessio* que 20 concede ahí es solo *provisional*, que debe ceder ante el Derecho civil; en el lenguaje escolar se la denomina «*bonorum possessio sine re*». En los casos b) y c), por el contrario, como regla general concede el pretor una *bonorum possessio* definitiva, que no cede ante la sucesión del *ius civile*, denominada «*bonorum possessio cum re*». *Cfr.* Gai. 3, 35-37. La *bonorum possessio cum re* es más reciente que la *b. p. sine re*, pero posteriormente la *desplazó*. La citada *exceptio doli* se remonta a Antonino Pío (*vid. infra* [67.9]).

3. En el Derecho **postclásico** la contraposición entre sucesión hereditaria 21 civil y pretoria pierde su fundamento. Mientras la *bonorum possessio* en el

Derecho tardío occidental se abandona, Justiniano se sigue aferrando (en conexión con las fuentes clásicas) a la convivencia de *hereditas* y *bonorum possessio*; sin embargo, normalmente da ambas a la misma persona. En sus Novelas, la *bonorum possessio* ya ha desaparecido. **Lit.:** F. PULITANÒ, *Ricerche sulla bonorum possessio ab intestato nell'età tardo-romana*, Torino, 1999.

IV. LLAMAMIENTO A LA SUCESIÓN HEREDITARIA

- 22 1. Para que alguien pueda convertirse en *heres* (o *bonorum possessor*) es necesaria una *causa de adquisición* reconocida a partir de la cual sea llamado a la *hereditas* (o la *bonorum possessio*). Los romanos hablan solo en sentido atécnico de *vocari ad hereditatem* o *ad bona*.
- 23 2. a) Los romanos conocen solo dos causas de llamamiento (o delación) a la herencia, *ab intestato* (en el caso de inexistencia de un testamento, es decir, por ministerio de la ley) y *ex testamento*.

La **sucesión contractual**, en la que el causante nombra a la otra parte en el contrato o a un tercero como heredero (o legatario), es *nula*. Esto se aplica tanto a la atribución directa de la herencia como a la promesa de institución de heredero (en forma estipulatoria): Diocl. C. 8, 38, 4; Iul. D. 45, 1, 61; además, se aplica a los contratos sobre la herencia futura de un tercero aún en vida, que se considera algo *contrario a las buenas costumbres* (*contra bonos mores*: Pap. D. 39, 5, 29, 2; *cfr.* también § 311b IV BGB), y a la renuncia a la herencia. En los Derechos griegos, en cambio, el contrato hereditario era corriente, y permaneció en uso en la praxis oriental hasta el final de la Antigüedad, a pesar de la prohibición romana. Los romanos habrían contemplado estos contratos en Oriente, y más tarde en Occidente, como casos de aplicación o desarrollo de la *donatio mortis causa* (*vid. infra* [79.1-4]), a los cuales se vinculó también el desarrollo medieval de los contratos sucesorios. Aún hoy en día rechazan los Derechos románicos el contrato sucesorio (v. gr. art. 458 Cc it., también 1130 II, 1093, 1082 Cc fr. art. 1271 II Cc esp.), mientras que en el Derecho alemán, el austriaco y el suizo aparecen sin reservas como contratos de institución de heredero o de renuncia a la herencia (pero §§ 602, 1249 ABGB permiten la institución contractual de heredero solo entre cónyuges) y se regulan exhaustivamente – §§ 1941, 2274 ss. BGB. **Lit.:** COING I, 587; II, 604.

- 24 b) La sucesión hereditaria de una persona fallecida sin testamento, la llamada sucesión *intestada*, excluye a la testamentaria.

A esta se llega, pues, solo cuando no se ha hecho testamento o este no es válido o posteriormente resulta fallido: Ulp. D. 38, 16, 1 pr.; Inst. 3, 1 pr. Sin embargo, a veces

la voluntad testamentaria decae solo parcialmente por efecto de la sucesión *contra* el testamento en favor de los herederos *ab intestato* (*vid. infra* § 69).

c) La sucesión intestada tampoco puede entrar a la vez que la testamentaria: **25**
nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest («nadie puede fallecer en parte con testamento y en parte sin él»). Si el causante no ha dispuesto sobre toda la herencia o decae alguno de los herederos testamentarios, el resto no va a parar a manos de los herederos *ab intestato*, sino que acrece a los (restantes) herederos testamentarios en proporción a sus cuotas hereditarias (sobre este acrecimiento, *vid. infra* [68.6]). *Cfr.* Inst. 2, 14, 5.

Sobre el sentido y origen de esta regla, *cfr.* [65.14] y [67.6]. En el Derecho avanzado este acrecimiento se aproxima más a la voluntad del causante que la intervención de la sucesión intestada por el resto. El Derecho clásico admite excepciones para el testamento militar (*vid.* [67.8]) y, como se acaba de mencionar, en casos concretos de la sucesión contra el testamento. - §§ 2088 BGB; 554, 728 ABGB; 481 ZGB; art. 658 III y 912-2.º Cc. esp. **Lit.:** B. SCHMIDLIN, «Sinn, Funktion und Herkunft der Testamentsregeln *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* – *hereditas adimi non potest*», Bull. 78 (1975) 71; M. PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus: El principio de la incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada en el Derecho romano*, Madrid-Barcelona, 2001; G. COPPOLA, «Nascita e declino dell’adagio “*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*”», TSDP V (2012).

§ 66. La sucesión intestada

(RPr. §§ 24, 25, 166-169, 287, 288)

I. SUCESIÓN HEREDITARIA DE LOS HEREDEROS DOMÉSTICOS (*SUI HEREDES*) SEGÚN EL *IUS CIVILE*

- 1 **1.** Los *herederos domésticos* (*sui heredes*) son todas las personas libres que se liberan de potestad (*sui iuris*) con la muerte del causante, por tanto, sus hijos (legítimos) y los hijos de sus hijos y nietos, siempre que estos estuviesen bajo la potestad del causante (y no también de su padre [de ellos]), así como su esposa *in manu*. No cuentan entre los *sui heredes* los hijos de las hijas, la nieta, etc, porque ellas no están emparentadas por vía agnaticia con el causante. El grupo familiar se disgrega en tantas *familiae* como personas que se hacen *sui iuris*; cada una de las personas que no tienen a su vez a otras personas libres bajo su potestad (como las mujeres siempre, puesto que no pueden tener potestad doméstica) constituye una familia para sí. Sin embargo, en la Roma arcaica todas estas familias permanecían unidas en una comunidad de herederos (*consortium*) hasta la partición de la herencia (*vid. infra* [66.5]).
- 2 Solo con la partición se muestran las *partes* que corresponde a cada una de esas familias hereditarias. Estas partes se calculan por ramas familiares (*stirpes*): todo hijo del causante, así como la *uxor in manu*, constituye una stirpe con una parte alícuota de la herencia. Si un hijo ha fallecido o de algún modo ha salido de la familia, entran sus hijos y su *uxor in manu* en su parte de la herencia; del mismo modo se procede en caso de nietos premuertos, etc. La *uxor in manu* se encuentra *filiae loco* (*i. e.* en el lugar de una hija) y recibe, por tanto, la misma parte de la herencia que un hijo del causante. *Cfr.* Gai. 3, 1-7. **Lit.:** NELSON - MANTHE III 1, 52.

Ejemplo: Si el causante deja cinco hijos (naturales o adoptados o adrogados) que tenía a su muerte bajo su potestad, y además a su *uxor in manu*, recibe cada una de estas seis personas un sexto. Si un hijo ha fallecido antes del causante y este ha dejado a su vez una *uxor in manu* y dos hijos que a su muerte estaban bajo su potestad, se reparten el sexto que hubiera recibido el hijo premuerto entre las tres personas que entran en su lugar (lo «representan»), *i. e.* reciben una dieciochoava parte. Si, por el contrario, había un solo hijo que tuviera hijos legítimos aún bajo su potestad a la muerte del causante, recibe el hijo un sexto, y sus hijos no reciben nada, porque son excluidos por su padre de la sucesión hereditaria. Los hijos que han salido de su familia agnaticia por *emanci-*

patio o *adoptio* o *conventio in manum* pierden con ello su legitimación para heredar (su expectativa hereditaria) en esa familia. Que las mujeres, que fueran *sui iuris*, no pueden tener *sui heredes* por falta de potestad doméstica, es algo que se entiende por sí mismo.

El orden sucesorio civil *ab intestato* no conoce diferencias por *edad* ni por *sexo*: los impúberes y las mujeres heredan como los varones púberes. El *postumus suus* (*i. e.* el heredero doméstico nacido con posterioridad), que fue concebido antes de la muerte del causante, pero aún no había nacido, se convierte en heredero, tras su nacimiento, tanto como el ya nacido en el momento de la muerte del causante, siempre que hubiera entrado bajo la potestad doméstica del causante. (Gai. 3, 4 = Inst. 3, 1, 2b i. f.). Cfr. también [68.16]. **Lit.:** F. LAMBERTI, *Studio sui «postumi» nell'esperienza giuridica romana*, vol. 1, Napoli, 1996, 55; vol. 2 (*Profili del regime classico*), Napoli, 2001. 3

Los *sui heredes* entran a la muerte del causante en el lugar del causante sin más, sin que sea necesaria su *aceptación* de la herencia (*vid. infra* [71.1]). 4

2. Los diversos *sui* continúan, según el Derecho arcaico, la comunidad familiar como una agrupación cooperativa de los coherederos (*vid. supra* [65.5]). Esta comunidad (*consortium*) se denomina *ercto non cito* («si la partición no se ha causado») y no es una simple comunidad patrimonial, sino una relación jurídico-familiar, que se funda en la igualdad jurídica de sus miembros (*vid. supra* [23.21], [43.2]). Existe normalmente hasta que sea disuelta de común acuerdo o bien uno de los consocios inste la disolución con la acción de partición (*actio familiae erciscundae*). Más detalles sobre esta continuidad de la comunidad de herederos, *vid. infra* [73.1-3]. Como muy tarde a inicios del Principado quedó fuera de uso. 5

II. SUCESIÓN HEREDITARIA DE LOS HEREDEROS EXTRAÑOS A LA FAMILIA (*EXTRANEI HEREDES*) SEGÚN EL *IUS CIVILE*

1. Si el causante no deja ningún *suus* legitimado para heredar, entonces las Doce Tablas (5, 4–5) prescriben lo siguiente: *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento* («Si uno muere sin testamento sin que haya ningún heredero doméstico, que tenga el patrimonio familiar el agnado más próximo; si no hay ningún agnado, entonces que tengan el patrimonio familiar los gentiles»).—Los bienes hereditarios recaen, por tanto, en los *parientes agnaticios más cercanos* y, si no hay ninguno de estos parientes, en los *gentiles*. Cfr. Gai. 3, 9-17 = Coll. 16.9-17. 6

Lit.: NELSON - MANTHE III 1, 65; M. TALAMANCA, «L'acquisto dell'eredità da parte dei gentiles in XII Tab. 5, 5», en *Mél. Magdelain* [7.1], 447.

- 7 *Proximus adgnatus* es el pariente agnaticio más cercano que hubiera estado bajo la potestad del mismo *paterfamilias* si este aún viviera a la muerte del causante. El *adgnatus proximus* (para su cómputo, *vid.* [12.7]; adrogación, adopción y *conventio in manum* se equiparan a estos efectos a la concepción) se determina por el momento en que se fija la apertura de la sucesión intestada, p. ej. por el momento de la muerte del causante fallecido sin testamento o el instante en que el heredero testamentario rechaza la herencia.—El llamamiento de las *mujeres* a la sucesión de los agnados se limitó, en conexión con la *ratio* de la *lex Voconia* (*vid. infra* [68.15]), por una interpretación de la ley de las Doce Tablas (5, 4), de modo que las descendientes de sexo femenino de un ascendiente agnaticio común solo heredan si son descendientes en línea recta o fueron procreadas por el mismo padre y eran hermanas del causante compartiendo la misma «sangre paterna». Según esto, las tías que fueran parientes agnaticias en el tercer grado o las primas en el cuarto grado quedaban excluidas de la sucesión de los agnados. Lo que perdían ellas u otras parientes agnaticias más lejanas lo ganaban los parientes de sexo masculino. El fundamento de esta interpretación restrictiva era obviamente la idea de que las parientes agnaticias femeninas no estaban en condiciones de continuar la «sangre paterna», que se manifestaba en la semilla masculina (Isidoro, *Etymologiae* 9, 6, 4; Libro Siro-Romano § 1 cap. 14-15, *vid.* [1.46]). Se lograba con ello que el patrimonio permaneciera en el grupo agnaticio. Justiniano derogó esta interpretación y, en conexión con la ley de las Doce Tablas, restauró la igualdad sucesoria de hombres y mujeres (C. 6, 58, 14 [531]; Inst. 3, 2, 3-3b). **Lit.:** U. MANTHE, «Das Erbrecht der römischen Frauen nach der *lex Papia Poppaea* und die *ratio Voconiana*», en P. Nève - Chr. Coppens, ed., *Vorträge gehalten auf dem 28. Dt. Rechtshistorikertag (Nimwegen, 23. bis 27. September 1990)*, Nijmegen, 1992, 33; J. A. CROOK, «Woman in Roman Succession», en Rawson, ed. (*ante* [58.1], 1986), 58; L. MONACO, *Hereditas et mulieres: riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, Napoli, 2000, 17; O. BEHREND, en *Institutionen*² ([1.43], ed. ampliada), 284. *Cfr.* [68.15].
- 8 *Varios* agnados del mismo grado no constituyen un *consortium*; no participan por estirpes, sino por cabezas (*capita*), aun cuando pertenezcan a ramas distintas (p. ej. hereda un hijo de un hermano junto a dos hijos de otro hermano: cada uno de ellos recibe un tercio): Gai. 3, 16. La *adquisición* de la herencia por los agnados necesita siempre de su aceptación; *vid. infra* [71.9].
- 9 Si no adquiere la herencia ninguno de los parientes que son los más próximos en el momento determinante (porque todos la rechazan), entonces no son llamados los parientes *más lejanos*, sino que el patrimonio hereditario recae en los gentiles; más tarde quedará sin heredero (*i. e. vacante*): Gai. 3, 11; 12; 22; Inst. 3, 2, 5-7.

La *gens* no disfruta colectivamente de la herencia recaída sobre ella, sino que (al igual que la tutela: *vid. supra* [62.6]) la atribuirá a uno de sus miembros. La sucesión

de los gentiles quedó fuera de uso a finales de la República o a inicios de la época clásica.

2. Si el causante es un **liberto** salido de la esclavitud, entonces no tiene parientes colaterales agnaticios (*vid. supra* [62.7]). Las Doce Tablas (5, 8) atribuyen su herencia, si no tiene *sui*, al patrono o, si este no se convierte en heredero (p. ej. porque haya premuerto o la haya rechazado, etc.), a sus descendientes agnaticios (Gai. 3, 40; 45; Inst. 3, 7 pr.). Este orden sucesorio vale igualmente para el *emancipado* como *ex mancipio manumissus*: este, si no deja *heredes sui*, es sucedido por el *parens manumissor* (*vid. supra* [60.37]; Inst. 3, 2, 8 al inicio; D. 37, 12). **Lit.:** LEIST [66.17], 318; MASI DORIA [16.14], 15.

III. POSESIÓN DE LOS BIENES HEREDITARIOS DEL FALLECIDO SIN TESTAMENTO (*BONORUM POSSESSIO INTESTATI*)

1. El orden pretorio de la sucesión intestada, que se remonta a finales de la República, trata de superar los defectos del orden civil (Gai. 3, 19-24) sobre todo por la vía de prestar una mayor consideración a los parientes de sangre y al cónyuge. 11

La regulación pretoria *de ningún modo apartó* completamente a la civil. Esta se aplicaba: a) cuando el llamado por el pretor, sin ser al mismo tiempo heredero civil, no ejercitaba su derecho frente a este; b) cuando el pretor solo concede al que ha llamado a la herencia una *bon. poss. sine re* (*vid infra* [65. 19-20]), que debe ceder ante el ordenamiento sucesorio civil; c) finalmente, se remite el mismo pretor al ordenamiento civil cuando llama a la *bonorum possessio* a los herederos civiles que se hallan en la clase *unde legitimi* de la sucesión pretoria (*vid.* [66.14]).

A diferencia de lo que sucede en el *ius civile*, los herederos pretorios se agrupan en varias clases que son llamadas una tras otra (*i. e.* la llamada delación sucesiva). 12

A cada clase se le abre un determinado plazo en el que ha de solicitarse la atribución de la *bonorum possessio*: la mayor parte de las veces son 100 días; para los padres y los hijos del causante, un año (Ulp. D. 38, 9, 1 §§ 8 s., 12). Si transcurre el plazo sin utilizarse, se llama a la siguiente clase. En la clase de los parientes consanguíneos (*vid. infra* [66.15]) se llama en primer lugar a los más próximos, y detrás a los más lejanos, siguiendo la serie; todos los del mismo grado reciben el mismo plazo: *successio ordinum et graduum*.

2. Para la *bonorum possessio* de los causantes carentes de testamento que sean **libres de nacimiento** (*ingenui*) se prevén cuatro clases. 13

a) En la clase *unde liberi* («De donde los hijos»: D. 38, 6) llama el pretor (no simplemente a todos los descendientes de sangre, sino) a los *sui heredes*, por tanto también a los hijos adoptivos, pero además a los descendientes que hubieran salido de la potestad del causante por *emancipatio*; *sin embargo, no* a aquellos que hubieran pasado a otra familia por *adoptio* de esta. La denominación *unde liberi* es una expresión jurisprudencial abreviada y quiere decir: «De la parte del edicto de donde los hijos son llamados». *Cfr.* Gai. 3, 26; UE 28, 8; Inst. 3, 1, 9.

Como en el caso de la sucesión hereditaria civil son tratados igualmente hombres y mujeres, los diversos llamados del mismo grado participan por stirpes y los *postumi* son tomados en consideración, si hubieran sido llamados como *sui*. Se dan dificultades, no obstante, como consecuencia de la consideración –que excede al *ius civile*– también de los descendientes que han salido de la familia agnaticia por *emancipatio*. Si han permanecido bajo la potestad doméstica del causante hijos de un hijo emancipado, la consideración de su padre conduciría en sí a su exclusión de la herencia del abuelo, mientras que sin la consideración suplementaria de su padre emancipado sí entrarían en juego. Para evitar esta consecuencia (*cfr.* D. 37, 8, 1, 1) el edicto prevé que el emancipado deba compartir la parte que no le tocaría con los hijos que han permanecido bajo la potestad doméstica (Ulp. D. 37, 8, 1 pr., el llamado *edictum De coniungendis cum emancipato liberis eius*, D. 37, 8). La cláusula correspondiente fue insertada solo ulteriormente por Juliano (Marc. D. 37, 8, 3; Ulp. D. 37, 9, 1, 13; de ahí también la llamada *nova clausula Iuliani*). Se encuentra en el edicto en caso de *bonorum possessio* «contra el testamento» (*vid. infra* [69.6]), que se antepone por el pretor a los otros casos de *bonorum possessio* en el edicto (*cfr.* Ulp. D. 38, 6, 1 pr.), pero también se tiene en cuenta en caso de adjudicación de la *bonorum possessio* del causante fallecido sin testamento (Pomp. D. 38, 6, 5 pr.). **Lit.:** U. BABUSIAUX, «The *nova clausula Iuliani*: a change of paradigm in the praetorian law of succession?», en B. Sirks, ed., *Nova ratiōne. Change of paradigms in Roman Law*, Wiesbaden, 2014, 9.

La adquisición de la *bonorum possessio* necesita, en el caso de la clase *unde liberi* igual que en los otros supuestos, de la *asignación* pretoria (*vid. infra* [71.9]). La *bonorum possessio* de esta clase opera contra el heredero civil *cum re*, y es, por tanto, definitiva (*vid.* [65.20]).

Si el llamado *suus* ha sido concebido, pero aún no ha nacido, la *bonorum possessio* se atribuye al *clastro materno* (*missio ventris in possessionem*), *i. e.* al *nasciturus*, y se le asigna un curador (*curator ventris*: Ulp. D. 37, 9, 7 pr. ss., *cfr.* [13.7]). La finalidad de la atribución de la *bonorum possessio* es asegurar el sostenimiento de la criatura no nacida; la herencia puede reducirse hasta esa medida con cargo a terceros que aparecerían posteriormente como legitimados si el hijo finalmente no viene al mundo con vida (Ulp. D. 37, 9, 1, 15; D. 37, 10, 5, 3).—§§ 1912 BGB; 274 ABGB; 393 apartado 3 ZGB; arts. 966-967 Cc. esp.

De forma parecida el pretor concede protección también a un *impúber* si su pertenencia al círculo de los hijos es discutida por un tercero. Si el pretor, a través de una indagación previa, llega al resultado de que el *impúber* no pide la *bonorum possessio* totalmente sin razón (Ulp. D. 37, 10, 3, 4), se la asigna provisionalmente con base en el llamado *edictum Carbonianum* (D. 37, 10), como si su estatus como hijo no estuviera discutido; al mismo tiempo, aplaza el proceso sobre dicho estatus hasta su llegada a la pubertad (Ulp. D. 37, 10, 1 pr.). El *impúber* debe prestar una caución por la ulterior entrega de la herencia; en otro caso, se le pone al tercero inmediatamente en la posesión de los bienes hereditarios (Ulp. D. 37, 10, 1, 1). Mediante el aplazamiento del proceso sobre el estatus debe posibilitarse al *impúber* defenderse por sí mismo ulteriormente (y con más eficacia); si el aplazamiento del proceso contradecía de algún modo este fin, p. ej. porque algún medio de prueba amenazara con perderse, esto debía examinarlo también el pretor en la investigación previa (Ulp. D. 37, 10, 3, 5). Al igual que en favor del hijo que está aún en el seno materno, es posible también que el *impúber* al que se adjudica provisionalmente la *bonorum possessio* pueda disminuir la herencia con fines de manutención (Ulp. D. 37, 10, 5, 3); al tercero a quien se atribuye la *bonorum possessio* al mismo tiempo que el *impúber* por falta de prestación de garantías no le asiste ese derecho: este dispone solo de la posesión de los bienes hereditarios en lugar de la prestación de la garantía (Paul. D. 37, 10, 6, 4). Como el *edictum De coniungendis*, también el *edictum Carbonianum* se sitúa en el apartado dedicado a la *bonorum possessio* «contra el testamento», pero es aplicable también a la *bonorum possessio intestati* (Ulp. D. 37, 10, 3). **Lit.:** H. STIEGLER, *Statusstreit und Kindeserbrecht. Probleme des edictum Carbonianum*, Graz, 1972; T. A. J. MCGINN, «Roman Children and the Law», en J. Evans Grubbs - T. Parkin - R. Bell, eds., *The Oxford Handbook of Childhood and Education in the Classical World*, Oxford, 2013, 341, 348.

b) En la clase *unde legitimi* («De donde los herederos legítimos»: D. 38, 7) 14 llama al pretor a las personas que en el momento de solicitud de la *bonorum possessio* están llamadas a la sucesión intestada según el *ius civile*: los *sui heredes* (aunque estos ya habían sido llamados entre los *liberi*), luego el *proximus adgnatus* (agnados de grado no lejano: Gai. 3, 28), y finalmente, en época antigua, los *gentiles*.

La *bonorum possessio unde legitimi*, si hay herederos civiles más legitimados (es decir, los *sui* o agnados de grado más próximo), es *sine re*: Gai. 3, 37.

c) En la clase *unde cognati* («De donde los parientes consanguíneos»: D. 38, 8) 15 se reúnen *todos los parientes de sangre* hasta el sexto grado, y el séptimo en el caso de los hijos de los nietos del hermano entre sí (*sobrino nati*). Los parientes más cercanos en grado excluyen a los más lejanos. Los del mismo grado se reparten los bienes por cabezas. La *bonorum possessio* es aquí, frente a los herederos civiles, *sine re*. Cfr. D. 38, 8, 1, 3–10; Gai. 3, 37.

Los hijos de los hermanos (4.º grado) se llaman, en la relación entre sí, *consobrini* (primos: Inst. 3, 6, 4; Gai. D. 38, 10, 1, 6), los nietos de los hermanos (6.º grado), *so-*

brini (Inst. 3, 6, 6; Gai. 38, 10, 3 pr.). El parentesco de sangre puede transmitirse por las mujeres tanto como por los varones; para el parentesco no legítimo, basta la transmisión por línea femenina. El parentesco adoptivo se equipara al parentesco de sangre. El *postumus* es tenido en cuenta si nace con vida. Ulp. D. 38, 8, 1, 4/8; Gai. eod. 2. **Lit.:** MEINHART (*infra* [66.18]), 39, 140 (sobre los hijos ilegítimos).

- 16 d) Solo en último lugar llama el pretor al cónyuge en la clase *unde vir et uxor* («De donde marido y mujer»: D. 38, 11), si el matrimonio subsistió hasta el momento de la muerte. También esta *bonorum possessio* es *sine re*. Cfr. D. 38, 11, 1.

El hecho de que el cónyuge (que no haya sido instituido en el testamento) sea excluido por todos los parientes se funda en el mismo motivo que la nulidad de donaciones entre cónyuges, *vid. supra* [59.4-5]. La esposa que se encontrara sujeta a la *manus* del causante, al encontrarse *filiae loco*, era llamada ya en la clase *unde liberi* y *unde legitimi*.

- 17 3. Si el causante es un **liberto** salido de la esclavitud hay fuertes desviaciones de las reglas generales, porque los libertos no tienen parientes colaterales agnaticios y además el parentesco de sangre producido en la esclavitud (*servilis cognatio*) no es tenida en cuenta aquí. En lugar de los parientes colaterales entra el *patrono* con sus descendientes y otros parientes: Gai. 3, 40 = Inst. 3, 7 pr. Más detalles *infra* [69.10].—Hay normas especiales también para la *bonorum possessio* tras la muerte del *hijo de familia emancipado*: D. 37, 12. **Lit.:** B. W. LEIST en CHR. F. GLÜCK, *Pandecten*, vol. LIV, Erlangen, 1879, 318; MASI DORIA [16.14], 61.

IV. SENADOCONSULTOS TERTULIANO Y ORFICIANO (*SCTA. TERTULLIANUM Y ORFITIANUM*)

- 18 Dos senadoconsultos del s. II d. C. mejoran la sucesión hereditaria recíproca entre *madre* e hijo.

Entre ellos existía hasta entonces una sucesión hereditaria civil, es decir, como agnados más próximos, si la madre estaba *in manu* del padre. Esto valía precisamente para la *bonorum possessio unde legitimi*. Si el matrimonio era *sine manu* (al igual que en el caso del origen ilegítimo del hijo) madre e hijo solo heredan conforme al Derecho pretorio como *cognati* más próximos.

El *SC Tertullianum* (de época de Adriano) concede un derecho hereditario a la *madre* que tiene el *ius liberorum* (*vid. supra* [58.27]). En sentido inverso, el *SC Orfitianum* (178 d. C.) da a los *hijos* un derecho hereditario tras la muerte de la madre.

Según el *SC Tertullianum* hereda la madre tras los *sui*, el padre y los hermanos consanguíneos de línea paterna, comparte la herencia con las hermanas de sangre de línea

paterna y antecede a los restantes agnados. Según el *SC Orfitianum* heredan los hijos antes que los agnados. Ambos senadoconsultos dan un derecho hereditario civil, y consecuentemente son considerados también en la *bonorum possessio unde legitimi*.—Cfr. UE 26, 7 s. **Lit.:** M. MEINHART, *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische Römische Erbrecht*, Graz, 1967.

V. HERENCIA VACANTE

En la medida en que existía un derecho hereditario de los gentiles, el caso de la herencia sin heredero (*i. e.* vacante) no puede producirse. Más tarde el pretor sometió la herencia (en la mayor parte de los casos sobreendeudada) que no encontraba ningún *heres* ni *bonorum possessor*, al concurso de la herencia (*bonorum venditio*: Gai. 3, 78). Según la *lex Iulia de maritandis ordinibus* (*vid. supra* [58.25 y 28]) cae la herencia vacante (*bona vacantia*) como *caducum* en manos del tesoro público (*aerarium*, *vid. supra* [17.5]), más tarde (seguramente con Caracalla) del *fiscus* (*cfr. infra* [71.11]).—Conforme a un rescripto del emperador Marco Aurelio, un liberto manumitido en el testamento del causante puede evitar la *bonorum venditio* pidiendo la atribución de la herencia para sí mismo a fin de hacer que sean efectivas las manumisiones dispuestas en el testamento. Si recibe la herencia, debe satisfacer las deudas en su totalidad. También aquí encuentra clara aplicación el *favor libertatis* (Inst. 3, 11, 1; Ulp. D. 40, 5, 2; eod. 4 pr. ss.; Iust. C. 7, 2, 15). **Lit.:** Cfr. sobre la relación del rescripto y la *oratio Marci*, F. ARCARIA, *Oratio Marci: giurisdizione e processo nella norma-zione di Marco Aurelio*, Torino, 2003, 203. 19

VI. DESARROLLO POSTCLÁSICO

La muy confusa legislación desde Constantino hasta las Novelas de Justiniano (que aquí no puede ser descrita con detalle) aspira a una simplificación. Los restos de la sucesión de los agnados debían ser eliminados en favor del parentesco de sangre; las diferencias aún existentes en el tratamiento de los sexos debían desaparecer; la anticuada contraposición entre *hereditas* y *bonorum possessio* debía ser superada. Se avanzó en la consecución de estos objetivos, pero no llegaron a alcanzarse del todo. 20

Las leyes parten principalmente de tener más en consideración el parentesco *por línea femenina*, por tanto, incluyendo también a los descendientes de las hijas de las hermanas, etc.; las limitaciones que aún subsistían en los *senadoconsultos Tertuliano* y *Orficiano* son superadas. Los hijos emancipados se equiparan a los hijos de familia y el parentesco transmitido a través de los emancipados es tenido en cuenta. Los hijos legitimados se equiparan a los legítimos (sobre los hijos de las concubinas, *vid. supra* 21

[58.52], [61.5]). Los *hijos de familia*, en la medida en que tengan ya capacidad patrimonial, tienen herederos conforme a una sucesión especial.—En el caso de la sucesión hereditaria de los *libertos* se tiene en cuenta ahora también el parentesco consanguíneo tenido en el estado servil (*servilis cognatio*) y limita el derecho hereditario del patrono y sus parientes a favor de los padres y los parientes del liberto (siempre que ellos sean asimismo libres).—La *herencia vacante* recae igual que antes en el fisco, pero existen ahora excepciones para los parientes de ciertos *grupos profesionales* (soldados, decuriones, miembros de corporaciones), cuyo patrimonio permanece en su agrupación; en el caso de los eclesiásticos se queda en la iglesia y en el de los monjes, en su monasterio.

VII. EL DERECHO DE LAS NOVELAS

Lit.: F. v. BOSSOWSKI, «Die Nov. 118 Justinians und deren Vorgeschichte», en *Fs. Koschaker*, vol. 2, Weimar, 1939, 277; VOCI, *DER II*², 54; R. LAMBERTINI, *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, Milano, 1977; ZIMMERMAN (*ante* [69.1]), 108.

- 22 En la **Nov. 118** del año 543, complementada por la Nov. 127 del 548, Justiniano dio una nueva regulación, aunque incompleta, a la sucesión hereditaria de los parientes. La nueva regulación sustituye finalmente a la agnación por el parentesco de sangre y equipara completamente a estos efectos a hombres y mujeres, así como al parentesco transmitido por los hombres y el transmitido por las mujeres.

El derecho hereditario de los cónyuges, la sucesión de los libertos, la de la concubina y sus hijos, además de la de los hijos adoptivos y de los legitimados, el destino de la herencia vacante y otros detalles pasan completamente inadvertidos en las Novelas; obviamente, el Derecho anterior continuaba, pues, en vigor.—Según la Nov. 53, del año 537, la *viuda pobre*, que no tiene ni donación nupcial ni dote, recibe un cuarto de la herencia, junto con sus hijos (la llamada **cuarta de la viuda pobre**).

- 23 La Nov. 118 distingue cuatro clases, de las que cada una excluye a la siguiente. Si no pueden o no quieren heredar los llamados de la clase anterior, pasa el llamamiento a la clase siguiente. Lo mismo vale en el interior de cada clase en relación con los de grado más cercano y más lejano. Tiene lugar, por tanto, una **successio ordinum et graduum* (*vid. supra* [66.12]).

1. En la primera clase son llamados los **descendientes**; cuando hay varios, se reparten la herencia, como antes, por estirpes.

2. Si no hay descendientes, hereda el padre, la madre y los demás **ascendientes**, así como los **hermanos de doble vínculo** (es decir, los que tienen ambos progenitores en común con el causante). Entre los *ascendientes* decide la proximidad de grado (la sucesión de los padres excluye a los abuelos). Entre los de *igual grado*, recae una mitad en los ascendientes de la *rama* paterna y la otra, en los de la materna. Los *hermanos* de doble vínculo son llamados *junto* a los *padres*; ellos excluyen a los abuelos.

Los abuelos son llamados, pues, solo si no heredan ni padres ni hermanos. Si hay varios hermanos solamente o heredan junto con los padres, recibe cada uno una parte por cabeza. Por los hermanos premuertos entran sus hijos, pero no los ulteriores descendientes; los hijos reciben las mismas partes que hubiera recibido el premuerto. Si solo hay hijos de hermanos, participan por estirpes, no por cabezas (de modo diferente a lo que sucede en la Edad Media, en que *Azón* se impone sobre *Acursio* en la interpretación).

3. Tras las clases anteriores son llamados los **hermanos de un solo vínculo** (es decir, hermanastros o medio hermanos). También en su caso entran en su lugar los hijos (no los demás descendientes).

4. En último lugar son llamados los demás parientes colaterales. Entre varios es determinante la proximidad de grado, y entre los del mismo grado se reparte por cabezas.

5. Sobre Leo I C. 6, 61, 4 y Nov. 84 (a. 539), *cf.* M. VINCI, «La successione dei fratelli germani e unilaterali tra quantificazione dell'affetto e determinazione delle quote. Radici romanistiche e discipline positive», Bull. 107 (2013) 199.

VIII. DESVIACIONES DE LOS «ÓRDENES DE PARENTELAS» (PARENTELENORDNUNGEN)

Este sistema justiniano recuerda a los actuales órdenes de *parentelas* (*Parentelenordnungen*) de los Derechos germánicos (sucesión hereditaria por «órdenes» [*Ordnungen*], §§ 1924 ss. BGB; «líneas» [*Linien*], 730 ss. ABGB; «ramas» [*Stämmen*], 457 ss. ZGB, pero con diferencias en los detalles). Estas históricamente han sido en parte influidas por el Derecho justiniano; sin embargo, existen en especial las siguientes desviaciones: a) en el régimen de Justiniano los hermanos heredan junto a los padres, mientras que, según los órdenes de parentelas, aquellos son excluidos por los padres; b) en el sistema de Justiniano, los hermanos de doble vínculo excluyen a los de un solo vínculo; pero en los órdenes de parentelas son llamados unos y otros conjuntamente, en cuanto que ellos representan a los padres del causante; c) el llamamiento de los

■ § 66. LA SUCESIÓN INTESTADA

parientes colaterales según la proximidad de grado comprende a las personas que pertenecen a diversas parentelas, v. gr. los sobrinos (2.^a parentela) con los tíos (3.^a parentela), ambos emparentados en el tercer grado con el causante. **Lit.:** H.-G. MERTENS, *Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht*, Berlin-Boston, 1970; EL MISMO, «Überlegungen zur Herkunft des Parentelensystems», SZ (germ. Abt.) 90 (1973) 149; COING I, 602; II, 622; R. ZIMMERMANN, «Kulturelle Prägung des Erbrechts?», JZ 2016, 321.

§ 67. Los testamentos. Formas de testar

(RPr. §§ 27, 160, 164, 283)

Lit.: B. KÜBLER, *RE* Va/1, 1934, 966, 985 s. v. «Testament»; M. AMELOTTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, vol. I (Le forme classiche di testamento), Firenze, 1966 (con H. J. WOLFF, *SZ* 84 [1967] 493); U. MANTHE, *DNP* 12 1 (2002) 182 s. v. «Testament IV»; TH. RÜFNER, «Testamentary Formalities in Roman Law», en K. G. C. Reid – M. J. de Waal – R. Zimmermann, ed., *Comparative Succession Law*, vol. I: *Testamentary Formalities*, Oxford, 2011, 1; además (con una perspectiva comparada) R. ZIMMERMANN, «Testamentsformen», *RabelsZ* 76 (2012) 473; B. STROBEL, *Römische Testamentsurkunden aus Ägypten vor und nach der Constitutio Antoniniana*, München, 2014.

I. EL TESTAMENTO SEGÚN EL *IUS CIVILE*

«El testamento se llama así porque es la *testatio mentis*, i. e. el testimonio de la mente» (Inst. 2, 10 pr.). La sucesión hereditaria, es decir, la que se basa en la voluntad del causante, excluye la sucesión intestada, que entra a funcionar en caso de inexistencia de un testamento eficaz (*vid.* [65.24]). Los testamentos se desarrollaron en Roma, como en todas partes, de manera paulatina y escalonada, pero, por las mencionadas razones de política familiar y económica (*vid. supra* [65.6]), ya sin duda en la República antigua se convirtieron de tal manera en regla general que dejaron a la sucesión intestada claramente en segundo plano. Solo en la época postclásica, con la crisis económica, retrocedió de nuevo la importancia del testamento. 1

a) De los tres actos arcaicos denominados *testamenta* es el *testamentum calatis comitiis* y, quizá, el *testamentum in procinctu* (una reelaboración del anterior) los que muy probablemente se utilizaron para proporcionar un *heres suus* a alguien carente de él; estos se asemejan a la *adrogatio* (*vid. supra* [60.29-30]). No pretendían, pues, colocar a un heredero testamentario en el lugar de los herederos *ab intestato*, sino *generar* a través de un procedimiento de Derecho de familia un heredero intestado. Estos dos actos se perdieron pronto (Gai. 2, 101; 103; Inst. 2, 10, 1). 2

b) Por el contrario, el tercero de estos negocios, el *testamentum per aes et libram* (*testamento mancipatorio* o *libral*) sí que impuso límites a la sucesión intestada y, posteriormente, la excluyó. Se desarrolló paulatinamente como 3

único negocio testamentario, del que se desprenden todas las formas más modernas de testar.

El testamento libral es un caso de aplicación ampliado e independizado de la *mancipatio*. En el Derecho avanzado el causante mancipa *nummo uno* su patrimonio (que se denomina *familia* o *familia pecuniaque*) a un comprador fiduciario, el *familiae emptor* y añade en una declaración unilateral durante el ritual (*nuncupatio*, *cfr.* [7.9]) la determinación de en quién debe recaer este patrimonio tras la muerte del causante (*mancipatio familiae*): Gai. 2, 102-108; *cfr.* también Inst. 2, 10, 10.

- 4 La forma de mancipación que pronuncia el *familiae emptor*, dice (Gai. 2, 104): «*Familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua custodelaque mea esse aio, eaque, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere aeneaque libra esto mihi empta*» («Yo declaro que tu patrimonio está bajo tu poder de disposición y bajo mi protección, y que todo esto, para que tú puedas hacer un testamento que tenga vigor jurídico conforme a la ley pública, me ha sido vendido con este cobre y con esta balanza de bronce»). El fiduciario, con ello, deja al causante durante toda su vida el poder de disposición (*mandatela*) sobre los objetos del patrimonio, pero toma los objetos bajo su protección (*custodela*) y recibe con ello la capacidad de disponer sobre ellos a su voluntad tras la muerte del causante. Sin embargo, la lectura es discutida. La intervención del *familiae emptor* (al igual que el «Salmann» –ejecutor testamentario– del Derecho germánico) supone el germen de un executor testamentario, pero aún no desarrollado. El destinatario definitivo se convierte en propietario (como en el legado mancipatorio) y puede reivindicar el patrimonio que le ha sido atribuido del *familiae emptor*, igual que de cualquier otro poseedor de la herencia, con la acción hereditaria; no se necesita, pues, ningún acto de transmisión del *familiae emptor* al beneficiario. **Lit.:** F. TERRANOVA, *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I (*Il ruolo del familiae emptor*), Torino, 2011; CURSI (*vid.* [7.9]), 154.
- 5 El testamento mancipatorio era conocido ya por las Doce Tablas (5, 3); ahí se añade la frase: *Uti legassit (super pecunia tutelave?) suae rei, ita ius esto* («Como haya legado [testado] sobre su patrimonio o sobre el poder protector sobre su bien, que esto sea derecho»). Este testamento presumiblemente contenía en principio solo disposiciones sobre bienes *concretos* (legados, manumisiones) *junto* a la sucesión intestada, y solo paulatinamente se amplió a una disposición sobre la *totalidad* del patrimonio (*familia*); quizás al inicio solo en el caso de que no existieran *sui*, pero después directamente con el fin de poder escoger al más capaz de entre sus *sui* como *heredero único* y atribuirle el patrimonio indiviso. Con ello pasa a primer plano de aquello que el testador haya declarado en su *nuncupatio*, la **institución de heredero** (*heredis institutio*: «*Titius heres esto*»: «Ticio debe ser heredero»), junto con la desheredación de los restantes *sui* llamados *ab intestato* a la sucesión hereditaria. No obstante, el testa-

mento puede contener en todo momento también las mencionadas disposiciones particulares: *vid. supra* [65.7]. **Lit.:** sobre la norma decenviral M. HUMBERT - A. D. E. LEWIS - M. CRAWFORD, en Crawford, II [1.48], 635; recientemente, D. SCHANBACHER [6.2], 214 (con Paul. D. 50, 16, 53 pr.).

La mancipación fue escogida como vehículo para dar al vendedor (*mancipio dans*) la posibilidad de aportar *nuncupationes* (lo que solo era posible en conexión con la *mancipatio*). En la *nuncupatio* podrían encontrarse todas las precisiones necesarias: v. gr. los coherederos beneficiados con diferentes cuotas. Para la solución del problema que surge respecto a lo que debe hacerse en caso de que alguno de los coherederos decaiga, se desarrolló la regla *nemo pro parte* (*vid. supra* [65.25]).

En la República *avanzada* pierde peso la forma mancipatoria junto con el *contenido* de la disposición de última voluntad. El acto de mancipación al *familiae emptor* se fosiliza como una formalidad vacía. Frente al heredero como sucesor universal definitivo, el *familiae emptor* palidece hasta convertirse en un simple personaje formal junto a los testigos y el *libripens*. Ahora pasan a primer plano más intensamente las instrucciones del causante, es decir, la *nuncupatio* que contiene la institución de heredero y las demás disposiciones de última voluntad. Al principio se hacía la declaración oralmente, más tarde cada vez con más frecuencia *por escrito*, para asegurar la prueba y mantener el secreto de su contenido ante los asistentes. En la época clásica los testamentos orales son raras excepciones.

En el caso del testamento escrito, la *nuncupatio* oral se limita a la fórmula «*haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote*» («Como todo esto se encuentra escrito en esta tabla encerada, así doy, así lego, así testó yo, y así debéis vosotros, Quirites, servirme de testigos de ello»: Gai. 2, 104). La cinta con el que se anudan y cierran las tablas de cera contiene (al menos) siete sellos, a saber, los de los testigos de la *mancipatio*, del *libripens* y del *familiae emptor*. Si en el otorgamiento formal del testamento se declara más (p. ej. «Ticio sea heredero sobre la mitad») de lo que se encuentra por escrito (v. gr. «Ticio sea heredero en una cuarta parte»), entonces es decisivo lo que declarado oralmente, según Cels.-Ulp. D. 28, 5, 9, 2 (*quasi plus nuncupatum, minus scriptum*).—Se nos han conservado numerosos testamentos en original, en copias o traducciones, sobre todo procedentes de Egipto; de las fuentes postclásicas además (entre otros) de Rávena. Otros más (y también formulas testamentarias) se nos han transmitido en las fuentes literarias. **Lit.:** M. AVENARIUS, «Die *tabulae ceraeve* des klassischen Manzipationstestaments als Archaismus», *Iura* 60 (2012) 209; sobre los «requisitos del testamento romano» y documentos testamentarios escogidos, *vid. STROBEL (ante [67.1])*, 18, 65.

- 8 c) Hay reglas especiales para los testamentos de los soldados (**testamento militar**), a los que se dedican los títulos D. 29, 1; C. 6, 21 e Inst. 2, 11. Para facilitar a los muchos no romanos del ejército romano, para los que las formas romanas no eran usuales, el Derecho imperial (sobre todo Trajano) permitió a los soldados testar en la forma oral o escrita *que deseent*, y libera al testamento militar de casi todos los principios limitantes. Ulpiano cita la instrucción de servicio de Trajano: «... yo (Trajano), en el espíritu de la mayor solicitud hacia estos los mejores y más fieles camaradas, he tenido por justo atender a su inexperiencia, de modo que sea su última voluntad válida como quiera que hayan hecho su testamento. Pueden otorgar testamento del modo que quieran; que lo hagan como puedan, y que la mera voluntad del causante baste para la distribución de sus bienes». (D. 29, 1, 1 pr.).

Los peregrinos y los latinos pueden ser herederos o legados en los testamentos militares, la sucesión intestada es posible junto a la testamentaria, la institución de heredero puede ser temporal o estar sometida a condición resolutoria; asimismo puede haber una institución de heredero sobre una sola cosa, los *sui heredes* no necesitan ser desheredados, la *lex Falcidia* y las limitaciones de adquisición de la *lex Iulia y Papia* no tienen validez, la acción por testamento inoficioso (*querela inofficiosi testamenti*) está excluida, y cuando hay varios testamentos, el posterior no tiene por qué derogar el anterior, etc. El testamento militar puede otorgarse también en tiempos de paz, pero pierde su vigor con el licenciamiento del soldado (en caso de licenciamiento honroso, tras un año). Justiniano limitó su otorgamiento al tiempo de campañas militares: *cfr.* Inst. 2, 11, 3; C. 6, 21, 17.–*Cfr.* §§ 506, 507 III ZGB; también 600 ABGB art. 716 Cc esp.. **Lit.:** H. FITTING, *Zur Geschichte des Soldatentestaments*, Halle, 1886; V. SCARANO USSANI, «Il testamentum militis nell'età di Nerva e Traiano», en *Sodalitas*, vol. 3, 1383; J. MEYER-HERMANN, *Testamentum militis – das römische Recht des Soldatentestaments: Entwicklung von den Anfängen bis Justinian*, Aachen, 2012; I. DE FALCO, «I giuristi e il testamentum militis», SD 80 (2014) 419; J. F. STAGL, «Das Soldatentestament unter den Soldatenkaisern», en U. Babusiaux – A. Kolb, eds., *Das Recht der Soldatenkaiser: Rechtliche Stabilität in Zeiten politischen Umbruchs?*, Berlin et al., 2015, 109.

II. BONORUM POSSESSIO «CONFORME AL TESTAMENTO» (B. P. SECUNDUM TABULAS)

- 9 El pretor *renunció* al *acto mancipatorio*, reducido a una formalidad absurda, y promete la *bonorum possessio* a cualquiera que exhiba un documento testamentario (válidamente emitido) en el que sea instituido como heredero, en la medida en que el documento esté sellado por no menos de *siete testigos*. *Cfr.*

Gai. 2, 119; 147; Inst. 2, 10, 2; 2, 17, 6; D. 37, 11. Sobre el número de siete, *vid. in* inmediatamente *supra* [67.7].

En principio, el beneficio se dirige solo a facilitar la prueba: el heredero testamentario ya no necesita probar el acto mancipatorio válido. En cambio, si el heredero civil (p. ej. el heredero testamentario llamado conforme al *ius civile*) consigue demostrar que el testamento es inválido con arreglo al *ius civile* por falta de *mancipatio*, hará valer su acción hereditaria contra el *bonorum possessor*; la *bonorum possessio*, por tanto, no es definitiva (*sine re*). Solo Antonino Pío (s. II d. C.) concede al *bonorum possessor secundum tabulas* la *exceptio doli* contra la *hereditatis petitio* del heredero civil y hace con ello a esta *bonorum possessio* inatacable (*cum re*): Gai. 2, 120; 149a.—También el heredero instituido solo oralmente obtendrá la *bonorum possessio*, pero solo si el acto mancipatorio se ha realizado correctamente.—Un nuevo documento sobre la concesión de esta *possessio* lo ha aportado recientemente C. CAMODECA, «Una *bonorum possessionis datio secundum tabulas* del pretore del 43 d. C. in una inedita Tab. Herc.», en *Mél. Humbert*, 27.

III. TESTAMENTOS POSTCLÁSICOS

1. El Derecho imperial postclásico —en desconocimiento de las instituciones clásicas— dispuso la elección entre dos formas *ordinarias* de testamento *escrito*, de los cuales la forma atribuida al *ius civile* pide cinco testigos y da al llamado la *hereditas*, mientras que la forma «pretoria» exige siete testigos y confiere la *bonorum possessio*. Pero, a medida que fue desapareciendo la anticuada contraposición entre Derecho civil y Derecho pretorio, también se perdió paulatinamente la convivencia de las dos formas. Teodosio II (439 d. C.) limita la forma ordinaria al **testamento con siete testigos**; en eso se mantiene también Justiniano (NTh. 16 = C. 6, 23, 21, *cfr.* Inst. 2, 10, 3: *testamentum tripertitum*, i. e. «dividido en tres partes», porque une los presupuestos del testamento civil, honorario e imperial). Ha de realizarse oralmente, sin interrupción (*unitas actus*) ante siete testigos púberes y llamados para su comparecencia, y con la elaboración de un documento que ha de ser firmado y sellado por el testador y los siete testigos, o declarando oralmente todo el conjunto.—Según la *Notariats-Ordnung* de 1512 (Tít. II) existe esta forma también en el Derecho común. *Cfr.* §§ 585 ABGB; arts. 679, 694 (antigua redacción) Cc. esp. **Lit.:** L. MIGLIARDI ZINGALE, «Il testamento tardoromano tra oriente e occidente: Alcune riflessioni sui documenti della prassi», en *AARC* 17 I, 2010, 43.

- 11 **2.** En Occidente el testamento sigue existiendo limitadamente el testamento escrito y firmado **de propia mano** (*per holographam scripturam*) que introdujo Valentiniano III (446 d. C.): Nov. Val. 21, 2; se renuncia a cualquier aportación de testigos. Esta forma tuvo efectos en el desarrollo occidental hasta tiempos modernos.—§§ 2231 II, 2247 BGB; 578 ABGB; 498, 505 ZGB; arts. 969, 970 Cc. fr.; 678, 688 Cc. esp. **Lit.:** M. BEUTGEN, *Die Geschichte der Form des eigenhändigen Testaments*, Berlin, 1992; G. WESENER [65.15], 1414.
- 12 Solo en el Derecho imperial occidental fue reconocido también el testamento **recíproco** entre *cónyuges*, que según Valentiniano III fue admitido por el emperador como privilegio (NVal. 21, 1). Constituye un tránsito hacia el contrato sucesorio. **Lit.:** G. WESENER [65.15], 1419.
- 13 **3.** Testamentos **orales** (*per nuncupationem, sine scriptum*) siguen existiendo tanto en Occidente como en Oriente; Teodosio II exige también siete testigos (NTh. 16, 6 = C. 6, 23, 21, 4).
- 14 **4.** El testamento **público** (**test. apud acta conditum*), de oscuros orígenes, aparece en el siglo V d. C.; se otorga a través de la presentación en las actas del tribunal o de la autoridad municipal. A este se equipara el testamento que se ofrece al *emperador* (*test. principi oblatum*). *Cfr.* C. 6, 23, 19 pr.—1.—§§ 2231 parr. 1, 2232 BGB; 587 ABGB; 498, 499 ZBG.
- 5.** Formas *especiales* que se aplican en casos particulares:
- 15 a) Durante una *peste*, ya Diocleciano renuncia a la presencia simultánea de los testigos requeridos (*test. tempore pestis conditum*, i. e. otorgado durante un periodo de peste).—b) Si el testador es *ciego* o *no puede escribir*, puede testar oralmente como antes; desde el s. V/VI también por escrito (a dictado), pero se requiere, para el incapaz de escribir, un octavo testigo, y para el ciego, un *tabularius* (funcionario redactor de documentos) o un octavo testigo.—c) En el *campo*, donde la localización de testigos a menudo es difícil, bastan cinco testigos (*test. ruri conditum*). **Lit.:** J. M. FRÖSCHL, «*Imperitia litterarum*», SZ 104 (1987), 132.—d) Sobre el testamento de los *soldados*, *vid. ya supra* [67.8] — §§ 2249, 2250 BGB; 22, 27 ss. BeurkG; 597-599 ABGB; 506 ZGB; arts. 716-721 Cc. esp.
- 16 **6.** a) Las atribuciones de los padres a sus *descendientes ab intestato* no se ven necesariamente como testamentos. Si uno de los padres ha instituido por escrito (sin respetar la forma del testamento) a sus descendientes llamados a sucederle *ab intestato*, este *test. parentum inter liberos* es válido. Justiniano endurece las formas, pero también declara como eficaces —a diferencia de lo anterior— ciertas atribuciones particulares a terceros: Nov. 107, 1.—b) Tampoco es un testamento la llamada división paterna (*divisio inter liberos*), en la que uno de los padres, sin modificar la cuantía de las partes hereditarias, atribuye a los descendientes determinados objetos en el marco de sus partes hereditarias *ab intestato*; sin embargo, Justiniano prescribe para ella una

forma (firma del causante y de todos los hijos): Nov. 18, 7; 107, 3. **Lit.:** M. L. BLANCO RODRÍGUEZ, *Testamentum parentum inter liberos*, Valladolid, 1991 (rec. P. GIUNTI, Index 23 [1995] 562).

IV. APERTURA DEL TESTAMENTO

La apertura formal del testamento se remonta a la *lex Iulia vicesimaria* de Augusto, 17 que introdujo un impuesto sobre las herencias del cinco por ciento. El procedimiento estaba bajo la supervisión del pretor; la apertura era obligada dentro de ciertos plazos; los testigos del testamento eran convocados y se les preguntaba sobre si reconocían sus sellos; se leía el texto; se daba a los interesados la posibilidad de revisarlo y de hacer copias; (en el Derecho tardío) se sellaba oficialmente el documento y se archivaba oficialmente (PS 4, 6, 1ss.). A cualquier beneficiario le concedía el pretor el interdicho para la exhibición de los documentos testamentarios (*int. de tabulis exhibendis*) contra el tenedor del testamento (o aquel que haya dejado dolosamente de tenerlo en su poder) para su exhibición ante el pretor: D. 43, 5, 1 pr. En la época postclásica se mezcla el interdicho con el procedimiento criminal por delitos de falsedad contra el tenedor que se demore en realizar la exhibición. **Lit.:** GÜNTHER [16.1], 23 (ahí más sobre el impuesto sobre las herencias); STROBEL (*ante* [67.1]), 54.

V. EJECUCIÓN TESTAMENTARIA

Una **ejecución testamentaria** regular no la desarrollaron los romanos, a pesar de los 18 puntos de apoyo que les hubiera ofrecido el *familiae emptor* [67.3-4] y a pesar de los modelos helenísticos. Quedó en obligaciones *morales* –pero tomadas muy en serio– a las que podía sujetarse a una persona de confianza por encomendarle que se preocupara del sepelio y de la puesta en práctica del testamento. Sobre esto desarrolló la praxis diversas soluciones que ofrecieron al causante cierta seguridad de que sus deseos fueran cumplidos tras su muerte, como los fideicomisos (*cfr.* [77.7]). Solo el Derecho medieval llegó a una verdadera ejecución testamentaria (en Bizancio bajo influencia griega, en Occidente bajo influencia germánica).–*Vid.* detalles sobre su desarrollo en R. ZIMMERMANN, «*Heres fiduciarius? Rise and Fall of the Testamentary Executor*», en R. HELMHOLZ – R. ZIMMERMANN, *Itinera fiduciae: Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlin, 1998, 267; COING I, 597; II, 616.

§ 68. Formalismo. Contenido y eficacia de los testamentos. Codicilos

(RPr. §§ 27 III, 161-163, 165, 284-286)

I. FORMALISMO

- 1 **1.** El testamento estaba ligado desde antiguo y en todas las épocas a *reglas formales*, externas e internas, especialmente estrictas. Se explica en Roma, como en la actualidad, por un lado, por la importancia del negocio, por lo que el causante debe prestar gran atención a la formulación de sus declaraciones y, por otro, por la dificultad de comunicar y de probar una voluntad del causante, tras su muerte, divergente de la literalidad de la declaración. **Lit.:** RÜFNER (*ante* [67.1]).
- 2 Ya se habló (*vid. supra* [8.7-8]; [68.7]) del formalismo *interno* de los testamentos, y por tanto de su *interpretación*, que parte del significado literal típico de las palabras, pero ya desde el periodo preclásico –antes que en los negocios *inter vivos*– se avanza hacia una consideración de la voluntad individual y concreta del testador. Aquí, como en otras instituciones, se muestra la tendencia a *favorecer* el testamento frente a los negocios *inter vivos* (*favor testamenti*). Con todo, este *favor* encuentra límites, al menos en lo que se refiere a las desheredaciones que afectaban justamente a los herederos domésticos (*vid.* [9.3-5]). Para su defensa ha de observarse un tratamiento favorable a los herederos legítimos (*favor heredis legitimi*): *cf.* Iul.–Ulp. D. 28, 2, 3, 2.
- 3 En relación con el formalismo *externo*, es decir, en las prescripciones que hacen depender la eficacia del testamento de la observancia de determinadas reglas formales, se atiende a la voluntad menos que en la interpretación. La vulneración de las reglas formales externas hace nulo en muchos casos todo el testamento, incluso si queda constancia de la voluntad del testador expresada en un testamento con un determinado contenido. Ya hemos tratado de las normas sobre las formas de realización de los testamentos (*vid. supra* § 67); volvamos la vista ahora a aquellas sobre el *contenido* de los testamentos, especialmente sobre la *institución de heredero*.
- 4 **2.** Ha de establecerse con carácter general que el Derecho arcaico y clásico conecta la institución de heredero, así como el resto del contenido del testamento (desheredaciones, nombramiento de tutores, legados, manumisiones) con el uso de ciertas *palabras formales* fijas, además de prescribir para determinadas

cláusulas un *orden de aparición* fijo. Solo una ley de (presumiblemente) Constantino (C. 6, 23, 15, a. ¿320? ¿326? ¿o solo 339?) abandona estas obligaciones y se satisface con *cualquier* forma de expresión y cualquier ordenación de las cláusulas, siempre que la *voluntad* del testador sea claramente reconocible. Ahí se evidencia la preocupación propia de un Estado protector por mantener firmes los testamentos, así como la baja valoración del viejo formalismo verbal.

II. CONTENIDO; EN ESPECIAL LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO

1. Desde que el testamento *per aes et libram* –seguramente solo con posterioridad a la ley de las Doce Tablas– admitió en su seno la *institución de heredero* (***heredis institutio***; *vid. supra* [65.6-7]; [67.5]), esta se convirtió inmediatamente en principio y núcleo imprescindible de todo testamento. Debe aparecer al *principio* del testamento; si se anteponen otras disposiciones, se tienen por no puestas: Gai. 2, 229 s.; *cfr.* Inst. 2, 20, 34: la institución de heredero es a la vez cabeza y fundamento de todo el testamento (*caput et fundamentum totius testamenti*).

La fórmula requiere una disposición imperativa: la más corriente es «*Titius heres esto*» («Que sea Ticio [mi] heredero»); se permite también «*Titium heredem esse iubeo*» («Ordeno que sea Ticio [mi] heredero»: Gai. 2, 117). No obstante, el Derecho clásico conoce excepciones aisladas de estas fórmulas regulares: p. ej. «*Stichus servus meus liber et heres esto*» («Que mi esclavo Estico sea libre y [mi] heredero»: Gai. 2, 186; a veces se admite la lengua griega, que se impone en época postclásica, *cfr.* NTh. 16, 8 [439] con C. 6, 23, 21, 6). La citada ley de Constantino (¿?), por el contrario, permite que se usen las palabras que se prefieran para la institución de heredero y que esta se coloque en cualquier lugar del testamento. La *praxis occidental* renuncia incluso a la necesidad de la institución de heredero (y se borran con ello las fronteras con el codicilo, *vid. infra* [68.25]). En *Oriente*, en cambio, la norma sigue aferrada al principio de que todo testamento necesita de una institución de heredero, pero se incrementan las excepciones (ya existentes en el Derecho clásico), en las cuales la invalidez de la institución de heredero no privaba de vigor al resto de disposiciones testamentarias. La aproximación de las instituciones de heredero a las donaciones (entendidas en sentido amplio: *vid. supra* [47.6]) es común en Oriente y Occidente. **Lit.:** VOCI, *DER* II², 110; M. D'ORTA, *Saggio sulla «heredis institutio»: problemi di origine*, Torino, 1996; M. AVENARIUS, «Formularpraxis römischer Urkundenschreiber und *ordo scripturae*», en *Fs. Behrends* [3.15], 13; M. NOWAK, «*Titius heres esto*. The Role of the Legal Practice in the Law-Creation in Late Antiquity», *JJP* 40 (2010) 161; A. HÄUSLER, «Letzwillige Verfügungen in griechischen Sprache bei Q. C. Scaevola, Paulus und Modestinus», *SZ* 133 (2006) 420.

- 6 2. La institución de heredero, o bien crea *un solo heredero (heres ex asse)* o se refiere a una *fracción* de la herencia.

Las fracciones se determinan normalmente con arreglo a doceavos, donde la herencia completa se designa como *as* y las cuotas según el número de las *unciae*, conforme a la relación monetaria de 1 *as* = 12 *unciae* (cfr. Inst. 2, 14, 5).—Si el testador no agota la totalidad de la herencia con sus cuotas, no se pasa para el resto a la sucesión intestada (vid. *supra* [65.25]), sino que las partes ordenadas en el testamento se incrementan proporcionalmente, de modo que conjuntamente suman toda la herencia. Por el contrario, las cuotas se reducen proporcionalmente si las ordenadas por el testador suman conjuntamente más que el total de la herencia. Cfr. Ulp. D. 28, 5, 13, 3-6; eod. 17, 3 ss.; Inst. 2, 14, 7.—§§ 2089, 2090 BGB (vid. [1, 36]). Las precisiones sobre las cuotas correspondientes efectuadas con posterioridad a la elaboración del testamento son admitidas: Ulp. D. 28, 5, 2, 9; M. TALAMANCA, «*Adscriptio partium e pollicitatio condicionis*», Bull. 98–99 (1995–96) 571.

- 7 3. Una institución de heredero en un *objeto singular (heredis institutio ex re certa)* contradice la esencia de la sucesión hereditaria como una sucesión universal. Sin embargo, para conservar la validez del testamento, se hace valer la institución de heredero en todo caso y se tiene por no puesta la limitación al objeto.

Si el testamento contiene esta única institución de heredero, el instituido se hace heredero único. Si son varios los instituidos *ex re certa*, se hacen coherederos en las mismas partes, pero cada uno de ellos obtiene en todo caso el objeto que se le ha atribuido; el juez ha de realizar en cualquier caso una compensación de valor mediante pagos en dinero. Cfr. Ulp. D. 28, 5, 1, 4; eod. 9, 13; Pap. eod. 79 pr. El Derecho imperial hace ser heredero único al instituido *ex re certa*, pero lo obliga a entregar la herencia, reducida en lo que se refiere al objeto que se le ha adjudicado, a los herederos ab intestato como fideicomiso universal: Sev. Ant.-Marci. D. 36, 1, 30.—La regulación de la institución de heredero *ex re certa* partió seguramente de la institución «en el fundo» como núcleo del patrimonio en la época agraria.

- 8 4. La institución de heredero puede expresarse bajo **condición suspensiva**. En cambio, **no está admitido el término inicial**: el instituido se convierte en heredero de inmediato (Pap. D. 28, 5, 34).—Asimismo está excluida la condición **resolutoria** o el término **final**: la posición de heredero no tolera una limitación temporal (Gai. 2, 184 = Inst. 2, 16, 9; Gai. D. 28, 5, 89: *semel heres semper heres* («heredero una vez, heredero para siempre», vid. *supra* [65.14])). La regla excluye una sucesión de varios herederos testamentarios y, por tanto, una *herencia sucesiva*; una vía de salida para esto se encontró en el *fideicomiso de herencia* (más detalles, § 78). Para el testamento militar no valen estas reglas (vid. [67.8]).—§§ 2100 BGB; 608, 702 ABGB; 488 ZGB.

5. Casos especiales de una institución de heredero condicionada (suspensivamente) son los de la *institución de un heredero sustituto (substitutio)*. 9

a) En su forma ordinaria como «institución corriente de un heredero sustituto» (*substitutio vulgaris*), se establece tal heredero sustituto para el caso de que el instituido en primer término no llegue a convertirse en heredero, bien porque ha muerto antes que el testador o porque rechaza la herencia.

«Sea A mi heredero; si A no se convierte en mi heredero, que sea mi heredero B». También se puede designar un heredero sustituto para el primer sustituto (*substitutus*), etc. La sustitución se creó para evitar la entrada de la sucesión legítima, y por tanto casi siempre de una pluralidad de herederos, en caso de que el primer llamado resulte fallido. La sustitución antecede también al acrecimiento entre los coherederos.—Cfr. Gai. 2, 174-178; Inst. 2, 15 pr.-4.—Art. 774 Cc. esp.

b) Si el testador ha instituido como heredero a un hijo de familia impúber, que con la muerte de aquel se convierte en *sui iuris*, también puede nombrar ya a un heredero para este impúber (*pupillus*) con vistas al supuesto de que pueda morir siendo impúber (*substitutio pupillaris*). 10

«*Titius filius meus mihi heres esto; si filius mihi heres non erit* (sustitución vulgar) *sive heres mihi erit et hic prius moriatur quam in suam tutelam venerit* (sustitución pupilar), *tunc Seius heres esto*» («Sea mi hijo Ticio mi heredero; si mi hijo no llega a ser mi heredero o, si llega a ser mi heredero, pero muere antes de que llegue a estar bajo su propia tutela (= a ser púber), entonces que sea Seyo mi heredero»: Gai. 2, 179-183; Inst. 2, 16 pr.-4). El sustituto para el impúber (sustitución pupilar) se considera en primera línea heredero del testador, pero según la doctrina clásica se entiende también como heredero del impúber. Conforme al Derecho clásico se interpreta la sustitución pupilar también como sustitución vulgar (esta era la cuestión litigiosa de la *causa Curiana*, vid. *supra* [8.7]; cfr. Cic. *de orat.* 1, 180; *top.* 44; M. Aurelio y L. Vero en Mod. D. 28, 6, 4 pr.).

La sustitución pupilar es el único caso en que alguien puede otorgar testamento para otra persona. Su sentido y finalidad residen en que el *paterfamilias*—testador pueda determinar el destino de la herencia y, por tanto, del patrimonio familiar también cuando el hijo de familia, como sucesor natural (cfr. Paul. D. 28, 2, 11), no esté en situación para serlo efectivamente porque haya fallecido como heredero antes de alcanzar la capacidad testamentaria (activa). Incluso si el *paterfamilias* hubiera desheredado al hijo de familia impúber por esta o aquella razón, también le puede designar un heredero a él (que podría percibir la herencia como heredero ab intestato y fallecer como impúber). Además de esto, el *paterfamilias* puede ordenar legados en su propio testamento

y/o en el pupilar, que, sin embargo, solo han de satisfacerse en la medida en que puedan ser cumplidos a partir de la herencia del *paterfamilias*.

§§ 2096 ss. BGB; 604 ss. ABGB; 487 ZGB; art. 775 Cc. esp. **Lit.:** G. FINAZZI, *La sostituzione pupillare*, Napoli, 1997; EL MISMO, «*Heredem esse ed in tutelam suam venire*», Bull. 94–95 (1991–1992) 105; V. T. HALBWACHS, *Causa Curiana*, en *Fälle RG*, 14; U. MANTHE, «Die Gerichtsrede in der Antike», en Th. Walter, ed., *Die Mündlichkeit im Rechtsleben*, Tübingen, 2016, 93.

- 11 c) Si el padre designa a un heredero para su hijo púber pero sin capacidad patrimonial, Justiniano lo considera válido (con una generalización de un antiguo tratamiento favorable del Derecho imperial), si el descendiente no puede hacer testamento a causa de la *enfermedad mental* (i. e. la llamada sustitución *cuasi pupilar*): C. 6, 26, 9; cfr. Paul. D. 28, 6, 43 pr.

III. CAPACIDAD DE HACER TESTAMENTO Y DE SER INSTITUIDO

- 12 1. La capacidad de hacer testamento, participar en su otorgamiento (p. ej. como testigo, etc.) o ser beneficiado por él como heredero, legatario, etc., la llaman los romanos *testamenti factio* (i. e. capacidad testamentaria): Gai. 2, 114 = D. 28, 1, 4.

La expresión se usa primariamente del *causante*, y se dice que él tiene la *test. fact.* con el heredero, los legatarios, los testigos, etc. La diferenciación entre *test. factio activa* del testador y *t. f. passiva* de los herederos, los legatarios, los tutores, etc., es solo del Derecho común.

- 13 2. La *capacidad testamentaria* es una capacidad negocial cualificada.

Les falta a los impúberes, los enfermos mentales, los pródigos incapacitados, los ciudadanos romanos cautivos de guerra (sin embargo, *vid.* [15.17]) y los esclavos (como regla general; pero el *servus publicus populi Romani* [el esclavo estatal] sí puede testar sobre la mitad [de su peculio]: UE 20, 16), y además personas con determinadas discapacidades (antes de Justiniano, sordos y mudos; sobre otros casos, *vid. supra* [67.15], en bb)), los no ciudadanos sin *commercium* (y siempre los *Latini Iuniani*) y algunas personas como pena (en la etapa cristiana, especialmente a causa de ciertas contravenciones religiosas). El patrimonio de un acusado que, por miedo a la pena pública, comete *suicidio* es incautado por el fisco si es encontrado culpable: Antonino Pío en Marci. D. 48, 28, 3, 1.–Los *hijos de familia* pueden testar solo sobre el *peculium castrense* (*vel quasi castrense*). Las *mujeres* no tenían al principio capacidad testamentaria, pero recibieron la capacidad mediante una *coemptio testamenti facienti gratia* realizada fiduciariamente a un hombre de confianza con una liberación añadida de la *manus* (*remancipatio*) y una *manumissio*; desde un SC aprobado en tiempo de Adriano, las mujeres pudieron ya testar libremente sin más inconveniente (si se

encontraban bajo tutela, con la *auctoritas tutoris*). Sobre todo esto, *cfr.* Gai. 1, 115a; UE 20, 10 ss.; PS 3, 4a, 1 ss.

Lit.: A. WACKE, «Der Selbstmord im römischen Recht», SZ 97 (1980) 26; M. KURYŁOWICZ, «*Tedium vitae* im römischen Recht», en *FHI.*, vol. IV, 2721; A. D. MANFREDINI, «Ulpiano, il «cattivo» servo e il suicidio tentato in D. 21, 1, 23, 3», en *FHI.*, vol. V, 3101; EL MISMO, *Il suicidio: studi di diritto romano*, Torino, 2008; M. FRANTZEN, *Mors voluntaria in reatu. Die Selbsttötung im klassischen römischen Recht*, Göttingen, 2012, además MONACO [66.7], 125.

3. La capacidad de **ser instituido como heredero** la tienen, como regla, todos los ciudadanos romanos (vid. detalles en UE 22, 1 ss.); y los esclavos propios, si son al mismo tiempo manumitidos (Gai. 2, 185-188). Los esclavos ajenos y los hijos de familia son generalmente incapaces para recibir por testamento (Gai. 2, 189 s.), pero adquieren la herencia para su titular de potestad si este les da la instrucción de adir la herencia y ocurre así. Con la no infrecuente institución de esclavos ajenos podían lograrse –fuera de los motivos humanitarios– diversos fines, p. ej. el de ceder a un tercero (el dueño del esclavo instituido) la decisión de quién debe recibir la herencia finalmente, pues el propietario, dentro del plazo para la adición, podría transmitir el esclavo a alguien que le dará a este la instrucción de adir la herencia y, por tanto, la percibirá él.–La posibilidad de ser instituido debe darse en el momento de otorgarse el testamento y en el momento de la muerte; además (supuestamente) también en el momento de la adquisición de la herencia (Flor. D. 28, 5, 50, 1 = Inst. 2, 19, 4; la llamada «doctrina de los tres momentos»).

Lit.: W. BUCHWITZ, *Servus alienus heres. Die Erbeinsetzung fremder Sklaven im klassischen römischen Recht*, Wien et al., 2012.

Para las mujeres existían determinadas limitaciones temporales: según una *lex Voconia* (169 a. C.) no podían ser instituidas herederas por causantes de la primera clase censal (la más rica), Gai. 2, 274 (claramente para que el patrimonio permaneciera en el seno del grupo agnaticio y los varones de ese grupo estuvieran en la situación de financiar sus costosas carreras políticas y militares). Con el abandono de la práctica del censo, que se elaboró por última vez en el año 73/74 d. C., esta prohibición perdió su sentido. **Lit.:** J. A. CROOK, «Women in Roman Succession», en Rawson (*ante* [58.1], 1986), 58 (sobre la transmisión no justiniana, pág. 69); U. MANTHE, *recensión* en *Gnomon* 66 (1994) 531; J. A. J. M. VAN DER MEER, *The Lex Voconia. Made for Men: «mulier heres institui non potest»*, Eijsden, 1996; A. WEISHAUP, *Die lex Voconia*, Berlin, 1999 (con N. BENKE, SZ 119 [2002] 488); MONACO [66.7], 185; T. SPAGNUOLO VIGORITA, «Livia, Augusto e il plebiscito Voconio», *Index* 40 (2012)

257; G. GIULINA, «*Cum intellegam legem Voconiam*», en *St. Santalucia*, 121.—Cfr. también [66.7].

- 16 La institución de los *postumi*, que han sido procreados por el causante, pero aún no han nacido en el momento de la muerte del causante o —y este es el segundo caso de *postumi* reconocidos— en el momento de otorgarse el testamento, pero han venido al mundo en vida del testador, se desarrolla en el periodo preclásico y clásico solo paulatina y escalonadamente (Pomp. D. 28, 2, 10; Scaev. D. 28, 2, 29 pr. ss.); los *postumi sui* se tienen en cuenta como herederos civiles y los *postumi alieni*, en todo caso, en la *bonorum possessio*. Cfr. también *supra* [66.3] y [69.5].
- 17 No pueden ser instituidas las *personae incertae* (UE 22, 4.6). A ellas pertenecen también las agrupaciones de personas (v. gr. los municipios). La institución del Estado romano o de las divinidades se reconoció, pero no se regían por el Derecho privado. En la época postclásica las *civitates* y los *corpora* ya no cuentan entre las personas inciertas. La capacidad testamentaria de la Iglesia se reconoció desde tiempos de Constantino. Las atribuciones a Jesucristo, a los santos, etc., se adjudican a la iglesia que corresponde al testador; también las atribuciones a los pobres, etc., pero aquí con la disposición de que lo asignado se destine a fines caritativos (cfr. *supra* [65.13]); Const. CTh. 9, 17, 6 = C. 1, 2, 1; Iust. C. 1, 2, 25; Nov. 131, 9.—No pueden ser instituidos además los carentes de *capacitas*: vid. *infra* [71.10]. **Lit.:** E. F. BRUCK, *Kirchenväter und soziale Erbrecht*, Berlin, 1956 (pág. 120 sobre la institución de Jesucristo como heredero); CH. CORBO, «*Incertae personae*» e *capacità successoria*, Napoli, 2012 (con F. ARCARIA, SD 79,2 [2013] 1342); E. CHEVREAU, «La pratique successorale à travers la correspondance de Pline le Jeune. Le cas de legs faits en faveur des cités», en *Mél. Humbert*, 75.

IV. INEFICACIA. REVOCACIÓN

- 18 **1.** La **ineficacia** del testamento se rige de acuerdo con las normas generales (*supra* § 9).

Desde el **principio** el testamento es inválido si le falta la forma, si no contiene una institución de heredero válida o si esta es contraria a una norma prohibitoria o a las costumbres, si falta la *testamenti factio*, y además si los *sui* no han sido debidamente instituidos o desheredados (vid. *infra* § 69). Con **posterioridad** a su otorgamiento pierde eficacia el testamento válido si el testador sufre una *capitis deminutio* (pero el pretor establece excepciones, cfr. Gai. 2, 145-149; Inst. 2, 17, 4-6). Asimismo, el testamento se vuelve ineficaz (*destitutum, desertum*) si ninguno de los instituidos llega a ser heredero, p. ej. porque todos han muerto antes que el testador o han repudiado la herencia. De *rumpi testamentum* (romper el testamento) hablan las fuentes si, tras su otorgamiento, viene al mundo un *postumus suus* (i. e. un heredero doméstico nacido tras la muerte del causante) —o bien se ha incorporado un *suus* por medio

de adopción o *conventio in manum*–, en la medida en que este *suus* ni ha sido instituido ni desheredado (Gai. 2, 131; 138 ss.; Inst. 2, 13, 1; 2, 17, 1); además, en caso de revocación.

2. La **revocación** era, seguramente, ajena en principio a la antigua *mancipatio familiae*. Sin embargo, la libre revocabilidad se dedujo pronto de la propia naturaleza del testamento como una disposición unilateral que el testador podía configurar hasta su muerte por su libre voluntad. 19

a) Según el *ius civile*, el testamento se deja sin efecto por el otorgamiento de un nuevo testamento válido (Gai. 2, 144 = Inst. 2, 17, 2).

El nuevo testamento deroga *completamente* al anterior, no solo las disposiciones en las cuales contradice al antiguo, e incluso cuando ninguna de las instituciones de heredero conduzca a una sucesión hereditaria; solo sucede algo distinto en el caso del testamento militar: Ulp. D. 29, 1, 19 pr. Si el nuevo testamento no es válido con arreglo al *ius civile*, pero sí al *ius honorarium*, el pretor concederá por él la *bonorum possessio secundum tabulas* (vid. [67.9]).–§§ 2254, 2258 I BGB; 713 ABGB; 509, 511 ZGB; art. 739 Cc. esp. **Lit.:** S. SERANGELI, *Studi sulla revoca del testamento in diritto romano*, vol. I, Milano, 1982 (con K. HACKL, SZ 102 [1985] 665).

b) Si el testador *destruye* el documento testamentario o corta la cinta que lo cierra o rompe los sellos, el testamento sigue existiendo para el *ius civile*. En cambio, el *pretor* (para el que todo depende del documento con siete sellos) *deniega* al heredero ahí instituido la *bonorum possessio secundum tabulas* y le concede la *bon. poss. intestati cum re* a los herederos *ab intestato* según el orden pretorio: Gai. 2, 151/151 a.–§§ 2255, 2257, 2258 II BGB; 717 ABGB; 511 ZGB; art. 742 Cc. esp. 20

En el Derecho *postclásico* es revocado el testamento: aa) por otorgamiento de un *nuevo* testamento válido; bb) con la *apertura*, destrucción o tachado de los documentos hechos intencionadamente por el testador; cc) según Justiniano, además, por declaración de la voluntad revocatoria ante tres testigos o en actas, siempre que hayan transcurrido diez años desde que se otorgó el testamento: C. 6, 23, 27. 21

V. CODICILO

1. Los *codicilli*, *i. e.* disposiciones de última voluntad unilaterales sin institución de heredero, se desarrollaron a partir de cartas en las que el testador pedía a los herederos instituidos en un testamento (o a otros beneficiarios) el cumplimiento de un *fideicomiso* (*i. e.* una disposición informal, en principio 22

solo moralmente obligatoria, *vid. infra* § 77). El Derecho imperial (desde Augusto: Inst. 2, 25 pr.) y los juristas construyeron el codicilo, junto con el fideicomiso, como una institución jurídica y ejecutable.—*Codicilli* (en plural) son «cuadernillos», al principio seguramente escritos siempre en tablas enceradas.

- 23 a) Los *codicilli testamento confirmati*, que están anunciados con anticipación en el testamento o confirmados posteriormente, se consideran *parte integrante del testamento*; pueden disponer todo lo que puede ser contenido del testamento, excepto instituciones de heredero y desheredaciones: Gai. 2, 273; Inst. 2, 25, 2.—Dependen de la validez del testamento y exigen capacidad testamentaria.
- 24 b) Los codicilos **no** confirmados, sea junto a un testamento (del cual son, sin embargo, independientes), sea junto a la sucesión intestada, *solo* pueden contener *fideicomisos*: Gai. 2, 270a.

A través de la llamada *cláusula codicilar* del testamento se puede establecer que, si este no es eficaz como testamento, que sea tratado como un codicilo. Según esto, las instituciones de heredero pueden reinterpretarse como fideicomisos de herencia, los legados como fideicomisos de cosas particulares y las manumisiones «directas» como manumisiones fideicomisarias.

- 25 2. En el Derecho vulgar *postclásico*, desde que el testamento ya no contiene necesariamente una institución de heredero, se difuminan las fronteras entre testamento y codicilo. En Oriente se mantiene, sin embargo, la diferenciación. Justiniano exige para el codicilo oral o escrito cinco testigos (C. 6, 36, 8, 3 itp.). La cláusula codicilar, si no se encuentra expresamente en el testamento, es tratada como no contenida en él (no existe un codicilo «tácito»: Ulp. D. 29, 7, 1).

En el ABGB sigue existiendo la contraposición entre testamento y codicilo (553); el *Testament* del BGB (§§ 1937-40) y la *letzwillige Verfügung* del ZGB (§ 481) ya no conocen el codicilo. **Lit.:** A. V. PREMIERSTEIN, *Vom Werden und Wesen des Prinzipats*, N. York, 1937, 205; A. GUARINO, «Trebazio, Labeone e i codicilli», en *Pagine di diritto romano*, vol. V, Napoli, 1994, 135 (= SD 10 [1944] 317), 151 (añadidos posteriores); A. METRO, *Studi sui codicilli*, vol. I, Milano, 1979; EL MISMO, «Ancora su Isid., Etym. 5, 24, 14», en *St. Sanfilippo*, vol. III, 451.

§ 69. Sucesión hereditaria contra el testamento. Desheredación y preterición

(RPr. §§ 170-172, 289)

Lit.: R. ZIMMERMANN, «Die Erbfolge gegen das Testament im Römischen Recht», en A. Röthel, ed., *Reformfragen des Pflichtteilsrechts*, Köln et al., 2007, 97.

I. GENERALIDADES

1. En la «sucesión hereditaria contra el testamento» se realiza la idea primitiva de la *sucesión hereditaria de la familia* frente a la libertad testamentaria. No obstante, las medidas más antiguas, que seguramente aparecieron a la vez que el testamento con institución de heredero, aún no se dirigen contra los abusos en la libertad testamentaria, sino que contienen simples *mandatos formales*: el testador, cuando instituye un heredero, debe al mismo tiempo *desheredar* expresamente a los herederos domésticos a los que pretenda *excluir* de la sucesión hereditaria; la preterición tácita no es suficiente y pone en riesgo la validez del testamento. Ahí se aplican para la desheredación de los *hijos (varones)*, que son los que estaban principalmente habilitados para dar continuidad a la familia, reglas más rigurosas que las de los otros *sui*.

A partir de la idea de que el testador debe forzosamente instituir o desheredar a sus *sui* se acuñó para las normas de la desheredación (y de las consecuencias de la preterición) la expresión poco feliz de «*sucesión forzosa formal*».

2. En la época agraria la desheredación sirvió principalmente para posibilitar la sucesión única de un solo heredero de la finca familiar mediante la exclusión de la sucesión hereditaria de los restantes *sui* legitimados para heredar (que eran socorridos de otro modo). Sin embargo, con el tiempo cambió su función: en la época de la libertad testamentaria completamente avanzada y practicada, se utilizó la desheredación también como *sanción* para aquel que se hubiera comportado indebida o deshonorosamente con el testador. A finales de la República se generalizan, sin embargo, los casos en los que el causante abusaba de la capacidad testamentaria y desheredaba *sin motivo* a sus parientes más próximos. En estos casos intervino la legislación con un remedio jurídico de nuevo cuño, fuertemente divergente de las instituciones tradicionales: la acción con-

tra el testamento contrario a los «deberes» (*querela inofficiosi testamenti*). El testamento que no beneficia suficientemente a los parientes más cercanos podía ser impugnado como «inoficioso» (*i. e.* contrario al *officium*, es decir, el deber moral del testador hacia sus familiares), con el resultado de la entrada en funcionamiento de la sucesión intestada. El testador no podía, por tanto, desheredar a sus parientes sin justificación; para librar al testamento de la impugnación, el testador debía atribuirles una «*parte debida*» de la herencia (sucesión forzosa material: *vid.* más detalles *infra* § 70).

II. DESHEREDACIÓN Y PRETERICIÓN SEGÚN EL *IUS CIVILE*

- 3 Según el *ius civile*, el testador debe o instituir o desheredar a sus **sui heredes**; no los puede obviar o preterir (*praeterire*): *Sui heredes instituendi sunt vel exheredandi* («los herederos domésticos deben ser instituidos o desheredados»: UE 22, 14).
 1. Los **hijos varones** que estén bajo su potestad en el momento de otorgarse el testamento deben ser desheredados *singularmente mencionándolos por su nombre, nominatim exheredare*, v. gr. «*Titius filius meus exheres esto*» («Mi hijo Ticio sea desheredado»). Si un hijo varón es preterido, todo el testamento es *nulo*. La desheredación no puede ser sometida a condición o a término. *Cfr.* Gai. 2, 123; 127; Inst. 2, 13 pr.–1; Iul.–Ulp. D. 28, 2, 3, 1.
 - 4 2. Los **otros sui**, es decir, hijas, nietos o la *uxor in manu*, pueden ser desheredados *en conjunto, sin necesidad de mencionarlos por su nombre (inter caeteros)*: «*ceteri omnes exheredes sunt*» («todos los demás sean desheredados»). Si tales personas son preteridas, el testamento sigue siendo válido, pero los preteridos participan de la herencia *junto* a los instituidos, y todo preterido recibe su parte de la sucesión intestada junto con los *sui* instituidos, mientras que con los *extranei* recibe la mitad de la parte atribuida a estos. *Cfr.* Gai. 2, 124; 128; Inst. 2, 13 pr. **Lit.:** A. SANGUINETTI, «Considerazioni sull'origine del principio *Sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*», SD 59 (1993) 259.
- 5 3. Un hijo nacido tras el otorgamiento del testamento (*postumus*) debe ser desheredado *expresamente (nominatim)*. Si es preterido, todo el testamento decae, incluso si es una hija o un nieto, siempre que haya sido ya concebido en el momento de la muerte del testador. El mismo tratamiento reciben los hijos que se hayan convertido en *suus* por un acto jurídico (*adoptio, conventio in manum*). *Cfr.* Gai. 2, 130 ss.; 138-142; Inst. 2, 13, 1; 2, 17, 1; *vid.* también [66.3], [68.16].–§§ 2079 BGB; 777 ABGB; 469 I ZGB; art. 814 Cc. esp.

III. *BONORUM POSSESSIO* «CONTRA EL TESTAMENTO» (*BONORUM POSSESSIO CONTRA TABULAS*)

1. El pretor, en su propio ámbito, favorece al *parentesco de sangre* frente al agnaticio. Según esto, protege como *liberi* a los mismos parientes a los que llama a la sucesión intestada en la clase *unde liberi* y a los que entrega la posesión de los bienes hereditarios a su petición (*vid. supra* [66.13]; *cfr.* Gai. 2, 135-137 = Inst. 2, 13, 3-4; D. 37, 4).

a) Todos los *liberi varones* (también los nietos) deben ser instituidos o desheredados *nominatim*; solo es suficiente la desheredación *inter ceteros* para las descendientes de sexo femenino. *Cfr.* Gai. 2, 129; 135; Inst. 2, 13, 3.

b) Si el testador ha preterido a un **hijo varón** (estando bajo su potestad), también el pretor considera el testamento como *nulo* y les da a todos los herederos *ab intestato* reconocidos por él de la clase *unde liberi*, también los desheredados formalmente, la *bonorum possessio* del causante fallecido sin testamento (*bon. pos. intestati*): Ulp. 38, 6, 9, *cfr. supra* [66.11-13].

Si son desheredados **otros sui** (hijas, nietos, la *uxor in manu*) o aquellos hijos que no son *sui* (emancipados, etc.), solo se dejan en vigor del testamento las desheredaciones, las sustituciones pupilares y ciertos legados. Las instituciones de heredero decaen; todo preterido puede solicitar la *bonorum possessio* «contra el testamento», que siempre es *cum re*, por tanto, definitiva, en la cuantía de su parte en la sucesión intestada (Gai. 2, 125).

También los restantes herederos *ab intestato* reciben la parte correspondiente de la herencia intestada. Sin embargo, los *liberi* de sexo femenino reciben, conforme a un rescripto de Antonino Pío, la *bonorum possessio* solo de aquello que les correspondería según el *ius civile*: *cfr. supra* [69.4] (Gai. 2, 126; Inst. C. 6, 24, 4, 1). **Lit.:** L. VACCA, «In tema di *bonorum possessio contra tabulas*», Bull. 80 (1977) 159.

2. Mucho más allá va la defensa que el pretor concede al **patrono** del testador que sea *liberto*, ya fuera este un antiguo esclavo o un hijo de familia manumitido por el *parens* (emancipado). Si el liberto testador no es sucedido por sus propios *liberi*, entonces debe dejar al patrono, siempre que no se le hayan prometido servicios, la *mitad* de la herencia como porción debida o **legítima** (*debita portio*): Gai. 3, 41 = Inst. 3, 7, 1. Por detrás del patrono son llamados sus hijos, etc. En época *postclásica* esta legítima es reducida en Occidente, y también en el Derecho de Justiniano, a un *tercio* (C. 6, 4, 4; Inst. 3, 7, 3). Si el causante le deja menos, o nada en absoluto, al patrono, el pretor le otorga a este (ya en el Derecho clásico) la *bonorum possessio contra tabulas* de la parte debida (o un complemento de lo legado).—Vid. detalles en D. 38, 2.—Contra las enajenaciones, etc., que el liberto haya efectuado *mortis causa* o dolosamente en perjuicio del patrono (*in fraudem patroni*), le da garantías el pretor al patrono con

■ § 69. SUCESIÓN HEREDITARIA CONTRA EL TESTAMENTO. DESHEREDACIÓN...

acciones arbitrarias contra el tercero adquirente (*actio Fabiana* en caso de sucesión testamentaria, *actio Calvisiana* en el de la intestada). **Lit.:** LEIST (*vid.* [66.17]), 425; MASI DORIA [16.14], 179.

IV. DERECHO POSTCLÁSICO

- 11 **1.** Desde que (seguramente) Constantino abandonó las formas verbales rituales para enunciar el contenido del testamento (*vid. supra* [68.4-5]), también bastó con cualquier forma de declaración de voluntad para la **desheredación**; no obstante, los *hijos varones*, al igual que antes, debían ser desheredados designándolos por su *nombre*. Justiniano exige (para la equiparación de ambos sexos) la mención por su nombre de *todos* los descendientes, ya fueran varones o mujeres, y suprime la desheredación *inter ceteros* (C. 6, 28, 4, 6 s.).
- 12 **2.** Consecuentemente, Justiniano también hace decaer el testamento por la **preterición** de *todo suus*, varón o mujer, ya nacido o póstumo.

Sobre la limitación de los supuestos de hecho y las consecuencias de la preterición según la Nov. 115, *vid. infra* § 70, especialmente [70.4-5]. La preterición *justificada* según esa Novela hace que el testamento ya no sea ineficaz o anulable (por medio de la *querela*).

§ 70. Derecho de legítimas. La acción por testamento inoficioso (*querela inofficiosi testamenti*)

(RPr. §§ 173, 290; KASER – KACKL §§ 32 II 3, 68 II 8)

I. LA ACCIÓN POR TESTAMENTO INOFICIOSO (*QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI*)

Lit.: A. SANGUINETTI, *Dalla querela alla portio legitima: aspetti della successione necessaria nell'epoca tardo imperial e giustiniana*, Milano, 1996; J. M. RIBAS-ALBA, *La desheredación injustificada en derecho romano*, Granada, 1998; S. QUERZOLI, *I testamenta e gli officia pietatis: tribunale centumvirale, potere imperiale e giuristi tra Augusto e i Severi*, Napoli, 2000 (rec. H.-D. SPENGLER, SZ 122 [2005] 294); C. TORT-MARTORELL, «La aportación de Papiniano al problema de qué porción hereditaria puede reclamar el legitimado a interponer una *querela inofficiosi testamenti*», en *Est. Miquel*, 983; F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, «Le disposizioni *poenae nomine* e la *querela inofficiosi testamenti*», en *Acti Burdese* II, 397, 404; D. DI OTTAVIO, *Ricerche in tema di querela inofficiosi testamenti. 1: Le origini*, Napoli, 2012; D. TUZOV, «Sull'uso di rescindere in materia di *testamenta inofficiosa*», TR 82 (2014) 233; P. BUONGIORNO, «Ad legem *Glitiam*», SZ 132 (2015) 96 (*vid.* [70.2]).

1. La acción por testamento inoficioso, como ya se ha mencionado (*vid. supra* [69.2]), se desarrolló, a partir de precedentes en época tardorrepublicana, para posibilitar la *impugnación* de un testamento en el que el testador, en contra de sus deberes de amor familiar (*pietas; contra officium pietatis: cfr.* [4.4]), no ha beneficiado en su testamento suficientemente a sus *parientes* más cercanos. La acción (*querela*) se tramitaba a través de un procedimiento que se apartaba parcialmente de las reglas generales, no se apoyaba en ninguna ley y dejaba al juez un amplio margen de arbitrio.

2. La cuestión de la infracción de los deberes no es jurídica, sino que se refiere a la *moral social* y, por tanto, es una cuestión de valoración que abría un ancho campo a la retórica. Un argumento retórico muy apreciado (*color*) era el de que el testador debía de haber actuado en un momento de enajenación mental (*insania*). El procedimiento, en un principio, debió de conducir a una decisión sin sujeción a reglas *fijas*, según las circunstancias del caso, en la cual se declaraba la infracción de los deberes, con la consecuencia de que no *deja sin efecto* solo a la institución de heredero «inoficiosa», sino a la *totalidad* del testamento (pero *vid. infra* [70.8]). Con todo, se veía el testamento no realmente como el de un enfermo mental, pues en ese caso hubiera sido nulo

de antemano, sino que el *testamentum inofficiosum* era válido mientras la inoficiosa no haya sido declarada judicialmente: Marci. D. 5, 2, 2 = Inst. 2, 18 pr.—Era competente —presumiblemente para cuantías a partir de 100.000 sestercios— el tribunal de los centunviros (*vid. infra* [82.16]). En época imperial este procedimiento fue absorbido por el procedimiento cognitorio (*vid.* [87.1]), para cuya tramitación en el caso de la *querela* podría haber dado reglas la *lex Glitia* (Gai. D. 5, 2, 4) de 22/24 d. C., como recientemente ha admitido P. BUONGIORNO (*ante* [70.1]).

- 3 2. Los juristas, apoyados por disposiciones imperiales, desarrollaron paulatinamente *reglas* fijas para la *querela* que dominaron el Derecho de la época clásica y fueron ampliadas en el periodo postclásico. Justiniano recogió y complementó esta regulación en su Nov. 115.
 - a) Para la impugnación del testamento estaban legitimados en la época clásica solo los *liberi* llamados a la sucesión *ab intestato* civil o pretoria, y quizá también los *ascendientes* y los *parientes colaterales* agnaticios del causante (Ulp. D. 5, 2, 1).—§§ 2303 BGB; 762, 763 ABGB; 470 I ZGB; art. 815, 817 Cc. esp.
 - 4 b) Las causas por las que el testador puede preterir o desheredar a esas personas sin tratarlas «inoficiosamente» quedan en un principio a la valoración de las circunstancias del caso concreto. Solo la **Nov. 115** (a. 542 d. C.) da una enumeración exhaustiva de esas causas, todas las cuales o implican una grave *ofensa* contra el causante o un comportamiento *contrario a la moral social*.—§§ 2333-36, 2338 BGB; 768-771, 773, 795 ABGB; 477, 479, 480 ZGB; arts. 852-855 Cc. esp.
 - 5 c) Como cuantía de la «porción debida» que el testador debe dejar a los legitimados para evitar la impugnación, se generalizó (seguramente por influencia de la *lex Falcidia*, *vid. infra* [76.24]) un cuarto de la parte que corresponde *ab intestato*. En la Nov. 18 (a. 536) se eleva la legítima a favor de los descendientes a un tercio, si hay hasta cuatro hijos, y si hay más, a la mitad de la parte *ab intestato*. Esta porción debida puede dejarse como parte de la herencia, pero también como legado o como donación *mortis causa*; según la Nov. 115, solo como parte de la herencia.—§§ 2303 I 2 BGB; 765, 766 ABGB; 471 ZGB; art. 818 Cc. esp.
 - 6 En la legislación postelásica se establece que la *dos* o la donación nupcial que el testador ha conferido al legitimado ha de *imputarse* a la parte legítima; según Justiniano, esto vale también para las demás donaciones del causante *inter vivos*, si se ha determinado que deben ser computadas ahí. Las condiciones o términos que limiten la legítima se tienen por no puestos.—§§ 2315 BGB; 787-789 ABGB; 475, 527-528 ZGB; arts. 818 II, 819 Cc. esp.

d) La *querela* se dirige contra los *herederos testamentarios*. Es procedente desde el momento en que estos herederos han adquirido la herencia y está sujeta a un plazo de *cinco años*. 7

La *querela* no pasa (en general) a los *herederos* del legitimado para ejercitarla. Una *renuncia* a ella es ineficaz (PS 4, 5, 8). No obstante, si el legitimado ha reconocido el testamento (como válido), entonces se le opone una excepción.

Si tiene éxito la *querela*, la sentencia (que sienta derecho) produce el *efecto* de la *anulación* del testamento. Con ello desborda su finalidad, porque el demandante vencedor obtiene ahora la *totalidad* de su porción *ab intestato*, si bien, en caso de que el testador le hubiera atribuido simplemente su porción debida, hubiera debido conformarse con esta, sin poder impugnar. 8

No obstante, no se trataba la totalidad del testamento como fallido, sino que se dejaban en pie ciertas instituciones de heredero (a saber, las de aquellos herederos testamentarios contra los cuales se había ejercitado la *querela* sin éxito, y en perjuicio de aquellos de los diversos legitimados a la *querela* que no hubieran ejercitado su acción), además de las manumisiones, legados y nombramiento de tutores. *Cfr.* Pap., Paul. D. 5, 2, 15, 2-19.

Si un legitimado para ejercitar la *querela* ha sido completamente desheredado o preterido sin una causa justificada (*vid. supra* [70.4]), conforme a la Nov. 115 presumiblemente ya no se vio más el testamento como *nulo* de raíz (como sí debía suceder en caso de preterición de un *suus*, *vid. supra* [69.12]), sino solo como *anulable* por medio de la *querela*.

Para limitar en lo posible la citada inconsecuencia de que el recurrente obtuviera la totalidad de la parte que le correspondía *ab intestato*, la praxis *postclásica* del Derecho imperial desarrolló una *pretensión* para obtener un *suplemento de la parte legítima*. Si el testador también le ha atribuido algo al legitimado, entonces la impugnación se le recorta: recibe una ***actio ad supplendam legitimam*** (*actio suppletoria*) por el importe que le reste hasta completar su porción legítima, dejando subsistente en restante contenido del testamento: Iust. C. 3, 28, 30 pr.-1; Inst. 2, 18, 3.-§§ 2305 BGB; 775 ABGB; 522 ZGB; art. 815 Cc. esp. **Lit.:** G. WESENER, «Vorjustinianische Ansätze zur *actio ad supplendam legitimam*», en *Fs. Kränzlein* [9.5], 149. 9

II. *QUERELA INOFFICIOSAE DONATIONIS*

Si el causante merma la legítima por una *donación* (a otros) *inter vivos*, concede Alejandro Severo al perjudicado, en conexión con la *querela inofficiosi testamenti*, una acción impugnatoria contra el donatario, que después se configuró como *querela in-* 10

■ § 70. DERECHO DE LEGÍTIMAS. LA ACCIÓN POR TESTAMENTO INOFICIOSO

officiosae donationis. La donación inoficiosa es tratada como ineficaz y lo donado es añadido a la masa hereditaria. *Cfr.* Paul. D. 31, 87, 3 s.—§§ 2325 BGB; 785, 951, 952 ABGB; 475, 527-528 ZGB; arts. 636 II, 654 Cc. esp.

- 11 Junto a esto se introdujo en el s. IV una impugnación de la *constitución de una dote* excesiva (*querela inofficiosae dotis*), si la dote agota todo el patrimonio, de modo que con ello necesariamente salga perjudicada la porción legítima: C. 3, 30.
- 12 Sobre la porción legítima del **patrono**, que se desarrolló antes que la *querela* y es *independiente* de ella, *vid. supra* [69.10].
- 13 Si un *impúber* es *adrogado* y emancipado de nuevo, no cuenta entre los *sui* ni entre los *liberi*. Si el testador le ha dejado menos de un cuarto, Antonino Pío le concede un cuarto de la herencia como si fuese un heredero (*quarta divi Pii*): Ulp. D. 10, 2, 2, 1; 5, 2, 8, 15; Inst. 1, 11, 3.

B. ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA Y SITUACIÓN DEL HEREDERO**§ 71. Adquisición de la herencia. Incapacidad para heredar y para adquirir. Indignidad para suceder***(RPr. §§ 25 II, 174-176, 178, 291, 292)***I. ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA DE LOS HEREDEROS DOMÉSTICOS**

1. Desde antiguo existen reglas separadas para la adquisición de la herencia 1
dependiendo de si son llamados herederos domésticos (*domestici heredes*) o
ajenos a la casa (*extranei heredes*). Los herederos domésticos adquieren la
herencia (como regla general) con la muerte del causante, sin que se necesite
su intervención; los externos, en cambio, deben intervenir y adquirir primero
con un acto de adquisición.

2. Herederos domésticos son: a) los *sui heredes*, es decir, la *uxor in manu* y 2
aquellos hijos de familia que, a la muerte del causante, se convierten en *sui*
iuris, independientemente de si son llamados *ab intestato* o por testamento y,
en este segundo caso, si su parte de la herencia se solapa con la parte de la
sucesión intestada; b) el esclavo del causante instituido y, al mismo tiempo,
manumitido.

Los herederos domésticos adquieren la posición de herederos, y con ello los
derechos hereditarios del causante, inmediatamente a la muerte de este *por*
ministerio de la ley, incluso contra su voluntad. Sobre todo esto, *cfr.* Gai. 2,
152 ss. = Inst. 2, 19 ss.; Ulp. D. 42, 6, 1, 18.

Esta adquisición inmediata de la herencia se funda, para la mujer y los hijos de fami-
lia, en la idea de que todas esas personas ya en vida del *paterfamilias* han tenido una
cotitularidad latente que se patentiza con la muerte de este (*vid. supra* [60.12]). A esto
se añade el razonamiento práctico de que los herederos domésticos, con la muerte del
causante, pertenecen ya jurídicamente a su comunidad doméstica y con ello excluyen
cualquier intervención ajena.—Excepcionalmente, la adquisición de la herencia se
aplaza, también en el caso de los herederos domésticos, si el *suus* ha sido instituido
bajo condición suspensiva o si ha sido instituido un *extraneus* y el *suus* solo se con-
vierte en heredero con el repudio de la herencia por parte de aquel: *cfr.* Herm. D. 28,
7, 12. **Lit.:** M. MEINHART, «Die bedingte Erbeinsetzung des Haussohnes», en *Studien*
Kaser [24.13], 1973, 111.

- 3 **3.** Los herederos domésticos son herederos forzosos (*necessarii heredes*) y no pueden renunciar a su adquisición de la herencia (según el *ius civile*). El pretor, sin embargo, les concedió el *beneficium abstinendi*: si aún no se han «mezclado» (*se immiscere*) en los asuntos de la herencia, y por tanto no han hecho ver que quieran recibirla, pueden *repudiar* la herencia (*se abstinere*). Esto no tenía el efecto civil de que decayera su posición como herederos (*cfr.* p. ej. Ulp. D. 28, 8, 8); pero el pretor los trata, en cambio, como si no se hubieran convertido en herederos y los libera sobre todo de la responsabilidad por las obligaciones hereditarias. *Cfr.* Gai. 2, 158; 160; 163; Inst. 2, 19, 2 y 5.–§§ 1942 ss. BGB; 803, 805 ABGB; 566 ss. ZGB; arts. 988 ss. Cc. esp.

El esclavo como heredero forzoso *no* tiene esta licencia; más bien solían los causantes sobreendeudados instituir a sus esclavos, a fin de cargarles a ellos con el concurso de la herencia (y con la infamia ligada a este): Gai. 2, 153-155 = Inst. 2, 19, 1. Sin embargo, *vid. infra* [74.5].—Al *suus* le puede conceder el pretor, a solicitud suya, un *plazo de reflexión* (*tempus ad deliberandum*: Ulp. D. 28, 8, 8), transcurrido el cual sin ser utilizado hace perder el *beneficium abstinendi*.—El pretor trata a aquel que ha repudiado la herencia como si no hubiera sido nunca heredero; le deniega las acciones referidas a la herencia tanto a su favor como en su contra (Gai. D. 29, 2, 57 pr.; Pomp. eod. 99) y otorga la *bonorum possessio* a los siguientes llamados (Scaev. D. 42, 1, 44). No obstante, deja el testamento parcialmente en vigor.

II. ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA DE LOS *EXTRANEI*

- 4 **1.** Todos los herederos que no sean herederos domésticos adquieren la herencia como extraños a la comunidad doméstica (*heredes extranei*) y solo con un acto de adquisición especial, la **adición** (*aditio hereditatis*): Gai. 2, 161 s.; Inst. 2, 19, 3 y 5. Puesto que ese acto es libre para ellos, son herederos voluntarios (*voluntarii heredes*). Entre la muerte del causante y la adición la herencia está yacente (al respecto, *vid. infra* [72.1]).

Consecuentemente se distingue aquí la capacidad de adquirir la herencia por adición (*deferri hereditatem*, por lo cual se habla de **delación** hereditaria) y el acto de adquisición propiamente dicho (*adquirere, accipere hereditatem*, de donde procede **adquisición**), con el que el testamento, al haber encontrado a un heredero, logra su eficacia. El derecho a la adquisición hereditaria por adición se obtiene por regla general ya con la muerte del causante (según la *lex Papia Poppaea* –*vid.* [71.11]–, en caso de simple sucesión parcial, con la apertura del testamento; esto es derogado a su vez por Justiniano); en caso de institución de heredero condicionada (o de rechazo por parte de todos los herederos testamentarios, *vid. supra* [68.18], que conlleva la apertura de la sucesión intestada), solo más tarde. La adición presupone la delación, así como el *conocimiento* del aceptante de las circunstancias fundamentales de su llamamiento:

Ulp., Paul. D. 29, 2, 21, 2 s.; 22. El llamado puede solo aceptar la herencia *completa* o toda la parte en la que haya sido llamado. *Cfr.* Paul., Ulp. D. 29, 2, 1 s.—Sobre la transmisión hereditaria del derecho de adir (transmisio *delationis*), *vid.* [72.8]. **Lit.:** C. BEDUSCHI, *Hereditatis aditio*, vol. I: *L'accettazione dell'eredità nel pensiero della giurisprudenza romana classica*, Milano, 1976.

2. La **adición** se produce de dos maneras:

5

a) por una conducta *informal*, en la que se expresa la voluntad de aceptar la herencia (**pro herede gestio**, *i. e.* actuar como heredero). En la época arcaica se exigía seguramente la *aprehensión posesoria* de la herencia (o de sus elementos esenciales); sin embargo, con posterioridad basta cualquier otro *comportamiento concluyente* (UE 22, 26; PS 4, 8, 23) como expresión de la determinación de la voluntad (*destinatio animi*: Gai. 2, 167; 169; Inst. 2, 19, 7) encaminada a la adquisición. Falta esta cuando el legitimado para la adición adopta simples medidas de aseguramiento de la herencia (como *negotiorum gestor*).—La adquisición de la herencia con base en una *pro herede gestio*, en el caso de los *heredes extranei*, hace juego funcional con la inmisión en los asuntos de la herencia (*se immiscere*), que para los herederos domésticos supone la pérdida del *beneficium abstinendi* y, con ello, la posición de heredero completa e irrevocable (*vid.* [71.3]; *cfr.* Gai. 2, 163).

b) No pertenece todavía al Derecho arcaico una declaración *formal* de la voluntad de adquirir con una fórmula oral preestablecida, la **cretio** (lit.: «decisión»), p. ej. «*quod me P. Maevius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque*» («puesto que P. Mevio me ha instituido como heredero suyo en su testamento, acepto yo esa herencia y declaro esta decisión»). La aportación de testigos era usual, pero no se exigía. *Cfr.* Gai. 1, 164-173.

6

La *cretio* se realiza la mayor parte de las veces cuando el *testador*, con el fin de producir una apertura de la sucesión hereditaria rápida e inequívoca, se la *impone* al heredero. Era típico de la *cretio* la imposición de un plazo, normalmente de 100 días. El negocio cayó en desuso en la época postclásica y fue eliminada por Justiniano mediante interpolaciones. **Lit.:** G. COPPOLA, *Studi sulla pro herede gestio*, vol. I: *La struttura originaria del «gerere pro herede»*, Milano, 1987; vol. 2: *La valutazione dell'animus nel «gerere pro herede»*, Torino, 1999 (con A. VÖLKL, SZ 106 [1989] 665); A. CASTRO, «Observaciones en torno a la aceptación hereditaria en derecho romano: Trebacio, Próculo, Juliano, Gayo, Paulo y Ulpiano», *Iura* 47 (1996) 43; J. PARRICIO, «Tres modos de aceptación de la herencia?», *Labeo* 45 (1999) 244 (sobre Gai. 2, 167); TH. RÜFNER, «Antritt der Erbschaft unter unsicheren Voraussetzungen: D. 29, 2, 21, 3», *SZ* 127 (2010) 286; M. AVENARIUS, «L'adizione dell'eredità e la rilevanza della volontà», *APal.* 55 (2012) 9.

- 7 3. Si el llamado externo no adquiere la herencia, solo necesita abstenerse de la aceptación. Puede hacerlo también de manera informal o expresa a través de una conducta concluyente que **rechaza** la herencia (*repudiare, omittere hereditatem*, cfr. Gai. 2, 169; UE 22, 29). Una vez repudiada, ya no puede aceptarla.

A petición de los acreedores hereditarios puede el pretor plantear al llamado la *interrogatio in iure* (i. e. pregunta ante el tribunal) a fin de que responda si es heredero o en qué parte de la herencia (*an heres vel quota ex parte sit*), para lo cual el llamado puede solicitar un periodo de reflexión (*tempus ad deliberandum*: Gai. D. 11, 1, 5; Diocl. C. 6, 30, 9). Si no hace esto o deja pasar el plazo sin responder, pasa la cuestión a los llamados siguientes. Si ninguno acepta, los acreedores pueden pedir la apertura del concurso de la herencia.—En el Derecho *justiniano* puede incluso el *suus* pedir el plazo para su *ius abstinendi* (vid. [71.3], e igualmente el *extraneus* (tras la pregunta por su derecho hereditario). El transcurso del plazo sin utilización (que el emperador puede alargar hasta un año y el juez hasta nueve meses) produce como efecto que la adición de la herencia se considere efectuada y el heredero se haga responsable ilimitadamente por las obligaciones hereditarias (C. 6, 30, 22, 13-14). Con todo, Justiniano concede al heredero además el *beneficium inventarii*, que le ofrece la posibilidad de limitar su responsabilidad por las obligaciones hereditarias a los objetos de la herencia, una vez realizado un inventario de todos ellos (vid. más detalles *infra* [74.7]).

- 8 4. En el Derecho *vulgar postclásico* se exige la adición de la herencia también a los herederos domésticos. Justiniano, por el contrario, restaura plenamente la diferenciación clásica entre herederos domésticos y los extraños.

III. SOLICITUD DE ENTREGA DE LA *BONORUM POSSESSIO* (*AGNITIO BONORUM POSSESSIONIS*)

- 9 La *bonorum possessio* no recae nunca por sí misma, ni siquiera a los *liberi*, sino que es siempre adjudicada por el *magistrado*. El llamado hace una **solicitud** (*agnitio*) de ella, sobre la cual se decide por decreto. La *agnitio* desaparece en el Derecho postclásico y es mantenida por Justiniano sin sentido alguno.

Entre las diversas solicitudes tiene prioridad la *bonorum possessio* «contra el testamento» (*bon. pos. contra tabulas*) frente a la *bonorum possessio* «conforme al testamento» (*bon. pos. secundum tabulas*), y esta frente a la de un causante sin testamento (*bon. pos. intestati*), donde, entre los herederos *ab intestato*, son decisivas a su vez las clases, y dentro de la clase *unde cognati*, el grado. En esta serie concede el pretor también los plazos, dentro de los cuales puede solicitarse la entrega de la *bonorum possessio* (vid. *supra* [66.12]).

Para la adquisición de la *bonorum possessio* ha de observarse: los juristas hablan de que el pretor, a petición del interesado, *dat, tribuit*, la *bonorum possessio*, que habitualmente se traduce como que el pretor «concede» la posesión de los bienes hereditarios. Esto no quiere decir, sin embargo, que proporcione el solicitante el poder fáctico sobre la masa hereditaria y sus objetos. Por eso, ya en el título de partida «Sobre la posesión de los bienes hereditarios», en Ulp. D. 37, 1, 3, 1 y 2, se dice claramente lo siguiente: «Como escribe Labeón, la posesión de la herencia o de los bienes hereditarios (*bonorum possessio*) no es lo mismo que la posesión de las cosas, pues es más una posesión de derecho que de cosas corporales. Más aún: aunque la herencia no tenga ningún objeto corporal, dice Labeón que, no obstante, se adquiere rectamente su *bonorum possessio*. 2. Podemos definir, pues, correctamente la *bonorum possessio* como el derecho de reclamar y retener el patrimonio o las cosas que tenía el difunto en el momento de morir». Con la «concesión», por tanto, obtiene el *bonorum possessor* solo el derecho de tomar posesión, provisional o definitiva, de la herencia o conservarla o disputarla en vía judicial.

IV. INCAPACIDAD DE SUCEDER, INCAPACIDAD DE ADQUIRIR (*INCAPACITAS*)

1. De la cuestión de quién tiene capacidad hereditaria, es decir, quién puede ser heredero, ya se habló respecto a la sucesión testamentaria (*vid. supra* [68.14-17]). Para todos los llamados a la herencia (*ab intestato* o por testamento) vale la regla de que deben ser ciudadanos romanos. 10

Los hijos de familia, desde Constantino, tienen una capacidad hereditaria sobre la herencia que les llegue de su madre, más tarde de sus ascendientes maternos (*vid. supra* [60.20]); sin embargo, al mismo tiempo adquiere el *paterfamilias* un derecho de usufructo sobre ella.—En algunos casos se limitó o excluyó la capacidad testamentaria como pena; en época cristiana, principalmente por determinados delitos contra la fe.

2. Determinadas personas tienen, ciertamente, capacidad testamentaria, pero en cambio no pueden adquirir a partir del testamento, porque les falta la **capacidad de adquirir** (*capacitas*). Tal «incapacidad» se funda sobre todo en las *leyes matrimoniales de Augusto* (*vid. supra* [58.25-26]). Por la *lex Iulia de maritandis ordinibus* del año 18 a. C., los no casados (*caelibes*) en edad de contraer matrimonio obligatorio eran declarados incapaces de adquirir las herencias o legados que se les hubieran atribuido por vía testamentaria (Gai. 2, 111; 286, 286a). Lo que no podían adquirir por esa incapacidad recaía, como *caducum* (o *bona caduca*, i. e. fallido), en principio de modo inmediato en favor del *aerarium* (por tanto, sin la 11

posibilidad de acrecimiento entre los coherederos, *cfr.* [73.8] i. f.). La *lex Papia Poppaea* del 9 a. C. introdujo al respecto tres novedades: en primer lugar, amplió los casos de *incapacitas* al incluir también a los casados sin hijos (*orbi*), que ahora solo podían adquirir la mitad de lo que se le les hubiera atribuido como parte de la herencia o legado. En segundo lugar, (añadido a la incapacidad de adquirir) introdujo el grupo de casos de «deficiencia» (de *deficere*, i. e. faltar, omitir, no intervenir, de ahí «defecto», «déficit», etc.), es decir, de «cadencia»: según esto, se producía una caducidad también respecto de aquellas partes de la herencia y aquellos legados que no eran adquiridos por la persona beneficiada en el testamento, porque estos o el objeto destinado a ella han «decaído» (p. ej. por imposibilidad de cumplirse la condición: C. 6, 51, 1, § 2a) tras la realización del testamento, pero antes de la muerte del testador (que, por tanto, ya no había cambiado su testamento). Además, se ordenó una caducidad también para los casos en los que la persona beneficiada o el objeto destinado a ella tras la muerte del causante, pero aún antes de la adición de la herencia, había decaído, p. ej. por no adir la herencia o rechazo del legado. Como resultado de esta deficiencia, la *lex Papia Poppaea* atribuyó las partes de la herencia o los legados fallidos en principio a las otras personas beneficiadas en el testamento (sin posibilidad de repudio), siempre que al menos tuvieran un hijo de un matrimonio jurídicamente reconocido. La atribución se hacía, en primer término, a los otros herederos (los llamados *heredes patres*) y, a falta de estos, a los otros legatarios (los llamados *legatarii patres*). Solo si no existían estas personas beneficiadas en el testamento, el patrimonio caduco era ingresado en el *aerarium*, más tarde en el *fiscus* (hasta, como muy tarde, Caracalla, que eliminó el beneficio para los *heredes* y *legatarii patres*). *Cfr.* Gai. 2, 206, 207; UE 1, 21; 17, 1-2.—La tercera regla principal de la *lex Papia Poppaea* consistía, finalmente, en que ordenaba la aplicación de la recién citada consecuencia jurídica que se desviaba de la *lex Iulia de maritandis ordinibus* también a los casos de *incapacitas* regulados en esta.

Incapaces de adquirir son además las mujeres de mala reputación (*feminae probrosae*, desde Domiciano), y además, desde la *lex Iunia* (*vid. supra* [16.9]) los *Latini Iuniani*.

- 12 La carga con legados, fideicomisos y manumisiones de las herencias y legados atribuidos a los sujetos sin *capacitas* y a los demás legitimados seguía existiendo (UE 17, 3): *caduca cum suo onere fiunt* («el patrimonio decae con las cargas que reposan sobre él»).

Sobre el derecho de actuar sobre los *bona caduca* se decidía en un procedimiento cognitorio, la *vindicatio caducorum*. Para asegurar la eficiencia de la legislación, se estableció por la *lex Papia Poppaea* (es probable que tras regulaciones precedentes), para todo aquel en quien se daba un supuesto de cadu-

cidad, el deber de anunciar (*se deferre*) la situación al prefecto del erario (*praefectus aerarii*). Si omitía esto, podía ser anunciado el hecho por cualquier otro, y a esta persona («delator») se le premiaba con la recompensa que consistía en una cuota de los *bona caduca*; Nerón limitó esta a un cuarto (Tac., *ann.* 3, 28; Suet., *Nero* 10).

Las muy masivas intervenciones en el Derecho hereditario tradicional fueron 13 mitigadas por algunas limitaciones y posibilidades de elusión. Las intervenciones no afectaron al Derecho sucesorio legal, y no eran aplicables (consecuentemente) a las instituciones de heredero testamentarias entre padres e hijos hasta el tercer grado (UE 18; Iust. C. 6, 51, 1, 1b). También se permitió sanar las sanciones motivadas por la falta de matrimonio mediante unas nupcias urgentes dentro del plazo de 100 días (UE 17, 1). Además de esto podía el causante, también en caso de una sucesión intestada, obligar en ciertas proporciones a los herederos con fideicomisos (que no presuponían un testamento eficaz) a que hicieran atribuciones a terceros a partir de la masa hereditaria una vez acontecido el hecho sucesorio. Se daba también para los miembros del estamento superior una escapatoria a través del hecho de que el «derecho de los tres hijos» (*ius liberorum*, *vid.* [58.27]) era concedido a título individual por el emperador o el Senado (como p. ej. en el año 9 a. C. a Livia, la mujer de Augusto, por parte del Senado).

El éxito de esta legislación se ha juzgado de modo predominantemente escéptico 14 en la literatura moderna; ya los autores antiguos no ahorraron las críticas: Tácito (*ann.* 3, 28) constata que las leyes habían fomentado la práctica de la delación a través de las tentaciones de los premios (a los delatores) y habían despertado muchos temores generalizados respecto a los patrimonios y a lo demás. Con todo, la ciudadanía romana aumentó de 4,233 millones en el año 8 a. C. a 5,984 millones (según el último registro censal transmitido), lo que no se puede explicar solo con la incorporación de concesiones de ciudadanía y manumisiones –Las leyes fueron parcialmente derogadas por Constantino y totalmente por Justiniano.

Lit.: *vid. supra* [58.25], en especial JÖRS 1882; NÖRR, en *HIA*, vol. II, 1369; además, P. VOGL, *DER* I, 430.

V. INDIGNIDAD

La indignidad se desarrolla en el Derecho imperial, complementado progresivamente 15 por los juristas, a partir del tratamiento de casos concretos, hasta lle-

gar a un tratamiento unitario. Es común a ellos que alguien que ha adquirido ya algo *mortis causa*, sobre todo como heredero, sea considerado por ciertas razones como indigno (*indignus*) de suceder. Este conserva la posición de heredero y también la capacidad de adquirir (*vid.* [71.11]), pero los bienes adquiridos tras la declaración de indignidad se ingresan en el *aerarium*, posteriormente en el *fiscus* (*ut indigno aufertur, eripitur*: «si a alguien se le quita como indigno, se le confisca»); para diferenciarlos de los *bona caduca* se denomina a los bienes recaudados por causa de indignidad *bona ereptoria*. *Cfr.* D. 34, 9; C. 6, 35.

Causas de indignidad son sobre todo las graves ofensas contra el causante mismo (homicidio, etc.), también aquellas contra el acto de testar o la sucesión testamentaria (falsificación o supresión del testamento, actos para impedir al causante testar, acción fallida contra un testamento inoficioso (*vid.* [70.1-8]), Ulp. D. 5, 2, 8, 14; D. 38, 2, 16, 5, etc.) y algunos otros casos, en especial, según el cruel *SC Silanianum* (10 d. C.), la apertura o revelación del testamento o la aceptación de la herencia de un causante asesinado, antes de que la investigación del hecho (interrogatorio con tortura y ejecución de todos los esclavos que vivieran bajo el mismo techo que el causante en el momento de la muerte) haya concluido: Ulp. D. 29, 5, 5, 2; D. 36, 1, 3, 5. **Lit.:** J. G. WOLF, *Das SC Silanianum und die Senatsrede des C. Cassius Longinus aus dem Jahre 61 n. Chr.*, Heidelberg, 1988; J. E. SPRUIT, «Het SC Silanianum: een zwaarte bladzijde uit de Romeinse strafrechtsgeschiedenis», en *Fs. Knütel*, 1167.–§§ 2339–43 BGB; 540–544 ABGB; 540, 541 ZGB; arts. 756-757 Cc. esp.

Lit.: P. VOGLI, *DER I*, 465; K. P. MÜLLER-EISELT, *Divus Pius constituit: kaiserliches Erbrecht*, Berlin, 1982, 244; R. ZIMMERMANN, «“De bloedige hand en neemt geen erffenis”. Erbunwürdigkeit aufgrund Tötung des Erblassers: Römisches und römisch-holländisches Recht», en *Fs. Knütel*, 1469; EL MISMO, «“Unworthiness” in the Roman Law of Succession», en *Mem. Rodger*, 325; A. GUASCO, «*Indignus potest capere sed non potest retinere*», *SD 81* (2015) 375.

§ 72. Las relaciones jurídicas sobre la herencia aún no adquirida

(RPr. §§ 25 III, 177, 293)

I. HERENCIA YACENTE

En el caso de la sucesión de los herederos extraños, excepcionalmente también de los herederos domésticos (*vid. supra* [71.2] *i. f.*), subyace un tiempo intermedio entre la muerte del causante y la adquisición de la herencia en que los romanos gráficamente dicen que la herencia yace (*hereditas iacens*). Originariamente, las cosas hereditarias se toman en tal caso como cosas sin dueño (*res nullius*), de lo que después incluso se sacó la conclusión de que su sustracción no constituía ningún delito (*vid. infra* [72.3]). Pero los clásicos consideraron, a fin de conservarla para en futuro heredero, la herencia yacente como un patrimonio solo *provisionalmente carente de sujeto*. Los derechos sobre los bienes hereditarios siguen existiendo, pero solo temporalmente no tienen titular y no pueden, por tanto, hacerse valer; también las deudas subsisten, pero de momento no pueden reclamarse. 1

La herencia puede adquirir derechos, en la medida en que para ello no necesite de ninguna aportación del adquirente (v. gr. por completar el tiempo de la usucapión, *vid. supra* [25.13]; o por los esclavos de la herencia). Pueden contraerse nuevas *obligaciones* a través de los esclavos de la herencia.—Los clásicos no intentaron hacer ninguna *construcción* dogmática de la herencia yacente; donde en casos concretos se retrotrae la adquisición de la herencia al momento de la muerte (Cass.—Gai. D. 45, 3, 28, 4) o, al contrario, donde la herencia se subroga en el lugar del causante (Iul.—Ulp. D. 41, 1, 33, 2 y 34) o donde se dice que la herencia está directamente en el sitio del legitimado (*personae vice fungi*, *vid. supra* los mismos, *supra* [17.3], *vid.* también Paul. D. 3, 5, 20, 1; Herm. D. 41, 1, 61 pr.), se trata de simples ensayos de una ilustración del fenómeno. Como sujeto jurídico independiente (persona jurídica) se construye la herencia yacente solo en el Derecho común. **Lit.:** U. v. LÜBTOW, «Betrachtungen zur *hereditas iacens*», en *St. Grosso*, vol. II, 581; R. ORESTANO, «*Hereditas nondum adita*», *Iura* 33 (1982) 1; E. DOVERE, «*Hereditas personam dominae sustinet*», *SD* 70 (2004) 13. 2

II. LA USUCAPIÓN «COMO HEREDERO» (*USUCAPIO PRO HEREDE*)

1. Si no hay herederos domésticos (*sui heredes*), la herencia, como ya se ha mencionado, según el Derecho antiguo se queda sin dueño y puede ser ocupa- 3

da por cualquiera sin cometer *furtum*. Pero no se hace de inmediato heredero, sino solo con el transcurso del *plazo de usucapión de un año* (*usus auctoritas* de las Doce Tablas, *vid. supra* [25.2-3]). Antes del transcurso del plazo, el poseedor de la herencia debe ceder ante el heredero legitimado. Sin embargo, si el plazo ha transcurrido a favor del poseedor de la herencia (esto es, seguramente del núcleo de los bienes hereditarios), obtiene con ello la inatacable posición de heredero sobre la toda la herencia. En cambio, en la medida en que haya un heredero doméstico, este puede reclamar la herencia incluso tras un periodo de tiempo más largo, porque frente a él la usucapión está excluida: Gai. 2, 58.

Frente a la representación dominante aquí solo esbozada, hace poco Eric Pool, sobre la base de una nueva lectura e interpretación de Gai. 2, 54, ha expuesto con precisión que el tercero, para poder convertirse en heredero por el transcurso del plazo de usucapión de un año, debe apoderarse de las «posesiones» pertenecientes a las cosas de la herencia (*rerum hereditarium possessiones* como *genitivus partitivus*); pues se admite que las posesiones mismas son usucapidas (*ut ipsae* [sc. *possessiones*] *hereditates usucapi credebantur*: Gai. 2, 54) —donde «posesiones», con independencia de las reservas de Pool (pág. 115) han de entenderse como «un gran fundo, finca rústica, bien raíz» (*Wahrig*). Si los fundos de la herencia fueran usucapidos por personas distintas, se habrían convertido en coherederos.—Partiendo de los hechos, parece esa la única explicación aceptable, si la regulación de la *usucapio pro herede* se explicara bien a partir de la idea de que quien es propietario de la posesión, de la «finca» como la parte más importante del patrimonio en época arcaica, debe ser heredero (con los correspondientes derechos y obligaciones: Gai. 2, 55). Sin embargo, esta explicación de Pool ha sido recientemente discutida por J. Platschek, sobre todo por razones filológicas, pero asumiendo *emendationes* al texto de Gai. 2, 54 y 2, 61. Posiblemente se explican las especialidades a partir del modelo de Gayo.

Lit.: POOL [20.10]. 117; EL MISMO, «Die Erbschaftsersitzung in Gai. 2,54 und Theo Mayer-Malys Thesen zum Ursprung der *usucapio*», SZ 129 (2012) 113; J. PLATSCHKEK, «Nochmals zur Erbschaftsersitzung in Gai. 2,54», SZ 130 (2013) 405; E. POOL, «Noch einmal zu *possessio* bei Gai. 2, 54 u. 61», SZ 131 (2014) 370; J. PLATSCHKEK, «Duplik zu Pool [...]», SZ 131 (2014) 392; *vid. además* G. COPPOLA, «*Usucapio pro herede aditio hereditatis*: un rapporto da chiarire», RivDR XI (2011) y DOMISCH [20.10], 63.

En todo caso, el corto plazo obliga al legitimado a una rápida invocación de su derecho hereditario contra el poseedor ilegítimo. Por otra parte, la usucapión ayuda a que la propiedad agraria vaya a parar lo antes posible a un solo titular que la explote económicamente, pero también que continúe los cultos familiares y responda ante los acreedores hereditarios.

2. Ya a finales de la República se debilita esta *usucapio pro herede* por el hecho de que se entiende que ya no es posible la usucapión de la *posición* de heredero (y, por tanto, de la totalidad de la herencia), sino solo de las *cosas singulares* que alguien ha ocupado *pro herede*, es decir, con conocimiento de que pertenecen a la herencia (yacente: Gai. 2, 52; 3, 201). Pero se mantiene el plazo de usucapión de un año incluso para los fundos (Gai. 2, 53 s.). No se requiere ni otro título ni la *bona fides*. Sin embargo, esta usucapión se limitó posteriormente en contra del poseedor *de mala fe* (Gai. 2, 55-57). 4

Un SC instado por Adriano priva de valor a la *usucapio pro herede* en contra del poseedor de mala fe, puesto que le concede contra él la acción hereditaria incluso si el ocupante ya ha usucapido (Gai. 2, 57). Finalmente concede Marco Aurelio una acción por el expolio de la herencia (*crimen expilatae hereditatis*) en sustitución de la ausente *actio furti* contra el ocupante a sabiendas.

III. CESIÓN DE LA HERENCIA (*IN IURE CESSIO HEREDITATIS*)

1. Los agnados (y los gentiles) llamados *ab intestato* pueden ceder por *in iure cessio* su derecho de aceptar una herencia que se les haya *deferido*: Gai. 2, 35; 3, 85. El heredero testamentario no está autorizado a ello, porque la voluntad del testador solo lo ha escogido a él como heredero: Gai. 2, 36; 3, 86. 5

2. Los herederos testamentarios y los *ab intestato* pueden ceder también por *in iure cessio* una herencia ya *adquirida*; sin embargo, esto tiene un efecto más débil. *Cfr.* Gai. 2, 35-37; 3, 85-87. 6

La *in iure cessio* produce entonces solo una transmisión de las cosas *corporales* de la herencia; los créditos se extinguen (en virtud de una renuncia implícita), mientras que las deudas del cedente (que conserva la condición de heredero) se mantienen. Los proculeyanos concedían tal cesión de la herencia ya adquirida también a los herederos domésticos, mientras que los sabinianos (y seguramente también los más antiguos) solo a los extraños. La cesión de la herencia (en ambas manifestaciones) desaparece en el s. III d. C. con la *in iure cessio* (vid. [7.19]). **Lit.:** U. v. LÜBTOW, «Die Übertragung des Rechts zur Antretung der Erbschaft und die Weitervererbung des erworbenen Nachlasses», en *St. G. Scherillo*, vol. I, Milano, 1972, 327; E. RICART, «Sucesión *inter vivos* e *in iure cessio hereditatis*; regimen de créditos e deudas», en *Est. Miquel*, 877.

3. De esta ha de distinguirse la **venta de herencia** después de que el heredero la haya adquirido. El negocio sigue las reglas generales de la compraventa. Sobre las estipulaciones con las que se asegura de modo práctico la transmisión de los créditos y las deudas al comprador de la herencia, *vid. infra* § 78 sobre el fideicomiso univer- 7

sal.–§§ 2371 ss. ABGB; *cfr.* § 635 II ZGB. **Lit.:** M. KASER, «Erbschafts Kauf und Hoffnungskauf», Bull. 74 (1971) 50.

IV. TRANSMISIÓN HEREDITARIA DEL DERECHO A LA ADQUISICIÓN (*TRANSMISSIO DELATIONIS*)

- 8 El derecho del heredero extraño que ha sido llamado a la adquisición de la herencia tras la muerte del causante, como derecho personalísimo que es, no se transmite como regla a sus herederos (Iust. C. 6, 51, 1, 5). Sin embargo, en las leyes postclásicas aparece la tendencia a reconocer algunos casos de tal transmisión del derecho a la delación (la llamada *transmissio delationis*).

Precedentes clásicos: el pretor concede excepcionalmente al heredero del llamado una *in integrum restitutio* si al llamado se le impidió la adición de la herencia, v. gr. por ausencia (Pap. D. 29, 2, 86 pr.; *transm. ex capite in integrum restitutionis*). Además, se ve como heredable el *ius abstinendi* del heredero doméstico que aún no se ha inmiscuido en la herencia (Paul. D. 29, 2, 7, 1; *transm. ex capite suitatis*).—Una verdadera transmisión la prevé solo Teodosio II en el caso del llamamiento testamentario de descendientes (C. 6, 52, 1, a. 450), y Justiniano en general cuando el heredero muere en el plazo de un año tras el conocimiento de su llamamiento o dentro del *spatium deliberandi* (*vid.* [71.7]): C. 6, 30, 19.—§§ 1952 BGB; 537, 809 ABGB; 569 ZGB; art. 1006 Cc esp. Según el BGB y el ZGB no puede darse la transmisión *inter vivos* de una herencia aún no adquirida. Puesto que no se aplica el principio de la adición, sino el de la delación, la herencia deferida (aún no rechazada) pasa obviamente a los herederos del heredero. **Lit.:** v. LÜBTOW [72.6], 332; F. GALGANO, «Acquisto ereditario e *transmissio delationis* in alcune costituzioni di Teodosio II e Valentiniano III», SD 64 (1998) 297; LA MISMA, «A proposito di *transmissio Iustiniana*», Index 28 (2000) 409 (sobre Nov. 158); LA MISMA, *Transmissio delationis. Vicende di una pratica successoria*, Città del Vaticano, 2007.

§ 73. Pluralidad de herederos. Acrecimiento y colación

(RPr. §§ 24 II, III, 179, 180, 294)

I. COMUNIDAD HEREDITARIA ARCAICA

1. Varios herederos domésticos, según el Derecho antiguo, continuaban la comunidad doméstica en la que habían estado hasta entonces bajo la potestad del causante, como agrupación *cooperativa* con los mismos derechos de todos los coherederos (*coheredes*) libres de potestad (*vid. supra* [65.5]). Esta comunidad (*consortium*) se denomina *ercto non cito* y no es una simple comunidad patrimonial, sino a la vez una relación de Derecho *de familia*.

El nombre ha de derivar de «*erctum ciere*» (= «causar la partición»), por tanto, significa (como ablativo absoluto) «cuando la partición aún no ha sido ocasionada» (*vid. supra* [23.21]). La institución solo se ha conocido con más detalle a partir del fragmento de Gayo descubierto en Egipto en 1933 (Gai. 3, 154a).

En la comunidad jurídica recae, además de la herencia, también toda adquisición futura de los consocios (que, en principio, no tenían junto a la herencia ningún patrimonio particular, *cfr. supra* [43.2-3]), además, p. ej., el patronato sobre los libertos. Los consocios (al igual que en la *Gesamthand*, «mano común», del Derecho germánico) no tienen ninguna *participación* calculable en cuotas sobre el *consortium* como totalidad o sobre los derechos comunes; más bien le corresponden *a cada uno todos* los derechos comunes, pero limitados por la existencia de los mismos derechos de los demás copartícipes. Para la *disposición* sobre los objetos comunes (enajenación, manumisión, etc.), por el contrario, estaba autorizado *cada uno* de ellos con independencia de los demás (bien es verdad que sobre la base de la lealtad mutua); los otros socios debían asumir para sí la disposición hecha por uno de ellos (Gai. 3, 154b, *vid. supra* [23.21]).

2. Con todo, ya en la época de las Doce Tablas puede cada uno de los socios pedir en cualquier momento la *disolución* de la comunidad con la *acción de partición hereditaria* (*actio familiae erciscundae*). Solo en el momento de la participación se precisan las *cuotas* que corresponden a cada uno de los coherederos sobre la herencia; según cómo sean estas se efectúa la partición (*vid. más detalles supra* [23.28]).

Si los socios estaban de acuerdo en realizar la partición, podían extinguir la comunidad también sin ejercitar la acción a través de un acto conjunto. Además, concluía igual-

mente la comunidad por la muerte de uno de los consocios, por su cambio de status o por la ejecución personal contra él (*vid. supra* [43.3]); sin embargo, se necesitaba en todo caso para la partición hereditaria la acción divisoria o el acto común.

- 4 3. El *consortium* de los herederos fue desplazado por la sucesión unipersonal producida por el testamento con institución de heredero y se extingue como muy tarde a inicios del Principado.

II. COMUNIDAD POR CUOTAS

- 5 1. El antiguo *consortium* fue abandonándose paulatinamente desde finales de la República en favor de la comunidad de cuotas como una pura *comunidad patrimonial*. En ella recibe cada uno de los coherederos, ya *durante* la comunidad existente, un derecho limitado *por cuotas* sobre los diversos objetos de la herencia. El coheredero puede *disponer* de su *participación* (una fracción contable de la herencia) sobre objetos singulares o sobre todos ellos con independencia de los otros coherederos. Puede además en cualquier momento instar la *partición* judicial de la herencia a través de la *actio familiae erciscundae*; sobre las funciones jurídico-reales y obligacionales de esta acción, *cfr. supra* [23.28] (copropiedad), [43.15-16] (comunidad).

Los **créditos** del causante sobre las prestaciones divisibles, ya desde las Doce Tablas, con base en la regla *nomina ipso iure divisa* (*vid. supra* [56.2]), se reparten sin más con la sucesión hereditaria en créditos parciales según la proporción entre las cuotas hereditarias, de modo que no son incluidos en la acción de división hereditaria (Gord. C. 3, 36, 6). Si el crédito es *indivisible*, les corresponde a los coherederos (según la doctrina clásica dominante) como acreedores comunes (*in solidum*, *vid. supra* [56.4]). Sobre las **deudas** hereditarias, *vid. infra* [74.1-3].

- 6 2. Cuando hay varios *bonorum possessores*, son tratados por el pretor en analogía de los coherederos civiles. Para la separación entre ellos (o con los herederos civiles) sirve seguramente una *actio familiae erciscundae utilis*; asimismo para la separación entre o con los fideicomisarios de herencia. *Cfr.* Ulp. D. 10, 2, 2 pr.; *eod.* 24, 1.

III. ACRECIMIENTO

- 7 Los romanos hablan del *adcrecere* de una porción hereditaria cuando esta, por no poder o no querer el llamado a ella hacerse heredero, pasa a favor de otro, llamado también, inmediatamente *por ministerio de la ley (ipso iure)*, y por tanto con independencia de su voluntad y sin que pueda evitarse el incremento.

Si el heredero no ha aceptado aún la herencia, puede adquirirla con el incremento o rechazarla completamente; no puede limitar la adquisición ni a la porción originaria ni al acrecimiento, pues la porción hereditaria se adhiere a la porción hereditaria, no a la persona (*portio portioni accrescit, non homini*, *cfr.* Gai. D. 29, 2, 53, 1). El acrecimiento podría haberse desarrollado a partir de las especialidades del antiguo *consortium*, pero también favorece la tendencia a la sucesión unipersonal.—*Cfr.* §§ 1950, 1951, 2095 BGB; arts. 981ss. Cc esp.

El acrecimiento tiene lugar tanto en la sucesión *ab intestato* como en la testamentaria. 8

Si uno de los herederos instituidos en el *testamento* no adquiere su porción hereditaria, esta beneficia en principio a todos los coherederos según la proporción de sus cuotas hereditarias (*cfr. supra* [65.25]). Otra cosa sucede si el testador ha reunido en el testamento a varios de los coherederos en un grupo; si uno de los miembros del grupo no adquiere su parte, entonces esta porción no incrementa a todos los coherederos, sino solo a los otros miembros del grupo. Si se llega a la construcción de tal grupo es algo que depende en primer plano del tenor del testamento. Ahí distinguen los juristas romanos tres casos (*cfr.* Paul. D. 50, 16, 142 y D. 32, 89):

a) A la constitución de un grupo lleva, por un lado, la *coniunctio re et verbis*: existe esta cuando algunos de los herederos han sido instituidos en una misma porción hereditaria común y son nombrados conjuntamente en el testamento, p. ej. «*Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunt; Seius ex parte dimidia heres esto*» («Sean Ticio y Mevio herederos de la mitad; Seyo sea heredero de la mitad»). T y M son *re et verbis coniuncti* y constituyen por tanto un grupo; si T no adquiere su parte, esta acrece solo a M.

b) Igualmente se trata la *coniunctio re*: algunos de los coherederos han sido instituidos en una porción hereditaria común, sin ser nombrados conjuntamente, v. gr. «*T ex parte dimidia heres esto; M ex parte, qua Titium heredem institui, heres esto; S ex parte dimidia heres esto*» («Sea T heredero de la mitad; sea M heredero de la parte en la que he instituido a T; sea S heredero de la mitad»). Si falla T, ello acrece de nuevo solo a M, pues M y T son *re coniuncti*.

c) No conduce a la formación de un grupo, en cambio, la *coniunctio verbis*, en la que los coherederos son nombrados conjuntamente, pero no están instituidos en una porción hereditaria común: «*S heres esto. T et M aequis ex partibus heredes sunt*» («Sea S heredero. T y M sean herederos por las mismas partes»). Si decae T, ello acrece según las reglas generales a S y M según la proporción de sus porciones hereditarias: Pomp. D. 28, 5, 67 (66).

En caso de sucesión *ab intestato*, en principio se acrece también a todos los coherederos. Pero también aquí es posible un acrecimiento más estrecho en el seno de un grupo. Por ejemplo: si el fallecido es sucedido por un hijo y dos nietos cuyo padre ha

premuerto, pero uno de los nietos rechaza su parte de la herencia o muere antes de asirla, su porción acrece solo al otro nieto: Gai. D. 37, 4, 12 pr.

La *legislación matrimonial de Augusto* (vid. *supra* [58.28]) limitó el acrecimiento por la vía de que determinadas porciones hereditarias (pero no solo aquellas que deberían recaer en los incapaces de adquirir, vid. *supra* [71.11]), en vez de repartirse según los principios generales del acrecimiento, las trató como *caduca*, con la consecuencia de que estas son atribuidas a los *heredes partes* o a los *legatarii patres*, o recaen finalmente en el tesoro público (vid. *supra* [71.11]). Justiniano derogó esto. **Lit.:** VOGLI, *DER I*², n. 689; R. ZIMMERMANN, «*Coniunctio verbis tantum*», SZ 101 (1984) 234; S. LOHSE (*infra* [76.16]), 54; S. LÖSCH, *Die coniunctio in testamentarischen Verfügungen des klassischen römischen Rechts*, Tübingen, 2014.

IV. APORTACIÓN DEL PATRIMONIO OBTENIDO CON ANTERIORIDAD (*COLLATIO BONORUM*)

Lit.: A. GUARINO, *Collatio bonorum*, Napoli, 1937, nueva ed. con introducción de V. Giuffrè, Napoli, 2014.

- 9 **1.** La aportación del patrimonio obtenido con anterioridad para la equiparación entre los coherederos es la **colación**, y sirve para tener en cuenta, en el caso de la sucesión intestada, que algunos descendientes, en el momento de producirse el hecho hereditario, ya tienen un patrimonio (como emancipados) o han sido favorecidos de algún modo por el causante (p. ej. por la constitución de una dote).
- 10 a) La regulación de la colación parte de la sucesión pretoria de los **emancipados**. Cfr. D. 37, 6; C. 6, 20.

Donde son llamados a la *bonorum possessio* por un causante muerto intestado (*bon. pos. intestati o contra tabulas*) emancipados junto a los herederos domésticos, aquellos parecen favorecidos frente a estos, ya que reciben las mismas porciones hereditarias que los herederos domésticos, aunque ellos podían adquirir ya su propio patrimonio desde su emancipación. Los herederos domésticos, en cambio, solo se liberan de la potestad, y por tanto adquieren capacidad patrimonial, a partir de la muerte del causante; lo que ellos hubieran obtenido hasta ese momento, recayó en el patrimonio del causante y, en la medida en que aun exista, aumenta la herencia.

Si un emancipado solicita la *bonorum possessio*, el pretor se la concede solo con el presupuesto de que el emancipado «aporte» (*conferre*) su propio patrimonio a los coherederos, prometiendo por *estipulación* (para la que hay un modelo de forma en el edicto) pagar a cada uno de los herederos domésticos una *cuota* de ese patrimonio.

La cuota se calcula de este modo: el patrimonio del emancipado se reparte entre él y los *sui* en proporción a su porción hereditaria; otros emancipados (que también deben colacionar) no se toman en consideración ahí: Iul. D. 38, 6, 3, 2. El riesgo de que deba contribuir con más de lo que aporte la herencia, lo corre el emancipado; sin embargo, esto se consideró injusto, puesto que el emancipado no estaba obligado a solicitar la *bonorum possessio*. En vez de la estipulación, era posible también una aportación real de valores patrimoniales. **Lit.:** A. CABALLÉ MARTORELL, *La collatio emancipati*, Madrid, 1997 (rec. H. STIEGLER, SZ 118 [2001] 522).

b) A una necesidad similar sirve la colación de la dote (*collatio dotis*). 11

Si el causante ha entregado a su hija (sometida a potestad o emancipada) una dote por su matrimonio, esta hija parece favorecida frente a sus hermanos. Si su matrimonio finalizara por muerte del marido o por divorcio, ella recibe la *dos*, que (como *dos profecticia*) procede del patrimonio del padre, pero de la cual los hermanos no participan (*vid. supra* [59.10 y 19]). El pretor (después de Antonino Pío también el juez de la partición hereditaria) obliga a la mujer, si ella pide la *bonorum possessio*, a prestar a sus hermanos una promesa estipulatoria de que les restituirá la dote, si ella la adquiriera más tarde, en proporción a sus porciones hereditarias. *Cfr.* D. 37, 7. **Lit.:** K. PAPAKONSTANTINOU, *Die collatio dotis: Mitgift und Miterben-Auseinandersetzung im römischen Recht*, Köln, 1998; H. ANKUM, «Aus der Kasuistik zur *collatio dotis*», en *Fs. Wacke* [48.16], 1.

2. En el Derecho *romano-oriental* esta regulación se amplía a una colación 12 general entre *todos los descendientes (collatio descendantium)* bajo la suposición –cuestionable– de que el causante quiso (o al menos debería haber querido) tratar a todos sus descendientes por igual, y por tanto, por regla general, todas las aportaciones *gratuitas* que les hubiera concedido *inter vivos* debería ser tenida en cuenta.

Según el emperador León I (427 d. C.) todo descendiente que sea llamado *ab intestato* o *contra tabulas* debe efectuar una compensación frente a los otros descendientes también llamados (hayan sido emancipados o no) por una *dote* o una *donación nupcial* recibida de un ascendiente (C. 6, 20, 17). Justiniano amplía esto a todas las aportaciones, que han de computarse en la *porción legítima*, especialmente las *donaciones* comunes, a menos que el donante hubiera excluido expresamente la colación (C. 6, 20, 20). La colación se aplica, más allá de la *bonorum possessio*, a toda sucesión hereditaria y se efectúa ahora de manera más rigurosa. Por último, se amplía la colación incluso a la sucesión testamentaria –que es especialmente poco consistente con la libertad testamentaria– (Nov. 18, 6). *Cfr.* §§ 2050, 2052 BGB; 788, 790 ABGB; 626, 628 ZGB; arts. 1035, 1037 Cc esp. 13

§ 74. La responsabilidad por deudas hereditarias

(RPr. §§ 40 I, 181, 295)

I. GENERALIDADES

1. La regla de que el heredero debe responder por las obligaciones que el *causante* le ha *dejado*, en la medida en que no se hayan extinguido con su muerte (como p. ej. las obligaciones penales), se reconoció ya en época temprana.

Seguramente ya las Doce Tablas veían la responsabilidad como ligada no ya a los bienes corporales, sino al patrimonio, y la hacían pasar por tanto a quien percibía el activo.

- 2 Si el deudor deja **varios** herederos se aplica, según la ley de las Doce Tablas (al igual que en el caso de la pluralidad hereditaria por el lado de los acreedores, *vid. supra* [73.5]), la regla ***nomina ipso iure divisa***: por tanto, las obligaciones *divisibles* se reparten por sí mismas con la sucesión hereditaria conforme a la proporción de las porciones hereditarias en deudas independientes (divididas), que no venían incluidas en el procedimiento de partición hereditaria (Diocl. C. 2, 3, 26). Solo en el caso de *indivisibilidad* responden los coherederos como una comunidad de deudores (*in solidum*).
- 3 **2.** Desde antiguo, el heredero responde por las deudas hereditarias **ilimitadamente**; por tanto, si la herencia está sobreendeudada, debe utilizar su propio patrimonio para la satisfacción de los acreedores hereditarios.

Esto es consecuencia de la antigua idea de la *ejecución personal*, que en todo momento permitía intervenir sobre el cuerpo del deudor en el caso de que no satisfaga a todos los acreedores. Sin embargo, se abrieron vías para la limitación de su responsabilidad.

II. LIMITACIONES DE RESPONSABILIDAD

Lit.: VOCI, *DER* I², 669, 684; G. WESENER, «Zur Erbenhaftung in historischer Sicht, (3.)», en *Tradition und Fortentwicklung im Recht. Festschrift für U. von Lübtow*, Rheinfelden et al., 1991, 113; EL MISMO, «Beschränkungen der Erbenhaftung im römischen Recht: *separatio bonorum* und *beneficium inventarii*», en *Fs. Waldstein (ante* [3.8]), 401; M. R. LÓPEZ-BARAJAS MIRA, *Separatio bonorum*, Granada, 1995.

1. El **heredero** puede eludir los riesgos que lo amenazan por la responsabilidad ilimitada en caso de una herencia sobreendeudada por la vía de *abstenerse* de ella, si es un *suus heres*, o *rechazarla*, si es *extraneus* (*vid. supra* [71.7]). Sin embargo, si ha adquirido definitivamente la herencia, la responsabilidad ilimitada lo alcanza (en general). 4

Solo el *esclavo* instituido como heredero y manumitido se hace heredero doméstico sin poder abstenerse de la herencia (*vid.* [71.3]). Sin embargo, el pretor le concedió una *separatio bonorum* que le posibilita limitar la ejecución de los acreedores al caudal hereditario y desviarla de su persona (Gai. 2, 155; Inst. 2, 19, 1 *i. f.*). Este es el caso más antiguo de una responsabilidad personal del heredero, pero limitada en cuanto a su objeto al caudal hereditario.—De esto debe distinguirse la *addictio bonorum libertatis causa*, i. e. la atribución de los bienes hereditarios por causa de la libertad: si el causante hubiera concedido la libertad a uno o varios esclavos por vía testamentaria, pero ha instituido como herederos a terceros, y tanto estos como los herederos *ab intestato* hubieran rechazado la herencia, las manumisiones decaerían. Marco Aurelio autorizó, sin embargo, a que el o los esclavos del causante se hicieran adjudicar (*addicere*) la herencia a fin de conseguir la libertad que se les ha ofrecido, pero con la premisa de que den garantías a los acreedores del pago completo de sus créditos. Si esto ocurría, aquellos a quienes se había concedido la libertad inmediatamente se hacían libres en ese momento, y aquellos a quienes se les había concedido fideicomisariamente, con la manumisión por parte del receptor de la herencia. Este esclavo no se hacía heredero por la adjudicación. Para el fallecido era este procedimiento oportuno en la medida en que su memoria no sería dañada por la infamia causada por el concurso de su herencia (*vid.* [71.3]). *Cfr.* Inst. 3, 11 pr.-7. **Lit.:** TH. FINKENAUER, «Freilasung durch Nachlaßübernahme», en *Symp. Wieling*, 19; EL MISMO (*vid. supra* [15.19], *Rechtsetzung*), 51. 5

2. Pero seguramente ya en el Derecho clásico se defiende a los **acreedores hereditarios** contra las desventajas que los amenazaban por un *sobreendeudamiento* del **heredero**. Si su satisfacción se pone en peligro por la situación patrimonial del «heredero sopechoso» (*heres suspectus*), el pretor le abre dos vías: a) pueden reclamar del heredero una *prestación de garantía*, que si era rechazada daba pie al pretor a abrir el concurso sobre su patrimonio (Ulp. D. 42, 5, 31, pr.-3). Y b) si ya se había iniciado la ejecución contra el heredero, el pretor les concede una *separatio bonorum* y produce con ello una *separación de la herencia y el patrimonio del heredero*, de modo que los acreedores posteriores solo pueden atenerse a la herencia y los anteriores, al patrimonio del heredero (Ulp. D. 42, 6, 1 pr.-1). 6

3. Justiniano introduce para la defensa del *heredero* frente al sobreendeudamiento de la herencia (siguiendo precedentes) el **beneficium inventarii** (i. e. el beneficio de la elaboración de un inventario), con el cual el heredero obtiene 7

en general la posibilidad de limitar la responsabilidad a los bienes de la herencia (C. 6, 30, 22, 2 ss.; *cfr.* Inst. 2, 19, 6; *vid. supra* [71.7]).

Para poder participar de este beneficio, el heredero (antes o después de la adición de la herencia y con independencia de si ha pedido un plazo para deliberar o no) debe empezar con la elaboración del *inventario de los objetos de la herencia* dentro del plazo de 30 días a contar desde la apertura del testamento o desde que tuvo conocimiento de su llamamiento. Debe tener listo el inventario, con el asesoramiento de un *tabularius* (funcionario encargado de la elaboración de documentos) y otras personas, dentro del plazo de 60 días. El inventario debe ir firmado, con la garantía de que no se ha hurtado maliciosamente dato alguno. Antes del transcurso del plazo del inventario no puede ser demandado por obligaciones hereditarias.

- 8 La elaboración del inventario produce el *efecto* de que el heredero responde claramente solo con los *bienes de la herencia* (y no también con sus propios medios hasta el valor de la herencia).

La ley (C. 6, 30, 22 §§ 4, 4a, 7) no está redactada con claridad, pero la responsabilidad «limitada a los objetos» (*cum viribus hereditatis*) parece más consecuente que la «limitada contablemente» (*pro viribus hereditatis*), y así era también la práctica dominante.—Los herederos deben satisfacer a los acreedores en el *orden sucesivo* en que estos han hecho valer sus pretensiones, hasta que se agote el activo de la herencia (no hay, por tanto, ni créditos privilegiados ni un procedimiento concursal unitario). Solo para el *recurso* de los acreedores que hubieran resultado *insatisfechos* se sigue un orden por rango: deben dirigirse estos a los legatarios, los acreedores con garantía pignoratícia deben ser preferidos, etc. La herencia no se confunde con el patrimonio del heredero, de modo que el heredero también puede hacer valer su pretensión contra la herencia como los acreedores externos.—§§ 1993 ss. BGB; 802 ABGB; 580 ss., 588, 589 ZGB; arts. 1010 ss. Cc esp. Según el BGB, la simple elaboración del inventario no limita la responsabilidad del heredero. Más bien es la no elaboración (o la falta de fidelidad del inventario) la que tiene como consecuencia que el heredero responda ilimitadamente, y no ya de forma limitada, ante los acreedores: §§ 1994, 2005 BGB; art. 1018 Cc esp.

§ 75. La protección del derecho hereditario

(RPr. §§ 26, 182, 296)

I. HEREDITATIS PETITIO (ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA, ACCIÓN HEREDITARIA)

Lit.: M. KASER, «*Pro herede vel pro possessore*», en *St. Biscardi*, vol. II, Milano 1982, 221; M. MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio. Studien zur Leistung auf fremde Schuld und zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage*, Köln, 1998; Y. GONZÁLEZ ROLDÁN, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consilii factum nella letteratura di Ulpiano*, Bari, 2008.

Para la defensa del derecho hereditario civil se encuentra la **acción hereditaria** 1 (*hereditatis petitio*: D. 5, 3; C. 3, 31). Es una *actio in rem* y, en muchos aspectos, similar a la *rei vindicatio*: con ella pide el *heres* la *declaración* de la existencia de su *derecho hereditario* y la *restitución de la herencia*. Pero, a diferencia de la *rei vindicatio*, la acción hereditaria es una *acción universal*, ya que comprende *toda la herencia*. A este respecto hay que observar que la herencia no siempre está compuesta de cosas corporales, sino que puede consistir también, total o parcialmente, en derechos, en especial créditos.—En el Derecho justiniano la *hereditatis petitio*, a la vista de las diversas prestaciones que contiene (como algunas acciones reales) se cuenta entre los *bonae fidei iudicia* (Inst. 4, 6, 28).—Sobre la acción hereditaria en el Derecho moderno, vid. §§ 2018 BGB; 823, 824 ABGB; 598-600 ZGB; *cfr.*, sin embargo, arts. 192, 106, 1021 Cc. esp.

2. Activamente legitimado está solo quien afirma ser heredero civil; debe 2 probar su derecho hereditario. Sobre la *hereditatis petitio possessoria* del *bonorum possessor*, vid. *infra* [74.14].

3. a) El **pasivamente** legitimado se denomina «**poseedor de la herencia**» 3 (*possessor hereditatis*, a no confundir con el «poseedor de los bienes hereditarios», *i. e. bonorum possessor*, sobre el cual vid. p. ej. [66.11], [67.9], [69.6], etc.). El poseer se entiende en el caso del poseedor hereditario en un sentido especial, pues este se encuentra pasivamente legitimado para la *hereditatis petitio*: aa) en la antigua *legis actio sacramento* (de modo similar a la *rei vindicatio*, vid. *supra* [27.2]) solo quien *afirma* ser él mismo *heredero*, de modo que el litigio se dirime entre dos pretendientes a la herencia.—bb) En el proceso formulario (y en el *per sponsionem*) está pasivamente legitimado en principio solo

quien posee como heredero (*pro herede*), es decir, que apela a su derecho hereditario («yo poseo porque soy heredero»), sea de buena o mala fe. En la jurisprudencia altoclásica (Juliano), sin embargo, se admitió también la acción contra aquel que posee *pro possessore*, esto es, que no menciona ningún título («yo poseo porque poseo»). Cfr. Ulp. D. 5, 3, 11 pr.-13; Iul.-Ulp. D. 5, 3, 16, 4.

No obstante, contra aquel cuyo título posesorio solo se apoya en una causa de adquisición singular (*pro emptore, pro donato, pro dote*, etc.) se admite como regla no la acción hereditaria, sino la acción por la propiedad o el crédito correspondiente (*vid.* casos excepcionales de *hereditatis petitio utilis* en D. 5, 3, 13 §§ 4 y 8-10). Si la causa de adquisición singular alegada es, sin embargo, ineficaz (p. ej. si el poseedor afirma haber recibido la cosa de su cónyuge como donación, *vid.* [59.4-5]), entonces se admite la acción hereditaria contra él como poseedor con el fundamento de que el título «como simple poseedor en nombre propio» es subsidiario respecto a todos los demás títulos posesorios (Ulp. D. 5, 3, 13, 1).

- 4 b) aa) La *hereditatis petitio* se dirige (como *actio in rem*) en el Derecho antiguo solo contra aquel que «posee» todos o algunos de los objetos hereditarios. Sin embargo, desde que la herencia ya no consistía necesariamente de objetos corporales, el requisito se relajó de diversas maneras (*vid. infra* [75.5]).

La fórmula no nombra la posesión del demandado como presupuesto para su condena. Basta con la posesión de un bien hereditario concreto, también de los frutos o de un subrogado (p. ej. del precio de la cosa hereditaria vendida). El deudor hereditario (aquel que afirma haberse liberado de la deuda por la transmisión hereditaria) puede ser demandado, aunque no posea ninguna cosa hereditaria corporal: Cels.-Ulp. D. 5, 3, 16, 3.

- 5 bb) Una relajación decisiva del requisito de la posesión se realizó en el periodo altoclásico bajo el influjo determinante de P. Juvencio Celso: en aplicación de la ficción *dolus pro possessione est* (*i. e.* el dolo vale por la posesión: Paul. D. 50, 17, 131), se equipara el dolo a la posesión. Por eso está legitimado pasivamente, por un lado, todo no poseedor que dolosamente se haya expuesto a la acción como si poseyese (*qui liti se optulit quasi possideret*: Cels.-Ulp. D. 5, 3, 13, 13; eod. 45). Por otro lado, la acción hereditaria puede ejercitarse también contra aquel que, *antes* de la *litis contestatio*, posee aun sabiendo que su posición como heredero es viciosa y luego deja dolosamente de poseer. Se reconoce la legitimación pasiva de los no poseedores de este segundo grupo en un senadoconsulto introducido bajo el consulado del jurista Celso, el *SC Iuventianum* (129 d. C.). El texto literal se encuentra en D. 5, 3, 20, 6-6d. Aunque el *SC* se refiere a un proceso para la percepción de una herencia recaída en favor del *aerarium* (luego el *fiscus*: *i. e. vindicatio caducorum*, *vid.* [71.11]), pero los juristas clásicos aplicaron sus reglas también a la *hereditatis petitio privata* (más detalles sobre la sistemática de la responsabilidad en el *SC*, *vid. infra* [75.9]).—La extensión de la legitimación pasiva a los no poseedores dolosos es el paso decisivo en el desarrollo de la *actio in rem* dirigida a la persecución de la

cosa (reipersecutoria) hasta ser una acción que busca de antemano una reparación del daño (vid. *supra* [27.10-11]). **Lit.:** D. NÖRR, «Minima prosopographica zu Celsus filius», en *Fs. Liebs*, 489, 494.

4. Como en todas las acciones *in rem*, también en el caso de la acción hereditaria el demandado solo indirectamente es obligado por el pretor a **responder** a la acción. A saber: si se niega a comparecer, y especialmente a prestar su colaboración en la *litis contestatio*, entonces la controversia hereditaria no se entabla; el pretor le da, en cambio, al demandante el ***interdictum quam hereditatem*** (restitutorio), en el que el demandado *debe* ser parte y por el que será condenado a la misma suma que si hubiera sido vencido en la *hereditatis petitio* (Ulp. fragm. Vindob. 4, FIRA II 306, *cfr. supra* [27.14]). **6**

En este *interdictum* no necesita el actor demostrar su derecho hereditario, sino solo que el demandado posee la herencia (u objetos singulares de ella) *pro herede* o *pro possessore*, o que ha dejado dolosamente de poseer.—Justiniano eliminó este *interdictum*, y en su lugar entra también aquí la transmisión forzosa al actor de la posesión de la herencia del demandado que se niega a ser parte (*cfr. supra* [27.15]).

5. Para la **tramitación** del proceso hereditario, en la época clásica también aquí estaban a disposición el procedimiento *per sponsionem* y el *per formulam petitoriam* (vid. *supra* [27.16-17]). **7**

Los grandes procesos hereditarios de finales de la República se tramitaron preferiblemente a través del procedimiento *per sponsionem*, mediante la *litis contestatio sacramento* (*in personam*), a fin de llevar estos procesos ante el tribunal de los centunviros (vid. *infra* [82.16]).—El procedimiento con formula petitoria se configura como un procedimiento con cláusula arbitraria, con vistas a conseguir la restitución natural para el demandante vencedor; vid. más detalles *supra* [27.17].

6. a) El **objeto** sobre el que versa la acción hereditaria comprende todo lo que el demandado ha obtenido de la herencia. En él se considera un conjunto muy amplio (Ulp., Paul. D. 5, 3, 18, 2-20, 5). **8**

Comprende todas las *cosas* en posesión del demandado que el causante tuviese como propietario quiritario o bonitario, pero también como acreedor pignoraticio, usufructuario, prestatario, etc., en la medida en que el heredero deba responder ante alguien. Además, cuentan aquí los subrogados (vid. [24.13a]) y los *incrementos*, sobre todo los *frutos* que el demandado haya conseguido como poseedor, de buena o mala fe, antes de la *litis contestatio*. Si el demandado ha cobrado *créditos* hereditarios, el deudor no se libera con la prestación hecha a aquel; pero el demandado puede aceptar esa prestación y reclamar del demandado la restitución de lo que se le ha pagado.

b) aa) Respecto a la responsabilidad del poseedor hereditario por la administración de los bienes de la herencia en el tiempo previo a la *litis contestatio*, las fuentes, según ha mostrado M. Müller-Ehlen, distinguen dos modelos dife- **9**

renciados: las decisiones de Juliano sobre esa responsabilidad benefician al heredero, que es colocado en una posición como lo estaría en caso de una administración hereditaria conforme a sus intereses por parte del poseedor hereditario. Este debe responder por los daños –sin diferenciación de si estaba de buena o de mala fe– que se hubieran producido por los actos de administración que no correspondieran al interés de la herencia: *cfr.* Ulp. D. 5, 3, 20, 1/2; eod. 33, 1; Iul.-Paul. eod. 30.

El otro modelo de responsabilidad se encuentra en el *SC Iuventianum* inspirado por Celso (*vid. supra* [75.5]). Este se impuso hasta los clásicos tardíos y sirvió también de inspiración para la *rei vindicatio* (asimismo también en §§ 2018 ss, 987 ss. BGB): el criterio decisivo es la buena o mala fe del poseedor hereditario. El poseedor de mala fe ha de responder siempre por los menoscabos producidos dolosamente. Así, responde según el *SC* en caso de venta de una cosa hereditaria como si aún la poseyese (Ulp. D. 5, 3, 20, 6c), pero al menos por el precio de venta (Paul. D. 5, 3, 36, 3). Por *culpa* ha de responder por una administración poco diligente de la herencia, p. ej. por los frutos no obtenidos culposamente (Ulp. D. 5, 3, 25, 4). Para el poseedor de buena fe prevé el *SC* una responsabilidad por enriquecimiento (*locupletior factus*), que fue entendida por los tardoclásicos en sentido amplio como una responsabilidad por el enriquecimiento aún existente al comienzo del proceso –lo que es uno de los pocos casos en que los juristas romanos limitaron en esa extensión la responsabilidad de un deudor que ha de restituir lo percibido (otro caso: el *pupillus* que ha actuado *sine auctoritate tutoris*, *vid. supra* [14.5] y [62.21]; el donatario en caso de reclamación de la donación entre cónyuges nula, *vid. supra* [48.18 y 20]). A diferencia de lo que establece el § 818 III BGB, la *condictio* romana no conoce ese privilegio de responsabilidad (*vid. supra* [48.18]).

- 10 Un buen ejemplo de la responsabilidad por enriquecimiento en la acción hereditaria lo constituye:

D. 5, 3, 25, 1 (Ulpiano, 15 *ed.*)

Item si rem distraxit et ex pretio aliam rem comparavit, veniet pretium in petitionem hereditatis, non res quam in patrimonium suum convertit. sed si res minoris valet quam comparata est, hactenus locupletior factus videbitur, quatenus res valet: quemadmodum si consumpsisset, in totum locupletior factus non videbitur.

También si vendió la cosa y con el precio obtenido compró otra, en la petición de la herencia entrará el precio y no la cosa que incorporó a su patrimonio. Pero si la cosa vale menos de lo que se pagó por ella, se entenderá que solo se enriqueció en tanto cuanto vale la cosa, lo mismo que, si hubiese consumido el precio, se entenderá que no se enriqueció en el total.

El poseedor hereditario compra con el producto de la venta de una cosa hereditaria otra cosa y la incorpora a su patrimonio. Ulpiano decide que sea objeto de la *hereditatis petitio* el precio de compra, no la cosa hereditaria (*primera* reducción de responsabilidad) y tampoco la nueva cosa, porque la incorporación a su patrimonio excluye la idea de subrogación real. Luego decide el jurista que la cuantía del enriquecimiento por el precio de compra se determina por el posible menor valor de la cosa comprada y por su destino ulterior: en caso de consumo de esa cosa sin obtener sustitución, la responsabilidad decae (*segunda* reducción).

bb) Por los gastos necesarios y útiles que el demandado ha hecho antes de la *litis contestatio* sobre los bienes hereditarios, el poseedor de buena fe recibe continuamente un derecho de retención, en virtud del cual puede exigir una compensación; esto vale incluso si los gastos ya no siguen produciendo un incremento de valor en el momento de la restitución de la herencia (Paul. D. 5, 3, 38; Ulp. D. 5, 3, 37). Por el contrario, el poseedor de mala fe puede imputar todos los gastos solo en la medida en que eleven el valor de la herencia en el momento de la restitución (Paul. eod. 38, de autenticidad discutida). Gayo (D. 5, 3, 39, 1) sopesa también para el poseedor de buena fe la posibilidad de introducir en el cómputo los gastos suntuarios. La concreción del derecho de retención por gastos originariamente necesitaba de una *exceptio doli* (vid. Gai. D. 5, 3, 39, 1). Si esto se abandonó ya en el periodo clásico tardío es algo inseguro debido a la discutida autenticidad de Paul. D. 5, 3, 38. 11

cc) Después de la *litis contestatio* vale para la *hereditatis petitio* lo mismo que en la *rei vindicatio*, a saber: que el actor ha de ser colocado en una situación conforme al criterio del *restituere*, esto es, como si el demandado ya le hubiese restituido la herencia en el momento de la *litis contestatio* (Paul. D. 5, 3, 40 pr., vid. *supra* [27.18-20]). Sin embargo, también en el caso de la *hereditatis petitio* este es solo el principio. En concreto se aplica lo siguiente: tras la *litis contestatio*, todo demandado, también el de buena fe, responde por *dolus* y *culpa*. La cuestión de si durante la pendencia del proceso también tiene una responsabilidad por caso fortuito fue objeto de una vieja disputa de escuelas: los proculeyanos daban la respuesta afirmativa y los sabinianos la negativa. El tardoclásico Paulo (D. 5, 3, 40 pr.) se decide por una vía intermedia: en el sistema del *SC Iuventianum* responde por caso fortuito solo el poseedor de mala fe. 12

7. En vez de con la *hereditatis petitio* también puede el heredero hacer valer los derechos contenidos en la herencia con las acciones singulares correspondientes, es decir, la propiedad sobre bienes hereditarios con la *rei vindicatio*, los créditos de la herencia con las acciones crediticias, etc. Sin embargo, la *hereditatis petitio* consume todas estas acciones singulares contra el mismo demandado, y asimismo, por el contrario, toda acción singular consume la *hereditatis petitio* contra él, porque en ella ya 13

debe decidirse sobre el derecho hereditario (como cuestión previa). El poseedor hereditario puede conseguir, no obstante, que la cuestión del derecho hereditario entre los dos contendientes se decida de una vez para siempre en la *hereditatis petitio*, en vez de que esa cuestión previa deba ser siempre probada de nuevo en varias acciones singulares porque la decisión sobre ella en la acción singular *no prejudga* a las otras acciones singulares. Por eso, se le concede al actor la acción singular solo con la *exceptio* (anteriormente *praescriptio*) *quod praeiudicium hereditati non fiat* (*i. e.* excepción de que no se adopte ninguna decisión previa vinculante respecto a la herencia): el juez no puede, entonces, examinar la cuestión hereditaria (como cuestión previa), sino que solo está autorizado a condenar cuando el derecho singular del demandante sometido a discusión ha sido afirmado sin tener que decidir sobre el derecho hereditario. Está muy discutido cuál fue el verdadero fin de esta excepción prejudicial: la defensa del poseedor hereditario ante la partición de la acción universal en múltiples acciones singulares; la clarificación de la legitimación hereditaria en el procedimiento previsto para ella, esto es, la *hereditatis petitio*, y no como cuestión previa de cualquier otro procedimiento; o la preservación de la competencia del tribunal competente para los grandes procesos hereditarios, *i. e.*, el tribunal de los centunviro (*vid.* [75.7]; [82.16]).—*Cfr.* Gai. 4, 133; Iust. C. 3, 31, 12. **Lit.:** HACKL (*vid. infra* [83.25]), 1, 131.

- 14 **8.** Junto a la *hereditatis petitio* para el heredero único, el pretor previó fórmulas especiales para la defensa del coheredero (*si pars hereditatis petatur*: «si se pide una parte de la herencia», D. 5, 4) y para el fideicomisario de herencia (*vid. infra* § 78). Además, concede el pretor al *bonorum possessor* una *hereditatis petitio possessoria*, puesto que el *interdictum quorum bonorum* (*vid.* inmediatamente) solo procedía contra el poseedor de cosas corporales, cuando la herencia podía contener también derechos: Diocl. C. 3, 31, 9; D. 5, 5.

II. INTERDICTUM QUORUM BONORUM

- 15 Para la defensa de aquel a quien el pretor ha concedido la *bonorum possessio* está el *interdictum quorum bonorum* (*i. e.*, interdicto «de los bienes que...»). El poseedor de los bienes hereditarios (*bonorum possessor*, *vid. supra* [65.17]) puede reclamar con él la restitución de cualquier poseedor que no alegue ninguna causa singular de adquisición, sino que o afirma (con razón o sin ella) su derecho hereditario civil (poseedor *pro herede*) o no presenta ningún título de adquisición en absoluto (poseedor *pro possessore*): Ulp. D. 43, 2, 1 pr.

El *interdictum* se dirige también contra aquel que haya dejado dolosamente de poseer. Como los interdictos posesorios (*vid. supra* [21.3]), sirve también para la preparación de la *actio in rem*, aquí para el reparto de papeles en la *hereditatis petitio*, en la medida en que proporciona a aquel a quien el pretor haya concedido la *bonorum possessio* el papel más beneficioso de demandado. Justiniano (para la superación de la contra-

posición entre Derecho civil y Derecho honorario) lo extiende a la *hereditas* (C. 8, 2, 1), con lo que parcialmente se funde con la *hereditatis petitio*. **Lit.:** B. W. LEIST, *Die bonorum possessio. Ihre geschichtliche Entwicklung und heutige Geltung*, vol. II.2, Göttingen, 1848, 162, 340.

C. ADQUISICIÓN SINGULAR MORTIS CAUSA

§ 76. Los legados

(RPr. §§ 28, 182, 26)

I. GENERALIDADES

Lit.: G. GROSSO, *I legati nel diritto romano*², Torino, 1962; VOGLI, *DER II*², 223.

- 1 Bajo el concepto de **legado** se comprenden tipos de negocios que contienen una atribución *mortis causa* de bienes o ventajas jurídicas *particulares*, en contraposición con la sucesión hereditaria universal. Los romanos construyeron dos tipos de negocios legatarios típicos, a saber, el *legatum* como negocio estrictamente formal, vinculado reglas fijas del *ius civile*, y el *fideicommissum* como creación del *Derecho imperial*, que da espacio para la libre determinación y renuncia a las normas vinculantes que afectan a la forma y contenido de los legados.
- 2 El legado es conocido ya en la ley de las Doce Tablas (*cfr.* la regla «*Uti legassit...*», *vid. supra* [67.5]); en la época agraria, al introducirse la sucesión hereditaria unipersonal, tenía la importante función de asegurar el sustento de la *uxor in manu* del causante y de los demás descendientes excluidos por el testamento de la sucesión hereditaria. A este estadio se remonta el usufructo, que de hecho se constituía frecuentemente por legado, así como otros legados típicos de carácter alimenticio (prelegado, *legatum peculii* al hijo de familia, el legado restitutorio de la *dos* a la esposa, legados de alimentos, de rentas o de ajuar, etc.). Acabada la época agraria, se extendió la libertad testamentaria a los legados para los fines más diversos; en realidad, los legados llegaron a ser excesivos, hasta tal punto que la «legislación suntuaria» hubo de intervenir para limitarlos (*vid. infra* [76.23]). Se entiende que el régimen de los legados, como todo el Derecho hereditario, solo redundaba en beneficio del estrato superior de la sociedad. Pero el sorprendentemente amplio espacio que conceden a los legados los escritos de los juristas, y aun Justiniano, debe aclararse por el hecho de que la jurisprudencia muchas veces utilizó el legado como modelo de un negocio jurídico formal unilateral para desarrollar al respecto ciertas reglas y principios de la teoría general del negocio jurídico y de la parte general del Derecho de obligaciones, lo mismo que la estipulación y la compraventa para los contratos formales e informales.

Se ha transmitido el Derecho de legados sobre todo en los libros 30-36 del Digesto. Desde 1985 se conoce un tratado tardoclásico independiente sobre el Derecho de legados y fideicomisos, conservado solo fragmentariamente (Papyrus Haunensis), que no fue tenido en cuenta por los compiladores. **Lit.:** D. NÖRR, «P. Haun. III 45 und der verlorene Traktat Modestins zum Vermächtnisrecht», SZ 127 (2010) 53; F. NASTI, *Papyrus Hauniensis de legatis et fideicommissis* (Pars prior), Napoli, 2010 (cit. M. HUMBERT, Index 42 [2014] 225); D. LIEBS, «P. Haun. 45 + P. Festschr. Schulz. Bruchstücke einer Schrift eines römischen Juristen der Generation nach Ulpian», en *Mél. Humbert*, 481.

II. CLASES Y CONTENIDO DE LOS LEGADOS

El legado solo puede constituirse en el *testamento* y a cargo de un heredero instituido, que está «gravado» con él. Con el legado puede ser «beneficiario» como legatario solo alguien con quien exista *testamenti factio* (pasiva), *vid. supra* [68.12-17]. El legado aparece ya muy temprano en dos *tipos principales*, un *legado vindicatorio* con efecto real y un *legado damnatorio* con efecto obligacional; a ellos se añaden otros tipos intermedios y colaterales, y también se fueron nivelando las diferencias entre los tipos.

1. El legado vindicatorio (*legatum per vindicationem*) tiene un efecto real. Es la atribución de una cosa corporal en propiedad quiritaria del causante con la fórmula «*Titio hominem Stichum do lego*» («Doy y lego a Ticio al esclavo Estico»). La propiedad recae en favor del legatario *inmediatamente* a partir el causante: el heredero no se hace propietario intermedio; en consecuencia, el legatario puede reclamar la cosa del heredero poseedor, pero también de cualquier otro poseedor, con la *rei vindicatio*.

Otras fórmulas permitidas son «do» o «lego» solamente, o también «... *Stichum sumito, sibi habeto, capito*» («... que al esclavo Estico lo tome, se lo lleve consigo, lo coja»). Al testador le deben pertenecer las cosas fungibles en el momento de la muerte y las no fungibles también en el del otorgamiento del testamento. También el *ususfructus* y las servidumbres pueden disponerse por legado vindicatorio, es decir, *per vindicationem*, y conceder al legatario la *vindicatio ususfructus* o *servitutis*.—Un tipo especial lo constituye la *servi optio*, por la que el legatario ejercita la elección entre varios esclavos del causante (más tarde también entre otras cosas) a través de un acto formal (parecido a la *cretio*: UE 24, 14; Inst. 2, 20, 23; D. 33, 5). **Lit.:** A. GÓMEZ-IGLESIAS, «Una problematica *optio servi*», en *St. Metro*, vol. III, 135.

2. El legado damnatorio, *legatum per damnationem*, con la fórmula «*heres meus Lucio Titio Stichum servum meum dare damnas esto*» («sea mi heredero obligado a entregar a Ticio a mi esclavo Estico»), produce en el Derecho avan-

zado una obligación por la que el heredero queda obligado a hacer una prestación al legatario. Para su ejecución sirve la *actio ex testamento*, una acción de Derecho estricto similar a la de la *actio ex stipulatu*, pero que tiene, respectivamente (dependiendo del objeto del legado), una formula *certa* por el *quanti ea res est* y una *formula incerta* por *quidquid... dare facere oportet* (vid. *supra* [34.7 y 10]). Cfr. Gai. 2, 201 ss.

En el Derecho *antiguo* el legado damnatorio concedía abiertamente, sin acción ni sentencia, la *manus iniectio* ejecutiva contra el responsable, porque, en el caso de legados simples de dinero y de cosas, esta disposición testamentaria podía ser declarada por el pretor mismo por un interrogatorio de testigos como un cumplimiento ya producido (por *solutio per aes et libram*). Sin embargo, esta «ejecutividad inmediata», que en el caso de los legados complicados no podía ser realizada, se perdió pronto. En su lugar estuvo aún en el Derecho clásico, como un efecto superviviente, la *formula certa* de la *actio ex testamento* con litiscrescencia (Gai. 2, 282; Inst. 3, 27, 7, cfr. [32.18]).—Si el legado se concede bajo condición o término, el pretor obliga al heredero a prestar caución (*cautio legatorum servandorum causa*) al legatario con el fin de asegurar la prestación del legado (condicionado o aplazado) que le asegure frente a la insolvencia del heredero (Ulp. D. 36, 3, 1 pr. ss.).—Sobre la *cautio*, vid. FINKENAUER, *Stip.*, 300.

- 6 El legado damnatorio, a causa de su forma elástica, puede estar dirigido a *prestaciones permitidas de todo tipo*; tiene, en ese sentido, un carácter *general*.

Ejemplos: el legado puede afectar a cosas propias del testador, también a prestaciones genéricas u, opcionalmente, específicas; cosas ajenas (si el propietario no las quiere entregar o no quiere hacerlo por el precio que se estime, se debe entonces el valor de la cosa; las cosas futuras, en especial los frutos futuros; una dote (su constitución o también su restitución a la mujer); un *peculium* (p. ej. al esclavo manumitido); alimentos, rentas (*annua*) y otras prestaciones periódicas, etc. El *legatum nominis* es el legado de un crédito del causante (que ha de cederse); la *liberatio legata* es el legado de liberación del deudor (de las deudas del causante); *legatum debiti* es el legado de aquello que el causante debe ya al legatario (solo eficaz si proporciona al legatario una ventaja añadida): Inst. 2, 20, 4 ss.—Como legado damnatorio de un *incertum* se entiende en el Derecho clásico también el *legado de partición* (*partitio legata*), donde se encarga al heredero repartir la herencia con el legatario conforme a una determinada proporción («*heres meus cum Titio hereditatem meam partitor*» = «que mi heredero reparta mi herencia con Ticio»; Cic. de leg. 2, 50; UE 24, 25); cfr. al respecto [78.2].—Sobre los objetos de un legado en el Derecho actual, vid. §§ 2154 ss., 2169 ss. BGB; 653 ss ABGB; 484, 563 ZGB; arts. 865 ss. Cc esp. **Lit.:** R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, 3 vols., Padova, 1964, 1969, 1979; U. JOHN, *Die Auslegung des Legats von Sachgesamtheiten im römischen Recht bis Labeo*, Karlsruhe, 1970; S. BERNASCONI, «Il legato di debito nel diritto romano», SD 42 (1976) 23; R. RÖHLE, «Relegare dotem», SZ 94 (1977) 306; L. BIANCO, «Il contributo di Giuliano

al *legatum liberationis*», SD 64 (1998) 327; S. DI SALVO, «*Legatum debiti*», en *FHI.*, vol. III, 1531; X. D'ORS, «Sobre los legados de crédito y deuda inexistentes», en *St. Metro*, II, 2010, 233 (sobre D. 30, 75); V. DI NISIO, «*Libertis dari volo*», *Index* 42 (2014) 232; G. PAPA, *Per una storia del legatum debiti*, Roma, 2014.

3. Otros tipos de legados son: a) el *legatum sinendi modo*: «*heres meus damnas esto sinere Lucium Titium hominem Stichum sumere sibi que habere*» («sea obligado mi heredero a soportar que Lucio Ticio se lleve al esclavo Estico y lo tenga consigo»); originariamente una forma mezclada de legado vindicatorio y damnatorio, que abría al legatario la intervención real sobre la cosa, cuya denegación abría inmediatamente (*i. e.* sin acción) la *manus inectio* ejecutiva sobre el heredero. En el Derecho clásico ha de hacerse valer con la *actio (incerti) ex testamento*: es posible sobre cosas del causante o del heredero, además de como legado de liberación, con el que el acreedor encarga a su heredero condonar al deudor la deuda. Sobre todo esto, vid. Gai. 2, 209 ss. 7

b) El legado de detracción por adelantado (*legatum per praeceptionem*): «*Lucius Ticius hominem Stichum praecipito*» («tome por adelantado Lucio Ticio al esclavo Estico»); según los sabinianos (y los más antiguos), solo puede concederse a un coheredero, que ha de detraer el objeto legado en la *actio familiae erciscundae*; los proculyanos lo admiten también a favor de un no heredero y lo tratan como un legado vindicatorio usual (Gai. 2, 216 ss.). Del legado *per praeceptionem* ha de distinguirse el *praelegatum* (*prelegado*). Este no se detrae, como aquel, ya por adelantado de la herencia (de modo que no se toma en consideración en la partición del resto de la herencia), sino que —de modo poco práctico— es tratado como un gravamen sobre todas las partes de la herencia. Por tanto, es ineficaz en la medida en que sea gravado el heredero sobre sus propias cargas (*cf.* Flor. D. 30, 116, 1).—§§ 2150 BGB; 648 ABGB; 486 III ZGB; art. 890 II Cc. esp. **Lit.:** H. ANKUM, «Papinians Lehre zum *legatum per praeceptionem*, (3.)», en *Fs. v. Lübtow (ante [74.4])*, 77; M. WIMMER, *Das Prälegat*, Wien – Köln, 2004. 8

Un acercamiento entre los diversos tipos de legado lo produce: a) el *SC Neronianum* (entre 54 y 68 d. c.) por *conversión*: un legado que es ineficaz en el tipo escogido por el testador debe conservarse en forma de otro tipo de legado (al menos como legado damnatorio), si su contenido lo permite. 9

El legado sigue siendo ineficaz según el *ius civile*, pero puede ejecutarse con acciones pretorias. El caso de partida lo constituye, obviamente, el legado vindicatorio de una cosa no perteneciente al testador; debería ser eficaz *atque si optimo iure relictum esset* («como si hubiese sido dejado con pleno derecho»), por lo que entonces debe ser tratado como legado damnatorio, porque este es el único tipo que permite un legado de una cosa ajena: Gai. 2, 197 s.; UE 24, 11a; Inst. 2, 20, 12.—También según el *SC Neronianum* se encuentran en la praxis no pocos casos en los cuales el testador (por el comprensible sentimiento de que se sostiene mejor lo que está doblemente atado) mezclaba los diversos tipos de legado entre sí, p. ej. el *testamentum Dasumii*

(Bruns I, 308 I. 125 = FIRA III, 1411 I. 125) y Ulp. D. 33, 7, 12, 43 («*filiis maribus domum meam instructam do lego darique iubeo*» = «a mis hijos les doy y les lego mi casa amueblada [= legado vindicatorio] y mando que les sea transmitida [= legado damnatorio]).

- 10 b) En el Derecho *postclásico* se favorece aún más la equiparación de los tipos de legado por la vía de que Constantino (seguramente) renunció a la inclusión de determinadas *fórmulas literales* para la totalidad del testamento (*vid. supra* [68.4]); con ello se abrió una mayor libertad de interpretación. Justiniano decide finalmente, a través de su constitución, elaborada tras un largo trabajo nocturno (*cum magna lucubratione*), C. 6, 43, 1, que todos los legados deben tener *unam naturam* y que de ellos debe nacer tanto una *actio in rem* como una *actio in personam*: *cfr.* Inst. 2, 20, 2.

Esto no significa que realmente estuvieran disponibles en todo caso acciones reales junto a las obligacionales; esto tiene sentido más bien solo donde se ha legado una cosa individual perteneciente al testador (o al heredero). A causa del efecto obligatorio que es común a todos los legados, se los clasifica, como antes los legados vindicatorios, entre los *cuasicontratos*: Gai. D. 44, 7, 5, 2; Inst. 3, 27, 5.—Sobre la equiparación de legados y *fideicomisos*, *vid. infra* [77.2].

- 11 5. Para la **garantía** de sus derechos concede Justiniano a todos los legatarios una *hipoteca legal* sobre todo lo que se le ha dejado al gravado. Además, establece que (como limitación para el gravado) una *prohibición de enajenar y de pignorar* las cosas legadas y las declara imprescriptibles (por terceros). *Cfr.* C. 6, 43, 1, 1; eod. 3, 2-4.
- 12 6. En el BGB (§ 2174), el ABGB (§ 684) y el ZGB (§§ 484, 485) encontró acogida el legado damnatorio, pero no el vindicatorio, de modo que ya no hay una acción real para el legatario. El legislador del BGB rechazó el legado vindicatorio en interés de los acreedores de la herencia. Puesto que estos tenían en primer término una pretensión para verse satisfechos a partir de la herencia, el heredero debería estar legitimado, en el caso de insuficiencia de la herencia, a disponer del objeto legado (*Motive*, vol. 5, 133; *Protokolle*, vol. 5, 204; vol. 6, 344). Frente a esto, se interpreta el legado de una especie del art. 649 Cc it. como legado vindicatorio, e igualmente el del art. 1014 Cc fr., si bien, según este, el efecto real se da en primer término solo frente al gravado (propiedad relativa) y la plena adquisición de la propiedad solo se produce con la entrega (*délivrance*) al legatario; *cfr.*, en cambio, art. 882 Cc. esp. **Lit.:** COING II, 610.

III. ADQUISICIÓN DEL LEGADO

- 13 1. La adquisición del derecho a partir del legado está ligada a la apertura de la sucesión testamentaria, por tanto, a que el gravado con el legado adquiera la herencia. En caso de los herederos extraños, este es el caso solo con la adición

de la herencia. El legatario adquiere, sin embargo, ya antes de ese momento, una expectativa hereditaria sobre la futura adquisición del legado. El momento decisivo para la adquisición de esta expectativa es el llamado *dies cedens*. Este es normalmente (tanto para la sucesión de los herederos domésticos como de los extraños) el momento de la *muerte del causante* (según la *lex Papia Poppaea*, en caso de pluralidad de herederos, el de la *apertura del testamento*; en Justiniano, de nuevo en el de la muerte). Si se añade al legado un *término indeterminado* (*dies incertus*) o una *condición* suspensiva, este *dies cedens* es el del cumplimiento de ese término o condición. Si, por el contrario, el legado está vinculado a un *término determinado* (*dies certus*), se adquiere en el momento de la muerte (o de la apertura del testamento), pero solo puede hacerse valer con la llegada de la fecha prevista en el término (expresión atécnica: *dies veniens*). Cfr. UE 24, 30 s.; Iust. C. 6, 51, 1c.

Con la apertura de la sucesión testamentaria adquiere el legatario el derecho derivado del legado (*dies veniens*); desde entonces puede ejercitar, para el legado con efecto *obligacional*, la *actio ex testamento*; para el de efecto *real*, una *vindicatio*.

Si *no* quiere tener el legado con efecto *obligacional*, solo necesita dejar pasar la acción; sin embargo, también es libre de *condonar* la deuda al heredero. En el caso del legado con efecto *real*, los proculeyanos aceptan que la cosa está en principio sin dueño y solo con la actuación de la voluntad adquisitiva se adquiere. Los sabinianos, en cambio, hacen al legatario adquirir la propiedad inmediatamente, pero puede *rechazar* (*repellere, repudiare*) el legado; en ese caso, se considera como no adquirido nunca. Los clásicos tardíos siguen una doctrina sabiniana matizada: la adquisición está suspendida hasta la aprehensión de la cosa. Cfr. Gai. 2, 195; Iul. D. 30, 86, 2. 14

Si el mismo objeto es legado a **varios** colegatarios (*collegatarii*), los legatarios, en caso de *legado vindicatorio*, se hacen copropietarios por cuotas; entre ellos existe acrecimiento (Gai. 2, 199). Pero, a diferencia de los coherederos (*vid.* [73.7-8]), no tiene lugar entre ellos ningún acrecimiento si el testador ha dividido el objeto legado entre los legatarios: si decae alguno de los colegatarios beneficiados con una porción, esta queda para el heredero. 15

En un *legado damnatorio* tiene cada uno de los colegatarios, si han sido beneficiados *coniunctim* (v. gr. *Titio et Seio*) un crédito por la misma parte (en caso de prestaciones indivisibles, como acreedores comunes). Si se les ha legado el objeto *disiunctim* (en disposiciones separadas), el legado se multiplica: cada uno puede reclamar el total, de modo que el heredero solo puede realizar la prestación una vez, y a los otros legatarios les adeuda el valor en dinero (*vid. supra* [56.3]); el acrecimiento no tiene lugar (Gai. 2, 205). 16

Las *leyes matrimoniales* de Augusto, como en el caso de los coherederos (*vid. supra* [73.8]) trataron las partes que iban a quedar libres como *caduca*, con las consecuencias descritas en [71.11] y [73.8], pero aquí con las especialidades de que, si se trata de una

■ § 76. LOS LEGADOS

adquisición de legado, los *collegatarii coniunctim* tienen prioridad sobre los *heredes patres* (Gai. 2, 207; más detalles en LOHSSE, 44). Justiniano eliminó también esto.

Lit.: S. LOHSSE, *Ius adcrendi: Die Anwaschung im römischen Vermächtnisrecht*, Köln, 2008; LÖSCH (vid. [73.8]).

- 17 2. El legatario no puede procurarse por *su propria mano* (violenta o clandestina) la cosa legada; si hace esto, el *bonorum possessor* (en Justiniano también el heredero) puede reclamar la recuperación de la posesión, previa prestación de garantías, mediante el *interdictum quod legatorum* (int. «por el hecho de los legados»): Ulp. D. 43, 3, 1, 2 ss.

IV. INEFICACIA Y REVOCACIÓN DE LOS LEGADOS

- 18 1. Un legado puede ser *ineficaz* por invalidez del testamento, infracción de la forma del legado (también en caso de disposición *antes* de la institución de heredero, (vid. *supra* [68.5]), *falta de testamenti factio* con el legatario (vid. *supra* [68.12]), vicio de la voluntad (vid. *supra* [8.25], también para *civitates, corpora*, etc.) y contenido no permitido.

Cfr. ya sobre defectos del contenido *supra* [9.7-8]; [10.6]. No se permiten las disposiciones que solo serán efectivas tras la muerte del heredero (Gai. 2, 232 s.; Inst. 2, 20, 35), tampoco el *legatum poenae nomine relictum*, que impone al gravado (según el modelo de las penas convencionales) una prestación (a alguien determinado en el legado) como pena por un determinado comportamiento del gravado no deseado por el testador (Gai. 2, 235 s.; *cfr.* Inst. 2, 20, 36). Justiniano deroga ambas limitaciones (C. 8, 37, 15, 2; C. 6, 41, 1). **Lit.:** LONGCHAMPS DE BÉRIER (*ante* [70.1]), 397.

- 19 Como *momento* por el cual debe juzgarse la ineficacia del legado, hay que centrarse, según la **regula Catoniana** (seguramente del s. II a. C.), en el de *otorgamiento del testamento* (Cels. D. 34, 7, 1 pr.; no hay sanación por una posterior desaparición de los impedimentos). Sin embargo, los clásicos no aplican la regla a los legados sometidos a condición (suspensivamente) y a un término indeterminado. **Lit.:** I. BUTI, «Regula Catoniana e convalidazione», Index 12 (1983–84) 230; W. FLUME, «Die regula Catoniana – ein Exempel römischer Jurisprudenz», en *Festschrift für H. Niederländer*, Heidelberg, 1991, 17; B. CHOE, «Regula Catoniana und Servius, der Meister», en *Fs. Knüttel*, 213.
- 20 2. a) Un legado puede también hacerse ineficaz *de modo sobrevenido*, si aparece una circunstancia que se opone a su validez.

Ejemplos: si el beneficiario muere antes del *dies cedens*, si el gravado no llega a hacerse heredero, si el objeto legado cae fuera del comercio o desaparece de alguna manera que libera al gravado. Sobre la *medida de la responsabilidad* para la *actio ex testamento*, *vid. supra* [36.18]; en el caso del legado vindicatorio, el heredero responde por el daño o la destrucción de la cosa antes de la adquisición de la propiedad del legatario solo con la *actio de dolo*, después con la *actio legis Aquiliae* (Ulp. D. 4, 3, 7, 5, reelaborado).—Si el llamado por testamento es al mismo tiempo el heredero *ab intestato* más próximo y rechaza la herencia que le ha correspondido *ex testamento* a fin de adquirirla *ab intestato* sin la carga de los legados, etc., el pretor, a partir del edicto «*si quis omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem*» («si alguno que ha rechazado a la herencia testamentaria la posee *ab intestato*»), concede a los legatarios acciones ficticias como si el heredero lo hubiera sido por testamento (Ulp. D. 29, 4, 1 pr.).

b) El legado queda sin efectos además por **revocación** (*ademptio legati*). 21
Según el *ius civile*, esta necesita de una declaración general de carácter *formal*: en el caso de legado vindicatorio, «*non do non lego*»; en el damnatorio, «*heres meus ne dato*» (Inst. 2, 21 pr.; Ulp. D. 34, 4, 3, 8); debe figurar en el testamento, y si este no es aún perfecto, entonces en un codicilo confirmado.

La actuación *no formal* de la voluntad revocatoria, sobre todo por *enajenación* de la cosa legada (*per damnationem*), da base, según la doctrina clásica que se impuso, a una *exceptio doli* (Gai. 2, 198; Inst. 2, 20, 10).—§§ 2253-55, 2258 BGB; 713, 717, 719 ABGB; 509-511 ZGB; art. 869 Cc. esp. **Lit.:** KNÜTEL (*vid.* [6.4]), 77.

La enajenación de la cosa legada *per vindicationem* anula el legado sin más, porque este tipo de legado exige la propiedad del testador también en el momento de en que se produce el hecho hereditario.—La *transformación* (*translatio legati*) con cambio del contenido o de la persona del gravado o del beneficiario se trata normalmente según las reglas de la revocación; Inst. 2, 21, 1; Paul. D. 34, 4, 6. 22

V. LIMITACIONES LEGALES A LOS LEGADOS

1. Algunas leyes antiguas combaten la mala costumbre de ordenar legados *excesivos* que disgregan los grandes patrimonios en perjuicio del heredero o herederos. 23

a) La *lex Furia testamentaria* (de entre 204 y 169 a. C.) prohíbe aceptar (*capere*) legados de más de 1000 ases: se admite una excepción para los parientes de sangre. Contra el infractor recibe el heredero una ejecución inmedia-

ta (*manus iniectio*), sin necesidad de acción ni sentencia, sobre el cuádruplo del exceso prohibido. *Cfr.* Gai. 2, 225; 4, 23.–b) La *lex Voconia* (169 a. C.) prohíbe aceptar legados de un patrimonio procedente de un ciudadano de la primera clase censal (la más rica) que excedan de lo que recibe el heredero único o todos los coherederos en conjunto: Gai. 2, 226. Sobre el resto del contenido de la *lex Voconia*, *vid. supra* [68.15].

- 24 2. La *lex Falcidia* (40 a. C.; D. 35, 2; C. 6, 50; Inst. 2, 22) protege al heredero frente a la posibilidad de que no le quede ningún provecho (o uno demasiado pequeño) de la herencia. Autoriza al testador a disponer por legados no más allá de *tres cuartos* de la herencia; un cuarto –la llamada *quarta Falcidia*– debe reservarse al heredero; D. 35, 2, 1 pr.; Gai. 2, 227; Inst. 2, 22 pr. Si el testador ha gravado esta *quarta Falcidia*, todos los legados se reducen proporcionalmente.

La regulación, además de al heredero testamentario, favorece también a los otros beneficiarios en el testamento, ya que (como todo el contenido del testamento) también las atribuciones que les corresponden decaerían si el heredero testamentario repudia la herencia (y dando entrada con ello a la sucesión intestada) al no resultarle interesante por estar muy gravada con legados y fideicomisos.–Los legatarios y fideicomisarios que estén gravados a su vez por otros fideicomisos no pueden retener un cuarto en analogía con la *lex Falcidia*: Ulp. D. 35, 2, 47, 1.–§§ 1992 BGB; 690 ss. ABGB; 486 ZGB; art. 858 Cc. esp.

La indagación de lo que se adeuda a los legatarios en virtud de la *lex Falcidia* en el caso concreto es a menudo muy complicada, en especial en el contexto del doble testamento del testador para sí mismo y para su hijo impúber (*vid.* Pap. D. 35, 2, 11, 5 y 6; *cfr.* [68.10]). El punto de partida al efecto es la fijación del volumen del patrimonio hereditario en el momento de la muerte del causante, naturalmente tras la deducción de deudas y costes (para el entierro, etc.). Si se da el caso de que la herencia (p. ej. con un valor de 400) está sobrecargada por los legados (p. ej. el primer legado, 300; el 2.º, 200; el 3.º, 100), entonces se realiza el cálculo en dos pasos: primero se recorta la suma de los legados (600) hasta el valor de la herencia (400). Luego se deduce el cuarto que corresponde al heredero (100) y el patrimonio restante (300) se reparte a los legados que han de ser reducidos proporcionalmente, de modo que al primer legado le tocan 150, al segundo 100 y al tercero 50. *Cfr.* Gai. D. 35, 2, 73, 4; Inst. 2, 22, 3.

Lit.: CRAWFORD II, 779; A. WACKE, «Die Rechtswirkungen der *lex Falcidia*», en *Studien Kaser* [24.13], 209; V. MANNINO, «Scevola e l'applicazione della Falcidia ai legati fra loro connessi», Bull. 84 (1981) 125; EL MISMO., *Il calcolo della «quarta hereditatis» e la volontà del testatore*, Napoli, 1989; P. STEIN, «Lex Falcidia», *Athenaeum* 75 (1987) 453; D. SCHANBACHER, *Ratio legis Falcidiae: die falzidische Rechnung bei*

zusammentreffen mehrerer Erbschaften in einer Hand, Berlin, 1995; G. PAPA, «*Lex Falcidia e questioni processuali*», en *FHI.*, vol. VI, 3969; B. KUPISCH, «*De suo dabit substitutus: Pap. D. 35, 2, 11, 5 und 6*», *Fundamina* 20-1 (2014) 500; D. SCHANBACHER, «*Bemerkungen zur falzidischen Rechnung bei der Pupillarsubstitution*», *SZ* 133 (2016) 413.

§ 77. Los fideicomisos

(RPr. §§ 189, 297 II, 298)

I. GENERALIDADES

Lit.: GROSSO (*ante* [76.1]), 30, 112; VOGL, *DER* II², 231; D. JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts*, Oxford, 1988 (con O. ROBINSON, SZ 107 [1990] 638); G. PAULUS, *Gnomon* 62 [1990] 710).

- 1 *Fidei commissum* es originariamente una petición informal del causante, cuyo cumplimiento deja a la «fidelidad» o la «conciencia» de otro. En la República no se ve en ello ningún vínculo dotado de protección jurídica con una acción, sino solo una obligación *moral* de cumplir ese deseo para todo aquel a quien el causante le ha dejado algo gravado con tal petición.

Con ello se hacen también posibles para el causante atribuciones que no puede ordenar como legados, p. ej. aquellas que contravengan la *lex Falcidia* o la *lex Voconia*, o a peregrinos.

- 2 Augusto deduce una coercibilidad jurídica de los fideicomisos, en un primer momento para casos concretos, pero a partir de ahí se desarrolló rápidamente un reconocimiento general de su accionabilidad (Inst. 2, 23, 1; 2, 25 pr.). Esta se concede porque, en principio, solo existe un deber moral para el que no hay una vía jurisdiccional ordinaria ante el pretor, sino solo la *extraordinaria cognitio* (*cfr.* [80.21]), primero ante el *cónsul* y luego, desde Claudio (para cosas de menor valor), también ante un *praetor fideicomisarius* especial, y en las provincias ante el gobernador (Gai. 2, 278). En esta jurisdicción se desarrollan en seguida para los fideicomisos principios fijos. En ellos pretendían los juristas y los emperadores ya en época clásica un acercamiento al régimen de los legados, que se profundiza en el periodo post-clásico. Finalmente, Justiniano equipara de modo expreso ambos tipos de liberalidades, aunque dejó subsistir ambas denominaciones de *legatum* y *fideicommissum* una junto a otra (C. 6, 43, 2, a. 531). Así se dice claramente en el Digesto al comienzo del título referido al Derecho de legados, D, 30, 1 (itp.): *Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis* («en todos los aspectos legados y fideicomisos se equiparan»); *cfr.* Inst. 2, 20, 3. Con ello se extienden ahora los principios más libres del régimen de los fideicomisos también a los legados.

Lit.: A. WATSON, «The Early History of *fideicommissa*», Index 1 (1970) 178; JOHNSTON (*ante* [77.1]), 256.—Sobre Pap. Haun. vid. esp. [76.2].

II. LA REGULACIÓN DE LOS FIDEICOMISOS SINGULARES

1. El fideicomiso presenta **libertad de forma** ya en época clásica. Puede ordenarse en el testamento o en cualquier codicilo, pero también oralmente, incluso por una declaración a los mismos beneficiarios o por simples gestos (Gai. 2, 249 = Inst. 2, 24, 3; Gai. 2, 270a; 281; UE 25, 1-3; PS 4, 1, 5-6 a).

Eran usuales, junto a la fórmula «*fidei tuae committo*» («dejo a tu conciencia»), las expresiones *peto*, *rogo*, también *volo* («pido», «suplico», «quiero»). En cambio, palabras de simple recomendación como *commendo*, o el impreciso *relinquo*, no bastan. La lengua griega se admite. Es evidente que la libertad de forma hacía aparecer numerosas cuestiones dudosas sobre si en realidad se pretendía una obligación seria. **Lit.:** A. ST. SCARELLA, «Il bilinguismo nei fedecommissi e il ruolo di intermediario del giurista tra istituti giuridici romani e *novi cives*, come strumenti di integrazione sociale», APal. 55 (2012) 619, *cfr.* también la lit. *supra* [7.20].

2. a) El causante debe tener la *testamenti factio* también en el momento de establecer el fideicomiso (UE 25, 4; *cfr.* [68.12]).

b) Pueden ser gravados, además de los herederos testamentarios, también los herederos *ab intestato*, los legatarios, los fideicomisarios y todos los demás que reciban algo de la herencia (Gai. 2, 260 = Inst. 2, 24 pr.; Gai. 2, 270; 271), sobre todo los beneficiados *mortis causa* (Gord. C. 6, 42, 9). Todos ellos responden, sin embargo, solo hasta la *cuantía del valor que hayan recibido* (Gai. 2, 261; Iul. D. 30, 94, 3; Marci. D. 30, 114, 3; Inst. 2, 24, 1).

Puede ser gravado incluso el Estado en tanto que adquirente de la herencia sin herederos (Marci. D. 30, 114, 2) y el deudor hereditario al que se le haya encargado entregar la prestación al beneficiario (Pius-Ulp. D. eod. 77). **Lit.:** A. WACKE, «Das *fideicommissum a debitore relictum*», TR 39 (1971) 257.

c) Puede ser **beneficiario** *todo aquel* que esté vivo en el *dies cedens* (incluso si el causante no tenía *testamenti factio* con él); sin embargo, se limita esta libertad conforme al modelo de los legados (Gai. 2, 274 s.).

El *SC Pegasianum* (*vid. infra* [78.5-6]) extiende a los fideicomisos las prescripciones de caducidad de la legislación matrimonial augústea (*vid.* [58.28]); un *SC* de tiempos de Adriano incorpora al fisco los fideicomisos dejados a los peregrinos, y otro *SC* excluye los que se atribuyen a *personae incertae*. *Cfr.* Gai. 2, 285-287.

- 6 3. El fideicomiso produce solo efectos **obligacionales**; da al beneficiario un *crédito* por un *incertum* que se enjuicia según los mismos principios de libertad que en los *bonae fidei iudicia*. Se hace valer en el procedimiento de la jurisdicción extraordinaria (Gai. 2, 278; UE 25, 12; vid. [77.2]) y se singulariza como *actio ex fideicommisso* o *actio fideicommissi*, aunque es más adecuado denominarla *persecutio* (Ulp. D. 50, 16, 178, 2; Afr. D. 30, 109, 1; cfr. [82.4]).

La *responsabilidad* por el fideicomiso en época clásica se extendió abiertamente, más allá del *dolus*, a los casos de *culpa* (Paul. D. 32, 8 pr.). En caso de *mora del deudor* responde el gravado también por los intereses y los frutos (Gai. 2, 280). **Lit.:** V. GIODICE-SABBATELLI, *La tutela giuridica dei fedecommissi fra Augusto e Vespasiano*, Bari, 1993.

Objetos de los fideicomisos pueden ser (como en el caso del legado damnatorio) todas las prestaciones que pueden ser contenido de una obligación (Gai. 2, 260, 262); también la totalidad de la herencia (o una cuota de ella): vid. al respecto *infra* § 78. A menudo se han transmitido fideicomisos que fueron dispuestos con el fin de que se erigiera un monumento funerario; eran muy apetecidos los fideicomisos de alimentos y de habitación en favor de libertos; vid. al respecto J. W. TELLEGEN, «The Immortality of the Soul and Roman Law», en *St. Metro*, VI, 297; J. A. TAMAYO ERRAZQUIN, *Libertis libertabusque. El fideicomiso de alimentos en beneficio de libertos en los «Digesta» y «Responso» de Q. C. Escévola*, Vitoria, 2007; RÜFNER [29.21].

- 7 Puesto que el fideicomiso también puede constituirse de tal modo que solo deba pagarse en caso de muerte del gravado, se puede disponer con él una sucesión regulada por vía testamentaria de varias generaciones (la llamada «sustitución fideicomisaria». Vid. [78.1]); esta es la raíz romana del **fideicomiso de familia** (*fideicommissum quod familiae relictum*: Mod. D. 31, 32, 6; Pap. D. 31, 67 pr. y 69, 3) configurado en la Edad Media. Sin embargo, Justiniano le pone el límite de permitirlo, como mucho, hasta la cuarta generación: Nov. 159 (555). **Lit.:** P. VOCI, *DER IP*², 245; L. DESANTI, *La sostituzione fedecommissaria*, Torino, 1999, 35, 79; EL MISMO, *Restitutionis post mortem onus: I fedecommissi da restituirsi dopo la morte dell'onerato*, Milano, 2003, 191, 363. Los fideicomisos de familia fueron suprimidos, por mandato del art. 155 II 2 de la Constitución de la República de Weimar, por una ley de 6.7.1938 (RGBl. I 825), en vigor desde el 1.1.1939: como solución alternativa desde entonces se introdujo la fundación familiar (que, no obstante, devenga el impuesto de sucesiones cada 30 años); cfr., sin embargo, art. 781 Cc esp. **Lit.:** K. LUIG, «Philipp Knipschildt und das Familienfideikommiß im Zeitalter des Usus modernus», en Helmholz - Zimmermann [67.18], 361; A. SÖLLNER, «Zur Rechtsgeschichte des Familienfideikommisses», en *Fs. Kaser*, 657.
- 8 4. Para la **adquisición** del fideicomiso valen los mismos principios que en el legado damnatorio (vid. *supra* [76.13]).

El *dies cedens* es, por tanto, el momento de la muerte (durante un tiempo el de la apertura del testamento): *vid. supra* [76.13]; en caso de término indeterminado o de condición (suspensiva), el cumplimiento de esos sucesos. Sin embargo, se impone también aquí una interpretación más libre.

5. a) La **ineficacia** del fideicomiso sigue las reglas generales, pero con 9 ciertas matizaciones.

La eficacia solo *post mortem heredis* se admite ya en el Derecho clásico (Gai. 2, 277). La *regula Catoniana* no se aplicó desde luego a los fideicomisos (la sanación por la ulterior desaparición de la causa de ineficacia era, por tanto, posible). El fideicomiso es además ineficaz si el gravado debe entregar más de lo que él mismo recibe (*vid. supra* [77.4]). *Uteriormente* se hace ineficaz, además de por desaparición del gravado o por destrucción liberatoria del objeto, también por revocación.

b) La **revocación** no está ligada a *ninguna forma* y hace extinguirse el fideicomiso: Ulp. D. 34, 4, 3, 11.

6. Si el heredero está gravado con un fideicomiso, el *SC Pegasianum* (*vid. supra* 10 *infra* [78.5-6]) le permite, siguiendo el modelo de la *lex Falcidia* (*vid. supra* [76.24]), reducir también los fideicomisos proporcionalmente a fin de que le quede un cuarto de la herencia (*quarta Pegasiana*); Gai. 2, 254 = Inst. 2, 23, 5. Pero si él ha entregado conscientemente más de lo concedido, puesto que ha obedecido a la *fides*, no puede reclamar después lo entregado como *indebitum*: PS 4, 3, 4.

§ 78. El fideicomiso de herencia

(RPr. §§ 190, 299)

I. GENERALIDADES

Lit.: GROSSO (*ante* [76.1]), 122; VOCI, *DER* II², 343; JOHNSTON (*ante* [77.1]); F. LONGCHAMPS DE BERIER, *Il fedecommesso universale nel diritto romano classico*, Warszawa, 1997.

- 1 Una *herencia sucesiva*, en la que recibe un primer heredero y más tarde, cuando se cumple un término o una condición, le sigue un segundo heredero, es *desconocida* en Roma, ya que choca con el principio de que la posición de heredero no puede adquirirse por un tiempo delimitado de antemano.

Una vía de salida para posibilitar un orden sucesivo de varios herederos de la totalidad de la herencia se encuentra en la llamada *sucesión fideicomisaria* (*vid.* [77.7]): se hace *heredero* solo el *primer* sucesor del causante; pero a él se le encarga que transmita la herencia en su totalidad (o una cuota) como *fideicomiso* a un sucesor posterior. Este fideicomiso de la totalidad podría haber surgido ya a principios del Principado. La principal dificultad consistía aquí en procurar que también se transmitieran los *créditos* y las *deudas* de la herencia al fideicomisario. De esta regulación se ocuparon los juristas, apoyados en senadoconsultos; las (parcialmente complicadas) soluciones consiguieron, no obstante, un acercamiento a una auténtica sucesión universal.

- 2 Un *precedente* lo constituye la *partitio legata* (*vid. supra* [76.6]), la cual posibilita solo una partición, no una transmisión de la herencia. Aquí se dejan los créditos y las deudas de la herencia en manos del heredero y establece solo una compensación en la *relación interna* entre heredero y legatario a través de *stipulationes partis et pro parte* recíprocas: Gai. 2, 254; 257.

II. DESARROLLO

- 3 **1.** En virtud del *fideicomissum hereditatis* el heredero está obligado a restituir la herencia al sucesor, por tanto, a entregar los bienes hereditarios y transmitir (por *mancipatio nummo uno*, y más tarde de forma libre) la herencia. Pero el sucesor no se hace realmente heredero por ello. Para acercar su posi-

ción a la de un heredero era necesaria, en cambio, la realización de las estipulaciones habituales en la compra de herencia.

En estas *stipulationes emptae et venditae hereditatis* promete el *sucesor* indemnizar al heredero por todas las condenas sufridas y por las demás prestaciones que le puedan afectar derivadas de la herencia, así como defenderlo (como *cognitor* o *procurator in rem suam*, *vid. supra* [55.10]) contra las acciones de los acreedores hereditarios. Por su parte, el heredero promete restituir al sucesor todo lo que aún conserve de la herencia, y convertirlo en *cognitor* o *procurator in rem suam* para el cobro de los créditos hereditarios (*vid. supra* [55.3]). *Cfr.* Gai. 2, 252. **Lit.:** MANTHE (*vid. infra* [78.6]), 27.

2. Esta regulación es peligrosa para el heredero si el sucesor es insolvente. 4

El heredero responde plenamente frente a los acreedores hereditarios, pero fracasará con su pretensión de reembolso si el sucesor no puede pagar. Este riesgo lo habrían sopesado algunos herederos para repudiar la herencia, con lo que también el fideicomiso universal decaía.

El **SC Trebellianum** (56 o 57 d. C.) coloca al sucesor *heredis loco*, de modo que las acciones que le corresponden al heredero y contra este pasan ahora al sucesor *inmediatamente* como *actiones utiles*. *Cfr.* Gai. 2, 251; 255 = Inst. 2, 23, 2-4 y 6.

Además recibe el sucesor una *hereditatis petitio fideicommissaria*, y contra los herederos parciales y los cofideicomisarios una *actio familiae erciscundae utilis*. El heredero puede a su vez defenderse contra los acreedores hereditarios con una *exceptio doli*; Ulp. D. 36, 1, 1, 4. No son necesarias aquí las estipulaciones citadas *supra* [78.3].

3. Un **SC Pegasianum** (de Vespasiano) previene el hecho de que el heredero rechace la herencia por no quedarle nada entre manos de ella; somete también a los fideicomisos al régimen de la *quarta Falcidia*, pero con su complicada regulación retorna en parte a la situación jurídica anterior al **SC Trebellianum**. 5

a) Si el fideicomiso *no* comprende más allá de *tres cuartos* de la herencia, continúa la regulación del **SC Trebellianum**. Asimismo, si el fideicomiso es mayor, pero el heredero, al considerar la herencia sobrecargada de deudas, solo puede ser obligado a la aceptación de la herencia por la *coerción del magistrado*. *Cfr.* Gai. 2, 255; 258; Inst. 2, 23, 6.

b) Si el heredero ha de restituir *más* de tres cuartas partes de la herencia y, no obstante, la acepta *voluntariamente*, entonces se aplica el régimen previo al Trebeliano, es decir, los créditos y deudas siguen siendo del heredero, debiendo correr, pues, con el riesgo de insolvencia del sucesor. Ahí debe distinguirse: aa) si el heredero, al efectuar la restitución, deduce el importe de la *quarta Falcidia*, debe darse por satisfecho con ello; el fideicomisario no recibe *ningún* derecho ni deber respecto a los acreedores hereditarios; tan solo existen pretensiones compensatorias en la relación interna entre 6

el heredero y el sucesor según el modelo de las *stipulationes partis et pro parte* (vid. *supra* [78.2]).-bb) Si el heredero *no* deduce el importe de la cuarta, entonces se vale de que el fideicomisario asuma los derechos y obligaciones hacia el exterior, permitiéndose la realización de *stipulationes emptae et venditae hereditatis* entre él y el heredero (vid. *supra* [78.3]). Sobre todo esto, vid. Gai. 2, 257 = Inst. 2, 23, 6. **Lit.:** U. MANTHE, *Das sentatus consultum Pegasianum*, Berlin, 1989.

- 7 4. Un caso especial lo constituye el fideicomiso *de residuo* (o de *eo quod de hereditate supererit*), que obligaba al heredero a restituir al fideicomisario lo que aún quedara de la herencia en el momento de su muerte. De aquí se desprende la interpretación de que el heredero pueda disponer de la herencia según el arbitrio de una persona leal, pero no *mortis causa*. También debe compartir sus gastos de modo proporcional entre su patrimonio propio y el patrimonio hereditario (Marco Aurelio, en Pap. D. 36, 1, 56). De ese modo se consiguen efectos comparables a los de la actual «herencia previa liberada» del Derecho alemán (*befreite Vorerbschaft*: § 2136 BGB); *cfr.* art. 783 II Cc. esp.—Justiniano limita a libertad de disposición del heredero, permitiéndole disponer solo hasta tres cuartos de la herencia: Nov. 108, 1.

Lit.: A. MURILLO VILLAR, *El fideicomiso de residuo en derecho romano*, Valladolid, 1989 (rec. J. FILIP-FRÖSCHL, SZ 110 [1993], 735); L. DESANTI [77.7], *Sost.* 66; *Rest.* 113; F. CUENA BOY, *El fideicomiso de residuo en el derecho romano y en la tradición romanística hasta los Códigos civiles*, Santander, 2004 (con desarrollo ulterior).

- 8 5. Justiniano *suprime* la oscura y parcialmente inequitativa regulación del *SC Pegasianum* y retorna en lo esencial a la del *SC Trebellianum* (Inst. 2, 23, 7).

Según esto, el sucesor se pone de nuevo en todos los casos «en el lugar del heredero». Del *Pegasianum* subsisten solo dos puntos: a) el heredero puede hacer valer el derecho a la *quarta Falcidia* contra el fideicomisario universal. b) El heredero que se niega (y sin perjuicios para él) a la adición de la herencia, puede ser *obligado* a ello forzosamente.

§ 79. La donación por causa de muerte (*donatio mortis causa*)

(RPr. §§ 191, 300)

I. DONATIO MORTIS CAUSA

Lit.: P. SIMONIUS, *Die Donatio Mortis Causa im klassischen römischen Recht*, Basel, 1958; H. ANKUM, «Donations in Contemplation of Death between Husband and Wife in Classical Roman Law», *Index* 22 (1994) 635; D. LIEBS, «Die Schenkung von Todes wegen im römischen Recht», en *Fs. D. Leipold*, Tübingen, 2009, 1013 (sobre su poderoso móvil, pág. 1024); D. RÜGER, *Die donatio mortis causa im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2011.

1. La donación *mortis causa* es una donación cuya existencia se hace depender de que el beneficiario *sobreviva* al donante. La delimitación frente al legado se encuentra, según Marciano (D. 39, 6, 1 = Inst. 2, 7, 1 i. f.) en el modo en que una *donación mortis causa* existe «cuando alguien ha preferido tener una cosa antes que el donatario, pero que la tuviera el donatario antes que su heredero», con el ejemplo siguiente: «Así dona también *Telémaco* a *Pireo* en *Homero*» (Odisea 17, 75-83).—Aquí pueden distinguirse dos supuestos: a) la donación se realiza de tal manera que el donatario adquiere *inmediatamente* lo que el donante le ha atribuido en *peligro de muerte*, pero si este escapa al peligro o sobrevive al donatario, puede reclamar con la *condictio (ob rem dati)* la devolución de lo donado por falta de la causa perseguida (*vid. supra* [48.16]). O b) la donación se hace bajo la *condición* de que la adquisición del derecho del donatario se *aplaze* hasta la muerte del donante, siempre que el donatario sobreviva.

Finalmente hay un caso c) la liberalidad se efectúa inmediatamente, pero *sin* peligro de muerte, en el simple «pensamiento de la mortalidad» del donante. Sobre los tres tipos, *vid. Iul.-Ulp. D. 39, 6, 2 – §§ 2301 BGB; 603, 956 ABGB; arts. 245 II OR; 620 Cc. esp.*

2. a) La donación *mortis causa* es en el Derecho clásico, al igual que todas las donaciones, solo una *causa* para la transmisión de la propiedad o cualquier otra atribución patrimonial. La ley de Constantino de la que parte la concepción de la donación como un negocio independiente (*vid. supra* [47.4]), equipara la donación *mortis causa* en todo caso a las otras donaciones.

- 3 b) Por otra parte, ya desde la época *clásica* se aproxima paulatinamente a los *legados*.

Las *leges Furia* y *Voconia* se le aplican de antemano; las leyes caducarias se le extienden en el periodo del Principado, así como la *lex Falcidia* (Pap. D. 31, 77, 1).

- 4 El Derecho clásico seguramente reconocía ya que la *donatio mortis causa* puede revocarse. Para el Derecho postclásico esto está fuera de duda. En *Occidente* se funde con la donación *inter vivos* y el testamento en el tipo de los «negocios de liberalidad» de los Derechos medievales. En *Oriente* Justiniano culmina casi completamente la equiparación con el régimen de los legados.

Inst. 2, 7, 1, exige para su otorgamiento escrito u oral la presencia de *cinco testigos* (C. 8, 56, 4, algo similar para los codicilos). Sobre la revocabilidad, que se corresponde también con los Derechos helenísticos, vid. D. 39, 6, 15 (itp. en la conclusión). **Lit.:** C. TORT-MARTORELL LLABRÉS, *La revocación de la donatio mortis causa en el derecho romano clásico*, Madrid, 2003; P. JUNG, «Das Rückforderungsrecht des Schenkers *mortis causa*», en *Fs. Huwiler* [4.14], 325.

II. MORTIS CAUSA CAPIO

- 5 De *mortis causa capio* hablan las leyes y los juristas para reunir todas las adquisiciones causadas por la muerte de otro fuera de la sucesión hereditaria y el legado (Gai. 2, 225 s.). Entre ellas se cuenta (junto a la *donatio mortis causa*) también lo recibido *condicionis implendae causa*, es decir, en caso de que a alguien se le atribuya una herencia o un legado bajo la condición (o con el término) de pagar algo a un tercero, la adquisición de este tercero (*cf.* Gai. D. 39, 6, 31 pr./2). También se somete la *mortis causa capio* en el Derecho clásico y postclásico a las disposiciones sobre los legados; Marcell. D. 39, 6, 38. **Lit.:** M. SIXTO, «*Pecunia mortis causa capta* y *quarta Pegasiana*», Bull. 98–99 (1995–96) 337.

CAPÍTULO VII

INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL CIVIL

La exposición que sigue se basa esencialmente en el tratado de M. KASER, *Das römische Zivilprozeßrecht*², reelaborado por K. HACKL, 1996 (= KASER – HACKL). **Lit. general:** *vid. supra* [1.59]; además, M. TALAMANCA, s. v. «Processo civile (diritto romano)», en *ED.* 36, 1987, 1; sobre los progresos del conocimiento con base en nuevas fuentes, *vid. D. MANTOVANI, Le procès et le progrès de la connaissance. Nouveaux documents et tournants historiographiques*, en *Mél. Humbert*, 535.

§ 80. Generalidades. Historia

I. DERECHO PRIVADO Y DERECHO PROCESAL

1. La representación del Derecho privado romano requiere para su comprensión de una observación complementaria del Derecho procesal civil; esto se justifica por la estrecha relación que existe en Roma entre el Derecho privado y el procedimiento idóneo para su verificación. 1

Los romanos, como ya hemos visto (*vid. supra* [4.6-7]) no separaron sistemáticamente el Derecho privado del Derecho procesal civil. No tienen ninguna denominación para el Derecho procesal civil como tal, y en sus fuentes, especialmente en el edicto pretorio, se encuentran conjuntamente las normas jurídico-privadas y procesales sin diferenciación entre ellas. Pero esta unidad de Derecho privado y Derecho procesal es también una unidad interna, en la medida en que ciertos conceptos fundamentales del Derecho romano, sobre todo el concepto central de *actio* y, junto a este, también el de *exceptio*, son comunes a ambas ramas del Derecho. Los romanos ven a cada uno de estos conceptos como una unidad; los

conceptos diferenciados que hoy atribuimos a la *actio* en sentido jurídico-procesal (como «actuación procesal» o «acción») y en el sentido jurídico-privado (como «pretensión» o «derecho»), son reflexiones posteriores de las que los romanos fueron conscientes solo en sus rudimentos.

- 2 Es preciso explicar esta indistinción: 1. A partir del «pensamiento institucional» de los romanos, que comprendieron su Derecho menos en ramas construidas sistemáticamente que en concretas e individualizadas *figuras jurídicas*. Así ven los romanos toda *actio* (p. ej. la *rei vindicatio* o la *actio ex stipulatu* o la *actio furti*) como un instituto en el que, junto a los presupuestos y las consecuencias jurídico-privadas, se piensa el procedimiento que sirve para hacerlo valer procesalmente. Este modo de proceder se apoyaba en época antigua en el hecho de que, para determinados grupos de pretensiones, había modos procesales especiales.—2. A ello se añade que grandes partes de la materia jurídico-privada (aunque, desde luego, no la totalidad), a saber, las *actiones*, las *exceptiones* y otros remedios procesales, se regulaban en los exhaustivos edictos de los pretores (*vid. supra* [2.15-16]). El edicto (unificado con el paso del tiempo) contenía los *modelos de fórmulas* para las distintas acciones civiles y honorarias, que se hacían valer en los litigios. Para las acciones honorarias contenía además las «promesas de protección jurídica» (... *iudicium dabo*), es decir, señalaba los presupuestos bajo los cuales el pretor se proponía conceder la acción protectora introducida por él. Aquí aparecen juntos e indistintos no solo los presupuestos procesales y jurídico-privados de las acciones, sino que más bien toda la materia jurídica moldeada en esa fuente (en la que, no obstante, no se agotaba totalidad del Derecho privado, *cfr. supra* [2.17]) se considera desde la perspectiva del proceso. El demandante de justicia obtiene así información para sus cuestiones: «¿puedo ejercitar la acción, a partir de este estado de cosas, con perspectiva de éxito?», «¿cómo debo defenderme con eficacia frente a una acción?», «¿puedo proteger mi posición jurídica a través de algún otro de los remedios nombrados por el pretor?». 3 Podemos contentarnos para nuestros fines aquí con esbozar brevemente, del gran dominio del Derecho procesal civil romano, aquellos institutos que son imprescindibles para la comprensión del Derecho privado.

Nuestro conocimiento del Derecho procesal civil romano se funda (junto a las fuentes generales) principalmente en el libro IV de las Instituciones de Gayo (*de actionibus*). Este recoge también los estadios más antiguos, pero no presenta la totalidad del Derecho procesal, sino que contiene solo una panorámica de los remedios procesales (*actiones, exceptiones, etc.*).

- 4 **2.** Como todavía sucede en el Derecho procesal civil actual, el Derecho romano distingue entre el *procedimiento contencioso* o *declarativo* (procedimiento de decisión, de juicio, de disputa; procedimiento judicial en sentido estricto), que normalmente comienza con una acción y termina con la sentencia (que sienta derecho), y el *procedimiento ejecutivo forzoso* (ejecución), con el que se realiza la sentencia (que impone una prestación).

De los **principios procesales** que dominan el proceso romano han de citarse: a) la *imparcialidad del juez* se garantiza en principio por la bipartición del procedimiento y una participación de las partes en la elección del juez (*vid. infra* [80.13], [82.14]), y en época imperial a través de la apelación al emperador.—b) El señorío de las *partes* sobre el acontecer del proceso, que se muestra de la manera más clara en la citación y ejecución, las cuales aparecen como actos privados de una parte (*Invitus agere nemo cogitur, i. e.* nadie es obligado a accionar si no quiere: Diocl. C. 3, 7, 1; núcleo de la máxima del principio dispositivo).—c) La *oralidad, inmediación y publicidad* de las actuaciones.—d) La *audiencia bilateral: audiatur et altera pars* (según Séneca, *Med.* 199 s.), *i. e.* también ha de ser oída la otra parte. En el proceso dividido en dos fases (*vid.* [80.9]) este principio está garantizado porque, sin la colaboración de ambas partes, el procedimiento contencioso no puede plantearse; no obstante, esto valía también en el procedimiento cognitorio (Diocl. C. 7, 43, 7; PS 5, 5a, 5; sobre el procedimiento criminal, p. ej. Marci. D. 48, 17, 1 pr.). Los principios citados en b)-d) básicamente se conservan en la época clásica, pero bajo la monarquía absoluta de la época tardía se vieron limitados o incluso abandonados. **Lit.:** A. WACKE, «Audiatur et altera pars», en *Fs. Waldstein [ante 3.8]*, 369; *cfr.* también EL MISMO, «Antikes im modernen Zivilprozeß», OIR 3 (1997) 68; F. J. ANDRÉS SANTOS, «Audiatur et altera pars: El principio de audiencia en el Derecho romano y en el Derecho común europeo», en *Princ. gen.*, 439, y también H.-J. BECKER, «Das rechtliche Gehör», en *Fs. Sellert* [82.4], 67 (sobre su recepción en el Derecho canónico, que fue causa, entre otras, de que en 1521 Lutero fuera citado y escuchado ante la Dieta Worms, antes de que Carlos V lo proscribiera).

II. HISTORIA

1. Como seguramente en todos los pueblos, también en Roma empieza la historia del procedimiento para la verificación de los derechos con la *autoayuda limitada y controlada por el Estado*. Quien se siente perjudicado en su derecho, puede perseguirlo mediante una agresión sobre su contrincante o sus bienes por su propia iniciativa y con su propia fuerza. Sin embargo, esto se limitó por la intervención *estatal* de un doble modo: a) vinculando el ataque persecutorio a estrictas *formas*: solo si se guarda la forma ritual no se considera el ataque una lesión antijurídica de la esfera jurídica ajena; y b) haciendo el ataque ya desde muy pronto dependiente de un previo *examen de la situación jurídica* por la autoridad: si el derecho del perseguidor frente a su contrincante no consta indiscutiblemente de antemano, entonces debe decidirse primero al respecto, antes de la ejecución, mediante la *expresión de un juicio*. La *ejecución forzosa*, que hace efectivo el derecho, se admite en la mayoría de los casos solo cuando se ha decidido en el *procedimiento contencioso* (procedimien-

to declarativo), que se inició con la *actio*, mediante una *sentencia* sobre el derecho del perseguidor. Solo excepcionalmente no se precisa esta: si este derecho ya era *indiscutible*, *sin* que hiciera falta para su fijación ningún examen ni sentencia del juez, bien porque el magistrado jurisdiccional *por sí mismo* puede precisar este derecho *sin* constituir un proceso o porque el responsable ha *reconocido* ese derecho del perseguidor ante el magistrado (*vid. supra* [32.14-15]).—**Lit:** KASER (*vid.* 32.15]).

- 7 **2.** El Derecho procesal del periodo romano *arcaico* conoce varios procedimientos que se establecen por medio de una *legis actio* (*vid. infra* § 81). Un grupo de ellos sirve para el proceso declarativo y el otro para el ejecutivo.

El nombre de *legis actiones* se remonta presumiblemente a las antiguas fórmulas de expresión que se llamaron *leges*. Más tarde la denominación deriva de la base legal a la que remite la mayoría de ellas (*vid.* Gai. 4, 11), sean la ley de las Doce Tablas u otras leyes populares (o una *lex censoria*). Sin embargo, es indudable que los más importantes de estos procedimientos ya existían antes de las Doce Tabas. Además, Gayo nos informa de casos en los que algunas *legis actiones* se apoyaban en la mera costumbre (*mores*) o, a pesar del fundamento legal, se dudaba de su inserción en la serie de las *legis actiones* (Gai. 4, 26 s.; 29). Las diferentes explicaciones afectan a la traducción de la expresión: «acciones de la ley», «acciones de fórmula oral» o incluso «acciones legales (de fórmula oral)» (*gesetzliche [Spruch-]Klagen*: así, MANTHE [1.47] sobre Gai. 4, 11).

- 8 Es *común* a las acciones de la ley que se constituyan a través de *actos formales arcaicos*. A ellos pertenece la pronunciación solemne de ciertas fórmulas verbales con toda exactitud, con las cuales las partes presentan —normalmente ante la autoridad jurisdiccional— sus afirmaciones.

El estricto formalismo verbal y la estrecha interpretación literal a él unido (*cfr.* al respecto Gai. 4, 11 y 30) asignan a estos actos jurídico-procesales una elevada antigüedad. Junto a las fórmulas verbales intervienen también otras formalidades: la aprehensión del objeto del proceso o del oponente con la mano o el golpeo con una vara (*vindicta*). En las *legis actiones* enderezadas al procedimiento *contencioso*, las fórmulas son pronunciadas por ambas partes; en las propias del procedimiento *ejecutivo*, solo por el *actor*. Sobre la persona de la autoridad jurisdiccional, *vid. infra* [80.10]).

Las *legis actiones* están reservadas a los ciudadanos romanos y se incluyen en el antiguo *ius civile*.

- 9 **3.** El procedimiento declarativo *más antiguo* de Roma fue probablemente **unitario**, en el que tanto la instauración del proceso como la decisión del litigio estaban en manos de la *autoridad jurisdiccional* (W. Selb). Con ello es

coherente el hecho de que, para la obtención de la sentencia, se sirviera del consejo experto de un *instructor*, a cuya decisión solía *vincularse* en principio.

No obstante, es claro que de ahí se desarrolla ya tempranamente una bipartición del procedimiento, es decir, la fase *in iure*, *i. e.* en la sede jurisdiccional (*vid.* [80.13] *i. f.*) ante el magistrado, y la fase *apud iudicem*, es decir, ante un ciudadano privado a quien se confía la actividad judicial (*iudex*, «jurado»; también una pluralidad de personas, *vid. infra* [82.14-17]), a quien le incumbe, además de la determinación de la sentencia, también su pronunciamiento. Este procedimiento dividido se realiza ya pronto en el procedimiento de las *legis actiones*, pero domina sobre todo el procedimiento ordinario de los periodos preclásico y clásico (procedimiento formulario, *vid. infra* [80.14], [82.13-14]; [82.22]; § 84).

a) En la medida en que existe esta división procesal, solo la *primera* fase del procedimiento se desenvuelve ante al *magistrado jurisdiccional (in iure)*, por tanto, ante el titular del poder jurisdiccional del Estado (*iurisdictio*). 10

Este era en Roma originariamente el rey, más tarde el pretor; **desde el 242 a. C.** se divide su tarea, con un *praetor urbanus* competente para los litigios entre ciudadanos romanos, y un *praetor peregrinus* para los pleitos con peregrinos, o de peregrinos entre sí. Desde mediados de la República encontramos ciertas pretensiones por vicios materiales en las compras de esclavos y cabezas de ganado que se desarrollan ante la jurisdicción de los *ediles curules* (*vid. supra* [41.38]). En *Italia* residía la jurisdicción «menor» (hasta una determinada cuantía del litigio, excepto para determinados asuntos urgentes) en los *magistrados de los municipios (duoviri, etc.)* y la «mayor» en el pretor, que (en la República tardía) se hacía representar por los *praefecti iure dicundo*. En las provincias las autoridades jurisdiccionales eran los *gobernadores (praesides;)* sobre el proceso provincial, *vid. infra* [80.22]).

A la fase *in iure* se le reserva la *instauración* del proceso, por tanto (junto al examen de los presupuestos procesales, *vid. infra* [82.6]) la decisión respecto a si, para una petición del tipo de la que hace el demandante, se *reconoce* en general una *protección jurídica*, una *actio*, en el ordenamiento jurídico. El pretor no se involucra en una investigación en torno a si las alegaciones del actor responden a la verdad o no, es algo que de entrada presupone verdadero, sino que examina si, en virtud de la composición de los hechos que le presenta, le podría corresponder al demandante un derecho que pueda hacer valer en un proceso civil. Si *deniega* esto el pretor, la petición del actor de concederle una acción decae de entrada (*actionem denegat*); si lo *acepta*, en cambio, le concede el procedimiento solicitado. Si el demandado está dispuesto a responder a la acción —a lo que puede ser obligado en caso de necesidad—, entonces se establece, en colaboración entre las partes y el magistrado, el *programa* 11

procesal, se instaure el proceso y se nombra al iudex (para lo siguiente, vid. infra § 82).

La *iuris dictio* del magistrado no es, por tanto, una «jurisprudencia», en el sentido de una pronunciación de una sentencia, sino una «jurisdicción» (pronunciación del derecho), en la que solo se decide sobre la cuestión de si y, llegado el caso, con qué contenido y ante qué juez debe fundarse un proceso que conduzca a la emisión de una sentencia.

- 12 b) La segunda fase del proceso, la que se realiza ante el «juez privado» *vid. infra* [80.14 ss.], § 84), está dedicada a la aportación de pruebas y al pronunciamiento de sentencia. El demandante presenta ahí las pruebas para su petición y el demandado, para su defensa. El juez pronuncia la sentencia en virtud de las pruebas valoradas por él, según el programa procesal tal como ha sido fijado en la fase ante el pretor y que ha servido de base a la constitución del proceso.
- 13 Está muy vivamente discutida la cuestión por el *origen* de esta bipartición. Una opinión en otro tiempo dominante tenía la bipartición procesal por algo originario y veía las raíces históricas del proceso civil romano en un juicio privado *por jurados*, que solo progresivamente fue cayendo bajo la supervisión del Estado y con ello convirtiéndose en un proceso plenamente estatal (M. Wlassak). Más recientemente, en cambio, se sigue la tradición romana de atribuir a la autoridad jurisdiccional de la época temprana, es decir, el rey como portador de un poder sacral, un pleno poder judicial que incluía también la emisión de una sentencia. La cesión del procedimiento probatorio y el pronunciamiento de sentencia a jueces sentenciadores especiales solo habría llegado más tarde, e inicialmente como una medida a la libre disposición del magistrado jurisdiccional, con la que podía *descargarse* de parte de sus siempre crecientes tareas oficiales; solo en la República avanzada se veía como una regulación obligatoria, apoyada en ideas democráticas de origen griego. Que la partición procesal que se encuentra en el círculo jurídico griego, pero también en las monarquías absolutas del antiguo Oriente, acabara con la «plena jurisdicción» del rey, es algo en principio verosímil. Quizá su aparición vino favorecida, aparte de por fines de descarga del magistrado, también por el pensamiento de que a la auténtica jurisdicción le incumbe la designación de *jueces independientes*, distintos de las autoridades jurisdiccionales estatales, en cuya *elección* las partes tienen influencia y a cuya decisión solo se sienten vinculadas si de antemano –voluntaria o involuntariamente– se han *sometido* a ella. **Lit.:** KASER - HACKL, pág. 46; W. SELB, «Vom geschichtlichen Wandel der Aufgabe des *iudex* in der *legis actio*», en *Gs. Kunkel* [26.16], 391.
- c) La primera fase, ante el pretor sentado en una silla elevada (*tribunal*), sea el pretor urbano o el peregrino (más detalles, *vid.* [80.10]), tenía lugar durante la República en el Foro Romano, o en el *comitium* colindante, *i. e.* la plaza de reunión de la asamblea popular (*in comitio aut in foro* [XII Tab. 1, 7], según

Rhet. Her. 2, 13, 20). En el s. I d. C. tenían los pretores su audiencia sobre todo en el foro de Augusto, que había sido construido por este también a causa de la gran cantidad de procesos (Suet., *Aug.* 29, 1: *iudiciorum multitudo*). La segunda fase del proceso, ante el *iudex*, seguramente también se desarrollaba como regla en las citadas plazas públicas, o en otras, pero, puesto que trataba de asuntos privados, también podía tener lugar en la casa del juez. En las grandes casas con atrio de la clase dirigente había aulas-basílicas a modo de vestíbulos donde «muy frecuentemente tenían lugar tanto reuniones políticas como también procesos civiles y juicios por jurados» (*quod in domibus eorum saepius et publica consilia et privata iudicia arbitrariaque conficiuntur*: Vitruv. 6, 5, 2).—**Lit.:** R. FÄRBER, *Römische Gerichtsorte: räumliche Dynamiken von Jurisdiktion im Imperium Romanum*, München, 2014.

4. a) Presumiblemente ya en la República antigua aparece, junto al viejo procedimiento civil de las *legis actiones*, como una modalidad procesal más elástica y, por ello, como se observó, con más posibilidades de futuro, un procedimiento contencioso tramitado por medio de fórmulas procesales, el **procedimiento formulario** (*per formulas*). Este modo procesal renuncia sobre todo a las fórmulas rituales y elimina, por tanto, el riesgo de pérdida del proceso que amenazaba a la parte que no escogiera o no pronunciara correctamente su formalidad. En el procedimiento formulario, en cambio, está en su base más bien el programa procesal, es decir, la *actio* pretendida por el actor y concedida por el pretor, en una **fórmula procesal** (*formula*) cuidadosamente redactada, al principio seguramente oral y después siempre escrita. Esta fórmula es el fundamento de la constitución del proceso (por medio de la *litis contestatio*) e instruye al juez privado sobre el objeto y contenido del proceso. La fórmula permite además ciertas ampliaciones, en especial por la acogida de una excepción (*exceptio*) solicitada por el demandado para su defensa y otorgada por el pretor. La fórmula procesal, a cuya configuración dedicaron los juristas romanos una gran energía intelectual, es susceptible de muchas modulaciones y permite con ello —a diferencia de las rígidas y pesadas *legis actiones*— la adaptación a las muy diversas necesidades de un ordenamiento jurídico desarrollado y más avanzado. 14

El procedimiento formulario está claramente influido por los modelos de las *legis actiones*, pero muestra al mismo tiempo los signos de un plan creativo independiente. Esta modalidad procesal no estaba limitada de antemano a los ciudadanos romanos y, por tanto, era accesible también a los *peregrinos*; en realidad, tal vez fue instituido precisamente para los conflictos jurídicos entre romanos y peregrinos o entre peregrinos únicamente y, por consiguiente, pue- 15

de haber comenzado su configuración más detallada en la praxis del *praetor peregrinus*, que se introdujo en el año 242 a. C. junto al hasta ese momento pretor único (ahora *urbanus*), *vid. supra* [80.10].

Esta raíz en las relaciones jurídicas con los no ciudadanos es muy coherente con la renuncia al formalismo verbal (difícilmente accesible a los extranjeros), de modo no diferente a la de los *negocios jurídicos* no formales, parcialmente influidos por el tráfico jurídico con los peregrinos e incluidos en el *ius gentium* (*vid.* [3.12-13]).

- 16 b) Por su *fundamento de validez*, el proceso formulario se basa en principio exclusivamente en el poder jurisdiccional de los magistrados, pero posteriormente fue acogido por el *ius civile* bajo ciertos presupuestos:
- 17 aa) Para las pretensiones del *ius honorarium* tan solo estaba disponible el proceso formulario. Pero igualmente los *bonae fidei iudicia*, para los que no había ninguna *legis actio*, solo podían hacerse valer en el proceso formulario. Pero, como la *fides* vinculaba a ciudadanos y peregrinos ([2.13]; [33.6-7]), fueron reconocidos también entre ciudadanos y, por tanto, fueron incluidos en el *ius civile*.
- 18 Para las otras pretensiones del antiguo *ius civile*, con el tiempo los pretores también crearon *formulae*. Con ellas se introdujeron procedimientos de *Derecho honorario* que estaban parcialmente a disposición de los ciudadanos junto con las *legis actiones*. Una *lex Aebutia* (seguramente de la segunda mitad del s. II a., C.) reconoció el proceso formulario entre ciudadanos como un procedimiento *civil*, y con ello fue desplazando en la praxis a las *legis actiones*.
- 19 bb) Una segunda reforma la efectuó Augusto con sus dos *leges Iuliae iudiciorum privatorum* y *publicorum* (17 a. C.), que abolieron el procedimiento de las *legis actiones* (casi completamente). El proceso formulario fue a partir de entonces un procedimiento válido según el *ius civile* si satisfacía determinados presupuestos.
- 20 La efectividad del procedimiento en el *ius civile* estaba ligada al hecho de que: 1.º el proceso fuese instado en Roma o sus alrededores hasta el límite de una milla; 2.º que las partes y el juez fuesen ciudadanos romanos; y 3.º que fuese nombrado un juez individual (no los recuperadores, *vid. infra* [82.15]). Solo un proceso que satisficiera estos requisitos era un *iudicium legitimum*, y cualquier otro sería un *iudicium imperio continens*. La contraposición afectaba según la *lex Iulia* a la *duración* del procedimiento, puesto que, en el *iudicium legitimum*, el proceso que aún no hubiera sido conducido hasta la sentencia se extinguía solo 18 meses después de su iniciación (*mors litis*), mientras que el *iudicium imperio continens* acaba ya con el final del periodo de mando del magistrado que lo ha instituido. *Cfr.* Gai. 4, 103-105. Como un efecto ulterior del *ius civile*, la jurisprudencia derivó del *iudicium legitimum*, si se había instaurado sobre

una *actio in personam* (jurídico-material) reconocida por el *ius civile*, el *efecto consumitivo* (civil): sobre ello *vid infra* [82.24-25]. Lit.: F. BERTOLDI, *La lex Iulia iudiciorum privatorum*, Torino, 2003; A. METRO, «Brevi note sulla “*mors litis*” per inattività», *Fundamina* 20-2 (2014) 638.

5. El proceso formulario fue el procedimiento ordinario de la época clásica. 21 Junto a él se desarrolla desde Augusto un procedimiento basado en el Derecho imperial, en el cual la investigación y la decisión (el *cognoscere*) recaen en manos de un oficial del Estado. Este **procedimiento cognitorio** abandona la necesaria bipartición en la que el se confía examen de las pruebas y la sentencia a jurados privados. El procedimiento completo se desarrolla ante *órganos estatales*; ante un juez funcional, que en ocasiones delega algunas fases del proceso en un funcionario subordinado (*iudex pedaneus*, juez inferior o juez auxiliar).

Este proceso cognitorio es todo él informal y tiene principios mucho más libres que el proceso formulario. Entra en escena con muchas manifestaciones, pronto unificadas. En la misma Roma (y en Italia) es principalmente la **extraordinaria cognitio** ante el cónsul o determinados magistrados o funcionarios a los cuales el emperador atribuye la competencia sobre pretensiones *especiales* que hasta ese momento no tenían protección procesal (como p. ej. la de alimentos entre parientes, la de honorarios por la prestación de servicios de miembros de los estamentos superiores, la de fideicomisos). En un (muy libre) procedimiento cognitorio decide el emperador mismo, sea sobre *apelaciones* (*appellationes*) contra sentencias dictadas en un procedimiento cognitorio, y paulatinamente también en el formulario, sea excepcionalmente en primera instancia. El emperador *delegaba* en gran medida su jurisdicción propia en otros órganos.

También en las provincias se llegó a una desnaturalización del proceso formulario y a desarrollos en la dirección del proceso cognitorio (*vid. infra* [87.2]). 22 No obstante, no ha de seguirse la interpretación anteriormente dominante, según la cual el proceso formulario se aplicaba en las provincias senatoriales (*provinciae populi Romani*) y como mucho en una parte de las provincias imperiales (*provinciae Caesaris*). En realidad, en unas u otras provincias imperiales, sobre todo en Egipto, el proceso formulario no se aplicó; más bien se mantuvieron los modos procedimentales tradicionales. Pero fundamentalmente fue el proceso formulario el procedimiento que se aplicó como regla también en las provincias, pues el poder jurisdiccional del gobernador no se distinguía por el hecho de que administrara una provincia senatorial como procónsul o una provincia imperial como *praeses* (*i. e.* representante imperial

en la provincia, pero al mismo tiempo término genérico para todos los gobernadores: Macer D. 1, 18, 1).

La fundamentación para este procedimiento la constituía el edicto que, según Gai. 1, 6, debían emitir los *praesides provinciae* (por tanto, no solo los procónsules), que en todo caso desde inicios del Principado se fue unificando y completando sobre el modelo del edicto pretorio. Por ello en época clásica los edictos provinciales, y en definitiva la jurisdicción de los gobernadores, se solapaba materialmente con la pretoria.

Una especial información sobre el proceso provincial lo aporta la *lex Irnitana*, descubierta en 1981: un reglamento municipal transmitido en tablas de bronce del *Municipium Flavium Irnitanum*, una comunidad de derecho latino en la provincia hispana de la Bética (Andalucía). Fue dictada en el s. I d. C. y muestra, tanto en sus principios fundamentales como en sus detalles, una estrecha aproximación al Derecho procesal de la ciudad de Roma. **Lit.:** F. LAMBERTI, «*Tabulae Irnitanae*»: «*municipalità*» e «*ius Romanorum*», Napoli, 1993; W. SIMSHÄUSER, «*Stadtrömisches Verfahrensrecht im Spiegel der lex Irnitana*», SZ 109 (1992) 163; K. HACKL, «*Der Zivilprozeß in den Provinzen*», SZ 114 (1997) 140; NÖRR, «*Römisches Zivilprozeßrecht nach Max Kaser: Prozeßrecht und Prozeßpraxis in der Provinz Arabia*», SZ 115 (1998) 80 = HIA, vol. III, 2199; A. TORRENT, «*Lex Irnitana: cognitio de los magistrados locales en interdectos, y limitación a su competencia por cuantía*», TSDP I (2008); G. D. Merola, «*Sull'amministrazione della giustizia nelle province: il PEuphr. 2*», en FHI., vol. V, 3577; J. G. WOLF, *Lex Irnitana. Gesammelte Aufsätze*, Berlin, 2012; EL MISMO, «*Jurisdiction in Urso*», en *Mem. Rodger*, 307; E. METZGER, «*Agree to Disagree: Local Jurisdiction in the lex Irnitana*», en *Mem. Rodger*, 207.

- 23 En el curso de la época del Principado el proceso formulario fue entrando paulatinamente en decadencia, primero en las provincias, más tarde en Italia y, en el s. III, también en Roma (*vid. infra* [87.2]). El proceso formulario se fue acercando cada vez más al cognitorio, hasta que finalmente se fundió con él. Una ley del 342 (C. 2, 57, 1) prohibió las (mal comprendidas) *iuris formulae* como «acechantes en la caza de sílabas» (*aucupatione syllabarum insidiantes*); no obstante, ya desde Diocleciano el procedimiento cognitorio dominaba totalmente el campo en la praxis.
- 24 En la legislación *postclásica*, especialmente bajo Justiniano, el proceso cognitorio fue muy reelaborado, hasta convertirse en un procedimiento en el que el *dominio del proceso* por el *juez funcional* se refuerza visiblemente (*vid. infra* [88.1]). Este proceso cognitorio del *Corpus Iuris Civilis* fue luego modificado en la Edad Media por el Derecho *canónico* y el Derecho *italiano*, y en esta forma transfigurada llegó por la Recepción a Alemania, donde se convirtió en la base del proceso del Derecho común.

La Ordenanza del Tribunal Cameral Imperial (*Reichskammergericht*) de 1495 asumió el proceso romano-canónico, un procedimiento escrito minuciosamente dividido en estadios diversos y, por ello, muy prolongado. Este llamado proceso cameral (*Kameralprozeß*) tenía un valor solo subsidiario, pero fue imitado en numerosos territorios. Frente a esto, el Derecho procesal sajón (enemigo de la Recepción), sobre la base de la Ordenanza procesal y de tribunales del Electorado de Sajonia de 1622, instauró un procedimiento más ágil. La acción debía contener una representación sucinta de los hechos; el procedimiento se dividía en las fases de alegaciones y pruebas, separadas por un juicio de pruebas (*Beweisinterlokut*, i. e. prueba interlocutoria) que excluía las alegaciones posteriores. Este procedimiento contribuyó en alguna medida a la reforma del *Kameralprozeß* del decreto imperial más reciente (de 1654), a partir del cual se desarrolló ulteriormente en la praxis el proceso del Derecho común del Imperio. **Lit.:** A. ENGELMANN, *Der Civilprozeß, Geschichte und System*, 2 vols. (3 secciones), Breslau, 1890–95 (reed. Frankfurt am Main, 1970); D. DÖHRING, *Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500*, Berlin, 1953; W. LITEWSKI, *Der römisch-kanonische Zivilprozeß nach den älteren ordines iudicarii*, 2 vols., Kraków, 1999; P. OESTMANN, *Wege zur Rechtsgeschichte: Gerichtsbarkeit und Verfahren*, Köln, 2015. 25

§ 81. El procedimiento de las acciones de la ley (*legis actiones*)

(KASER - HACKL §§ 10-21; WOLFF, *AUFS.*, 43)

I. GENERALIDADES

- 1 Las *legis actiones* eran, como ya hemos visto (*vid. supra* [80.7-8]), los actos formales, caracterizados por formas solemnes de expresión, con las cuales, según el Derecho romano arcaico, o bien ambas partes litigantes instauraban un procedimiento para dirimir una *controversia jurídica*, o bien el legitimado para la *ejecución* iniciaba un procedimiento ejecutivo. Veamos ahora con detalle cada una de las *legis actiones* transmitidas.

II. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO O DECLARATIVO

Lit.: G. MELILLO, «Le *legis actiones* e i *quinque modi agendi*», en *FHI.*, vol V, 3515; WOLFF, *Aufs.*, 49

- 2 **1.** El procedimiento contencioso más antiguo que conocemos de los romanos es la *legis actio sacramento*, que aparece como procedimiento tanto para acciones reales como personales (*in rem* e *in personam*).
 - a) La *legis actio sacramento in rem* sirve para la interposición de la *vindicatio*, y con ello del procedimiento en el que las dos partes contrincantes litigan por el señorío sobre una persona o cosa. Se trata de una controversia jurídico-«real» sobre los *derechos de señorío*, la *patria potestas*, la *manus* (sobre la esposa), el *mancipium* (sobre el hijo de familia enajenado), la propiedad sobre los esclavos y otras *res Mancipi* (*cfr. supra* [25.3]), seguramente incluyendo ciertas servidumbres, y quizá el usufructo, sobre el derecho hereditario y también la libertad de una persona (o el estatus de esclavo).
- 3 Hemos visto la instauración de este procedimiento en el caso de la *rei vindicatio* (*vid. supra* [27.3]) y que ahí se presupone la presencia de ambas partes litigantes y del objeto de la controversia. Comienza (tras una actuación previa informal y un examen de los presupuestos) con la *vindicatio*, una actuación ritual de una parte que aprehende el objeto, lo toca con una vara (*festuca, vindicta*) y entonces afirma con una fórmula verbal fija su derecho sobre ese objeto. La parte contraria responde a esta *vindicatio* con una *contravindicatio* de igual tenor (*vid. supra* [22.4]; [27.3]). En los procesos

sobre el poder familiar sobre una persona o sobre el *status libertatis*, por el contrario, no suenan del todo igual las afirmaciones del derecho de ambas partes. La autoridad jurisdiccional interpone, frente a los actos de autoayuda ritualizada de ambas partes, su orden de mantener la paz: «*mittite ambo rem*» («¡dejad ambos la cosa!»). Tras el intercambio de más fórmulas (en la *rei vindicatio*, sobre la *causa vindicandi*, *vid. supra* [27.3], así como en la *hereditatis petitio*), desafía el primer vindicante al segundo de esta manera: «*quando tu iniuria vindicavisti, quingentis assibus sacramento te provoco*», y el otro responde: «*et ego te*» («como tú injustamente [Wolff: con lesión de mi derecho] has vindicado, te desafío a una apuesta bajo juramento de 500 ases», «y yo a ti»). Tomada con exactitud, el desafío del contrincante se produce mediante la declaración de estar dispuesto a hacer una apuesta propia, algo así como: «estoy dispuesto a hacer el *sacramentum* para sostener la verdad de mi afirmación, ¿te atreves tú a lo mismo por tu afirmación?».—Sobre el sentido de estos desafíos, *vid. infra* [81.5]). *Cfr.* sobre todo ello Gai. 4, 16 s. **Lit.:** J. G. WOLF, «Zur legis actio sacramento in rem», en O. Behrends - M. Diebelhorst - W. E. Voß, eds. [48.3], 1 = WOLF, *Aufs.*, 61 (la exhibición de la vara «representa» una acción no permitida frente al contrario); M. KASER, «Zur legis actio sacramento in rem», SZ 104 (1987) 53; J. PLATSCHKE, «Ex iure manum conserere. Zur symbolischen Gewalt im römischen Eigentumsprozeß», TR 74 (2006) 245.

b) La *legis actio sacramento in personam* estaba prevista para las controversias sobre la *responsabilidad personal*. 4

Los detalles no nos son conocidos, pero hemos de suponer (*cfr.* las fórmulas *infra* [81.7]) que el actor afirmaba formalmente con la expresión «*aiō...*» esta responsabilidad del demandado y lo exhortaba a afirmarla o discutirla («*Postulo aias an neges*»). El demandado negaba luego su responsabilidad, por lo cual las partes se provocaban de la misma manera por un «juramento» (*sacramentum*) como en la *actio in rem*. Si era derrotado el demandado en el proceso subsiguiente, la suma liberatoria, con cuyo pago al actor podía liberarse el deudor, siempre que su importe no conste ya en la causa de su responsabilidad, se establece en un *procedimiento estimatorio*.

c) La *provocatio sacramento*, que es propia de este procedimiento en ambas aplicaciones, se ha tendido a ver, tras la información transmitida por Gayo (4, 13-15), como una suerte de apuesta, en la medida en que cada parte contendiente debía poner por delante una suma de dinero fija (*summa sacramenti*). Tras la sentencia dictada respecto a de quién era el *sacramentum iustum*, es decir, cuál de los dos juramentos era ajustado a derecho (de modo que debía decidirse sobre la cuestión jurídica litigiosa como cuestión previa), se ingresaba la cantidad depositada por la parte derrotada como «pena procesal» en el tesoro público. 5

Esta peculiar apuesta procesal necesita de una aclaración a partir de su presunta historia previa. *Sacramentum* quiere decir, al menos en ciertos giros, un juramento

(p. ej. también el juramento de los soldados); puede, por tanto, admitirse que las partes reforzaban sus afirmaciones procesales en época antigua por medio de un juramento. Pero el juramento implica una *automaldición condicionada*: «Si mi afirmación es incierta, que caiga sobre mí la venganza de los dioses por los que juro». No obstante, puesto que ambas partes sometían a juramento sus respectivas afirmaciones recíprocas, era ineludible que uno de ellos estuviera expuesto a esa consecuencia del juramento. Para apartar de sí esta desgracia, ambas partes ponían por delante una *cantidad expiatoria* (un *piaculum*), por cuya entrega a la divinidad (o el tesoro de su templo) cada parte obtenía una escapatoria de la venganza divina para el caso de ser vencida. La suma del sacramento importaba, según Gayo, dependiendo del valor de la causa, 500 ases (en litigios de 1000 ases o más) o 50 (en litigios de menor cuantía, y siempre en el proceso por la libertad); esto correspondía (según el cálculo antiguo, también fijado legalmente) a cinco cabezas de ganado bovino o seis de ovino. Por eso, presumiblemente el nombre de *sacramentum* pasó de la exposición de la propia persona a la de los animales (que la parte vencida ofrecía como víctima expiatoria) y luego a la del dinero. Cuando con el tiempo se perdió la idea de acompañar las afirmaciones procesales con un juramento, quedó solo como resto la aportación de la suma de la apuesta, que debía ser prometida en la fundamentación del proceso por ambas partes (con presentación de fiadores: *praedes sacramenti*). La pérdida de esa suma a favor del tesoro público a cargo de la parte vencida fue entendida como una pena por la interposición maliciosa o temeraria del proceso (**poena temere litigantium*). La sentencia contenía la decisión sobre el *sacramentum* y, por tanto, solo indirectamente un pronunciamiento sobre el derecho privado disputado entre las partes.

- 6 La *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (i. e. por medio de la petición de nombramiento de un juez o un árbitro para la estimación o división) es ajena a la aportación de un *sacramentum*. Esta *legis actio* está prevista solo para determinadas acciones; según las Doce Tablas, para las acciones por *sponsio* (promesa ritual solemne; al principio quizá solo la *stipulatio certi*, después seguramente también *incerti*) y para la partición de la herencia (*familiae erciscundae*) y, tras una *lex Licinnia* también para la acción divisoria general (*actio communi dividundo*). Sobre la afirmación del derecho del demandante y la oposición del demandado sigue aquí a continuación la solicitud del actor al pretor de nombramiento del *iudex* o *arbiter*. Cfr. Gai. 4, 17a.
- 7 En la acción por la *sponsio* quizá se renunció al *sacramentum* por una demanda social en favor de los económicamente débiles, con el fin de hacer menos costoso y arriesgado el proceso por mutuo como el más importante negocio crediticio, que normalmente en la práctica se reforzaba con la *stipulatio certae pecuniae* (vid. supra [39.6]).—En cambio, que las acciones divisorias (y la acción de deslinde, *actio finium regundorum*, a imitación de ellas) se realizaba sin imposición del *sacramentum* es algo que se deduce de otro motivo: aquí las partes litigantes no se oponen con afirmaciones contradictorias, sino que aspiran en común a un arreglo divisorio. La actividad del juez es

aquí *facilitadora del arreglo*; esta composición caracteriza la función del *arbiter*, que se nombra (ya sea uno solo o una pluralidad), con un amplio margen de arbitrio en virtud de las circunstancias del caso concreto, con el fin de alcanzar una solución de la controversia que sea equitativa y pacífica para ambas partes. Su contrapunto es el *iudex*, que dicta el Derecho aplicable entre las dos partes que se oponen con afirmaciones contradictorias entre sí. También aquí, sin embargo, la actividad del *iudex* pronto tomó para sí un carácter valorativo si, en los casos en que el demandado no respondía de entrada por una determinada suma de dinero, sino por otro tipo de prestación, debía estimar el valor de esa prestación en dinero.

Como ejemplo para la fórmula de esta *legis actio* nos transmite Gayo (el fragmento 4, 17a, descubierto en 1933): «*ex sponsione te mihi decem milia sestertiorum dare oportere aio: id postulo aias an neges*» («afirmo que tú estás obligado, en virtud de una *sponsio*, a darme 10 000 sestercios: te insto a que digas si es o no cierto»). Tras la negativa por parte del demandado, continúa el actor: «*quando tu negas, te praetor iudicem sive arbitrum postulo uti des*» («como tú lo niegas, te pido a ti, pretor, que designes a un juez o un árbitro»).

3. Más moderna es la *legis actio per conditionem*. También renuncia al *sacramentum*: para esta es esencial un *emplazamiento* para el 30º día; en el nuevo término debe proporcionarse un *iudex* y nombrarlo. Este modo procesal estaba articulado para tramitar pretensiones por un *certum*, que estaban descritas de una manera «*abstracta*», *i. e.* sin nombrar la causa concreta de la obligación. Asimismo, por esta modalidad procedimental estas pretensiones se denominaron más tarde *conditiones* (*vid.* [48.4]). El caso de partida también fue aquí seguramente el mutuo. 8

La *leg. act. p. cond.* por una *certa pecunia* se remonta a una *lex Silia* (2.^a mitad s. III a. C.), y la que se refiere a otras *certae res* a una *lex Calpurnia*: Gai. 4, 19.—La fórmula del actor dice (en parte según el fragmento Gai. 4, 17b, descubierto en 1933): «*aio te mihi sestertiorum decem milia dare oportere; id postulo, aias an neges*» («afirmo que tú estás obligado a darme 10.000 sestercios; te insto a que digas si es o no cierto»), y, después de que el demandado lo ha discutido, continúa; «*quando tu negas, in diem tricensimum tibi iudicis capiendi causa condicio*» («puesto que tú lo niegas, te emplazo para escoger juez dentro de treinta días»). El emplazamiento en el 30º día, que es lo que ha dado nombre al procedimiento (Gai. 4, 18), tenía seguramente como finalidad facilitar un arreglo de la controversia. **Lit.:** V. GIUFFRÈ, «Ancora sulla *lex Silia*», en *St. Talamanca*, vol. IV, 227. 9

III. PROCEDIMIENTOS EJECUTIVOS

1. La *legis actio per manus iniunctionem* (*i. e.* por medio de una aprehensión corporal de carácter formal) sirve para la iniciación de la ejecución personal, 10

que aprehende al responsable por su propio *cuero* (*cfr.* sobre la responsabilidad personal más detalles *supra* [32.12-19]). Consiste en que el ejecutante *pone su mano* sobre el responsable ante el pretor con una fórmula verbal fija, y con ello adquiere un poder sobre su persona. El procedimiento ulterior, que está regulado con exactitud en la ley de las Doce Tablas (3, 1-6), conduce a que el responsable, si no se libera a su debido tiempo mediante el pago de la suma que debe, puede ser *ejecutado* o *esclavizado*. No obstante, estas durísimas consecuencias fueron atemperadas más adelante.

- 11 La *manus iniectio* está autorizada 30 días después de que el responsable haya sido condenado o haya reconocido el derecho del ejecutante, o si su responsabilidad resulta indiscutible sin necesidad de acción y sentencia por haber sido fijada por el pretor mismo *in iure* (*vid. supra* [32.13-15]). El ejecutante conduce al responsable ante el pretor y ahí efectúa la aprehensión con la mano pronunciando la fórmula «*quod tu mihi iudicatus sive damnatus es sestertium decem milia, quod non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium decem milium iudicati*» (en caso de constancia indiscutible sin sentencia: *pro iudicato*) *manum inicio*» («puesto que has sido sentenciado o condenado –u obligado sin sentencia, *vid. supra* [32.15]– a pagarme diez mil sestercios y, puesto que no has pagado, te aprehendo con la mano a causa de la sentencia –o a causa de lo que se equipara a la sentencia– por los diez mil sestercios»: Gai. 4, 21). La *manus iniectio* solo está permitida si la prestación por la que se hace responder consiste en dinero; en otro caso, esa prestación debe ser antes valorada en dinero a través de un *arbitrium liti(s) aestimandae*. Una vez realizada la *manus iniectio* el responsable ya no puede liberarse por sí mismo del poder del ejecutante; solo un tercero puede aún aparecer como *vindex* y apartar ritualmente la mano puesta sobre aquel, pero luego debe disputar con el ejecutante sobre su derecho de aprehensión y, si fracasa ahí, la suma liberatoria se dobla por *litiscrescencia* (*vid.* más detalles sobre todo esto *supra* [32.18]). Ulteriores leyes incrementan los casos de *manus iniectio pro iudicato*, es decir, una ejecución que se permite sin acción ni sentencia, como si el responsable hubiera sido condenado. Otras leyes conceden una *manus iniectio pura*, en la que el responsable no necesita de ningún *vindex*, sino que él mismo puede apartar la mano que recae sobre él. Sobre todo ello, *vid.* Gai. 4, 22-25. **Lit.:** L. FASCIONE, «Alcune ipotesi intorno a *sponsio* di garanzia e *manus iniectio* tardoantica», SD 81 (2015) 23.
- 12 Si la *manus iniectio* no es contradicha y el pretor encuentra que sus presupuestos se cumplen, entrega al responsable al poder del ejecutante mediante una *addictio*. Este se lleva consigo al responsable y lo puede tener prisionero durante 60 días, sujetándolo (según las Doce Tablas con cuerdas o cadenas en los pies, pero de peso no superior a 15 libras) y debe proporcionar al deudor alimentos si este no es capaz de alimentarse por sí mismo (XII T.: una libra de pan diaria). En tres días consecutivos de mercado debe conducir al prisionero a la sede del tribunal del pretor y allí anunciar públicamente por qué suma responde. Si ni encuentra a nadie que lo libere

mediante el pago de esa suma, el ejecutante puede en el tercer día de mercado venderlo como esclavo (*trans Tiberim*, esto es, en esa época, en el extranjero) o –así lo dice la imagen transmitida– matarlo. El derecho de matarlo se deduce, como explica el jurista Sexto Cecilio Africano (med. s. II d. C.) en Aulo Gelio (20, 1, 47/48), de una prescripción de las Doce Tablas (3, 5), no bien conocida por nosotros, y del enigmático y muy discutido pasaje de las Doce Tablas (3, 6): «*tertiis nundinis partis secanto, si plus minusve secuerunt, se (= sine) fraude esto*» («en el tercer día de mercado, que lo corten [*sc.* al deudor] en partes, y si cortaron más o menos, que no se considere como fraude»).—Está muy discutido si esta frase se refiere realmente a un descuartizamiento del cadáver del deudor, si afecta al reparto de su patrimonio (si es que todavía existe), si trata del recorte o partición del lingote de cobre crudo que fue pesado por el *libripens* para los acreedores ejecutantes en la *mancipatio* realizada para la venta del deudor (D. FLACH, *Das Zwölftafelgesetz = Leges XII Tabularum*, Darmstadt, 2004, 194), o si la frase se explica de cualquier otra manera. Una respuesta convincente parte de la idea de que es posible que con la conservación del cadáver y, en su caso, con su partición entre los diversos acreedores se ejerciera presión sobre los parientes y amigos del deudor para que satisficieran al acreedor o acreedores y con ello pudieran conseguir la liberación del cadáver para su entrega a un enterramiento correcto de acuerdo con las normas del Derecho sacro. El motivo que se ha transmitido en leyendas de que el cadáver del deudor era sahumado podría adecuarse a esto. Sin embargo, no se ha transmitido ningún caso concreto de muerte del deudor, y tampoco era conocido en el Principado, de modo que Sexto Cecilio (en Aulo Gelio, *vid. supra*) admitía que la sanción solo se había redactado de forma tan terrible porque, y para que, nunca se llegara a ella. Una posibilidad de eludirla se dio claramente ya desde época temprana por medio de la posibilidad de que el responsable se entregara como *nexus* (*vid. supra* [39.1-2]) en servidumbre del acreedor, a fin de trabajar para él hasta pagar la suma de la que respondía. Por lo demás, ya en el *ius civile* se desarrolló un precedente de la ejecución patrimonial pretoria desprendida de la ejecución personal (*vid. infra* [85.1]).

Lit.: KASER – HACKL, 142; O. BEHREND, *Der Zwölftafelprozeß: zur Geschichte des römischen Obligationenrechts*, Göttingen, 1974, 137, 144, 184; WOLF, *Aufs.*, 57. *Vid.* también FIORI [60.2], 245; M. SPANN, *Der Haftungszugriff auf den Schuldner zwischen Personal- und Vermögensvollstreckung*, Münster, 2004 (historia de su desarrollo ulterior hasta el s. XXI).

2. La *legis actio per pignoris capionem* (*i. e.* por medio de pignoración) era la *pignoración* privada extrajudicial, pero ejecutada no obstante de modo formal. Hasta donde alcanzan nuestras fuentes, se trataba de una *excepción*. Remite solo en parte a las leyes, y por otra parte a la mera tradición (*vid.* [80.7]). Se efectuaba en ausencia del pretor y, en la mayoría de los casos, también del

■ § 81. EL PROCEDIMIENTO DE LAS ACCIONES DE LA LEY (LEGIS ACTIONES)

oponente. Gayo solo sabe de pocas y estrechamente limitadas pretensiones con sesgo en parte de Derecho público, en parte de Derecho sacro, que fueron objeto de este tipo de ejecución (Gai. 4, 26-29).

§ 82. El proceso formulario. El procedimiento ante el tribunal (*in iure*)

(KASER - HACKL §§ 30-43)

Ya hemos ponderado la posición central que corresponde al procedimiento formulario dentro de la historia del Derecho procesal civil romano (*vid. supra* [80.14-20]). Nos volvemos ahora en particular al *curso* de este procedimiento contencioso ordinario de los periodos preclásico y clásico; primeramente veremos la fase del procedimiento ante el magistrado jurisdiccional. 1

I. INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

1. El procedimiento se inicia con la **citación** oral para una comparecencia inmediata ante el tribunal (*in ius vocatio*). El (futuro) demandante obliga así a aquel a quien pretende demandar a comparecer, incluso contra su voluntad, en la sede del tribunal. En la citación se conservan aún restos de la primitiva autoayuda. 2

Según la ley de las Doce Tablas (inicio: 1, 1-3), el que envía la citación puede conducir al contrincante que se niega incluso por la fuerza ante el tribunal, utilizando la *manus iniectio* (al contrincante viejo o enfermo le debe proporcionar un vehículo de tiro, pero no tiene por qué ser un carruaje cerrado).—En el edicto pretorio se le amenaza al contrincante que no atiende a la citación (y que tampoco presenta a ningún *vinculus* con capacidad de pago como garante de su futura comparecencia) con una acción penal (Gai. 4, 183). Si la *in ius vocatio* se frustra porque el actor no puede encontrar a su oponente en el círculo del tribunal, el pretor pone al actor (a petición suya) en la posesión del patrimonio del contrario (*missio in bona rei servandae causa, i. e.* puesta [del acreedor] en la posesión de los bienes para su preservación) con el fin de satisfacer a todos los acreedores del citado en el procedimiento concursal (*vid. infra* [85.6]). Esta gravosa sanción amenazaba al oponente que no podía ser conducido ante el magistrado jurisdiccional con la *in ius vocatio*, aunque no por toda ausencia del lugar del tribunal escogido por el actor. Más bien estaba obligado cualquiera a defenderse ante el tribunal (*defensio*) solo en determinados lugares. Entre ellos se cuentan especialmente su lugar de domicilio (según la regla básica *actor sequitur forum rei, i. e.* el actor sigue al tribunal del demandado) y el lugar de un establecimiento de negocios. La razón para ello reside en que, en todo caso, quien va a ser demandado debe implicarse en un proceso en el lugar que le resulte más cómodo. Es discutido, en cambio, hasta qué punto existía un deber de defenderse también en el lugar de cumplimiento

de una obligación (**forum contractus*, *cfr.* [53.14]) y en el lugar de los hechos de una actuación ilícita (**forum delicti commissi*).

En los lugares donde existía una obligación de *defensio* se debía procurar estar a disposición para la *in ius vocatio* o bien para su defensa a través de un *procurator*. En otro caso, se arriesgaba a la *missio in bona*. Si el contrincante no estaba obligado a defenderse en el lugar en que el actor intentaba sin éxito la *in ius vocatio*, la ausencia quedaba sin sanción. Según el ámbito de aplicación de la *missio in bona* como sanción por el fracaso de la citación por ausencia del sitio del tribunal se determinaban, pues, los tribunales a los que el actor debía dirigirse para el reconocimiento de su derecho. Las reglas transmitidas en el Digesto sobre este ámbito de aplicación (v. gr. Ulp. D. 5, 1, 9) tenían una función similar a la de las normas sobre la **competencia territorial** en el Derecho procesal moderno (*cfr.* §§ 12 ss. ZPO; arts. 50 ss. LEC).—Si la *missio in bona* —junto a las mencionadas acciones penales pretorias— también amenazaba en caso de desobediencia frente a una citación efectivamente realizada, es un tema discutido.

Lit.: J. PLATSCHKE, *Studien zu Ciceros Rede für P. Quinctius*, München, 2005 (rec. TH. RÜFNER, SZ 125 [2008] 766); J. ROBLES REYES, *La competencia jurisdiccional y judicial en Roma*, Murcia, 2003; DONADIO (*infra* [82.3]); en breve, TH. RÜFNER, *Gerichtsstand und Ladungszwang. Zum Verfahrensort beim römischen Formularprozeß*, Köln, 2021.

A la citación le antecede un anuncio (extrajurisdiccional) de la acción (*edere actionem*) al que está obligado el demandante, a saber, una comunicación al citado sobre el objeto del procedimiento *in iure* pretendido junto con el anuncio de los medios de prueba. Esto posibilitaba al contrario poner en marcha contraestrategias y fundamentaba una presión sobre las partes para una precomprensión del encuadre jurídico de sus pretensiones y de los medios de prueba tomados en consideración, para lo cual se necesitaba como regla de un asesoramiento jurídico. A consecuencia de esto, la actuación ante el pretor podía concentrarse y tramitarse muy rápidamente a continuación. **Lit.:** A. BÜRGE, «Zum Edikt De edendo», SZ 112 (1995) 1; U. BABUSIAUX, «*L'editio stipulationis*. Une explication de D. 2, 13, 1, 4», TR 77 (2009) 23.

- 3 2. Si el procedimiento ante el pretor no podía sustanciarse en una sola sesión, de modo que debía posponerse, no necesitaba hacerse una citación para una nueva comparecencia. Más bien, en época antigua, el demandado ponía fiadores (*vades*) especiales que garantizaran su nueva comparecencia. Más tarde el demandado mismo debía prometer en forma estipulatoria (*vadimonium*, *cautio vadimonium sisti*) el pago de una suma como pena para el caso de su no comparecencia, la mayoría de las veces también con presentación de fiadores (Gai. 4, 184-186).—Un *vadimonium* puede ser acordado por las partes también voluntariamente en vez de la primera citación.

Lit.: A. RODGER, «*Vadimonium* to Rome (and Elsewhere)», SZ 114 (1997) 160; J. PLATSCHKE, «*Vadimonium factum Numero Negidio*», ZPE 137 (2001) 281; D. NÖRR [48.20], 128; N. DONADIO, «La funzione della *stipulatio «certo loco sisti»* rispetto alla ricerca del *vocandus* e alla reintegrazione del danno per l'assenza impeditiva dell'*in ius vocatio*», en *Fs. Knütel*, 239; LA MISMA, *Vadimonium e contendere in iure*, 2011 (rec. J. G. WOLF, *Iura* 63 [2015] 200); D. JOHNSTON [23.16], 185; J. G. WOLF, «*Vadimonium* in Ciceros Rede pro Quinctio», SD 74 (2008) 79; EL MISMO, «*Vadimonium* in den Satiren Juvenals», *Mél. Humbert*, 881.

II. TRAMITACIÓN ANTE EL MAGISTRADO JURISDICCIONAL

1. Ante el magistrado jurisdiccional el demandante, en presencia del demandado, pone de manifiesto el interés que pretende convertir en objeto del proceso, y **solicita** (*postulatio*) al magistrado la concesión de una determinada **acción** (*editio actionis*). *Actio* es, por un lado, el concepto general para toda acción y, por otro, un concepto especial para la acción personal (*vid.* [4.5]), como por ejemplo en la famosa tricotomía *actio, petitio, persecutio* (en especial D. 50, 16, 178, 2; Flor. D. 46, 4, 18, 1 = Inst. 3, 29, 2; *Rhet. Her.* 2, 12, 18), donde *petitio* (lit.: deseo) significa la acción real sobre una cosa, y *persecutio* (lit.: persecución) presumiblemente alude a la protección jurídica complementaria que proporciona el pretor (v. gr. por una acción pretoria, como la *actio in factum*, *vid.* [33.3]). **Lit.:** F. STURM [54.6], 147, 179; O. BEHREND, «Die Trichotomie *actio, petitio, persecutio*», en J. Hausmann - Th. Krause, ed., «*Zur Erhaltung guter Ordnung*». *Beiträge zur Geschichte von Recht und Justiz (Fs. W. Sellert)*, Köln, 2000, 11.

Si no queda establecido de antemano que se considera una determinada acción, ha de aclararse en una actuación previa, después de que el actor haya presentado la composición de los hechos, qué clase de acción debe solicitar este que se le conceda. Si ese examen da como resultado que el supuesto de hecho aportado por el actor no dispone de ninguna *actio* prevista en el edicto, entonces su petición decae. No obstante, el magistrado puede, si a pesar de todo considera que la aspiración del actor es **digna de protección jurídica**, ofrecerle para ese caso concreto una ***actio in factum*** (*vid. supra* [33.3]), cuya concesión debe postular el demandante. A veces también se reserva el pretor la concesión de las *actiones* previstas en el edicto y los restantes remedios jurídicos solo tras un *examen valorativo* de los hechos (***causae cognitio***). **Lit.:** P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum*, Berlin, 2002.

- 5 2. Si el demandante ha solicitado la *actio*, pero el magistrado determina, con todo, que la pretensión del actor *no es digna de iniciar un proceso*, entonces el magistrado rechaza de entrada la petición (*denegatio actionis*). Así, si ya se puede precisar, sin necesidad de aportar más pruebas, que el actor ha hecho una descripción *incorrecta* de los *hechos*, pero también si se evidencia que no ha solicitado la *acción correcta* o que le falta la *legitimación objetiva*.

Este es el caso si la acción no ha sido solicitada por el *demandante* correcto (*activamente legitimado*) o no se ha presentado contra el *demandado* correcto (*pasivamente legitimado*). La cuestión se resuelve especialmente para cada acción según sus presupuestos. A veces sirve ahí como un remedio regulado por el Derecho pretorio el *interrogatorio* de la parte ante el tribunal (*interrogatio in iure*), p. ej. en la demanda del heredero o en las acciones noxales. **Lit.:** S. SCIORTINO, «*Denegare actionem, decretum e intercessio*», APal 55 (2012) 659. Cfr. [84.10].

- 6 3. El magistrado rechaza al actor también si comprueba que le falta algún **presupuesto procesal**, es decir, un requisito jurídico-procesal sin el cual no puede ser instituido un procedimiento válido.

A estos pertenecen: a) la **licitud** de la **vía jurídica** pretendida: el deseo del demandante debe incluirse en el ámbito material del procedimiento formulario y no, p. ej., en el de la *extraordinaria cognitio* o de un procedimiento penal o administrativo; también esta cuestión se aclara ya antes de que el demandante postule la *actio*.—b) la **competencia objetiva** del magistrado ante quien se presenta (sobre ello, *vid. supra* [80.10]).—c) la **competencia territorial**, que, en la medida en que los principios de la competencia objetiva permitan un margen de actuación a varios tribunales del mismo tipo, se determina como regla por el lugar del domicilio del demandado (*actor sequitur forum rei*). Más detalles, *vid. supra* [82.2].—d) la **capacidad de ser parte** (capacidad jurídica procesal) de ambas partes litigantes; le falta (en general) a los esclavos y a las mujeres sometidas a potestad, y originariamente también los hijos de familia.—e) la **capacidad procesal** (capacidad de obrar procesal); se regulaba de modo similar para los impúberes y los enfermos mentales (*vid. supra* [14.4 y 8], [14.15]). Por el contrario, las mujeres *sui iuris* necesitaban de la *auctoritas tutoris* solo para los *iudicia legitima*, no para los *iudicia imperio continentia* (*vid. supra* [80.20]).—f) la **capacidad de postulación** (*i. e.* capacidad de plantear peticiones ante los tribunales); les faltaba a los jóvenes menores de 17 años y a los sordomudos. La capacidad de presentar solicitudes para otros (como su representante, *vid. infra* [82.29-32]), les faltaba en especial a todas las mujeres (Ulp. D. 3, 1, 1, 5: «*Carfania*»), a los ciegos y a ciertos sujetos afectados de infamia (*infames*). **Lit.:** V. CARRO, «... *et ius et aequom postulas*...». *Studio sull'evoluzione del significato di «postulare»*, Napoli, 2006, 103.

4. Ya en el curso de del procedimiento hasta ese momento tenía el magistrado la ocasión de escuchar también al **demandado**. Respecto a la solicitud de la acción del demandante puede el demandado proceder de distinta manera: 7

a) *Contradecir* la pretensión del actor, **discutiendo** el derecho que sirve de base a la *actio civilis*, o discutiendo el relato de los hechos sobre los que pretende basar el actor la *actio honoraria* (*vid.* [33.8]). Tanto en uno como en otro caso, puesto que el demandado ha manifestado con su oposición estar dispuesto a *contestar* a la demanda, el pretor *autorizará* el proceso, y por tanto aprobará la instauración de un *tribunal juzgador que dicte una sentencia (iudicium)*. *Vid.* más detalles *infra* [82.13-17].

b) En determinados casos, el procedimiento contencioso y la sentencia pueden ser sustituidos por un **juramento procesal (iusiurandum)**. 8

Si se pretende el pago de una *certa pecunia*, más tarde también *alia certa res*, con la *condictio*, el actor puede, con el permiso del magistrado, proponer (*deferre*) al demandado que realice un juramento de que no debe nada (*iusiurandum in iure, iusiurandum necessarium*, juramento forzoso). Si jura el demandado, queda libre. Pero también puede devolver (*referre*) el juramento al demandante, esto es, dejar al criterio de este jurar *reum sibi centum dare oportere* (i. e. que el demandado está obligado a dar 100 según el *ius civile*). Por ese juramento podría realizarse la ejecución sin ulterior proceso ni sentencia. Solo si la prestación no consistiera en dinero se entablaría entonces un litigio solo para la estimación en dinero. Si el demandado se niega a prestar el juramento y tampoco lo remite al demandante, entonces se le aplican las consecuencias de la indefensión (*vid. infra* [82.11-12]). *Cfr.* Diocl. C. 4, 1, 9.—De este juramento forzoso ha de distinguirse el juramento voluntario (acordado o sugerido), que era posible también sobre otras pretensiones y también podía prestarse extrajudicialmente (*iusiurandum voluntarium*). Si es prestado por el demandante, fundamenta una *actio ex iureiurando*; y si es por el demandado, se le concede frente a la *actio* originaria, en la medida en que no se haya denegado de entrada, una *exceptio iurisiurandi*. Puesto que la cuestión jurídica material se tiene por resuelta a través del juramento, el juez, tanto en la *actio ex iureiurando* como en la *exceptio iurisiurandi*, solo ha de verificar el hecho del juramento, no ya su veracidad. *Cfr.* Ulp. D. 12, 2, 11, 1; eod. 3 pr.; 7 pr. **Lit.:** NÖRR [48.20], 159; J. G. WOLF, «Aus dem neuen pompejanischen Urkundenfund: eine Eidesdelation und eine Eidesleistung», en *Fs. Knüttel*, 1459 (con TPN 22 y 23 = TP Sulp 28 y 29).

c) El demandado no discute el derecho o las circunstancias de hecho que sirven de base a la acción, pero afirma otro conjunto de hechos independiente que es apropiado según el *ius civile* o el *ius honorarium* para frenar la *actio*, y para el cual el magistrado prevé una **exceptio**. Por tanto, el demandado hace una petición al magistrado en correspondencia con la solicitud del demandan- 9

te para la concesión de una acción (*postulatio actionis*), solo con la modificación de que esta excepción sea incluida en el texto de la fórmula procesal. Sin embargo, el demandante puede responder a la petición del demandado de concesión de la *exceptio* solicitando a su vez la inserción de una *replicatio* como «contraexcepción» (*vid. supra* [4.10]), a la que el demandado puede oponer a su vez un a *duplicatio*, etc.

- 10 d) El demandado reconoce la pretensión del actor ante el tribunal (*confessio in iure*). El reconocimiento del demandado ante el magistrado (como el juramento obligatorio referido, *vid. supra* [82.8]) pone fuera de discusión el deseo del actor. En la acción que se instituye a continuación (*actio confessoria*, derivada del reconocimiento, que no ha de confundirse con la *actio confessoria* mencionada *supra* [28.20], que está dirigida precisamente a obtener la confesión) ya no se examina, pues, la cuestión del lugar de cumplimiento de la prestación, sino solo, llegado el caso, la cuantía en dinero en que ha de ser valorada (*cf. supra* [51.13]).
- 11 e) Si, finalmente, el demandado se comporta pasivamente, no discutiendo ni preconociendo la pretensión del demandante ni planteando una *exceptio* ni remitiéndole un juramento, entonces interviene el pretor con diferentes medios para obligarlo a **contestar** a la demanda, es decir, para que se someta al procedimiento.
- aa) En las *actiones in rem*, el demandado no puede ser obligado inmediatamente a contestar a la demanda (*rem defendere*), porque el derecho reclamado solo da al actor un poder sobre la cosa, pero no sobre la persona del poseedor. Ya hemos visto con qué medios coactivos indirectos (*actio ad exhibendum, interdictum Quem fundum*, etc.) el demandado también aquí, si no quiere perder el objeto sin examen de la situación jurídico-real, es forzado a defender la *res*, y, por tanto, a responder a la *actio in rem* (*vid. supra* [27.12-14]; [29.15]; [75.6]).
- 12 bb) En las *actiones in personam*, por el contrario, el demandado que no contesta a la demanda se considera que es uno que no se defiende (*indefensus*). Esto no es válido solo si permanece pasivo ante la pretensión del demandante, sino también si no da los pasos necesarios por su parte para el desarrollo del litigio, especialmente si niega su colaboración en la *litis contestatio* (*vid. infra* [82.19-21]). Al *indefensus* lo amenaza el pretor con la fuerza sobre su *persona*, autorizando al demandante a conducirlo (*ductio*) a una *prisión privada*. Además, el pretor autoriza la iniciación de una *ejecución forzosa* sobre el patrimonio (*i. e.* el *procedimiento concursal*, *vid. infra* [85.6]), interviniéndolo (a peti-

ción del actor) y poniéndolo en manos del demandante (*missio in bona*) con la finalidad de su ejecución.

Como en la *actio in rem* el demandado puede aprehender la cosa no defendida, así también en la *actio in personam* aprehende al demandado (deudor) que no se defiende, en ambos casos sin que sea probado el derecho que fundamenta la acción. Con todo, las medidas coactivas tienen solo un efecto provisional para mover al contrario a la contestación a la demanda. Si él mismo (o un tercero en su nombre) asume la defensa, entonces, en la medida en que no se haya llegado a la *proscriptio* (vid. *infra* [85.6]), las medidas de ejecución son levantadas.

5. Si, por el curso del procedimiento hasta ese instante, queda constancia de que el magistrado está dispuesto a proporcionar al demandante la *actio* solicitada contra el demandado –con o sin *exceptio*–, y además que las partes están dispuestas a someterse a un procedimiento ante un tribunal juzgador (*iudicium*) que dicte una sentencia sobre el objeto de la controversia en los términos que se describen en la fórmula, entonces se instituye un litigio (vid. *infra* [82.18-20]). Sin embargo, normalmente antes **se proporciona un juez**, la mayor parte de las veces uno solo (*iudex unus*), más raramente un colegio de jueces. 13

El juez singular (*iudex*) es un sujeto privado al que se le confía como «jurado» la tarea de juzgar. La capacidad de ejercer la función judicial y la determinación del juez para el proceso concreto fueron cuestiones enjuiciadas de manera distinta según las épocas y las modalidades procedimentales. Al principio solía ser escogido el juez por el propio pretor, para quien servía como hombre de confianza y consejero (vid. *supra* [80.9]). Más tarde se dieron principalmente dos posibilidades: tenía preferencia el juez propuesto por las partes de común acuerdo y confirmado por el magistrado (*iudicem dare et addicere*). Si no podían las partes convenir en un juez apropiado, se realizaba su nombramiento primeramente por elección (*electio*) a partir de una lista de jueces oficiales (*album iudicum selectorum*). El demandante proponía al demandado un nombre tras otro, hasta que este no lo rechazaba como inapropiado. Si este procedimiento no tenía éxito, entonces el juez era designado a suerte (*sortitio*). Para la función judicial tenía capacidad cualquier particular que fuese libre e irreprochable, púber, no discapacitado ni intelectual ni físicamente; para la *legis actio* debía ser además *civis Romanus*. La lista que se exponía para los procesos civiles y criminales contenía hasta la época de los Gracos solo senadores; más tarde temporalmente también miembros del orden ecuestre, pero su inclusión fue objeto de disputas políticas. Un rechazo (*reiectio*) por parcialidad solo estaba permitido a las partes dentro de estrechos límites.–La diferencia entre el *iudex* y el *arbiter* (vid. *supra* [81.7]) fue nivelada desde mucho tiempo atrás, puesto que el nombre de *iudex* también se aplicaba al juez que disponía de un amplio margen de arbitrio. 14

Los *recuperatores* (i. e. «los que recuperan» un bien que ha sido arrebatado de forma injusta) constituyen un colegio de jurados de entre tres y once miembros. Proceden 15

seguramente de los procedimientos para la reparación de daños entre Estados; en el procedimiento civil romano, están previstos para determinadas cuestiones urgentes de interés público (procesos de libertad y ciertos procesos por delito, en especial en caso de abusos en el ejercicio de cargos). En su caso la selección de los jueces venía facilitada. El procedimiento ante este tribunal era rápido, debido a la limitación del número de testigos y la fijación de plazos para la emisión de la sentencia. **Lit.:** B. SCHMIDLIN, *Das Rekuperatorenverfahren: eine Studie zum römischen Prozess*, Freiburg, 1963; EL MISMO, «Zum Rekuperatorenverfahren nach der *lex Irmitana*», en *Fs. Knüttel*, 1085; KASER - HACKL, 197; D. NÖRR, «Zu den Xenokriten (Rekuperatoren) in der römischen Provinzialgerichtsbarkeit», en *HIA*, vol. III, 2237; W. ERNST, «*Maiores pars*», *SZ* 132 (2015) 1, 5; EL MISMO, *Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten: «group choice» in europäischen Justiztraditionen*, Tübingen, 2016, 9, 19.

- 16 c) Los *centumviri* son un tribunal antiguo y distinguido, cuya competencia se mantuvo para causas litigiosas de gran interés general, especialmente los procesos hereditarios y la *querela inofficiosi testamenti* (acciones por testamento inoficioso, vid. [72.2]), y que gozaba de una amplia libertad de estimación. Estaba compuesto por 100 jueces, más tarde 105 (tres de cada una de las 35 tribus), presidido por el *praetor urbanus*, y en época imperial bajo la presidencia de un *praetor hastarius* (llamado así por la lanza hincada en el suelo como símbolo de poder); de este número total de miembros se escogían para el caso concreto comisiones (*i. e.* salas, secciones). Los procesos que debían presentarse ante los *centumviri* siguieron instruyéndose siempre, también *después* de las *leges Iuliae*, con la *legis actio sacramento*.
- 17 d) Sabemos poco de los *decemviri (s)litibus iudicandis*, que decidían en cuestiones de libertad. Augusto le privó del poder judicial independiente, y desde entonces solo asumieron la presidencia de las citadas secciones del tribunal de los centunviro. Como este, los *decemviri* se regían exclusivamente con arreglo al procedimiento de las *legis actiones*.

III. CONSTITUCIÓN DEL PROCESO Y NOMBRAMIENTO DEL TRIBUNAL JUZGADOR

- 18 1. Si las actuaciones ante el magistrado han conducido a que la *actio* (y, en su caso, la *exceptio*) sobre la que debe procederse entre las partes haya quedado precisada en todas sus relaciones según su tipo y contenido, entonces el procedimiento ya está maduro para la **constitución de la relación procesal**, que necesita de la colaboración de ambas partes y del magistrado. El objeto del litigio se concreta en la **fórmula procesal** (*formula*). Esta contiene el «programa procesal», es decir, las cuestiones jurídicas sobre las que el juez según la *actio*, la *exceptio*, etc., que se han de reflejar, debe recibir la prueba y decidir

mediante una sentencia (para más detalles, *vid. infra* § 83); y, además, después de haberse facilitado el juez o los jueces, sus nombres.

Para que las partes se encuentren vinculadas a la futura decisión del tribunal sentenciador establecido, es preciso que se sometan de antemano a este tribunal. Esto lo hace en la ***litis contestatio*** (*i. e.* fijación del litigio, constitución de la relación jurídica procesal). Sobre su base emite el magistrado el *decreto* con el que *concede* al actor contra el demandado un *tribunal juzgador* (***iudicium dare***) que debe decidir sobre la controversia según los términos de la fórmula. 19

La ***litis contestatio*** en el procedimiento de las *legis actiones* consiste en la recitación solemne de las fórmulas rituales (*vid. supra* [81.3-9]), a la cual las partes han invitado a testigos a asistir (con la expresión «*testes estote*», de donde *contestatio*). En el proceso formulario presumiblemente esta forma desapareció y se sustituye por el acuerdo de las partes a partir de su aceptación no discutida del decreto del magistrado, que no está ligado a ninguna clase de forma.—El *litem contestari* es un acto privado que efectúa el demandante junto con el demandado. El *iudicium dare*, en cambio, es un acto de autoridad dispositivo del magistrado hacia las partes (con *iudicium addicere* se expresa la atribución de la función judicial). El sometimiento del demandado se designa como *iudicium accipere*, es decir, la aceptación del tribunal juzgador concedido al demandante. El *litem contestari* y el *dare* y *accipere iudicium* se presentan, pues, como un fenómeno unitario, al que se añade la orden de *iudicatio* (*vid. infra* [82.28]). 20

La *litis contestatio* no constituye ningún contrato auténtico, ya que las partes no se hacen declaraciones de conformidad recíprocamente, sino que se las comunican al magistrado; sin embargo, sí se producen ciertos efectos propios del contrato.—Del proceso moderno (e incluso ya de la *cognitio extra ordinem*, *vid. infra* [87.5-6]) se distingue este procedimiento sobre todo por la situación del *demandado*. Si no está dispuesto a colaborar en la preparación e institución del *iudicium*, si no atiende a la citación o no colabora en los posteriores estadios del proceso, si, p. ej., se niega a la *lit. cont.* y, por tanto, la contestación a la demanda, entonces no se establece la relación jurídica procesal contra su voluntad ni se desarrolla un procedimiento en rebeldía, sino que en tal caso el *iudicium* solicitado no tiene lugar. En cambio, el demandado sufre en este caso las consecuencias de la indefensión (especialmente duras sobre todo en el caso de las *actiones in personam*, *vid. supra* [82.11-12]). La dependencia del procedimiento de la colaboración mutua de ambas partes no ha de explicarse por el hecho de que se hubiera desarrollado a partir de un procedimiento arbitral arcaico de carácter puramente privado. Más determinante fue seguramente el hecho de que los jueces sentenciadores fueran sujetos particulares, a cuya sentencia solo se vinculaban originariamente las partes si se hubieran sometido a ella. El requisito de este sometimiento como forma petrificada se mantuvo incluso cuando la vinculación de las partes hacía ya mucho tiempo que se seguía de la autorización del tribunal juzgador por el magistrado. 21

- 22 El *iudicium* que proporciona el magistrado a las partes es el «tribunal» instituido por él con la colaboración de estas, en el que el juez o los jueces instituidos deben expresar su juicio (tribunal sentenciador). La *relación procesal* entre las partes y frente al juez comienza solo con el decreto magistratual basado en la *litis contestatio* y que instituye el litigio, de modo que *proceso* (en sentido estricto) solo puede denominarse al procedimiento fundamentado en ese decreto y que es conducido por el órgano juzgador. Todo lo que se actúa previamente *in iure* sirve solo como preparación. Junto a esto se designa como «*iudicium*» también a la *formula* y (como su contenido) al «objeto de controversia» del proceso concreto.
- 23 2. A la *litis contestatio* se atribuyen varios efectos:
- a) La *litis contestatio vincula a las partes*, de modo que deben considerar válida para sí la sentencia emitida por el tribunal instituido.
- 24 b) Con la *litis contestatio* se une además el efecto de preclusión: sobre un objeto litigioso que está pendiente de resolución jurídica (por tanto, que por la *litis contestatio* y el *iudicium dare* o *addicere* [82.20] se ha convertido en **res in iudicium deducta**) *no puede fundarse un segundo iudicium: bis de eadem re agere non licet, i. e.* no está permitido proceder dos veces sobre la misma cosa; más breve, **ne bis in idem* (*crimen iudicetur*, es decir, que no puede juzgarse dos veces sobre uno y el mismo delito; esta regla, por tanto, procede del ámbito de la persecución penal.—Cfr. art. 103 III GG; 66 IRSG suiza; 4 Prot. n.º 7 EMRK; 54 SDÜ; 1 EG-*ne bis in idem*-Ubk, 50 EU-GRCh). **Lit.:** M. J. BRAVO BOSCH, «El principio *ne bis in idem* en la justicia europea», SD 81 (2015) 523.
- 25 En el procedimiento de las *legis actiones*, que no conoce ninguna *exceptio*, se admitió que con la *litis contestatio* la *actio* «se consume» (*consumitur*), de modo que el derecho jurídico-material que fundamenta la acción se extingue con el efecto de que una segunda acción sobre el mismo objeto procesal debe ser excluida *ipso iure* (con la absolución del demandado): Gai. 4, 108. La *lex Iulia iudiciorum privatorum* (vid. *supra* [81.3-9]) traspasó esto al proceso formulario, pero solo para el caso de que: 1.º se demande con una acción basada en el *ius civile*; 2.º que sea con una *actio in personam*; y 3.º que sea un *iudicium legitimum* (vid. *supra* [80.20]). Solo bajo estos tres presupuestos se extingue el derecho de crédito según el *ius civile* y entra en su lugar el *dare oportere* o el *condemnari oportere* (cfr. sobre esta llamada novación procesal, *supra* [54.7]).—En todos los demás casos, es decir, en las *actiones in rem*, en las *actiones in personam* del Derecho honorario y en todos los *iudicia imperio continentia*, no produce la *litis contestatio* el efecto de la extinción de la acción según el *ius civile*; pero el pretor lleva a la producción de un efecto similar en la práctica según el *ius honorarium*, puesto que a la segunda acción sobre el mismo objeto procesal se le opone la *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* (*i. e.* excepción de cosa juzgada

o ya sometida a juicio). En estos casos no se produce, pues, la «consunción civil» de la acción, pero se le liga igualmente el efecto preclusivo al segundo proceso sobre la misma cosa (*de eadem re*). Cfr. Gai. 4, 106-109. **Lit.:** M. MARRONE, «*Res in iudicium deducta – res iudicata*», Bull. 98-99 (1995-96) 63; H. ANKUM, «Un problème relatif a l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* dans la procédure formulaire du droit romain classique», en *St. Metro*, vol. I, 25.

La cuestión de cuándo entre dos procesos se da la relación de *eadem res*, los 26
romanos la decidieron sopesando cuidadosamente entre caso y caso y en ocasiones lo admitieron también en casos en que ambos procesos no se entablaban entre las mismas personas (*concurrència personal*) ni sobre la misma *actio* (*concurrència de acciones*). A veces negaron también que tuviera lugar la *eadem res*, pero se establecía una coincidencia práctica tan extensa entre los fines perseguidos con las dos acciones, que el pretor o el *iudex* impedía la segunda acción con otros medios conducentes a ello: el pretor, con la *exceptio doli* o con la denegación; el juez del primer proceso, por la vía de condenar al demandado solo si el actor renunciaba a la segunda acción por desistimiento o en forma de caución (la llamada consunción *pretoria* o *judicial*).

c) A la *litis contestatio* se vinculan además modificaciones del *alcance de la 27*
responsabilidad (vid. más detalles *supra* [27.19-20]; [37.19-20]; [75.12]). Las acciones penales, que pasivamente no son heredables y tienen un plazo de ejercicio de un año, se convierten en *heredables* y *no sujetas a plazo* (vid. *supra* [50.7]; [51.15]), etc.

3. El tribunal. El juzgador designado (ya sea un juez individual o un colegio 28
de jueces) lo **concede** el magistrado a las partes por decreto y le *ordena* que decida por sentencia conforme a la fórmula (*iudicare debere*). Con esta *orden de juzgar* (*iudicatio*) que se unía al texto de la fórmula, le da el pretor al juez la facultad de dictar una sentencia obligatoria respaldada por el Estado. Esta facultad distingue al *iudex*, aunque sea un sujeto privado, de un simple árbitro.

IV. REPRESENTACIÓN PROCESAL

El demandante o el demandado pueden hacerse representar en el proceso. Sin 29
embargo, de la falta de una representación directa por sujetos libres de potestad en el Derecho romano se desprende que el proceso conducido en nombre de otro (*nomine alterius*) no produzca efectos sin más a favor o en contra del representado, de modo que los efectos derivados del proceso deben ser transmitidos al representado por medios especiales. Esto se aplica tanto al represen-

tante públicamente legitimado (*cognitor*) frente a la otra parte y frente al tribunal como al no legitimado de esa manera (*procurator*).

- 30 1. El *cognitor* se nombra formalmente *in iure* en presencia del contrario: *quod ego a te fundum peto* (o *quod tu a me fundum petis*), *in eam rem Lucium Titium tibi cognitorem do* («puesto que yo te reclamo el fundo X [o: puesto que tú me reclamas el fundo X], te nombro para este asunto a Lucio Ticio como mi *cognitor*»: Gai. 4, 83; 97). La sentencia produce inmediatamente efectos solo a favor y en contra del representante, pero el pretor le da al representado por la parte *demandante* la ejecución derivada de la sentencia recaída en favor del *cognitor*. El representado por la parte *demandada* debe, por el contrario, prestar garantías al demandante en el momento de la constitución del litigio de que, si el *cognitor* fuera condenado, la sentencia será cumplida (*cautio iudicatum solvi*). Cfr. Gai. 4, 101. Justiniano eliminó la figura del *cognitor* y la sustituyó con muchas interpolaciones por el *procurator*.
- 31 El *procurator* no se nombra de manera formal; puede, por tanto, ser dudoso si ha sido realmente apoderado (Gai. 4, 84). a) Por ello, el *procurator* por el lado *demandante* debe prestar garantía de que el representado aprueba su actuación en el proceso y, por consiguiente, de que este –puesto que al fin y al cabo ha seguido manteniendo su derecho a accionar– no volverá a ejercitar la acción (*cautio ratam rem dominum habiturum, i. e.* caución de que el legitimado dará por buena la cosa [= la gestión del proceso]: Gai. 4, 98).–b) Si el *procurator* se presenta por la parte *demandada*, entonces amenaza al demandante vencedor un perjuicio si el *procurator* es insolvente; de ahí que (a diferencia del caso del *cognitor*) debe ser el *procurator mismo* quien preste garantías de que la sentencia se cumplirá (*cautio iudicatum solvi*: Gai. 4, 101). **Lit.:** O. PAPERI, «Considerazioni sull'origine del *procurator ad litem*», *Labeo* 48 (2002) 37; KLINCK (ante [44.11]), 45; FINKENAUER, *Stip.*, S. 213, 243; LOMBARDO [35.6]. Vid. también [55.3–4, 10].
- 32 3. Otros representantes son el **tutor** y el **curator**, y además el órgano de representación legitimado de una *corporación* o un *municipio*. Se equiparan en gran medida al *cognitor*.
- 33 4. Además de los representantes procesales, también había *defensores procesales* (*oratores, patrones, advocati*) que defendían los intereses de las partes ante los órganos de la administración de justicia, donde comparecían en el procedimiento *in iure* principalmente por su conocimiento jurídico, y en el procedimiento *apud iudicem* por su capacidad oratoria (cfr. p. ej. los discursos forenses de Cicerón).

§ 83. La fórmula procesal

(KASER – HACKL, §§ 32, 44, 45)

I. GENERALIDADES

1. La exposición hasta el momento ha hecho ver la importancia capital que asume la fórmula procesal (*formula*, en sentido pregnante) en el proceso formulario romano. Ella contiene, junto al nombramiento de un juzgador (*Lucius Titius iudex esto*: «sea juez Lucio Ticio»), el *programa procesal*, es decir, el conjunto de cuestiones jurídicas y fácticas de cuya respuesta ha de depender su decisión el juez. Este programa procesal se resume en el margen estrecho de *una sola frase*, en cuya redacción con la mayor simplicidad, claridad y conformidad a los fines propuestos que fuera posible pusieron gran dedicación los juristas romanos preclásicos y clásicos. 1
2. a) Toda *actio* tiene su propia *formula*, adaptada a las características del tipo de pretensión planteado. Para la gran masa de las acciones fijadas y asumidas existían *fórmulas modelo* en el **edicto** pretorio (y edilicio) expuesto públicamente. A ese modelo puede remitirse el actor cuando solicita la acción (*postulatio actionis*: *vid. supra* [84.4]). Asimismo contiene el edicto modelos para las excepciones más corrientes y los demás remedios jurisdiccionales. Los principales tipos de fórmulas de acciones y algunas *excepciones* se exponen más abajo (*vid. infra* [83.11-27]) a modo de *ejemplos*. 2
- b) Si no se encuentra en el edicto ninguna fórmula de acción adecuada, no por eso queda necesariamente el actor sin protección. En la medida en que el pretor vea una necesidad para ello, está autorizado a conceder una protección jurídica. Para este fin puede, por un lado, modificar las fórmulas edictales. Esto se plantea si su supuesto de hecho está redactado de forma muy estrecha y no incluye el caso concreto, pero la observación de su tipo básico parece ajustado a los fines pretendidos. En estos casos de *analogía creada por el magistrado* se habla de una ***actio utilis*** (lit.: una acción «útil», en el sentido de que «sirve al fin» buscado, es decir, «se ha hecho aplicable» al caso en cuestión). Como caso subsumido en el anterior se cuentan aquellas acciones, en especial las llamadas «acciones ficticias» que el pretor crea fingiendo la presencia de algunos rasgos del supuesto de hecho de fórmulas ya existentes (***formulae ficticiae***: *vid.* más detalles *infra* [83.19]). Todas estas *acciones utiles*, aun cuando se adhieran a una *actio civilis*, se incluyen normalmente en el *ius honorarium* (*vid.* excepciones 3

supra [45.4]; [51.14]); en parte encontraron también acogida en el edicto. Aunque es de suponer, en todo caso, que los impulsos decisivos no habrían partido del propio pretor, sino más bien de su consejo asesor (*consilium*, *vid. supra* [2.4]) o incluso de los juristas que aconsejaban a las partes; algunas *actiones utiles* aparecen en las fuentes incluso directamente como desarrollo de la jurisprudencia (v. gr. Pap. D. 14, 3, 19 pr.: *vid. supra* [49.14]). **Lit.:** SCHMIDLIN [45.5], 66 (construcción formularia de las *actiones in personam*); J. D. HARKE, *Actio utilis. Anspruchsanalogie im römischen Recht*, Berlin, 2016.

- 4 Por otro lado, el pretor puede ir más allá del edicto para ampliar la protección jurídica y crear acciones honorarias completamente nuevas, que no se adhieren a los modelos contenidos en el edicto. La fórmula para estas acciones se adapta a la medida de las circunstancias concretas del *hecho (factum)* producido: de ahí *actiones in factum* (*vid. supra* [2.11 y 16]; [82.4]). Se designan estas fórmulas como ***formulae in factum conceptae*** (*vid. infra* [83.14]) – en contraposición a las ***formulae in ius conceptae*** de las acciones civiles, que para el fundamento de la obligación y del contenido de la prestación no remiten a las circunstancias del caso, sino al *ius civile* (en el caso de las acciones personales con *oportere*, *vid.* [33.5] y [83.15]; en el caso de las reales, con remisión al derecho real reconocido en el *ius civile*, *vid.* [83.18]). Algunas de las *formulae in factum conceptae* encontraron acogida posteriormente en el edicto; en algunos casos entraron también paulatinamente junto a ellas para el mismo supuesto de hecho *formulae in ius conceptae*, como p. ej. en el depósito (*vid. infra* [83.14-15]). **Lit.:** GRÖSCHLER (*vid.* [82.4]).
- 5 **3.** La construcción de las fórmulas de las acciones sigue determinadas reglas desarrolladas en la práctica, repitiendo ciertas partes integrantes (cláusulas) en las diversas fórmulas, sin constituir un esquema totalmente cerrado. Estas cláusulas de las fórmulas las comenta Gayo (4, 39 ss.). Su exposición la ilustra con ejemplos como también aparecían en el edicto como formularios. En ellas aparece como nombre-tipo para el actor *Aulus Agerius* (de *agere*, «actuar»), abreviado como *As. As.* (o *A^{us}. A^{us}*), y declinado en el caso correspondiente, y para el demandado *Numerius Negidius* (de *numerare*, «contar», y *negare*, «negarse», «oponerse», «discutir», por tanto, aquel que se niega a contar), abreviado como *Ns. Ns.* (*N^{us}. N^{us}*). No obstante, también se han transmitido como nombres-tipo otros (*Publius Maeuius* como demandante en Gai. 4, 86; *ille* en *lex rivi Hib.*, *vid.* [48.20]).
- 6 a) Una ***intentio*** se encuentra en la mayoría de las fórmulas; según Gayo es *ea pars, qua actor desiderium suum concludit* («aquella parte [de la fórmula] en la que el actor resume su deseo»: Gai. 4, 41). Contiene, por tanto, el *funda-*

mento de la acción y también –en el caso de acciones personales– el *objeto de la pretensión*.

El **fundamento de la acción** es, en el caso de las fórmulas *in ius conceptae*, tratándose de acciones reales, el derecho real que existe *ex iure Quiritium*; en correspondencia con esto, como regla, el nombre del demandado en estas acciones queda sin mencionar en la *intentio* y solo aparece en la *condemnatio* (*vid. infra* [83.7]); otra cosa sucede en la *actio negatoria*, porque aquí justamente se habla de la arrogación de un derecho real por parte del demandado). En el caso de las acciones personales el fundamento de la acción es la obligación del demandado conforme al *ius civile*. El demandado es aquí ya citado en la *intentio*; a su obligación según el *ius civile* se refiere el uso de la expresión *oportere* (*vid.* [33.5], en el caso de ciertas acciones con el añadido de *ex fide bona*). Con ello se establece sobre qué objeto procesal queda excluido un segundo proceso posterior (*vid. supra* [82.24-26]), y en las acciones personales la fórmula debe hacer además notorio que solo la obligación sobre la base de unas concretas circunstancias de hecho es objeto del litigio. Esta limitación se desprende de la parte integrante de la fórmula «*qua de re agitur*» («en este asunto, del cual aquí versa la acción»: TP 34 = TPSulp. 31 = TPN 29); con ello se hace referencia a cuál es la circunstancia vital con base en la cual las partes han fundado el proceso ante el pretor. En la medida en que la acción no contenga ninguna *demonstratio* (*vid. inmediatamente* [83.8]), se añade esa parte de la *intentio*. En el caso de las acciones pretorias *in factum conceptae*, sin embargo, el fundamento de la acción es desde el principio las circunstancias vitales, por cuya existencia le parece justificado al pretor el deseo del actor. **Lit.:** M. KASER, «*Oportere und ius civile*», SZ 83 (1966) 1; H. KRÜGER, «Die Worte «*qua de re agitur*» und «(res) *qua de agitur*», SZ 29 (1908) 378; CARDILLI [33.7].

Lo que en la *intentio* se nombra como **objeto de la acción** depende de si lo debido primeramente es un *certum* o un *incertum* (sobre esta distinción, *vid. supra* [34.5-7]). Si se debía un *certum* (v. gr. porque se ha prometido por estipulación la transmisión de una cosa), entonces se nombra en la *intentio* el objeto que ha de entregarse. La *intentio* en su conjunto reza así, pues: «*Si paret N^{um}. N^{um} A^o. A^o. tritici Africi optimi modios centum dare oportere, qua de re agitur*» («si resulta que el demandado N. N. está obligado a pagar al demandante A. A. 100 modios del mejor trigo africano, en este asunto del que aquí se trata...»). En el caso de un *incertum* (p. ej. en el caso de las obligaciones del vendedor por el contrato de compraventa), en cambio, a la *intentio* se le antepone una descripción de los hechos (*demonstratio*, *vid. infra* [83.8]); la *intentio* hace referencia a esta circunstancia y señala así al objeto de la acción como «*quidquid ob eam rem... dare facere oportet*» («todo lo que el demandado está obligado a pagar al demandante por este hecho [ocasionalmente, por la buena fe]: *vid. supra* igualmente, Gai. 4, 54), i. e. la llamada *formula incerta*. En esta formulación se alude ya a que la condena solo puede constar en dinero; en las acciones por un *certum* se pone de

relieve de forma aún más clara en la enunciación de la condena (*condemnatio*, *vid. infra* [83.7]).

En la práctica es importante la distinción entre *intentio certa* e *incerta* a causa del riesgo de una petición excesiva (*pluris petitio*): si el demandante con su *intentio certa* pide más de lo que le corresponde, su acción será denegada por *pluris petitio* y, a causa del efecto preclusivo (*vid. supra* [82.25]), ya no podrá volver a plantearla de nuevo (*vid. supra* [34.5-6]). En el caso de la *intentio incerta* no existe, en cambio, ningún riesgo comparable, tampoco si el demandante se excede en la descripción de los hechos que fundamentan la acción en la *demonstratio* correspondiente; en tal caso, si su demanda es igualmente denegada, no se impide el ejercicio de una nueva acción: Gai. 4, 58 ss.—Sobre *ob eam rem*, *vid. SCHMIDLIN (vid. [45.5])*, 69, 76.

- 7 La **condemnatio** es *ea pars, qua iudici condemnandi absolvendive potestas permittitur, i. e.* la parte de la fórmula en la que al juez se da el poder de condenar o absolver (Gai. 4, 43). Por tanto, se impide al juez condenar al demandante o rechazar la acción en su contra.

La **condena** se expresa siempre en el proceso formulario con una suma de dinero determinada con arreglo a una cifra (*condemnatio pecuniaria*, *vid. supra* [34.22]). Si esta suma de dinero ya se nombra en la *intentio* porque de antemano se trata de la obligación al pago de un determinado importe, entonces la *condemnatio* solo repite ese importe; la *condemnatio* se denomina entonces como **certa**. En este caso dice, p. ej. «*iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia condemnato, si non paret, absolvito*» («condena, juez, al demandado a favor del actor en 10 000 sestercios, y si no resulta así, absuévelo»: Gai. 4, 43 e *infra* [83.12]). En todos los otros casos, la *condemnatio* es, en cambio, **incerta**, porque el objeto de la prestación solo ha de calcularse en dinero. Esto es elocuente, si ya la *intentio* misma es *incerta*, pero también si la *intentio* fuera *certa*, pero no está dirigida al pago de dinero (*cf. infra* [83.13]). En todos estos casos, la *condemnatio* impide al juez fijar la suma de dinero por una estimación, y aparece o bien indeterminada (v. gr. «*quantum ea res est/erit, tantam pecuniam iudex... condemnato...*» = «condena, juez,... en el importe en dinero en que sea/fuere valorado este objeto) o con un límite superior (*taxatio*, v. gr. «*dumtaxat sestertium decem milia condemnato...*» = «condena hasta un máximo de 10 000 sestercios). *Cfr.* Gai. 4, 49-52. Se encuentran las formas *condemnato*–*absolvito*, así como *condemna*–*absolve*: ambos, y así también la redacción primeramente citada, han de verse como imperativos de segunda persona del singular (mientras que el nombramiento del juez se pone en tercera persona, *vid. supra* [83.1]). **Lit.:** D. NÖRR, «Zur *condemnatio cum taxatione* im römischen Zivilprozeß», SZ 112 (1995) 51 = *HIA*, vol. III, 2029; PH. GRZIMEK, *Studien zur Taxatio*, München, 2001.

c) La **demonstratio** se encuentra solo en fórmulas que tienen una *intentio incerta* (*quidquid... dare facere oportet: vid. inmediatamente supra* [83.6]). Aparece entonces (por detrás del nombramiento del juez) en cabeza de la fórmula y describe la *situación de hecho* en la que se apoya la acción: Gai. 4, 40. La *demonstratio* aparece además, excepcionalmente, también en fórmulas sin *intentio* (como en la *actio iniuriarum*).

La *demonstratio* comienza con un «*Quod*» («Por lo que se refiere a...», «puesto que...»). Sobre la **situación de hecho** que se describe en esa cláusula, en el caso de las acciones con las cuales se hace valer un derecho real u obligacional respecto a una determinada cosa, cuenta sobre todo la designación de esa cosa, y con el añadido de «*quo/qua de agitur*» («de lo/la que se trata aquí»). Este añadido tiene en cuenta la idea de que la cosa aún no está suficientemente precisada solo con su designación (p. ej. con el nombre del esclavo); el añadido, por tanto, individualiza la cosa, indicando qué cosa concreta han convertido las partes en objeto del proceso. En acciones con las cuales se ha hecho valer un derecho obligacional respecto a la cosa, debe individualizarse, además de la cosa, la circunstancia vital de la que se ha derivado el derecho obligacional; por tanto, en estas acciones se encuentran juntas en la *demonstratio* la parte individualizadora «*quo/qua de agitur*» y la que caracteriza al objeto del proceso «*qua de re agitur*» (*vid. supra* [83.6]). En el caso de la acción del vendedor contra el comprador, la *demonstratio* suena, por tanto, como algo así (con «homo» = «esclavo», como nombre-tipo, que debe ser sustituido por el nombre real en el caso concreto): «*Quod A^{us}. A^{us}. de N^o. N^o. hominem, quo de agitur vendidit, qua de re agitur*» («Por lo que se refiere al hecho de que el demandante ha vendido al esclavo del que se trata, en este caso, por el cual se litiga»): *cfr. LENEL, EP, 299; vid. infra* [83.16].

d) Una **adiudicatio** tienen solo las acciones divisorias (*actiones familiae eriscundae* y *communi dividundo*) y la *actio finium regundorum*. Esta cláusula posibilita al juez conferir la propiedad, a través de su sentencia, que también se denomina *adiudicatio* (*vid. [23.28-29]; [83.24]*); Gai. 4, 42.

e) Sobre la **exceptio** y f) sobre la **praescriptio**, *cfr. infra* [83.26 y 27]. 10

II. EJEMPLOS DE FÓRMULAS Y CLÁUSULAS DE LA FÓRMULA

Presentamos a continuación los tipos principales de fórmulas de acciones, tal como aparecen como formularios (*vid. supra* [83.5]) en el edicto pretorio. En la medida en que no han llegado hasta nosotros en su literalidad, hay que remitirse a las reconstrucciones magistrales efectuadas por OTTO LENEL, *Das Edictum perpetuum*³ = *EP* (1927, reimpr. 1956, 1974), junto con D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², Padova, 1999. 11

1. *Actio certae creditae pecuniae (condictio)*

- 12 *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia dare oportere, qua de re agitur, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia condemnato, si non paret, absolvito* = Si resulta probado que el demandado debe dar al demandante diez mil sestercios, en este asunto, por el que se ejercita la acción, condena, juez, al demandado a pagar al demandante diez mil sestercios; si no resulta probado, absuélvelo. (Cfr. Gai. 4, 41; 43; 49; TP 34 = TP Sulp 31 = TPN 29).

Si paret... agitur es la *intentio (certa)*, apoyada en el *dare oportere*, que aquí excepcionalmente va más allá del *ius civile* e incluye también obligaciones de peregrinos o contra ellos (*vid. supra* [48.3-4]; sobre *oportere*, *vid. supra* [33.5]).—La causa de la obligación no la nombra la *condictio «abstracta»* (*vid. supra* [48.3]). Algo distinto sucede en la *actio ex testamento*, que nombra expresamente la causa. En el caso de una *certa pecunia* dice así: «... *ex testamento sest. X milia dare oportere ...* — «*iudex ... absolvito*» es la *condemnatio certa*.

2. *Condictio certae rei*

- 13 *Si paret N^{um}. N^{um}. A^o. A^o. tritici Africi optimi modios centum dare oportere, qua de re agitur; quanti ea res est, tantam pecuniam iudex N^{um}. N^{um}. A^o. A^o. condemnato, si non paret, absolvito* (abreviado como *c. s. n. p. a.*) = Si resulta probado que el demandado debe dar al demandante cien modios del mejor trigo africano, en este asunto, por el que se litiga, condena, juez, al demandado a pagar al demandante la cantidad de dinero en que esté valorada esta cosa; si no resulta probado, absuélvelo. (Cfr. LENEL, EP, pág. 239 s.).

Aquí la *intentio (Si paret ... agitur)* es igualmente *certa*, pero la *condemnatio (quanti ... absolvito)* *incerta* (Gai. 4, 51). Por lo demás, *vid. supra* [83.12].

3. *Actio depositi*

- 14 Para esta pretensión existían dos fórmulas una junto a otra, una (más antigua) de Derecho *honorario* y la otra (más reciente) *civil* (cfr. Gai. 4, 47):

a) *Si paret A^{um}. A^{um}. apud N^{um}. N^{um}. mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo Ni. Ni. Ao. Ao. redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Num. Num. Ao. Ao. c. s. n. p. a.* = Si resulta probado que el demandado depositó en casa del demandado una mesa de plata, y que esta mesa, a

causa del dolo malo del demandado, no se devolvió al demandante, condena, juez, al demandado a pagar al demandante la cantidad de dinero en que esté valorada esta cosa [en el momento en que recaiga la sentencia]; si no resulta probado, absuélvelo.

Esta fórmula del *ius honorarium* es una **formula in factum concepta**: no remite a una obligación existente y reconocida (con un *dare oportere*). Más bien nombra la *intentio* el estado de cosas (el *factum*) que el pretor considera como justificativa de la acción, con todos sus requisitos: depósito en casa del demandado, no devolución a causa del dolo de este.

Quod Aus. Aus. apud Num. Num. mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid 15 ob eam rem Num. Num. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Num. Num. Ao. Ao. condemnato nisi restituat, s. n. p. a. = Si resulta probado que el demandante depositó en casa del demandado una mesa de plata, en este asunto, sobre el que se litiga, condena, juez, al demandado, si no la devuelve, en todo lo que el demandado deba dar y hacer [en general: a pagar (*cfr. supra* [35.1])] para el demandante por este motivo según la buena fe; si no resulta probado [que está obligado], absuélvelo. 15

Esta fórmula es (así como las dos de *supra* [83.12 y 13]) una **formula in ius concepta**: con *dare facere oportet*, remite para la causa de la obligación y el contenido de la prestación al ordenamiento jurídico existente, el *ius civile*, sin describir con más detalle los requisitos (entendidos como fijos y conocidos) de la obligación.

La fórmula tiene una *intentio incerta* en *quidquid ... oportet*, y necesita, por tanto, de su individualización mediante una *demonstratio* «*quod ... agitur*». La acción se refiere aquí a un *bonae fidei iudicium*: la obligación se determina, según esto, por un *oportet ex fide bona* (*vid.* [33.6]). El juez puede considerar en todo caso, sobre la base de la especial redacción de la *condemnatio* (*eius... condemnato nisi restituat...*), si el demandado ha devuelto la cosa entregada en depósito. **Lit.:** S. A. CRISTALDI, «La sigla nr nella *formula in ius* dell'*actio depositi*», SZ 133 (2016) 135.

4. Otros *bonae fidei iudicia*

Las fórmulas de los otros *bonae fidei iudicia* se distinguen (en general) solo por la *demonstratio*. Ejemplos (que deben ser todos ellos leídos con la ampliación «*qua de re agitur*» = «en este asunto sobre el cual se litiga»): **Actio empti:** *quod A^{us}. A^{us}. de N^o. N^o. hominem* (un esclavo como ejemplo), *quo de agitur emit* = «por lo que se refiere a que el demandante ha comprado del demandado el esclavo del que aquí se trata»; – **actio venditi:** *quod A^{us}. A^{us}. de N^o. N^o. hominem, quo de agitur vendidit* = «por lo que se refiere a que el demandante ha vendido al esclavo del que se trata»; – **actio locati:** *quod A^{us}. A^{us}. N^o. N^o. fundum* (así en el caso de arrendamiento de cosa o arrendamien- 16

to rústico; en el caso de arrendamiento de servicios: *se operasve suas*; en el de arrendamiento de obra: *opus* [descripción más detallada] *quo de agitur locavit* = «por lo que se refiere a que el demandante ha arrendado al demandado el fundo (a sí mismo o sus servicios; la obra que ha de ejecutarse) del que aquí se trata»; – **actio conducti**: *quod A^{us}. A^{us}. de N^o. N^o. fundum (operas, opus faciendum), quo de agitur conduxit* = «por lo que se refiere a que el demandante ha tomado en arriendo del demandado el fundo (los servicios; la obra que ha de ejecutarse), del que aquí se trata»; – **actio mandati**: *quod A^{us}. A^{us}. N^o. N^o. mandavit, ut ...* = «por lo que se refiere a que el demandante ha encomendado como mandato al demandado que ...»; – **actio negotiorum gestorum**: *quod N^{us}. N^{us}. negotia Aⁱ. Aⁱ. gessit* = «por lo que se refiere a que el demandado ha gestionado los negocios del demandante»; en el caso de la *actio contraria*: *quod A^{us}. A^{us}. negotia Nⁱ. Nⁱ. gessit* = «por lo que se refiere a que el demandante ha gestionado los negocios del demandado»; – **actio tutelae**: *quod N^{us}. N^{us}. negotia Aⁱ. Aⁱ. tutelam gessit* = «por lo que se refiere a que el demandado ha desempeñado la tutela sobre el demandante»; la *actio contraria* se plantea aquí también con un simple intercambio de sujetos: «el demandante ha desempeñado la tutela sobre el demandado». – Claramente muy distintas se muestran las fórmulas de la **actio fiduciae** (*directa* y *contraria*) y de la **actio rei uxoriae** (planteada por el *melius aequius*: sobre esta, *vid. supra* [59.19]).

Lit.: *A^o mandati*: R. WITTMANN, «Die Prozeßformeln der *actio mandati*», *MuV*, 39 (con WACKE [*ante* (44.1)], 103); *a^o tutelae*: D. NÖRR, «Prozeßrecht und Prozeßpraxis in der Provinz Arabia», *SZ* 115 (1998) 83 = *HIA*, vol. III, 2202; PLATSCHEK [33.7], 284.

5. *Actio ex stipulatu (incerti)*

- 17 *Quod A_{us}. A_{us}. de N_o. N_o. incertum (en caso de necesidad, brevemente descrito) stipulatus est, quidquid ob eam rem N_{um}. N_{um}. A_o. A_o. dare facere oportet, eius iudex N_{um}. N_{um}. A_o. A_o. c. s. n. p. a.* = Por lo que se refiere a que el demandado ha estipulado [*i. e.* se ha hecho prometer] del demandado algo indeterminado [descrito con más detalle], condena, juez, al demandado a todo lo que el demandado debe dar o hacer para el demandante (*cf.* 83.15) por este asunto; si no resulta probado [que está obligado], absuélvelo. (*Cfr.* Gai. 4, 136 s.).

Se trata de una acción de derecho estricto por un *incertum*, por tanto, es una *formula incerta*, pero sin la cláusula *ex fide bona*.

6. *Rei vindicatio (formula petitoria, vid. supra [22.17])*

- 18 *Si paret rem (referencia concreta) qua de agitur ex iure Quiritium A_i. A_i. esse neque ea res (arbitrio tuo?) restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iu-*

dex N_{um.} N_{um.} A_{o.} A_{o.} c. s. n. p. a. = Si resulta probado que la cosa de la que aquí se trata es propiedad por el Derecho de los Quirites del demandante, y esta cosa no es restituida (¿según tu arbitrio?), condena, juez, al demandado a pagar al demandante la cantidad de dinero en que esté valorada la cosa si no resulta probado, absuélvelo. (Cfr. Gai. 4, 34; 51; Inst. 4, 6, 31; LENEL, *EP*, 185 s.).

La fórmula es una civil, que remite la *intentio* «*si ... esse*» a la propiedad quiritaria (sin describir con más detalle sus requisitos). La acción es una *actio in rem*, y por tanto no se funda en una obligación del demandado; más aún, el demandado no es en absoluto mencionado en la *intentio*, tampoco su posesión, que determina su legitimación pasiva (*vid.* al respecto *supra* [27.9-10 y 12]).

La cláusula *neque ... restituetur* (¡en futuro!) convierte la fórmula (con independencia de si para el caso contiene la remisión al *arbitrium iudicis* o no) en una **formula arbitraria**, con el efecto de que, en este procedimiento, la condena pecuniaria se subordina a que se produzca la deseada *restitución natural* al demandante. Sobre el procedimiento con una decisión intermedia del juez (*pronuntiatio*), autorizando al demandado para la restitución al demandante y, en caso de no producirse esta, la condena al demandado según el juramento estimatorio del demandante (*iusiurandum in litem*), *cfr.* más detalles *supra* [27.17]. Sobre el ámbito de aplicación de este procedimiento arbitral, *vid. supra* [34.9].

7. *Actio Publiciana* (*vid. supra* [27.25-29])

Si quem hominem A_{us.} A_{us.} (bona fide?) emit et is ei traditus est, anno possedis- 19
set, tum si eum hominem, de quo agitur, eius ex iure Quiritium esse pareret neque ea res ... (arbitrio tuo?) restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N_{um.} N_{um.} A_{o.} A_{o.} c. s. n. p. a. = Si el demandante compró (¿de buena fe?) un esclavo y este le fue entregado, si resulta que, si hubiera poseído durante un año a ese esclavo acerca del cual se litiga, el demandante se hubiera convertido en su propietario por el Derecho de los Quirites, y si esta cosa ... no se entrega (¿según tu arbitrio?), cuanto sea el valor del asunto, a tanto dinero tú, juez, ... (como en [83.18]). *Cfr.* Gai. 4, 36; F. STURM, «Zur ursprünglichen Funktion der *actio Publiciana*», RIDA 9 (1962) pág. 357 n. 1; MANTOVANI (*vid. supra* [83.11], 46).

«Si el demandante compró (¿de buena fe?) un esclavo y este le fue entregado, si resulta que, si hubiera poseído durante un año a ese esclavo acerca del cual se litiga, el demandante se hubiera convertido en su propietario por el Derecho de los Quirites...»: con esta **formula ficticia** defiende el pretor al poseedor *ad usucapionem* por medio de una ficción según la cual lo trata como si ya hubiera completado el plazo de usucapión (de un año) y con ello se hubiera convertido en propietario quiritario del mismo, de

modo que tendría a su disposición la *rei vindicatio*. De tales fórmulas ficticias se valía el pretor diversamente, p. ej. cuando en la *in integrum restitutio* considera una adquisición de derecho como si no hubiera tenido lugar (*vid. infra* [86.7]), o cuando, en virtud del procedimiento concursal, pone al *bonorum emptor* como si fuera el sucesor hereditario del deudor concursado, o cuando hace accesible un acción penal del *ius civile* a favor (o en contra) de un no-ciudadano con la ficción *si civis esset* (*i. e.* como si fuera un ciudadano), Gai. 4, 37; *vid. también infra* [83.22] *i. f.* Pero también allí donde la fórmula ficticia se adhiere a una civil se la cuenta siempre en el *ius honorarium*.

8. *Actio furti nec manifesti*

- 20 a) *Si paret A_o. A_o. a N_o. N_o. furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem N_{um}. N_{um}. pro fure damnum decidere oportet, quanti ea res fuit, cum furtum factum est, tantae pecuniae duplum iudex N_{um}. N_{um}. A_o. A_o. c. s. n. p. a.* = Si resulta que al demandante se le hubiera arrebatado una copa de oro por el demandado, por lo que el demandado debe ser condenado como ladrón, condena tú, juez, al demandado a pagar al demandante una suma de dinero igual al doble del valor que tenía la cosa en el momento de cometerse el hurto; si no resulta probado, absuévelo.

En la base de esta fórmula está el supuesto de hecho de un delito del *ius civile* (*furtum*: hurto, robo, sustracción). Las Doce Tablas (8, 16) imponen una responsabilidad al *fur nec manifestus*, de la que puede liberarse con una compensación expiatoria mediante el pago del doble del valor de la cosa sustraída (con *duplione damnum decedito*); a ello hace referencia la fórmula con la expresión *pro fure* (como ladrón) *damnum decidere oportet* e impone en la *condemnatio* la *poena dupli*. **Lit.:** K. HACKL, «Gaius 4, 37 und die Formel der *actio furti*», en *Fs. Waldstein (ante [3.8])*, 127; sobre ello, NELSON – MANTHE III 3, 188; además, J. PLATSCHKE, «Die Klageformel gegen den peregrinen Dieb in Gai. 4, 37: Zugleich zum Aufbau der *actio furti*», SZ 131 (2014) 395.

- 21 b) Si la acción se da como *actio noxalis* porque el delito fue cometido por un hijo de familia o un esclavo, entonces se menciona la *noxae deditio* de forma alternativa al deber de expiación y a la condena pecuniaria.

P. ej. en la *actio furti*: «*Si paret A^o. A^o. a Sticho Nⁱ. Nⁱ. ... furtum factum esse ..., quam ob rem N^{um}. N^{um}. aut pro fure damnum decidere aut Stichum noxae dedere oportet, quanti ... factum est, tantae pecuniae duplum dare aut Stichum noxae dedere iudex N^{um}. N^{um}. A^o. A^o.*» = Si resulta que al demandante se le hubiera arrebatado por Estico, esclavo del demandado, y el demandado por ello debe pagar, como ladrón, una expiación o entregar a Estico como culpable, condena tú, juez, al demandado a pagar al demandante una suma de dinero igual al doble del valor que tenía la cosa en el mo-

mento de cometerse el hurto, o a entregar a Estico como culpable; si no resulta probado, absuélvelo. (Cfr. LENEL, EP, 330).

9. *Actio quod iussu* como ejemplo de una *acción adyecticia (actio venditi* 22 por la venta de una toga a un hijo de familia llamado Gayo):

Quod iussu Ni. Ni. Aus. Aus. Gaio, cum is in potestate Ni. Ni. esset, togam vendidit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Gaium Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Num. Num. Ao. Ao. c. s. n. p. a. = Por lo que se refiere a que el demandante vendió a Gayo, cuando este estaba bajo la patria potestad del demandado, con la autorización de este, una toga, cuestión acerca de la que se litiga, condena tú, juez, al demandado para el demandante a todo lo que por esta causa deba dar o hacer según la buena fe (cfr. [83.15]); si no resulta probado, absuélvelo. (Cfr. Lenel, EP, pág. 278).

Esta fórmula con *cambio de sujetos* (la llamada **trasposición de sujetos**) Gayo nombra en la *demonstratio* y en la *intentio* al hijo de familia como obligado, pero la *condemnatio*, en cambio, se impone, como siempre, al demandado (esto es, al *paterfamilias* de Gayo). Si el contrato no lo hubiera concluido un hijo de familia *iussu patris*, sino un esclavo *iussu domini*, el cual no puede obligarse según el *ius civile*, entonces la *intentio* debería rezar: «... *quidquid ob eam rem Stichus, si liber esset ex iure Quiritium, Aº. Aº. dare facere oporteret* ...» = «en todo lo que Estico, si hubiera sido libre según el Derecho de los Quirites, hubiera debido pagar por esta razón al demandante...». La fórmula sería aquí, por tanto, una ficticia.

En la *actio de peculio vel de in rem verso*, con la responsabilidad limitada contablemente que implica (vid. *supra* [49.5 y 9]), la *condemnatio* reza así: «... *eius iudex N^{um}. N^{um}. Aº. Aº. dumtaxat de peculio et si quid dolo malo Nⁱ. Nⁱ. factum est, quo minus peculii esset, vel si quid in rem Nⁱ. Nⁱ. inde versum est, c. s. n. p. a*» = «condena, juez, al demandado a favor del demandante como máximo en el valor del peculio y, si ha sucedido que por el dolo del demandado que algo no pertenezca al peculio, o si algo ha sido invertido en el patrimonio del demandado [también hasta la cuantía del valor de ello]; si no resulta probado, absuélvelo» (cfr. LENEL, EP, 282). 23

10. *Actio communi dividundo*

Quod L. Titius C. Seius de communi (eorum?) dividundo et si quid in communi damni datum factumve sit sive quid eo nomine aut absit eorum cui aut ad eorum quem pervenerit, iudicem sibi dari postulaverunt, quantum L. Titio C. Seio adiudicari oportet, iudex L. Titio C. Seio adiudicato; quidquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet (ex fide bona?) eius iudex alterum alteri c. s. n. p. a. = Por lo que se refiere a que Lucio Ticio y Cayo Seyo hayan soli- 24

citado que se les conceda un juez para la partición del bien común (¿de ellos?) [de su propiedad], así como para el caso de que se hubiera producido algún daño en el bien común o que a uno de ellos por esta razón le falte algo [que se le deba pagar] o que uno de ellos ha obtenido algo [que ha de pagar], adjudica, juez, lo que a L. Ticio y Cayo Seyo ha de atribuirse en propiedad, a L. Ticio y a Cayo Seyo, y condena a uno respecto al otro en todo aquello que el uno al otro le deba por este motivo (según la buena fe); si no resulta probado, absúélvelos. (Cfr. LENEL, *EP*, 211).

En esta acción divisoria no están las partes entre sí, como en las otras acciones, en las posiciones contradictorias de demandante y demandado, sino que ambas partes (o las que fueran) solicitan al pretor el nombramiento de un *iudex* (anteriormente de uno o varios *arbitri*) que realicen la separación entre ellos. Para ese fin recibe el juez en la *adiudicatio* formularia (vid. *supra* [83.9]) la capacidad de atribuir la propiedad. Pero además puede imponer prestaciones compensatorias, para lo que está habilitado en la *conemnatio incerta*. Puesto que la acción sirve para la liquidación de la comunidad entre todos los participantes, cada una de las partes puede ser condenada frente a las demás por el saldo resultante entre ellas. La *demonstratio* dice expresamente que también las prestaciones indemnizatorias, así como la ganancia conseguida y la pérdida sufrida, deben ser tomadas en consideración. (Sobre todo esto, cfr. *supra* [23.22]; [43.17]).

25 **11.** Las fórmulas de las **acciones prejudiciales** (*praeiudicia*, porque en su mayoría se ejercitan para la decisión de cuestiones previas para futuras acciones dirigidas a una prestación) consisten solo en una *intentio*, p. ej. «*an N^{us}. N^{us}. libertus Aⁱ. Aⁱ. sit?*» = «¿si el demandante es liberto del demandado?»; «*quanta dos ... sit ?*» = ¿qué cuantía tiene la dote...?»: Gai. 4, 44. **Lit.:** K. HACKL, *Praeiudicium im klassischen römischen Recht*, München, 1976. Vid. también [15.14].

26 **12.** La **exceptio** es, como su nombre indica, una *excepción* de las condiciones de la condena de la fórmula. Se introduce en una frase condicional negativa por delante de la *condemnatio*; v. gr. la *exceptio doli*: «... *si in ea re nihil dolo malo Aⁱ. Aⁱ. factum sit neque fiat (quanti ea res...)*» = «si en este asunto no ha sucedido nada por dolo de Aulo Agerio y tampoco sucede [ahora]» (Gai. 4, 119; cfr. *supra* [34.18]).

Otros ejemplos: «*si in ea re nihil metus causa... o ... nihil contra legem senatusve consultum factum est*» = si en este asunto no se ha hecho nada a causa del miedo ... o ... no se ha hecho nada contra una ley o un senadoconsulto.—La **replicatio** (*i. e.* contraexcepción) sigue en el texto de la fórmula a la *exceptio* con *aut si ...* = o si... (Gai. 4, 126). Las excepciones son creaciones pretorias en su totalidad, incluso si se apoyan en fuentes del *ius civile* (*leges, SCta.*); en el proceso de las *legis actiones* eran aún

desconocidas.—El edicto contiene numerosas excepciones: Gai. 4, 118; LENEL, *EP*, 501, vid. también PELLECHI [38.13].

13. Las *praescriptiones* son, como las *exceptiones*, partes *extraordinarias* de la fórmula, que se ponen, en interés del *demandante* (*pro actore*), y en el antiguo Derecho también del demandado (*pro reo*), en el primer lugar de la fórmula con la expresión «*ea res agatur...*», a fin de limitar el objeto litigioso y, por tanto, el efecto consuntivo de la acción. *Cfr.* Gai. 4, 130 ss.

Así, por ej., si se demandara solo por la pensión vencida de una estipulación de rentas («*ea res agatur, cuius rei dies fuit*» = «que se litigue [aquí solo] si la cosa cuyo término de vencimiento ya ha llegado»: Gai. 4, 137). La *praescr. pro reo* fue desplazada en la época clásica por la *exceptio*; vid. un ejemplo *supra* [75.13].—La *praescriptio* postclásica es algo distinto, vid. *infra* [87.8]. **Lit.:** R. FIORI, *Ea res agatur*, 2003; L. PELLECHI, *La praescriptio. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Pavia, 2003.

§ 84. El procedimiento ante el juez (*apud iudicem*)

(KASER – HACKL, §§ 51-55)

I. PROCEDIMIENTO HASTA LA SENTENCIA

- 1 El procedimiento ante el juez unipersonal o ante el colegio de jueces está orientado a la *práctica de la prueba* y la *emisión de una sentencia*. El *iudex* (o los otros órganos juzgadores, *vid. supra* [82.15-17]) es instruido por la fórmula sobre el objeto del litigio, de cuya investigación y decisión está encargado. Está vinculado a la fórmula y a su contenido, en la medida en que ha de decidir sobre las cuestiones de hecho y de derecho que la fórmula (y su interpretación) le presentan a su juicio; ha decidir sobre ellas, pero *solo* sobre ellas.
- 2 En el proceso de las *legis actiones* se emplazaban las partes tras el nombramiento del juez a una comparecencia ante este en el segundo día (*comperendinatio*); ahí se le presentaba sucintamente la causa al juez (*causae coniectio*), y luego comenzaban las exposiciones de las partes (Gai. 4, 15). Para el proceso formulario conocemos, a partir de los capp. 90-92 de la *lex Irnitana*, la expresión *intertium dare* para la fijación de la comparecencia ante el órgano juzgador – Según las Doce Tablas (1, 7-9) el proceso debía sustanciarse en un solo día y la sentencia dictarse antes de la caída del sol; sin embargo, era y siguió siendo posible un aplazamiento. Frente a una dilación obstructora actuaba la regulación de la *mors litis* (*vid. supra* [80.20]).—Si una parte fallecía o se hacía necesario un cambio de una parte por alguna otra razón, el magistrado, que debía ocuparse de nuevo de las partes, trasladaba el proceso por decreto a los nuevos personados en el mismo, entre los cuales se continuaba el proceso desarrollado hasta entonces. **Lit.:** F. ERXLEBEN, *Translatio iudicii. Der Parteiwechsel im römischen Formularprozess*, München, 2017.
- 3 **2.** a) El procedimiento ante el juez está dominado por los principios de *inmediatez* y *oralidad*. El **procedimiento probatorio** en especial está además sometido al principio de *libre apreciación*. Esto es válido sobre todo para la cuestión de la **apreciación del valor del medio probatorio**, en la que los romanos ya pronto alcanzaron el principio de la libertad del juez.

Frente a esto, el Derecho romano *antiguo* limitó aún la libertad de apreciación del juez por la vía de extraer, sin más y sin posibilidad de discusión, determinadas consecuencias fijas a partir de ciertas situaciones de hecho; así p. ej. el poseedor de una cosa robada, tras una «simple» inspección de la casa ante testigos, era considerado sin más como culpable de *furtum conceptum*.

4. b) Para la **carga de la prueba** se aplicaba la regla de que, en general, el *demandante* había de probar las circunstancias que fundamentaban su *actio*, y el *demandado* las que justificaban su *exceptio*. Otra regla es que debía probar quien *afirma* algo, no quien lo discute. Pero estas eran en principio simples reglas de experiencia que solo paulatinamente se reforzaron como reglas de Derecho. En caso de afirmaciones *negativas* («que algo no ha ocurrido») la carga de la prueba generalmente *se invierte*, de modo que el contrario debe probar que lo supuestamente no sucedido sí tuvo lugar (*vid.* un ejemplo *supra* [38.25]). Sobre la carga de la prueba en caso de la excepción por donación, *vid.* WACKE (*ante* [47.1]).

En este contexto se hallan también las **presunciones** (*praesumptiones*), en virtud de las cuales una circunstancia se tiene por dada sin aportación de pruebas; en todo caso, hasta que el oponente presente alguna prueba en contrario (la presunción que puede ser abatida se denominó en la Edad Media **praesumptio iuris*, y la que no admite prueba en contrario **praesumptio iuris et de iure* [*contrariam probationem non admittens*]). Puede ser objeto de contradicción, p. ej., la presunción de buena fe, *cfr. supra* [25.11]). En el proceso formulario las presunciones, en general, juegan un papel reducido (una excepción, que se remonta a la época antigua, *vid. supra* [59.6]). Pero sí se encuentran numerosas *reglas de interpretación* que los juristas desarrollaron para las normas y los actos jurídicos (*cfr. supra* [8.12-17]). Pertenecen al Derecho material, pero en el proceso pueden entenderse como reglas de la carga de la prueba.

c) La *alegación* de las pruebas es competencia de las *partes*, no del juez; a ellas les compete también facilitar los **medios de prueba**, para lo que, en general (aunque *vid. infra* bb)), no viene en su ayuda ningún tipo de coerción estatal contra terceros (testigos, etc.).

Como *medio de prueba* vale todo lo que sirve como motivo para la decisión judicial (fundamento de la prueba). Los más importantes son: aa) el **testimonio de parte**, a menudo reforzado por **juramento** (*iusiurandum*). A diferencia del juramento autorizado *in iure* por el pretor (*vid. supra* [82.8]), el prestado ante el juez, que normalmente se basa en un acuerdo de las partes, está sujeto, al menos en el Derecho avanzado, a la libre apreciación judicial. Asimismo, no es directamente vinculante para el juez la **confesión** de hechos (bajo juramento o no); en cambio, algo diferente sucede con el *reconocimiento* de la *pretensión* del actor, que es posible no solo ante el magistrado (como *confessio in iure*, *vid. supra* [82.10]), sino también ante el juez (crítico al respecto, WACKE [34.12], pág. 506).—bb) Los **testigos** (*testes*), que son aportados por las *partes* y son interrogados ante el juez por ellas (o sus representantes). Una coerción jurídica para prestar testimonio, en general, no existe; solo el *testigo formal* que ha colaborado (*testatio*) en determinados actos solemnes, como los negocios librales o la redacción de un documento testifical (*testatio: vid. supra* [7.2]; [7.31]), si posteriormente reniega de su testimonio, se convierte, ya según las Doce Tablas (8, 22) en *improbus intestabilisque*, es decir, incapaz de ser testigo formal y de traer tales testigos

para sí. A los testigos, antes de prestar su testimonio, se les toma juramento; primero son interrogados los de la parte demandante, luego los de la demandada (a veces, también con el permiso de la parte contraria de hacer preguntas entrecruzadas); todo testigo es interrogado solo una vez.—cc) **Documentos** de diverso tipo (pagarés, recibos, escrituras negociales, testamentos, libros de cuentas, libros mercantiles, facturas, etc.), que son presentados por cada una de las partes. Sobre la posibilidad de asegurar para la práctica de la prueba judicial, mediante documento firmado por testigos (*testatio*), la conclusión de negocios, pero también otros hechos, entre los cuales se encuentran también las propias declaraciones de los testigos, *vid. ya supra* [7.32].—Ocasionalmente se admite dd) una **inspección ocular** o se escucha a ee) *peritos* (v. gr. matronas sobre los embarazos; agrimensores).—Sobre *intestabilis*, *vid.* [13.13].

II. LA SENTENCIA

- 7 **1.** Tras la conclusión de la fase de pruebas (y normalmente tras los discursos conclusivos de las partes), el juez (o el colegio de jueces) dicta la *sententia* (sentencia; *iudicatum* = contenido de la sentencia; *res iudicata* = cuestión litigiosa resuelta) y la da a conocer en presencia de las partes.

El juez, al inicio de su función, ha de *prestar juramento* de que actuará conforme al Derecho y la verdad. Los conocimientos jurídicos requeridos debe procurárselos por sí mismo; en todo caso se asesora por juristas como consejeros (*consilium*), a cuya opinión jurídica, con todo, no estaba vinculado. Si el juez no llega a una decisión, porque la situación de hecho o de derecho le seguía quedando poco clara, puede manifestar bajo juramento «que a él la cosa no le resulta clara» (*rem sibi non liquere*); luego ha de nombrarse otro juez. Los tribunales colegiados deciden por mayoría absoluta; en caso de empate, se resuelve a favor de la libertad (*favor libertatis*).—Si una parte *no comparece*, las Doce Tablas (1,8) establecen que el juez debe esperar hasta el mediodía y después resolver en favor de la parte compareciente (*post meridiem praesenti litem addicito*; después del mediodía, debe adjudicar el objeto del litigio a la parte compareciente: *sententia en rebeldía*). En el proceso formulario sigue subsistiendo esta regla. **Lit.:** Th. MAYER-MALY, «*Jurare sibi non liquere und Rechtsverweigerungsverbot*», en *Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozeßrecht: Fs. F. Matscher*, Wien, 1993, 349; J. G. WOLF, «*Iudex iuratus*», en *Est. Miquel*, 1087.

- 8 **2.** La sentencia debe corresponder al programa procesal reflejado en la *fórmula*. Por su *contenido*, puede ser una sentencia que impone una prestación, o conforma un derecho o resuelve una cuestión previa (*vid. supra* [4.7]). En las acciones que imponen una prestación, contiene la expresión «*condemno*» o «*absolvo*»; la sentencia condenatoria (salvo en el caso de las acciones noxales, *vid. supra* [83.21]) consiste solo en una determinada *suma de dinero* (sobre el

principio de la *condemnatio pecuniaria*, *vid. supra* [34.22-24]). En el caso de las acciones divisorias, la sentencia, en la que se contiene la conformación de un derecho –la mayor parte de las veces una atribución de la propiedad–, se utiliza la expresión «*adiudico*»; donde se reconoce a una parte una prestación, «*condemno*» (*vid. supra* [83.24]). En el caso de los *praeiudicia*, se trata de una fijación de un hecho previo (*vid. supra* [83.25]).–No está probado para el proceso formulario que la sentencia hubiera de contener una motivación; si la hubiera, sería breve (*cf.* Cicerón, *de off.* 3, 16, 66). **Lit.:** D. A. CENTOLA, «Riflessioni sulla problematica della motivaciones della sentenza nel processo romano», SD 78 (2012) 407.

3. a) La sentencia del o de los jurados es normalmente definitiva e inalterable (tiene el valor de **cosa juzgada formal**). En época antigua, esto valía siempre para las sentencias de los jurados, porque estos tribunales resolvían en única instancia; sin embargo, *vid.* inmediatamente a continuación. 9

El juez mismo ya no puede cambiar la sentencia que ha sido pronunciada. Si es *nula* (v. gr. por falta de un presupuesto procesal o por un grave error procesal), la nulidad ha de ser observada de oficio, sin un procedimiento ulterior. El motivo de nulidad puede ser fijado también en la *appellatio* (*vid. infra* b)). Una anulación de la sentencia por medio de una *in integrum restitutio* (a petición de parte) solo está disponible en casos excepcionales. Sobre la responsabilidad del *iudex, qui litem suam fecit*, *vid. supra* [51.28].

b) En la época del Principado aparece una **apelación** (*appellatio*, también *provocatio*); en principio contra sentencias de la *extraordinaria cognitio*, y paulatinamente también contra las dictadas en el proceso ordinario. Se dirige al emperador o a los funcionarios imperiales delegados (*vid. supra* [80.21]) y puede conducir a la anulación o también a la modificación de la sentencia. Sus orígenes se sitúan en el poder de mando de los tribunos de la plebe (*tribunicia potestas*) del que disponía Augusto, el cual comprendía un poder de «interposición» (*intercedere*) contra actos de un magistrado, y estaba previsto especialmente para servir para la defensa del «ciudadano corriente». **Lit.:** KASER – HACKL, § 75, *cf.* también *supra* [82.5]. 10

4. La sentencia produce el **efecto** de que la cuestión jurídica sobre la que trata está finalmente resuelta y, en la medida de que es inimpugnable, de forma definitiva. 11

a) A partir de la sentencia condenatoria a realizar una prestación, queda abierta la vía de la *ejecución* (*vid. infra* § 85).

- 12 b) El contenido de la sentencia crea primariamente derecho *inter partes*, *i. e.* entre las partes (valor de **cosa juzgada material**), y como principio solo entre ellos, incluyendo a sus sucesores jurídicos, pero no frente a terceros (*cf.* [87.10]); pone fuera de cuestión la controversia jurídica que se ha discutido entre ellas. Si contiene la sentencia una *adiudicatio*, por la fuerza de su efecto conformativo, crea una situación jurídica frente a cualquiera (*vid.* [83.9]). En los demás casos, la sentencia no produce normalmente ninguna configuración jurídica (una excepción se da, p. ej., en el caso del *praeiudicium* sobre la determinación de la paternidad: Marcell.— Ulp. D. 25, 3, 3 pr., y en las causas sobre el *status*).

Puesto que el valor de cosa juzgada (a diferencia de lo que sucede en el Derecho procesal moderno) no se examina de oficio, se da para el actor la posibilidad de volver a demandar, y queda entonces al arbitrio del demandado si hace valer la *exceptio rei iudicatae* (*vid.* [82.25]). Si deja pasar esto, puede llegarse a una sentencia nueva, y posiblemente divergente (*cf.* Paul. D. 4, 3, 25). Frente a esto, en los procesos sobre el *status*, dado que en ellos se investiga de oficio la verdad material, existe según la jurisprudencia una estricta vinculación a la sentencia, de modo que esta produce un efecto *prejudicial*. La frase extraída de Ulp. D. 1, 5, 25, y citada en D. 50, 17, 207 como regla jurídica, *res iudicata pro veritate accipitur* (*i. e.* una cuestión resuelta con valor jurídico se toma como verdad) se refiere a las sentencias sobre el *status* que aclaran la condición de *ingenuus* de una persona. Si tal sentencia hubiera conducido a un resultado injusto, solo puede examinarse en un procedimiento formal de reconsideración.

Lit.: WACKE [22.4]; EL MISMO., «*Res iudicata pro veritate accipitur?* Die Ziele des römischen Zivilprozesses zwischen Verhandlungsmaxime und Untersuchungsgrundsatz», en *Gs. für T. Mayer-Maly*, Wien, 2011, 489; EL MISMO., «Drittwirkung und Rechtskraftgrenzen richterlicher Gemeinschaftsteilung», en *Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag*, Köln *et al.*, 1990, 603; EL MISMO., «Urteilswirkungen gegenüber Dritten?», OIR 9 (2004) 197; sobre historia dogmática *vid.* G. PUGLIESE, «*Res iudicata pro veritate accipitur*», en *Studi in onore di Edoardo Volterra*, vol. V, Milano, 1971, 783 = G. P., *Scritti giuridici scelti*, vol. II. *Diritto romano*, Napoli, 1985, 199; MARRONE (Rz 82.24); L. GAROFALO, ed., *Res iudicata*, 2 vols., Milano, 2015 (colección de artículos).

- 13 El proceso instituido y tramitado produce además la *exclusión* de un segundo proceso *de eadem re*; pero este efecto excluyente, como regla, no está unido a la sentencia, sino a la *litis contestatio* (*vid. supra* [82.24-25]).

c) Con la condena se cambia, según la doctrina clásica, el *condemnari oportere* (*i. e.* el sometimiento del demandado a la posible condena) por el *iudicatum facere oportere*, es decir, la obligación de pagar la suma de dinero establecida en la condena. Sobre esta llamada *segunda novación procesal*, *vid. supra* [54.7]. Sobre el efecto adquisitivo

14

con base en la condena pecuniaria, *vid. supra* [27.22]. **Lit.:** A. SALOMONE, *Iudicati velut obligatio: storia di un dovere giuridico*, Napoli, 2007 (con P. GRÖSCHLER, SZ 128 [2011] 657).

§ 85. La ejecución en el procedimiento formulario

(KASER - HACKL, §§ 56-61)

I. GENERALIDADES

- 1 En el procedimiento de las *legis actiones* se producía la ejecución por las *actiones in personam*, si prescindimos de los casos excepcionales de una *pignoris capio* (vid. al respecto [81.13]), normalmente por la vía de la *ejecución personal* que se introducía con la *manus iniectio* y que, si el responsable no era rescatado antes, conducía según las Doce Tablas posiblemente a su muerte o a su esclavización, o en la práctica sin duda a su servidumbre por deudas (vid. *supra* [81.10-12]).
- 2 En el ámbito del **proceso formulario** es posible el procedimiento ejecutivo por toda clase de sentencias que imponen una prestación (incluidas las *actiones in rem*, vid. *infra* [85.3]). La antigua ejecución personal con el objetivo de la servidumbre por deudas sigue existiendo aún, pero ahora se ve apartada por una ejecución en el patrimonio del deudor. Este procedimiento introducido con el embargo del patrimonio (*missio in bona*) es una creación del Derecho pretorio (sin embargo, vid. *supra* [81.12]). Afecta –en el desarrollo ulterior de la ejecución personal, de la que deriva– siempre a la *totalidad* del patrimonio del deudor, que se utiliza en favor del *conjunto* de sus acreedores en un procedimiento unitario. Por tanto, todavía en la época clásica, la ejecución ordinaria es siempre un procedimiento **concursal**, y por consiguiente una *ejecución general*. Una «ejecución especial» en algunos bienes particulares solo se reconoció junto a esta en casos excepcionales a favor de determinadas personas necesitadas de protección.

II. EJECUCIÓN PERSONAL Y PATRIMONIAL

- 3 **1.** La ejecución se inicia cuando el acreedor solicita al magistrado la concesión de la **actio iudicati** (*i. e.* la acción por la sentencia) contra el deudor. En ella se examina sobre todo la adecuación jurídica del título (sentencia, confesión, juramento forzoso rechazado).

La *actio iudicati* se plantea contra el condenado (*iudicatus*); contra el que ha confesado *in iure* (*confessus*) existe una acción correspondiente a ella: tanto una como otra se ejercitan solo una vez transcurrido el plazo de 30 días ya previsto en las Doce Tablas

(3, 1), *vid. supra* [37.17]; [81.11]. Casos de ejecutabilidad sin acción y sentencia (*vid. supra* [32.15]) ya no hay en el procedimiento formulario. Por otro lado, ahora también está sometido el demandado que ha contestado a una *actio in rem* y ha sido condenado (a partir de la fórmula petitoria, es decir, de la fórmula de la *rei vindicatio* que conduce a la condena pecuniaria en la cuantía del valor de la cosa, *vid.* [82.10]), como *iudicatus*, a la ejecución. Ya hemos visto que la ejecución, en todo caso, solo está permitida por una determinada suma de dinero (*cf. supra* [34.22]; sobre la *actio confessoria*, *vid. supra* [82.10]). **Lit.:** C. BUZZACCHI, *Studi sull'actio iudicati nel processo romano classico*, Milano, 1996; A. SALOMONE (*vid.* [84.12]).

A partir de la solicitud de la *actio iudicati* se llega solo excepcionalmente a un procedimiento contencioso, si el deudor discute la culpabilidad de la sentencia (o lo que sea equivalente) u opone una excepción. Si se llega a un procedimiento contencioso, lo hace con el riesgo de la *litiscrescencia*, es decir, que si es vencido de nuevo, la suma de su responsabilidad será del *doble* (*vid. supra* [32.18]; [81.11]).

2. Si queda fijado el derecho del acreedor a la ejecución (por confesión del deudor o su nueva condena), pedirá la ejecución en la *persona* o en el *patrimonio* del deudor, o en ambas cosas.

a) La ejecución **personal**, que en todo momento se apoya –atemperada– en las Doce Tablas, se concede cuando el pretor autoriza al acreedor a llevarse y someter al deudor a una *servidumbre por deudas* (*duci iubere*). A pesar de su dureza, este tipo de ejecución se mantuvo en todos los estadios de la Antigüedad. Pudo resultar necesaria también para impedir la obstrucción del deudor a la ejecución patrimonial. **Lit.:** KASER – HACKL, 387; SPANN (*vid.* [81.12]).

b) La ejecución **patrimonial** comienza con el **embargo** del patrimonio mediante un decreto en el que el pretor declara el *bona possideri proscripti venire iubere, i. e.* que el patrimonio sea tomado en posesión, se haga un inventario de él (y se haga público) y se venda. El acreedor es puesto en posesión (detentación) del patrimonio del deudor (*missio in bona*), pero solo *rei servandae causa*, es decir, para la conservación del patrimonio y su administración, por la cual normalmente se nombra a un curador de los bienes (*curator bonorum*). El anuncio público (*proscriptio*) da a conocer la iniciación del procedimiento también a los restantes acreedores, que deben presentar sus créditos dentro del plazo de proscripción de 30 días (en el caso del concurso de la herencia, 15 días). Tras el trascurso del plazo el deudor se convierte en *infamis*. Entonces los acreedores son convocados conjuntamente por el pretor y escogen de entre ellos un representante (*magister bonorum*) que gestiona la enajenación (*venditio bonorum*) por medio de una subasta. Pero esta no se

realiza a un precio fijo, sino a aquel que está dispuesto a pagar a los acreedores la cuota mayor de sus créditos. La adjudicación lo convierte en **bonorum emptor**, *i. e.* adquirente del patrimonio del deudor, de la masa del concurso.—Gai. 3, 79.

- 7 La vía de la subasta era grata a los romanos también en otros contextos; pero no solo concedieron las obras públicas, sino también el cobro de impuestos a los *publicani* (publicanos, arrendadores de tributos) por medio de subasta. El estímulo para el licitador en el caso de la ejecución patrimonial consistía en la perspectiva de adquirir un activo patrimonial más elevado que lo que constituye la suma del pasivo que ha de pagarse a los acreedores.—El *bonorum emptor* es tratado como *sucesor* del deudor común y en analogía del heredero (*ficto se herede*). Por tanto, se le dan a su favor (y en su contra) las acciones del deudor (y contra este) con fórmula ficticia, como si hubiera heredado del deudor (*vid. supra* [83.19]); la acción del *bonorum emptor* se denomina impropriamente *actio Serviana* (a no confundir con la acción del mismo nombre del acreedor pignoraticio). O bien se le dan al *bonorum emptor* simplemente la fórmula (sin ficción) correspondiente a favor y en contra del deudor, nombrando en la *demonstratio* y en la *intentio* al deudor, y en la *condemnatio* al *bonorum emptor* (*actio Rutiliana*, con «trasposición de sujetos», *vid. supra* [83.22]). Sobre las dos acciones, *vid. Gai. 4, 35*; si la *actio Serviana* solo se concedía el deudor común que ya no vivía o había sufrido un gran cambio de *status* (*vid. supra* [13.3-4]), es discutido. **Lit.:** J. PLATSCHEK, «Gai 4, 35/36: Kein Beleg für eine *actio Serviana*», SZ 128 (2011) 366.
- 8 Determinados créditos son *privilegiados* y, por ello, deben ser satisfechos completamente por el *bonorum emptor* (los de compensación por los costes del entierro, el de la mujer para la restitución de la dote, los del fisco, etc.).—El deudor ejecutado sigue respondiendo ante los acreedores por las deudas contraídas antes de la *bonorum venditio*, pero disfruta durante el primer año siguiente del *beneficium competentiae*, *i. e.* el beneficio del límite de pago a lo que se tiene (*vid. supra* [32.22]); Diocl. C. 7, 75, 6 ¿auténtico?
- 9 **3.** El deudor que, *sin culpa*, había llegado al sobreendeudamiento podía evitar el riesgo de la ejecución personal y de la infamia ligada a la ejecución patrimonial, según una *lex Iulia* (de Augusto), cediendo a los acreedores voluntariamente su patrimonio (*cessio bonorum*: Gai. 3, 78). El beneficio debía ser solicitado al magistrado y ser concedido por él.

Esta proporcionaba además al deudor frente a las deudas contraídas con anterioridad un *beneficium competentiae* no limitado temporalmente, que favorecía su recuperación económica: Ulp. D. 42, 3, 4 pr.

- 10 **4.** Solo en casos excepcionales se da satisfacción al acreedor mediante una **ejecución singular**, tal que son vendidas algunas cosas del deudor hasta alcanzar el importe pecuniario necesario para la satisfacción (*distractio bonorum*).

Algunos casos se encuentran en el edicto: así, para el que no tiene capacidad negocial y no tiene tutor o curador (Paul. D. 42, 5, 6 pr.; *vid.* también Ulp. D. 42, 4, 7, 11). Para las personas del rango senatorial (que se pretende preservar de la infamia) establece un *SC* en general que, a ellos, en vez del concurso, se les debe designar un *curator distrahendorum bonorum gratia* para la venta de determinados elementos patrimoniales y para la satisfacción de los acreedores (Gai. D. 27, 10, 5). Finalmente, pueden los acreedores mismos aconsejar este modo de satisfacción al deudor (Iul. D. 42, 7, 5).

§ 86. Remedios pretorios especiales

(KASER – HACK, §§ 62-65)

I. *INTERDICTUM*

1. En vez de una *actio* promete el pretor en ocasiones un interdicto (*interdictum*), y con ello un remedio que busca satisfacer al acreedor de modo más apremiante. El pretor, después de que el demandante le haya presentado su pretensión, a petición suya (tras un examen de los presupuestos procesales), emite una *prohibición* (*interdicere* = interponerse, prohibir) dirigida al demandado, o una *orden*, ambas dirigidas a realizar el deseo del demandante, es decir, a mantener el estado de cosas jurídico-privado o a producir la que el demandante reclama como ajustada a Derecho.

Esta prohibición pretoria o esta orden se extiende en una fórmula prefijada, para la cual se contenían *modelos* en el edicto (vid. ejemplos *supra* [21.7 y 9]). En estas fórmulas interdictales se expone también el conjunto de los *presupuestos jurídico-materiales*. Así, p.ej. se prohíbe al demandado ejercer la fuerza privada contra la posesión adquirida de un modo no reprochable por el demandante, o se ordena al poseedor devolverle a este la posesión arrebatada con violencia al poseedor no vicioso (vid. los ejemplos *supra* [21.7 y 9]; [21.13-16]).—Todos los interdictos pertenecen al *ius honorarium*; todos ellos están sujetos a la *comparecencia forzosa* de las *acciones in personam* (vid. *supra* [82.12]). **Lit.:** D. NÖRR, «Zum Interdiktenverfahren in Irni und anderswo», en *St. Talamanca*, vol. III, 73.

- 2 Si el demandado *se somete* voluntariamente al interdicto, aceptando la prohibición o la orden, entonces el actor alcanza con ello su objetivo sin necesidad de procedimiento contencioso. Si, por el contrario, el demandado actúa *en contra* de la prohibición o *no sigue* la orden, entonces, a petición del demandante, se instruye un *procedimiento contencioso* (como en el proceso ordinario), que conduce a la sentencia de un jurado (esporádicamente de los tribunales) y, llegado el caso, a la ejecución forzosa.
- 3 El interdicto que emite el pretor en el caso particular es comparable a la *disposición provisional* (*einstweilige Verfügung*) del actual Derecho procesal civil alemán; sin embargo, el procedimiento contencioso asociado al interdicto (*agere ex interdicto*), que eventualmente es necesario para concluir el asunto litigioso, se adapta en su caso al tipo de interdicto individual. (Cfr. también el procedimiento posesorio según §§ 457 ss. öZPO; arts. 1631 ss. LEC [antigua redacción]). El *origen* histórico del interdicto ha de buscarse en un *procedimiento administrativo*, en el cual, sin embargo, se habría añadido además la imposición de una sanción administrativa (*multa*) al desobediente hacia la prohibición del magistrado. Más detalles, *vid. supra* [21.8].

2. Los *interdicta* son *prohibitoria*, *restitutoria* o *exhibitoria* (Gai. 4, 120; *cfr.* también [21.6]). Los «prohibitorios» representan el tipo más antiguo; su fórmula reza: «... *vim fieri veto*»: contienen, por tanto, una prohibición de una contravención usando la violencia privada (*cfr.* [21.7 y 9]). Los «restitutorios» y «exhibitorios», por el contrario, rezan: «... *restituas*» o «... *exhibeas*» (ejemplos *vid. supra* [21.13-16], así como [60.9]; [67.17]), y contienen, pues, una orden de restitución o exhibición de un objeto. 4

El *procedimiento* que se instituía en caso de contravención era en parte prolijo y pesado, especialmente en los interdictos prohibitorios. A saber: para alcanzar decisiones en forma de sentencia, se servían de la prestación de *estipulaciones penales*, en las cuales las partes se prometían recíprocamente penas pecuniarias para el caso de que hubieran actuado contra derecho, es decir, que el demandante hubiera pedido el interdicto indebidamente, y que el demandado hubiera contravenido el interdicto sin razón. De esas estipulaciones, a cuya celebración obligaba el pretor, se derivaban acciones por las penas pecuniarias y, con ello, al mismo tiempo se alcanzaba una decisión sobre la adecuación a derecho del interdicto emitido como *cuestión previa* (de modo similar al de la *rei vindicatio* con *sponsio praeiudicialis*, *vid. supra* [27.16]), pero solo en los interdictos las multas se cobraban: *cfr.* Gai. 4, 165 ss.). 5

Pero, puesto que con esto solo se llegaba a meras *decisiones prejudiciales* sobre la adecuación a derecho del interdicto emitido, se necesitaban aún otros enjuiciamientos que proporcionaran a la parte vencedora las *prestaciones* apetecidas. Así, en el caso de interdictos posesorios *prohibitorios* se instituía un *iudicium secutorium* (*sive Cascellianum*) que proporcionaba a la parte vencedora la *restitución* por la parte contraria que hubiera mantenido la posesión interina durante el tiempo del proceso (Gai. 4, 169). En los interdictos *restitutorios* (y *exhibitorios*) se concedía al actor, después de haber vencido en el procedimiento *per sponsionem* (por tanto, con las estipulaciones penales), un *iudicium de re restituenda* (o *exhibenda*) para la restitución o exhibición (Gai. 4, 165). Con todo, aquí el demandado, antes de que se hubiera iniciado el proceso *per sponsionem*, podía solicitar un *arbiter*; se llegaba entonces al procedimiento *per formulam arbitriam*, en el que (al igual que en la vindicación) se decidía, sin necesidad de estipulaciones penales, sobre la conformidad a derecho del interdicto y sobre la restitución (o exhibición) en un *procedimiento arbitral* unitario, que normalmente proporcionaba al actor la prestación natural (*vid. supra* [27.17]; *cfr.* Gai. 4, 162-165). 6

II. RESTITUCIÓN EN EL ESTADO ANTERIOR (*IN INTEGRUM RESTITUTIO*)

Lit.: M. KASER, «Zur *in integrum restitutio*, besonders wegen *metus* und *dolus*», SZ 94 (1977) 101, *cfr.* además los estudios de KUPISCH (*ante* [8.30]), BENÖHR [9.3] y SCIUTO [9.12], 125, 165.

- 7 En determinados casos (en caso de violencia, engaño, fraude de acreedores, abuso de posición dominante sobre menores de edad, excepcionalmente error, etc.), se concede la «restitución de un estado anterior» (*in integrum restitutio*).
1. En el caso de la *in integrum restitutio pretoria*, el pretor examina, a petición de parte, si lo apetecido se acomoda a uno de los motivos reconocidos de *restitutio*. Si procede esto, entonces le concede, según la necesidad, *acciones* (pretorias) que persiguen derogar los efectos ya producidos de la actuación que constituye el motivo de la *restitutio*. Las acciones de la *restitutio pretoria* (*iudicia rescissoria*, i. e. que «rasgan» el negocio concluido) eran concedidas sobre todo con *formula ficticia*, que proporcionaba al actor lo que él tendría si no hubiera tenido lugar el hecho que constituye el motivo de la *restitutio* (cfr. p. ej. Gai. 4, 38; Ed. D. 4, 5, 2, 1, vid. también Inst. 3, 10, 3). Excepcionalmente podía transferirse ahí al juez el examen del *motivo* de la *restitutio*.
- 8 2. Junto a esto se encuentra una *in integrum restitutio* judicial, en la que, en el procedimiento de las *acciones arbitrariae* (vid. *supra* [27.17]; [83.18]) el juez, antes de la sentencia definitiva, pretende la realización de la *restitutio* (a través de prestaciones naturales, eventualmente complementados por pagos de dinero). Como ejemplos de *restitutio* judicial pueden señalarse las *acciones quod metus causa* y *de dolo* (vid. *supra* [8.32 y 35]); junto a estas, ocasionalmente, *acciones in factum* arbitrarias.
- 9 3. En el Derecho *postclásico*, se mezclan entre sí la *restitutio* pretoria y la judicial: la *in integrum restitutio* consiste ahora, en general, en la acción por la indemnización derivada del negocio tratado como nulo; cfr. p. ej. [9.12].—En la «restitución en el estado anterior» de los ordenamientos procesales modernos subsiste la *in integrum restitutio* en una forma fuertemente alterada.
- 10 III. Un embargo o una puesta en posesión se prevé muchas veces; afecta, ya a la totalidad del patrimonio (*missio in bona*), como en la ejecución forzosa (vid. *supra* [85.6], ya solo a cosas singulares (*missio in possessionem*), como en el *damnum infectum* (vid. *supra* [19.14]; [23.17]).
- 11 A veces obliga el pretor a la celebración de *stipulaciones praetoriae* para asegurar la continuación o el cumplimiento de los fines del proceso (ejemplos como las *cautiones*, vid. *supra* [86.4], además [27.16]; [82.30-31]). Otras estipulaciones pretorias, como la *cautio damni infecti* (vid. *supra* [23.27]), son independientes de un procedimiento judicial; asimismo la *stipulatio duplae* edilicia (vid. *supra* [41.29]). Fórmulas modelo de todas estas estipulaciones se encuentran en el edicto. Los medios coactivos del pretor para la celebración de las estipulaciones (amenaza de una *actio*, una *missio in possessionem*, etc.) son graduadas en función de los fines buscados.—Para las prestaciones de garantía forzadas ocasionalmente por el juez, las llamadas cauciones judi-

ciales (*cfr.* [27.17], es un ejemplo la promesa de que no existe dolo y no se maquina (*cautio de dolo*), *cfr.* p. ej. Gai. D. 6, 1, 18 y 20.

Lit.: A. M. GIOMARO, «*Cautiones iudiciales*» e «*officium iudicis*», Milano, 1982; FINKENAUER (ante [11.1]), 448; EL MISMO, *Stip.*, 211–313.

§ 87. El procedimiento cognitorio clásico

(KASER – HACKL, §§ 66-76)

I. GENERALIDADES

- 1 **1.** El *procedimiento cognitorio* (i. e. *cognitio extra ordinem*, cognición de un funcionario) se desarrolla desde época de Augusto como un procedimiento de *Derecho imperial* que introdujo el *princeps* en su ámbito autónomo de competencias. En él es esencial que el procedimiento probatorio y la emisión de la sentencia ya no se dejan en manos de un juez privado, sino que *todo* el procedimiento hasta la sentencia se desarrolla ante el juez de carácter funcional. La *bipartición* en las fases *in iure* y *apud iudicem* es, por tanto, ajena como principio a la cognición. Todos los jueces del proceso cognitorio son (mediata o inmediatamente) *delegados* del emperador.
- 2 El procedimiento cognitorio se apoya esencialmente sobre tres *raíces*, pero que confluyeron rápidamente: a) la *cognitio extra ordinem* en sentido estricto para pretensiones que el emperador encuentra necesitadas de protección, pero que son desconocidas para la jurisdicción ordinaria; b) la *jurisdicción propia* del emperador y sus delegados, sea por apelaciones, sea excepcionalmente en primera instancia; y c) desnaturalizaciones a las que se llega en el proceso provincial (*cf. supra* [80.22], también [84.10]). En provincias, el gobernador nombraría a menudo a un hombre de su confianza (funcionarios, oficiales) como juez para las partes, y contra su nombramiento no podrían plantear ninguna oposición. La aproximación al *iudex pedaneus* (*vid. infra* [87.3]) es evidente, toda vez que la comparecencia forzosa (*vid. infra* [87.5]) se habría ampliado también a esos casos. El proceso formulario así «desnaturalizado» se fue equiparando con ello a la cognición. Este desarrollo podría haberse extendido a Italia ya en el s. II y, tras el agotamiento de la jurisprudencia clásica desde mediados del s. III, también a la ciudad de Roma. Bajo Diocleciano la diferencia fue eliminada en gran medida en la práctica, aunque el uso de las fórmulas solo fue prohibido definitivamente en el año 342.
- 3 **2.** La **jurisdicción** en materias de cognición la atribuyeron los emperadores a diversos órganos en función de los distintos tipos de asuntos: en primer lugar, a los cónsules o pretores especiales (v. gr. *praetor fideicommissarius, tutelarius*), luego crecientemente a funcionarios imperiales (*praefectus urbi, praefectus praetorio*, etc.). En las provincias, generalmente se acudía a los gobernadores. Una *división* tampoco era totalmente extraña a la cognición: el titular de la jurisdicción podía ceder algunas fases del procedimiento, especialmente la fase probatoria y

la sentencia, a un juez delegado (*iudex datus, iudex pedaneus*). Al nombramiento de tal «juez inferior» delegado *no está obligado* aquí el titular de la jurisdicción, a diferencia de lo que sucede en el proceso formulario. Además, el juez delegado aquí también es un *funcionario* que está vinculado a las instrucciones de su superior, y las partes no tienen ninguna influencia jurídicamente reconocida en su elección.

3. El procedimiento cognitorio se apoya en la idea motora del *Estado proveedor de asistencia pública*, es decir, que sirve al bien común, cuando el *princeps* asume en su propio ámbito de competencia una administración de justicia ordenada o cuando coloca a jueces delegados para ello. Así como la administración imperial se muestra en la práctica como superior a la republicano-senatorial en todos los ámbitos, también el procedimiento cognitorio se configura como un sistema *más riguroso y más ajustado a los fines* perseguidos que la jurisdicción ordinaria. El emperador dota al juez cognitorio de un *amplio margen de apreciación*, el cual le permite adaptar el procedimiento a necesidades de *oportunidad*. El juez somete a las partes a un *poder coercitivo* más intenso frente a ellas. La garantía de una administración de justicia *imparcial* ya no la tratan de conseguir los emperadores por medio de la independencia de los órganos juzgadores, sino por la vía de que la parte que se sintiera perjudicada por una sentencia injusta pudiera impugnarla mediante una *apelación*, que en última instancia llegaba hasta el emperador mismo. 4

II. EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO

1. Las partes estaban *sometidas* desde el principio al poder jurisdiccional del juez-funcionario; la *litis contestatio* ya no tiene, como en el procedimiento formulario, la función de ser un acto especial de sometimiento de las partes. Según esto, la **citación** se configura ya como un acto *oficial* o *semioficial*. Si el citado no acude, puede ser condenado en un **procedimiento en rebeldía** a la pena por su negativa al proceso (contumacia) según los deseos del actor. 5

La citación se produce, o por una *denuntiatio* privada del demandante, que puede ser reforzada por una autorización oficial como *denuntiatio ex auctoritate*; o como citación oficial (*evocatio*), sea *litteris, i. e.* por una orden de comparecencia emitida oficialmente por escrito, sea *edicto, i. e.* por llamamiento y exposición en el tablón de anuncios del tribunal. En las provincias se manda la citación al *conventus*, un «tribunal móvil» que el gobernador disponía al menos una vez al año en las grandes ciudades de su provincia. Si el demandado no se presenta en el siguiente día de autos, el procedimiento por contumacia puede iniciarse, el cual, con ulteriores citaciones en caso de persistente ausencia del demandado, conduce a la sentencia en rebeldía.—Con la citación está intrínsecamente unida la coerción para la contestación a la demanda, y ahora 6

tanto en las acciones *in rem* como *in personam*. Con todo, en las *acciones in rem* puede el actor, igual que antes, solicitar la entrega en posesión (*translatio possessionis*) en vez del procedimiento en rebeldía.

Una *litis contestatio* solo se da en el proceso cognitorio de una forma desnaturalizada: lo que se ve en ella es que el demandado se opone ante el órgano jurisdiccional a la pretensión del demandante, y se unen a ella principalmente la mayoría de los efectos jurídico-materiales de la litispendencia citados *supra* [82.27]. *Vid. infra* [88.7].

- 7 2. El programa procesal ya no se fija en el procedimiento formulario a través de una *formula*. La **pretensión del demandante**, para la que se utilizan ahora atécnicamente las expresiones *actio*, *petitio*, *persecutio* (*vid.* [82.4]), se rige ahora solo según las reglas del *Derecho material*. La *actio* cognitoria se superpone ahora en lo esencial con la «pretensión» jurídico-privada, que aquí se enjuicia más intensamente según la libre apreciación del juez.

Así, p. ej., la *pluris petitio* se reinterpreta (*vid infra* [88.8]). Entre la *denegatio actionis*, como denegación de la petición del demandante, y el rechazo de la acción por la sentencia absolutoria ya no hay una aguda distinción. También la *in integrum restitutio* es en el procedimiento cognitorio solo un subtipo del procedimiento contencioso, en el que el demandante reclama la derogación de determinados efectos jurídicos ya producidos.

- 8 3. Se modifica a fondo la defensa del demandado. La **exceptio** ya no es una «excepción» de las condiciones de la condena, sino toda *alegación a favor* del demandado, para la que normalmente tiene la carga de la prueba. La contraposición entre hacer valer un contraderecho independiente y plantear la oposición a la pretensión del actor ser diluye. El medio de defensa se caracteriza ahora preferentemente como **praescriptio** (con una nueva significación). Las excepciones, en general, pueden ponerse de manifiesto hasta la sentencia definitiva.
- 9 4. La **fase probatoria** se encuentra, también en la *cognitio*, sometida al principio de la libre apreciación de la prueba.

La confesión (*confessio*) y el juramento de parte (*iusiurandum*) ante el tribunal son aquí posibles hasta el momento de la sentencia. Sin embargo, no sustituyen en ningún caso a una sentencia, sino que pueden ser tratados por el juez como carentes de credibilidad.

- 10 5. La **sentencia** se redacta por escrito y se lee públicamente. La sentencia dirigida a una *prestación* ya no tiene por qué constar necesariamente en *dinero*; el principio de la *condemnatio pecuniaria* es ajeno al proceso cognitorio. Si el demandante ha forzado al demandado a incurrir en gastos por un planteamiento malicioso del proceso, podrá ser condenado el actor a la indemnización por las *costas procesales* (*sumptus litis*).

La sentencia tiene un *efecto excluyente*: un segundo proceso sobre el mismo objeto fracasará ante la excepción de cosa juzgada (*exceptio rei iudicatae*).

El principio de que una sentencia dictada entre dos partes no produce (ningún) efecto vinculante para un tercero (*res inter alios iudicata aliis non praeiudicat*: Ulp. D. 48, 2, 7, 2, *cfr.* [82.25]; [84.12]) vale también en el proceso cognitorio; sin embargo, se aumentaron las excepciones en las que se hacía a la sentencia producir efectos prejudiciales también frente a terceros.

6. La sentencia en el procedimiento cognitorio está sometido ya desde época de Augusto a la *apelación (appellatio)*, (*vid supra* [84.10]) dirigida al emperador o al funcionario delegado por él, del cual se puede apelar nuevamente hasta el emperador. 11

Desde mediados del s. II la jurisdicción en la ciudad de Roma fue delegada permanentemente en el prefecto de la ciudad (*praefectus urbi*); en el s. III, para todo el Imperio, en el prefecto del pretorio (*praefectus praetorio*). Sin embargo, los emperadores establecieron excepciones al respecto, y además tomaron para sí las decisiones en sucesivas instancias. Excepcionalmente se admitió también una apelación ante el Senado.

La apelación se presenta ante el tribunal contra cuya decisión se recurre. Este facilita al demandante de apelación (apelante) un informe escrito donde consta su postura (*litterae dimissoriae, apóstoli*) que este presenta ante la instancia superior. La apelación detiene la ejecución hasta que se haya decidido la cuestión litigiosa definitivamente. El juez de apelación puede llevar a cabo una nueva actuación sobre ella y considerar también nuevas alegaciones de las partes (pero no nuevas pruebas). La sentencia de apelación puede *anular* la sentencia recurrida, de modo que se hace necesario un nuevo juicio, o *sustituirla* con una nueva sentencia.

Lit.: F. ARCARIA, *Referre ad principem. Contributo allo studio delle «epistulae» imperiali in età classica*, Milano, 2000; V. WANKERL, *Appello ad principem. Urteilsstil und Urteilstechnik in kaiserlichen Berufungsentscheidungen (Augustus bis Caracalla)*, München, 2009 (rec. D. MANTOVANI, SZ 132 [2015] 654); M. G. RIZZI, «*Imperator cognoscens decrevit*». *Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale*, Milano 2012.

III. EJECUCIÓN

La ejecución es, igual que antes, o *personal* o *patrimonial*. Para la ejecución patrimonial tiene el acreedor la opción entre la plena ejecución *ordinaria* y una *especial* del procedimiento cognitorio. La ordinaria es, como ya se ha descrito (*vid supra* [85.6-7]), una *ejecución general*; se lleva a cabo con la *missio in bona* y la *venditio bonorum* y tiene como objetivo, como procedimiento con- 12

■ § 87. EL PROCEDIMIENTO COGNITORIO CLÁSICO

cursal que es, la satisfacción de todos los acreedores del deudor. La ejecución cognitoria es, por el contrario, una **ejecución especial**. Si se deben cosas determinadas, se le priva de ellas al deudor por parte de un *executor* (órgano de ejecución del tribunal) y se le entregan al acreedor. Si se adeuda dinero, solo determinados objetos (en primer lugar, muebles; luego, fundos; y, finalmente, derechos) son *tomados en prenda* (*pignus in causa iudicati captum, i. e.* derecho de prenda procesal, vid. supra [31.25]) y son subastados por el ejecutor; al acreedor se le satisface con el producto obtenido.

§ 88. El proceso postclásico

(KASER – HACKL, §§ 77-96)

I. GENERALIDADES

1. En el proceso postclásico sobrevive el procedimiento cognitorio que, tras la refundición con el «desnaturalizado» proceso formulario (*vid. supra* [87.2]), quedó como único tipo de procedimiento. Sin embargo, con la monarquía absoluta cambió el carácter del procedimiento en su totalidad. El *señorío de las partes* sobre las fases del proceso, con el crecimiento del poder estatal, se limitó a favor del *señorío del juez*, al que las partes ahora están subordinadas. Por otra parte, sin embargo, la desconfianza del emperador frente a los jueces cada vez más incapaces y desleales llevó a que se limitara de varias maneras la *libertad de apreciación* y se sustituyese por una reglamentación legal precisa. Justiniano, que propició de muchos modos un regreso hacia el Derecho clásico en el Derecho privado, se mantuvo para el Derecho procesal en su época y lo desarrolló aún más.

2. La regulación contenida en numerosas leyes imperiales, a menudo oscuras y mal redactadas, prevé, entre otras cosas, exhaustivas prescripciones de *forma* y *plazos* para las actuaciones de las partes y del juez. Para las actuaciones oficiales del personal de ejecución han de pagarse *tasas* que (como *sportulae*) constituyen una parte esencial de los ingresos por servicio de estos funcionarios y hacen el proceso costoso para las partes. Por la infracción de muchas normas procesales amenazan a las partes y al juez fuertes *penas*. En todo ello se muestran los signos de una decadencia general.

3. La **constitución del tribunal** se reordena con la nueva articulación territorial de la administración bajo Diocleciano. En primera instancia decide, como juez ordinario, el *governador* de la (fuertemente reducida) provincia (*proconsul*, etc.), en casos especiales el vicario de la diócesis (jerárquicamente superior al gobernador provincial) o (como órgano más elevado) el *praefectus praetorio* (uno en cada una de las cuatro prefecturas) o el emperador.

Este esquema se rompió, sin embargo, por numerosas excepciones, cambiantes con el tiempo.—En las dos *capitales*, Roma y Constantinopla, decide en primer lugar el *praefectus urbi*, al que están subordinados otros jueces. Para asuntos menores existe en todo el Imperio la jurisdicción local de las autoridades municipales (*cfr. supra* [80.10]). Junto a ella entra ahora la del *defensor civitatis* (i.e. comisionado para la defensa de la ciudad, «abogado de la gente corriente»), que se nombraba para la de-

fensa de la población frente a los abusos de las autoridades.—Sobre la competencia para las apelaciones, *vid. infra* [88.15].

II. EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO O DECLARATIVO

- 4 **1.** Para la **iniciación del proceso** sirve en el s. IV el anuncio del proceso del actor (*litis denuntiatio*), autorizado por el juez, con plazos muy parsimoniosos. Hacia la mitad del s. V fue relevado por la presentación del escrito de demanda (*libellus conventionis*) al tribunal, con la solicitud de una citación puramente oficial del demandado por un órgano ejecutor (*exsecutor*); este procedimiento más reciente se denomina por ello **proceso por libelos**. La demanda contiene la pretensión del demandante y su fundamento jurídico, para el que aún se sirve a veces de los antiguos nombres de las acciones; sin embargo, la *actio*, tras la ruina del procedimiento formulario, ya no tiene su contenido originario perfectamente definido.

Lit.: J.-PH. LÉVY, «La *litis denuntiatio* et sa place dans l'évolution de la procédure extraordinaire», en *Mél. A. Magdelain* [7.1], 247; EL MISMO, «La “*litis denuntiatio*” par «testatio privata» avant la réforme de Constantin en 332», en *Mél. Humbert*, 473; A. GUASCO, «CTh. 2,4,2. Un provvedimento imperiale sul processo civile tra Principato e Tardoantico», *SD* 79,1 (2013) 405.

- 5 Si una parte no acude ante el tribunal sin una razón fundada, se le abre el **proceso en rebeldía** (*vid. supra* [87.6]). Justiniano aplica los principios de este al demandante no compareciente, con el resultado de que el demandado es absuelto.—Si el demandado no accede a ser parte en una *actio in rem*, se le priva inmediatamente de la cosa por el órgano ejecutor y se le entrega al demandante.
- 6 **2.** a) Si ambas partes han comparecido ante el tribunal y el asunto entra en la serie según el orden de citaciones, comienza el procedimiento contradictorio con los discursos de las partes, la *narratio* del demandante y la *contradictio* del demandado.

Antes deben las partes prestar el *iusiurandum calumniae* («*Gefährdeeid*», *i. e.* juramento por el riesgo, del Derecho común) de que no entablan el proceso por mero abuso de derecho. El mismo juramento se pide a los abogados, que normalmente se encuentran al lado de los comparecientes.

- 7 b) La *litis contestatio* se considera completada cuando el demandado responde a la alegación del demandante, y obliga con ello a los efectos —si bien modificados— de la litispendencia.

El efecto *consuntivo* de la *litis contestatio desaparece*, así como la novación procesal y la *exceptio rei in iudicium deductae* (*vid. supra* [82.24-25]). El efecto excluyente se vincula ahora más bien con la *sentencia*, *vid. infra* [88.13]. Sin embargo, se prohíbe la repetición de la litispendencia de una acción ya presentada ante un tribunal.

3. Como ya sucedía en la *cognitio* clásica (*vid. supra* [87.8]), la *exceptio* o *praescriptio* ya no supone solo la verificación de un contraderecho independiente (*excepción*), sino toda clase de defensa que alegara el demandado. 8

La *exceptio* ya no conduce necesariamente a la desestimación total de la acción, sino a veces a una simple minoración de la condena. Si el actor ha pedido más de lo debido, esta *pluris petitio* (ahora: *pluspetitio*) ya no produce sin más el efecto de la pérdida del proceso (*vid. supra* [34.5 y 7]), sino que el actor será sancionado por una falta procesal.

4. El **procedimiento probatorio** se modifica en el proceso postclásico en varios extremos. La selección y la aportación de pruebas no son ya tarea de las partes, sino del *tribunal*. Para la *carga* de la prueba se asientan las reglas vigentes hasta entonces (*vid. supra* [84.4]). Las *presunciones* (*praesumptiones*), en el sentido de circunstancias de hecho que no necesitan de prueba, son ahora admitidas con más frecuencia. La libertad de *apreciación* judicial de la prueba se ve limitada por reglas probatorias fijas muy detalladas, sobre todo por aquellas que conceden mayor fuerza probatoria a ciertos *documentos* que a los testigos. 9

Para los *medios* de prueba en concreto rigen reglas minuciosas. a) El **juramento** de parte puede ser forzado, y para su exigencia (también por el juez) o su rechazo existen reglas precisas (sobre sus efectos, *vid. supra* [87.9]).-b) Sobre la aportación de **testigos**, ahora existe una obligación general (si bien con exenciones); al testigo se le cita ahora oficialmente y es interrogado por el juez.-c) El **documento público** (esto es, redactado por una autoridad) y *privado confirmado* (por testigos documentales, el *tabularius* o cotejo de letra manuscrita: *vid. supra* [7.35]) disfruta de una elevada fuerza probatoria, que ya no puede ser desvirtuada solo por testigos. Junto a estos también cobran un importante papel los escritos *oficiales*: actas, protocolos, registros, etc.-d) Entre los **peritos** destacan los que han de juzgar la autenticidad de documentos.

Los principios de *inmediatez* y *oralidad* del procedimiento son ahora abandonados en gran medida. En esta época tan proclive a lo escrito, de todas las fases del procedimiento se toman *actas*. La elaboración de la sentencia se apoya a menudo (en ausencia de las partes) en estos protocolos y demás actas, en particular en las instancias de apelación. 10

5. En la **sentencia** se distingue entre la *sentencia definitiva* sobre el asunto y las decisiones intermedias o interlocutorias (*interlocutiones*). Todas las sentencias se dan a conocer oralmente a partir de una redacción escrita. 11

Para hacer frente a la *dilación del proceso* se imponen plazos legales; así, una ley de Justiniano, según la cual todo proceso como máximo debía estar concluido en tres

años desde la *litis contestatio*: C. 3, 1, 31, 1.—Sobre la sentencia en rebeldía, *vid. supra* [88.5].

- 12 a) La sentencia que impone una prestación puede versar sobre *toda* clase de ellas.

Justiniano extiende el principio de las *actiones arbitrariae* (*vid.* [27.17]) a todas las acciones que tienen como objeto un *solvere* o una *noxae deditio*, por tanto, en la gran mayoría de las acciones con las que se reclamaba la prestación de cosas distintas del dinero (Inst. 4, 6, 31). Al mismo tiempo, este principio se modifica en el sentido de que por la sentencia se ordena al demandado la restitución y, si no lo realiza, se le priva de la cosa, siguiendo una orden del juez, por un ejecutor (*manu militari*, D. 6, 1, 31 itp.) y se le entrega al demandante. Lo pone en duda, sin embargo, L. WINKEL, «L'execution réelle dans le droit romain classique et postclassique», en *St. Metro*, vol. VI, 481.

- 13 b) El *efecto excluyente* ya no se vincula a la *litis contestatio*, sino siempre a la *sentencia*. A una segunda acción *de eadem re* se opone la *exceptio rei iudicatae*.

Un segundo proceso por una acción concurrente sobre el mismo objeto procesal (*vid. supra* [82.25-26]) está excluido como regla si el actor ha sido satisfecho (*concurrentia solutoria* frente a *concurrentia consuntiva*, *cfr. supra* [50.9]; [56.8-9]).

- 14 c) Una indemnización de las *costas procesales* puede imponerse ahora a cualquiera de las partes en la sentencia, normalmente la perdedora.—El demandado puede exigir del demandante al inicio del proceso una *cautio pro expensis* como garantía para la compensación de sus costes en el caso del desistimiento, claramente ya antes de las regulaciones de Justiniano en la Nov. 53, 1 y 2 (a. 537), 96, 1 (a. 539) y 112, 2 pr. (a. 541), *vid.* S. SCHIAVO, «Sulle tracce della *cautio pro expensas*», en *Ess. Sirks*, 669.

- 15 6. La *appellatio* es reconfigurada.

La apelación va del gobernador al prefecto del pretorio (*praefectus praetorio*) o al vicario (*vicarius*). Contra la resolución del vicario es posible una ulterior apelación al emperador, pero no contra del prefecto, que juzga como representante del emperador (*vice sacra*). Sin embargo, contra la decisión del *praefectus praetorio* se admite como remedio complementario la *supplicatio* al emperador, que en la mayoría de los casos se delega nuevamente en el prefecto (el mismo o su sucesor). Las sentencias del prefecto de la ciudad (*praefectus urbi*) pueden apelarse ante el emperador; de los tribunales locales en las capitales, ante el *praefectus urbi*, y en los restantes, ante los gobernadores.

Si el juez no se aventura a adoptar ninguna decisión, puede, antes de juzgar, remitir la causa, junto con todas las actas, al emperador para que decida; más tarde, a otros jueces superiores (el llamado procedimiento de *relación* o *consultivo*). Este procedimiento ha de distinguirse de la *appellatio*, que solo es posible *tras* la sentencia; sin embargo, si va al emperador mismo, a veces se equipara a la *appellatio* (*appellatio more consultationis*).

III. LA EJECUCIÓN POSTCLÁSICA

La ejecución forzosa es, igual que antes, o *personal* o *patrimonial*. 16

El plazo de cumplimiento de la sentencia (*vid. supra* [85.3]) se extiende, primero caso por caso, más tarde en general, a dos meses, y bajo Justiniano a cuatro.

1. La ejecución *personal* sigue existiendo, pero se limita a través de privilegios. 17

2. a) La ejecución *patrimonial* es ahora, como regla general, una ejecución *singular*; sigue en su totalidad las reglas de la *cognitio* clásica (*vid. supra* [87.12]). 18

b) Al concurso se llega solo si el deudor tiene *varios* acreedores y está *sobre-endeudado*. Pero aquí tampoco se enajena ya la totalidad del patrimonio del deudor, sino que se subastan bienes *singulares* (*distractio bonorum*) y, a partir del producto obtenido, en la medida en que alcancen los medios, se satisface a los acreedores privilegiados en la suma completa, y a los demás en la cuantía de su cuota concursal. 19

3. De modo similar se procede si el deudor solicita la *cessio bonorum* para eludir la ejecución personal y para evitar la pérdida de honorabilidad asociada al concurso (sobre sus efectos, *vid. supra* [85.9]). 20

IV. PROCESO POR RESCRIPTOS

De los procedimientos especiales del periodo postclásico aquí solo se mencionará el **proceso por rescriptos**. El demandante, antes de iniciar el proceso ordinario, puede dirigirse al emperador por medio de un memorial (*libellus principi oblatus*) con la petición (*preces*) de que le proporcione un dictamen para el caso litigioso a través de un rescripto. A tal rescripto está vinculado el juez de primera instancia al que se ha remitido la demanda junto con el dictamen, en la medida en que las circunstancias del hecho se hayan presentado correctamente al emperador; los rescriptos se conceden, por tanto, con la reserva *si preces veritate nituntur* (*i. e.* si la petición se ajusta a la verdad). El demandado puede defenderse solamente probando que la situación de hecho no ha sido correctamente expuesta, y por tanto el rescripto no cubre el caso sometido al proceso. El procedimiento estaba unido a altas costas, pero ofrecía al demandante la perspectiva de eludir la falta de fiabilidad y la corruptibilidad de los jueces. 21

V. EPISCOPALIS AUDIENTIA

En virtud de las mismas ventajas, se prefería en ocasiones presentar los asuntos litigiosos, en vez de ante los tribunales estatales, ante los *obispos*, que no tenían ninguna 22

■ § 88. EL PROCESO POSTCLÁSICO

jurisdicción secular, pero que, apoyados en su autoridad y su poder disciplinario sobre los creyentes, desarrollaban una rica actividad de *conciliación* (*episcopalis audientia*). Esta iba más allá de un simple arbitraje, en la medida en que se podía obligar al demandado –si bien obviamente solo con medios espirituales– a ser parte en el juicio, y que los pronunciamientos condenatorios, que a menudo se intentaban evitar por la vía de dar compensaciones, eran ejecutados por parte del Estado.

Lit.: M. R. CIMMA, *L'episcopalis audientia nelle costituzioni imperiali da Costantino a Giustiniano*, Torino, 1989; C. M. A. RINOLFI, «*Episcopalis audientia* e arbitramento», en S. PULIATTI - U. AGNATI, *Principi Generali e tecniche operativi nel processo civile nei secoli IV-VI d. C.*, Parma, 2010, 191 (con A. J. B. Sirks, SZ 130 [2013] 682).

On ne peut jamais quitter les Romains.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1747, 11.13

«The Roman law forms no rule binding in itself on the subjects of these realms; but in deciding a case upon principle, where no direct authority can be cited from our books, it affords no small evidence of the soundness of the conclusion at which we have arrived, if it prove to be supported by that law –the fruit of the researches of the most learned men, the collective wisdom of ages, and the groundwork of the municipal law of most of the countries of Europe.»

Acton v. Blundell (1843) 12 Meeson and Welsby's Exchequer Reports 324, 152 ER 1223 per Tindal, CJCP.

APÉNDICE 1. REGLAS JURÍDICAS LATINAS

- ab heredis persona incipere obligatio non potest*, 35.7
accessio cedit principali, 26.5,11,12,18
actor sequitur forum rei, 82.2,6
adoptio naturam imitatur, 60.26
alteri stipulari nemo potest, 35.6
ambiguitas contra stipulatorem, 8.12
audiatur et altera pars, 80.5
bis dat qui cito dat, 53.13
bis de eadem re agere non licet, 82.24
bonae fidei possessor fructus suos facit, 26.6
casum sentit dominus, 36.26; 41.20,23
casus a nullo praestantur, 36.26
coactus tamen volui, 8.31
commodum eius esse debet, cuius periculum est, 26.10,11; 41.24
consensus facit nuptias, 58.33; vgl. 58.32
culpa lata dolo comparatur, 36.22
cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio, 8.17
cum quaeritur in stipulatione quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est, 8.12 (vid. *ambiguitas*)
diei adiectio pro reo, 53.13
dies a quo (non) computatur, 58.38
dies interpellat pro homine, 37.7
dolo facit, qui petit quod redditurus est, 34.19
dolus pro possessione est, 27.10; 75.5
emptio tollit locatum, 42.14
errantis nulla voluntas est, 8.26
ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet, 36.25
factum alterius non nocet, 36.25
falsa demonstratio non nocet, 8.15,17
fur semper in mora, 37.7; 51.7
genus perire non censetur, 35.12
hereditas (iacens) personae vice fungitur, 17.3; 72.2
heri servus, hodie liber, 16.7
impensae necessariae (utiles) dotem ipso iure minuunt, 59.22
imperitia culpa adnumeranda, 36.23
impossibile nulla obligatio est, 35.2

in maiore minus inest, 8.10; 24.12
in pari turpitudine melior est causa possidentis, 48.18
in re pari potior est causa possidentis, 19.23; 23.26
in testamentis plenius voluntates testantium interpretamur, 8.17
infitiando lis crescit in duplum, 32.18
invitus agere nemo cogitur, 80.5
invitus nemo rem cogitur defendere, 27.12
ipso iure compensatur, 53.31
iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiolem, 48.3
iuris ignorantia nocet, facti ignorantia non nocet, 8.27
lex posterior derogat legi priori, 54.1
libera matrimonia esse antiquitus placuit, 58.46
libertas omnibus rebus favorabilior est, 8.13
mala fides superveniens non nocet, 25.12
mandatum nisi gratuitum nullum est, 44.1
mater semper certa est, 60.22
melior est causa possidentis, 27.27
melior est condicio occupantis, 32.22
minima non curat praetor, 2.15
morte Cincia removetur, 47.9
nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur, 13.7
ne bis in idem (crimen iudicetur), 82.24
nemo invitus compellitur ad communionem, 43.15
nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet, 24.3
nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, 65.14, 25; 67.6
nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest, 19.10
nihil commune habet proprietas cum possessione, 19.1
nomina ipso iure divisa, 56.2; 73.5; 74.2
nomina ossibus inhaerent, 55.8
non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat, 8.11
noxa caput sequitur, 50.13
nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem, 34.14
nulli res sua servit, 28.11
nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur, 4.15
omne ius hominum causa constitutum, V; 1.39
omne pactum, omnis promissio rebus sic stantibus intellegenda est, 38.18
omnia iudicia absolutoria esse, 37.20
pacta sunt servanda, 38.18, 18a; 40.7

pater est quem nuptiae demonstrant, 60.22
paterna paternis, materna maternis, 60.20
peccatum non dimittitur, nisi restituatur ablatum, 34.25
per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest, 11.5
periculum est emptoris, 41.21, 22
plus valet quod actum quam quod simulatum, 8.28
portio portioni adcrecit, non homini, 73.7
potior est causa possidentis, 19.23; 23.26; 48.18
prior tempore potior iure, 31.26
qui habet commoda, ferre debet onera, 41.24
qui suo iure utitur, neminem laedit, 4.15
quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire, 36.5
res deterior reddita non est reddita, 37.4
res inter alios iudicata aliis non praeiudicat, 87.10
res iudicata pro veritate accipitur, 84.12
res nullius cedit primo occupanti, 26.2
res perit domino, 41.20,23
secundum naturam est, commoda cuiusque rei eum sequi quem sequentur incommoda, 41.24
semel heres semper heres, 65.14; 68.8
servitus in faciendo consistere nequit, 28.9
servitus servitutis esse non potest, 28.11-
solvit et qui delegat, 54.13
species perit creditori, 35.12
species perit ei cui debetur, 41.20
sui heredes instituendi sunt vel exheredandi, 69.3
superficies solo cedit, 23.23; 26.10,14; 30.7
tot stipulationes quot res, 9.4; 40.13
tres faciunt collegium, 17.11
tutor in rem suam auctor fieri non potest, 11.14
tutor rem pupilli emere non potest, 11.14
ut res magis valeat quam pereat, 8.13
utile per inutile non vitiatur, 9.4
venire contra factum proprium, 34.19
versanti in re illicita omnia imputantur quae sequuntur ex delicto, 36.4
vim vi repellere licet, 36.11

APÉNDICE 2. EMPERADORES ROMANOS (HASTA JUSTINIANO)

- Augusto (*Augustus*) 27 a.C.-14. d.C.
 Tiberio (*Tiberius*) 14-37
 Gayo [llamado Calígula] (*Gaius [Caligula]*) 37-41
 Claudio (*Claudius*) 41-54
 Nerón (*Nero*) 54-68
 Galba (*Galba*) 68-69
 Otón (*Otho*) 69
 Vitelio (*Vitellius*) 69
 Vespasiano (*Vespasianus*) 69-79
 Tito (*Titus*) 79-81
 Domiciano (*Domitianus*) 81-96
 Nerva (*Nerva*) 96-98
 Trajano (*Traianus*) 98-117
 Adriano (*Hadrianus*) 117-138
 Antonino Pío (*Antoninus Pius*) 138-161
 Marco Aurelio (*Marcus Aurelius*) 161-180
 Lucio Vero (*Lucius Verus*; conocido, junto a su hermano Marco Aurelio, como *divi fratres*) 161-169
 Cómodo (*Commodus*) 180-192
 Pertinax (*Pertinax*) 193
 Didio Juliano (*Didius Iulianus*) 193
 Pescenio Níger (*Pescennius Niger*) 193-194
 Clodio Albino (*Clodius Albinus*) 193-197
 Septimio Severo (*Septimius Severus*) 193-211
 Antonino Severo [llamado Caracalla] (*Antoninus Severus [Caracalla]*) 211-217
 Geta (*Geta*) 211-212
 Macrino (*Macrinus*) 217-218
 Marco Aurelio Antonino [llamado Heliogábalo] (*Marcus Aurelius Antoninus [Elagabalus]*) 218-222
 Alejandro Severo (*Severus Alexander*) 222-235
 Maximino el Tracio (*Maximinus Thrax*) 235-238
 Gordiano (*Gordianus*) 238
 Gordiano II (*Gordianus II*) 238
 Pupieno Máximo (*Pupienus Maximus*) 238
 Balbino (*Balbinus*) 238
 Gordiano III (*Gordiano III*) 238-244

Filipo el Árabe (*Marcus Iulius Philippus*) 244-249
Filipo el Joven o Filipo II (*Marcus Iulius Philippus*) 247-249
Decio (*Decius*) 249-251
Treboniano Galo (*Trebonianus Gallus*) 251-253
Hostiliano (*Hostilianus*) 251
Volusiano (*Volusianus*) 251-253
Emiliano (*Aemilianus*) 253
Valeriano (*Valerianus*) 253-260
Galieno (*Gallienus*) 253-268
Claudio II el Gótico (*Claudius Gothicus*) 268-270
Quintilio (*Quintillus*) 270
Aureliano (*Aurelianus*) 270-275
Tácito (*Tacitus*) 275-276
Floriano (*Florianus*) 276
Probo (*Probus*) 276-282
Caro (*Carus*) 282-283
Carino (*Carinus*) 283-285
Numeriano (*Numerianus*) 283-284
Diocleciano (*Diocletianus*) 284-305
Maximiano (*Maximianus*) 286-305, 307-308, 310
Constancio Cloro (*Constantius Chlorus*) 305-306
Galerio (*Galerius*) 305-311
Severo II (*Severus*) 306-307
Majencio (*Maxentius*) 306-312
Licinio (*Licinius*) 308-324
Maximino II Daya (*Daia Maximinus*) 309-313
Constantino el Grande (*Constantinus*) 306-337
Constantino II (*Constantinus II*) 337-340
Constante (*Constans*) 337-350
Constancio II (*Constantius II*) 337-361
Juliano el Apóstata (*Iulianus*) 360-363
Jovian (*Iovianus*) 363-364
Valentiniano I (*Valentinianus I*) 364-375
Valente (*Valens*) 364-378
Graciano (*Gratianus*) 367-383
Valentiniano II (*Valentinianus II*) 375-392
Teodosio el Grande (*Theodosius*) 379-395

División definitiva del imperio 395

Imperio de Occidente

Honorio (*Honorius*) 393-395-423

Constancio III (*Constantius III*) 421

Juan (*Iohannes*) 423-425

Valentiniano (*Valentinianus III*) 425-455

Petronio Máximo (*Petronius Maximus*) 455

Avito (*Avitus*) 455-456

Mayoriano (*Maiorianus*) 457-461

Libio Severo (*Libius Severus*) 461-465

Antemio (*Anthemius*) 467-472

Olibrio (*Olybrius*) 472

Glicerio (*Glycerius*) 473-474

Julio Nepote (*Iulius Nepos*) 474-475

Rómulo Augusto [despectivamente: Augústulo] (*Romulus* [*Augustulus*]) 474-476

Imperio de Oriente

Arcadio (*Arcadius*) 383/395-408

Teodosio II (*Theodosius II*) 408-450

Pulqueria (*Pulcheria*) 450-453

Marciano (*Marcianus*) 450-457

León el Tracio (*Leo*) 457-474

León II (*Leo II*) 474

Zenón (*Zeno*) 474-475, 476-491

Basilisco (*Basiliscus*) 475-476

Anastasio (*Anastasius*) 491-518

Justino (*Iustinus*) 518-527

Justiniano (*Iustinianus*) 527-565

Caída de Bizancio 1453

ÍNDICE DE FUENTES

Los números remiten a los números marginales. En estos, el número que antecede al punto se refiere al párrafo respectivo (§), en tanto que el número a continuación del punto y aquellos otros que van precedidos por una coma se refieren a los números internos del párrafo. Los pasajes más importantes se escriben con cursivas. Solo se incluyen aquellas fuentes cuyo texto se ha transcrito, o respecto de las cuales se da una información más precisa.

I. FUENTES JURÍDICAS

A. Colecciones de leyes u obras de juristas prejustinianos

Codex Theodosianus (= CTh.) 4,14, 1 - 4.12

Fragmenta Vaticana (= vat.)

2 - 41.19, 24

72,2 - 29.5

266 - 48.14

283 - 23.8

Gai instituciones (= Gai.)

1,5 - 2.16

1,7 - 2.20

1,53 - 4.15

1,119 - 7.2

1,190 - 63.1

2,104 - 67.4,7

4,16 - 27.3

4,17 - 27.3

Ley de las XII Tablas (leges duodecim tabularum = Tab.)

3,6 - 81.12

4,2 - 60.6

5,3 - 67.5

5,4 - 66.6

■ TRATADO DE DERECHO PRIVADO ROMANO

5,5 - 66.6

5,7a - 64.7

6,3 - 25.2

6,5 - 58.37

7,10 - 23.12

9,1 - 3.28

Pauli sententiae (= PS)

3,4a,7 - 14.17

B. Corpus Iuris Civilis

Institutiones (= Inst.)

1,1,4 - 3.5

1,2 pr. - 3.18

1,2,6 - 2.18

2,1,41 - 7.8

2,4 pr. - 29.1

3,13 pr. - 32.1

4,1,1 - 51.1

4,6 pr. - 4.7

Digesta (= D.)

1,1,1,2 - 3.5

1,1,1,3 - 3.18

1,1,7 pr. - 2.18

1,1,7,1 - 2.12

1,2,2,49/50 - 3.2

1,3,32,1 - 3.2

1,4,1 pr. - 2.18

1,4,1,1 - 2.18

1,5,2 - 1.39

2,14,1,3 - 6.2; 8.24; 38.2; 40.3

2,14,38 - 3.7

4,2,21,5 - 8.31

4,3,1,1 - 8.35

4,3,1,2 - 8.35

5,1,65 - 53.14
 5,3,25,1 - 75.10
 6,1,27,3 - 27.11
 6,2,9,4 - 27.27
 7,1,1 - 29.1
 7,1,12,1 - 29.5
 8,3,7 pr. - 28.5
 8,5,16 - 28.13
 8,6,11 pr. - 28.18
 9,2,2 pr. - 51.10
 9,2,7,6 - 51.15
 9,2,8,1 - 36.23
 9,2,11 pr. - 36.5
 9,2,27,5 - 51.10
 12,1,23 - 48.10
 12,1,40 - 40.3
 12,1,41 - 8.3
 12,4,16 - 41.17
 12,6,26,3 - 48.14
 13,5,16,3 - 46.2
 14,2,10,1 - 36.4
 14,3,19 pr. - 11.8; 49.14
 14,3,20 - 11.1
 16,3,31,1 - 39.19
 16,3,32 - 36.21
 17,1,1,4 - 44.1
 17,1,54 pr. - 35.5
 17,2,83 - 23.23
 18,1,6,1 - 41.50
 18,1,8 - 41.9
 18,1,9,1 - 8.16
 18,1,34 pr. - 9.4
 18,1,34,6 - 35.12
 18,3,2 - 8.10;
 10.13; 41.50
 18,6,8 pr. - 41.21,22
 19,1,1 pr. - 34.28
 19,1,13 pr. - 41.47
 19,2,15,2 - 42.9

19,2,19,9 - 42.19,24
2,25,7 - 36.25
19,2,36 - 42.29
19,5,5 pr. - 45.8
20,1,5,1 - 31.15
20,1,15,2 - 31.26
20,1,21,3 - 31.40
20,2,4 pr. - 31.19
21,1,1,1 - 41.39
21,1,1,2 - 41.42
21,1,28 - 41.43
21,1,44 pr. - 41.42
21,2,29 pr. - 53.33
21,3,3 pr. u. 1 - 27.30
22,3,1 - 59.9
22,6,9 pr. - 8.27
23,2,1 - 58.2
23,3,9,1 - 8.3
26,1,1 pr. - 62.1
26,4,1 pr. - 62.2
30,47,6 - 37.8
32,25,1 - 8.17
34,5,26 - 8.12
35,1,33 - 8.15
40,7,3,16 - 10.5
41,1,36 - 24.12
41,2,1,21 - 20.2
41,2,3,5 - 19.14
41,2,8 - 20.9
41,2,12,1 - 19.1
41,2,18 pr. - 20.6
41,4,2,3 - 10.13
44,7,3,2 - 8.28
44,7,51 - 4.7
45,1,1,4 - 8.10
45,1,1,5 - 9.4
45,1,41,1 - 53.13
45,1,137,5 - 35.2
46,1,17 - 57.22

46,1,49 pr. - 57.11
 46,2,1 - 54.1
 46,3,79 - 20.2
 46,3,80 - 6.4
 46,3,95,1 - 35.13
 47,2,1,3 - 51.1
 49,14,3,6 - 42.12
 50,16,85 - 17.11
 50,17,55 - 4.15
 50,17,10 - 6.4
 50,17,12 - 8.17
 50,17,131 - 27.10
 50,17,149 - 36.25
 50,17,161 - 10.5
 50,17,169 pr. - 51.15
 50,17,185 - 35.2
 50,17,203 - 36.5
 50,17,206 - 48.3

Codex Iustinianus (= C.)

1,18,8 - 8.26
 4,65,23 - 8.26
 7,39,3,1 - 4.12
 7,47,1 - 1.39; 34.29
 8,4,1 - 36.11
 8,54,2 - 23.8

Novellae leges (= Nov.)

115 - 69.12; 70.3 - 5,8
 118 - 66.22,23

C. Inscripciones

Bruns n. 130 - 133 - 41.29 n. 136 - 40.13
 FIRA III n. 87 - 90 - 41.29 n. 94 - 40.13

■ TRATADO DE DERECHO PRIVADO ROMANO

II. FUENTES NO JURÍDICAS

M. Tullius Cicero (= Cic.) de orat. 1,180 - 8.7; 68.10

A. Gellius, Noctes Atticae 3,2,12/13 - 58.37 5,19,9 - 60.25 20,1,13 - 51.20

ÍNDICE DE MATERIAS

Los números remiten a los números marginales. En estos, el número que antecede al punto se refiere al párrafo respectivo (§), en tanto que el número a continuación del punto y aquellos otros que van precedidos por una coma se refieren a los números internos del párrafo.

AA 83.11

Abandono: 37.17

Abogado; vid. *advocatus*

Abstención (de la herencia) 71.7; 74.4; 76.14; vid. también *ius abstinendi*

Abstracción 24.6-7,9,11,15; 40.4; 81.8; 83.12

Abuso de derecho 3.3; 4.15; 12.5; 15.6; 23.1; 27.21; 58.7; 60.2; 88.6

acceptilatio 6.4; 9.6; 52.8; 53.19; 57.1

Accesoriedad 31.5,16,21,30 (prenda); 57.10-14 (fianza)

accessio 18.15; 26.5,9-16

– *temporis* 21.9; 25.13

Acción, clases 4.7

– crediticia 41.35

– de deslinde 23.20,28

– de la estipulación 33.7

– de regreso (fiadores) 57.21

– de restablecimiento en la situación anterior 8.33

– del poseedor 27.29, vid. también *actio Publiciana*

– hereditaria, vid. *hereditatis petitio*

– para completar la legítima 70.9

– para la formación de un derecho (sentencia), 4.7; 23.28 ss.; 83.24; 84.8

– para la reducción del precio 41.39-40,43

– para la restauración de la comunidad de vida matrimonial 58.3

– para obtener una prestación, sentencia 4.7,8; 84.8; 85.2,11

– reivindicatoria, vid. *rei vindicatio*

– resolutoria 41.39-40,43

Acciones adiecticias 11.8; 15.11; 43.7; 49.4-14,15; 60.14; 83.22; vid. también

Acciones adiecticiae qualitatis

– arbitrarias 27.17; 83.18; 86.6

– de buena fe (*bonae fidei*), vid. *bonae fidei iudicia*

– de derecho estricto (*stricti iuris*) 34.1-2,18

– de enriquecimiento, pretorias 48.28

- de filiación 60.22; 85.12
- Accion(es) divisoria(s) 23.20,28; 36.10; 73.3; 81.7; 84.8
- edilicias 41.39-40,48
- Acciones penales 34.30-33; 50.6-15
 - puras 34.31,32; 50.6,7,10,15; 51.7,26; 82.27
 - mixtas 34.31,32; 50.6,7,11-12,15; 51.13,26; 82.27
 - personales 4.5
 - prejudiciales 4.7; 15.14; 60.22; 83.25
 - pretorias 38.14
 - reales 4.4
 - reipersecutorias 34.31,32; 50.6,10; 51.7-8
 - sujetas a plazo 4.11; 50.15; 51.23
- accusatio suspecti tutoris* 62.24; 64.5
- Acceptación 8.20,21
 - como hijo, en la posición de un hijo 60.24-35; vid. también Adopción, *adrogatio*
 - (del proceso) 4.3; 27.12-15; 75.6; 82.7,11; 86.1; 87.6; 88.5
 - (del proceso), Libertad de 4.3
- Acrecimiento 23.25; 65.25; 68.6; 71.11; 73.7,8; 76.15,16
- Acreditación del precio 24.13,16
- Acreeedor accesorio 53.8; 56.1; 57.1
- Acreeedor pignoraticio, posesión interdictal 19.15
- actio* 2.11; 4.6-9; 33.1-5; 80.2; 82.4; 83.2; 87.7
 - *ad exemplum institoriae actionis* 49.14
 - *ad exhibendum* 26.14; 27.12-13,15; 82.11
 - *ad supplendam legitimam* 70.9
 - *aquae pluviae arcendae* 23.16
 - *auctoritatis* 7.7; 24.7; 25.3; 27.4; 41.26-27
 - *Calvisiana* 69.10
 - *certae creditae pecuniae* 39.5; 40.16; 83.12
 - *certi ex stipulatu* 34.4 s.; 40.2
 - *commodati* 39.11-12
 - *commodati contraria* 39.13
 - *communi dividundo* 23.27-28; 43.16-18; 81.6,7; 83.24
 - *conducti* 42.3; 83.16; vid. también *conductor*
 - *confessoria* 28.20; 29.15; 51.13; 82.10; 85.3; 86.8
 - *de deiectis vel effusis* 51.28
 - *de dolo* 8.35; 29.9; 34.15; 35.13; 39.24; 41.46; 51.27
 - *de eo quod certo loco* 53.15

- *de in rem verso* 49.5,9-10; 83.23
- *de modo agri* 24.7,8,9; 32.10,15; 41.36
- *de pauperie* 50.14
- *de peculio* 15.7; 49.5-8,15; 60.16; 83.23
- *de pecunia constituta* 46.2, 3
- *depensi* 32.15; 57.20
- *depositi* 39.14-16; 83.14
- *depositi contraria* 39.18
- *de positis vel suspensis* 51.28
- *de recepto* 46.6
- *de sepulchro violato* 50.1
- *de tigno iuncto* 26.14; 51.9
- *dotis, de dote* 59.26
- *empti* 35.2; 41.17-18,30-35,45-48; 83.16
- *ex iureiurando* 82.8
- *ex stipulatu* 40.2; 41.23; 59.26; 83.17
- *ex testamento* 29.9; 32.15; 34.5,6; 36.18;76.5,7,13,20
- *exercitoria* 49.3,12
- *Fabiana* 69.10
- *familiae erciscundae* 23.21,28; 43.16-17; 65.6; 66.5; 73.3,5; *cfr.* 73.6
- *fiduciae* 24.8; 31.12; 83.16
- *fiduciae contraria* 31.13
- *finium regundorum* 23.20,28; 43.16-17; 81.7
- *funeraria* 48.28
- *furti* 51.4-7; 83.20
- *furti concepti* 51.4
- *furti manifesti* 51.3
- *furti nec manifesti* 51.5; 83.20
- *furti non exhibiti* 51.4
- *furti oblati* 51.4
- *furti prohibiti* 51.4
- *hypothecaria* 31.40
- *in factum* 2.16; 28.13; 29.10; 35.2; 82.4
- *in factum civilis* 45.4
- *in rem* del enfitentea 30.2,4
- *in rem* del superficiario 30.6-7
- *incerti civilis* 45.4
- *iniuriarum* 18.7; 26.2; 34.17; 34.33; 51.23; 83.8
- *institoria* 49.3,13-14

- *institutoria* 57.28
- *iudicati* 32.18; 85.3-4
- *legis Aquiliae* 51.13-18
- *locati* 42.3; 83.16; *vid.* también *locator*
- *mandati contraria* 44.3, 10; 57.21; 83.16
- *mandati directa* 44.8; 83.16
- *momentaria* 21.17
- *negativa* 27.23
- *negatoria* 23.14,18; 27.23-24; 28.13,20
- *negotiorum gestorum (directa)* 44.13,18-20; 64.6,8; 83.16
- *negotiorum gestorum contraria* 38.22; 44.21; 83.16
- *operarum* 16.15; 34.6
- *Pauliana* 9.12
- *pigneraticia* 31.17,36; 39.22-23
- *pigneraticia (in rem)* 31.40
- *pigneraticia contraria* 39.24
- *praescriptis verbis* 10.21; 19.14; 45.4-5,6,8
- *pro socio* 43.12,16,18
- *pro socio manente societate* 43.11,13
- *Publiciana* 3.26; 19.20; 22.4; 27.7,25-29; 83.19
- *quanti minoris* 41.39-40,43,44,48
- *quasi Serviana* 31.40
- *quod iussu* 49.11; 83.22
- *quod metus causa* 8.32; 34.9; 51.27; 86.8
- *rationibus distrahendis* 51.9; 62.23
- *recepticia* 46.5
- *redhibitoria* 34.9; 41.39-40,43,44,48
- *rei uxoriae* 34.17; 36.10; 58.50; 59.19-27;83.16
- *rerum amotarum* 51.8
- *rescissoria* 8.33
- *restitutoria* 57.28
- *Rutiliana* 85.7
- *sequestraria* 39.21
- *Serviana* 31.20,28,39; 85.7
- *spolii* 21.20
- *suppletoria* 70.9
- *tributoria* 49.15
- *tutelae* 36.14; 62.18,26-29; 83.16
- *tutelae contraria* 62.29; 83.16

- *utilis* (del cesionario) 55.5,7,8
- *venditi* 41.17,19,21; 83.16
- *vi bonorum raptorum* 51.26
- actiones adiecticiae qualitatis* 49.2; 83.22
- *arbitrariae* 8.32,35; 9.3; 27.17; 29.8; 34.9; 75.7; 83.2,18; 86.6,8; 88.12
- *civiles* 4.9; 33.5
- *contrariae* 38.20
- *ficticiae* 3.16,26; 27.29; 83.2,19; 85.7; 86.7
- *honorariae* 4.9; 33.8
- *in factum conceptae* 3.26; 33.3,8; 38.15; 45.1,4; 51.14,15; 82.4; 83.2,14
- *in personam* 4.1,3,5,8; 32.1; 50.13; 80.20; 82.12; 83.5,6; 85.1; 87.6
- *in rem* 4.1-3,8; 27.11-12,13,24; 30.2,4,6-7; 36.10; 41.29; 75.1; 82.11; 83.6; 85.2; 87.6; 88.5
- *noxales* 15.12; 50.12-14; 60.15; 83.21; 84.8
- *poenales* 50.6-15
- *populares*, 50.1
- *praetoriae*, véase *actiones honorariae*
- *utiles* 3.25f.; 11.13; 49.3; 51.14,16; 55.4; 56.7,11; 78.4; 83.4
- *vindictam spirantes* 50.8
- Acto en sentido contrario 6.4
- ilícito 50.3
- Actos causales 24.6,9,11,15; vid. también Abstracción
- Actos contrarios a las costumbres 3.2; 9.9-10; 10.7; 35.3; 48.17; 58.11,46; 60.2
- Actos librales 7.14; 52.5; 53.18
- Actuación simbólica 6.2
- Actuaciones, fungibles y no fungibles 18.12
- actus* 5.2; 28.5
- *legitimi* 10.3
- Acuerdo de manumisión 15.19; 16.1
- Acuerdo de voluntades 8.24; vid. también *consensus*
- addictio* 7.16; 16.2; 28.17; 32.12; 81.12; 82.20
- *bonorum libertatis causa* 74.5
- ademptio legati* 76.21
- adgnatio, adgnatus* 12.7; 62.6; 63.3; 64.7 ss.; vid. también Parentesco agnaticio
- Adición (*aditio hereditatis*); vid. Adquisición de la herencia
- adiudicatio* 23.20,28-29; 24.5; 28.12; 29.10; 83.9,24; 84.12
- Adopción (*adoptio*) 7.13,18; 12.6; 58.19; 60.31,32-35; vid. también Aceptación como hijo

- en la posición de un nieto 60.32
- *minus plena* 60.34,35
- *plena* 60.34, 35
- testamentaria 60.31
- adplumbatio* 26.14
- adprobatio operis*, vid. Aprobación de la obra
- adpromissio* 57.4
- Adquisición de buena fe 24.3-4; 25.20
- Adquisición de cosas propias 41.11
- Adquisición de derechos, teoría del tránsito 54.10
- Adquisición de derechos a través de personas auxiliares 11.4-7
- Adquisición de la herencia 66.4,8; 71.1-8
- Adquisición de la libertad por prescripción 15.20
- Adquisición de la posesión 20.1-6
- Adquisición de la propiedad 24.1; 25.1,7
 - del acreedor 23.4
 - del no legitimado 24.3-4; 25.7; 27.25-26
 - derivativa, originaria 24.1; 25.7; 26.1
 - por compra y donación 24.14; 41.4; 47.4
- Adquisición de los frutos 26.6-8
- Adquisición del esclavo 11.4; 15.9
- Adrogación (*adrogatio*) 12.6; 60.24-31,35; 67.2, vid. también Aceptación como hijo
- adsertor* 7.18
- adsertor*
 - *in libertatem* 15.14; 16.2
- adsignatio liberti* 16.14
- adstipulatio* 40.9; 53.8; 57.1
- adstipulator* 53.8; 56.1; 57.1
- Adulterio (*adulterium*) 58.16,25,31,40,46,48; 59.19,20
- advocatus* 44.3; 82.33; 88.6
- aemulatio* 4.15
- aequitas* 3.1,24
- aequum* 3.1
- aerarium* 17.5,6; 58.2; 66.19; 71.11,12; 75.5
- aestimatum* 31.20; 45.2,5
- ager compascuus* 22.5
 - *publicus* 18.7; 19.6,7; 21.8; 22.5
 - *stipendiarius, tributarius* 22.10

- *vectigalis* 19.7; 30.1
- Agnados 65.8,11; 66.6-8,14; 72.5 *vid.* también Parentesco agnaticio
- agnatio*; *vid.* también Parentesco agnaticio
- agnitio bonorum possessionis* 71.9
- agri deserti* 23.4
- *occupatorii* 19.7
- Agrupación doméstica 1.4; 3.5
- estatal 3.5
- Agua de lluvia 23.16
- aktionenrechtliches Denken* 2.17, *vid.* Pensamiento centrado en la acción (*actio*)
- alieni iuris* 12.8
- Alimentos 58.40; 59.1,5,7; 62.16; 80.21
- necesarios 32.22
- aliud pro alio* 53.11
- alumnus* 15.3
- allelengye* (gr.) 57.16; *vid.* también *fideiussio*
- alluvio 26.11
- Ámbito de aplicación del Derecho romano 3.8 ss.
- Análisis económico 41.43 a. E.; 49.12
- analogía 3.25
- anatocismo 35.21
- Andeutungstheorie* 40.3, *vid.* *stipulatio*
- Anillo (de compromiso) 58.12
- Animales 26.2
- demoníacos 50.14
- daños provocados por 50.14
- Ánimo de realizar la declaración 8.1-3
- animus* 8.19 (negocio jurídico); 20.1,7 (posesión)
- animus*
 - *domini* 19.22
 - *donandi* 47.2
 - *furandi* 51.1
 - *novandi* 54.3
 - *recipiendi* 44.21
 - *revertendi* 26.2
 - *transferendi dominii* 24.15
- Anticresis (*antichresis*) 31.15, 32
- Antigüedad Tardía 1.15
- Antijuridicidad 36.6,11; 50.2; 51.11

Anulabilidad 4.10; 9.2; cfr. también 70.1
Apelación 88.15
Apertura del testamento 67.17; 71.4; 76.13
Aplazamiento (del pago) 38.13; 53.21
Aplazamiento (proceso) 82.3; 84.2
apocha 53.3
Apoderamiento 11.8 s.; 49.10; 53.5; 54.9; 55.3-4
apólides 3.11
Aportaciones de los socios 43.8
apóstoli (gr.) 87.11
appellatio, vid. Apelación
Apreciación de la prueba 84.3; 87.9; 88.9
Aprobación 49.11; 53.6
Aprobación (de la obra) 42.28-29
Apropiación indebida 51.1
apud acta 7.36
apud iudicem (procedimiento) 80.9; 82.33; 84.1-14; 87.1
Apuesta 40.5
aquae haustus 28.5
aquaeductus 28.5
arbiter 46.4; 81.6-7; 82.14; 86.6
arbitrium boni viri 35.4
– *liti(s) aestimandae* 32.8; 81.11
Árboles 26.10
argentarius 46.5; 53.28
argumentum e contrario 3.25,26
arra, *arrha* 38.11; 41.7; 58.12
– *poenitentialis* 41.7
– *sponsalicia* 1.14; 58.13
Arrendamiento, alquiler 42.1,4-18
Arrendamiento parciario 42.7
Arrendamiento público, arrendamiento de impuestos 17.9; 85.7
Arrendamiento rústico 42.1,4-18
artes liberales 42.20
as, asses 35.17
Asamblea popular 60.24,29-31
Aseguramiento del sostenimiento de la mujer 59.8,19,24,31
Asesinato moral 51.19, 22
Asilo, derecho de 15.6,22

- Asistencia 64.12
 Asociación 17.1-4,6-11
 – constitución 17.10
 Asunción de deuda 54.13; 55.9-11
 Atentado a las (buenas) costumbres, inmoralidad 3.2; 9.9-10; 10.7; 35.3;
 48.17; 58.11,46; 60.2
auctor 7.4; 24.1; 27.4; 41.26
auctoritas 7.7; 25.3,4
 – *tutoris* 14.4,12; 48.28; 53.2; 62.20-21; 63.2,3; 64.4
 Audiencia bilateral 80.5
 Audiencia, judicial 80.5
Aulus Agerius 83.11
aureus 35.17
 Ausencia 13.10; 58.43,45
Authenticum 1.22
 Autoayuda 21.1,17; 23.26; 36.11-12
 Autocontratación 11.14
 Autoliberación 52.7
 Autonomía privada 1.34; 3.5; 9.4; 10.16; 33.3
 Autopignoración 7.14; 39.1-2; 58.12
 Autoridad jurisdiccional 80.9-11,13
 Autoventa 15.18
 Auxiliares 46.8
 – para el cumplimiento (de la obligación) 36.25
 – responsabilidad 36.25
 Avería gruesa 42.31
aversione venire 41.8, 21
 Aviso de desahucio 42.15; 43.10
avulsio 26.12
- Banquero 38.25; 39.20; 40.4; 46.5; 53.28
 Base del negocio 38.18a
 Basílicos (*Basilica*) 1.26,50
beneficium abstinendi 71.3,7; 72.8; 74.4; vid. también Abstención (de la herencia)
 – *cedendarum actionum* 57.22, 25, 26
 – *competentiae* 32.22; 58.40; 85.8, 9
 – *divisionis* 56.2; 57.16, 25, 26
 – *excussionis u ordinis* 31.24; 57.19,25,26

■ TRATADO DE DERECHO PRIVADO ROMANO

– *excussionis personalis* 31.40

– *inventarii* 71.7; 74.7-8

Bienes hereditarios sin heredero, vid. *bona vacantia*

Bigamia 58.16

Bipartición procesal 80.9-13; 87.1

Bolonia 1.27

bona 18.1

– *adventicia* 60.20

– *caduca* 71.11,12,15

– *ereptoria* 71.15

– *materna* 23.9; 25.19; 29.18; 60.20,40

– *paterna avitaque* 64.10

– *vacantia* 66.19,21; 77.4

bona fide serviens 11.6-7

bona fides 3.16; 25.11-12,15,17,18; 48.3

bonae fidei iudicia 2.13; 3.16; 31.12-13; 33.6; 34.10; 36.13-14,19; 37.6; 38.22;
53.27; 75.1; 77.6; 80.17; 83.15,16

boni mores 9.9

bonorum possessio 65.17-21; 75.15

– *contra tabulas* 69.6-10

– *cum re, sine re* 65.20

– *intestati* 66.11-17; 68.19

– *secundum tabulas* 67.9; 68.19

bonorum possessor 65.17,22; vid. también *bonorum possessio*

bonorum emptor 53.29; 83.19; 85.6,7

bonum et aequum 34.17

brevi manu traditio 20.5

Breviarium Alaricianum 1.18

Buena fe, vid. (*bona*) *fides*

Caducidad 58.28

caducum 58.28; 66.19; 71.11; 73.8, vid. también *bona caduca*

caelibes 58.28

Caída en el fundo vecino 23.12

Cambio de status 13.3; 58.44; 59.3; 60.36

canon 30.4

– *redintegranda* 21.20

Canon por el uso del suelo 22.10; 23.5

Capacidad de obrar 14.1-17

- de postulación 82.6
- delictual 14.1,6,12
- jurídica 13.1-12
- jurídica parcial 15.19
- negociada 14.1; 68.13
- para heredar 68.14-17; 71.10
- para ser parte (proceso) 15.13; 82.6
- (hijo de familia) 60.11
- patrimonial 12.5,12; 15.7; 58.8
- hijo de familia 60.12,17-21
- procesal 82.6
- testamentaria 15.9; 68.12-13,18; 76.18; 77.4,5
- capitis deminutio* 13.3; 68.18
 - *minima* 13.3; 29.13
- captivus redemptus* 15.17
- Cara, rostro 15.22
- Carga de la prueba 84.4
- Carga real 28.10
- carmen malum* 51.19
- Carta de amor 58.40
- Casa del inmueble 29.14
- case-law* 2.5,28
- Caso fortuito 36.4,26; 37.8
- Casuística 2.5
- casus* 36.26; 37.8
 - *a nullo praestantur* 36.26
 - *fortuitus* 36.26
 - *maior* 36.26
 - *minor* 36.26
- Caución 55.4,5,7
- caupo 46.6
- causa* 8.19; 9.10; 33.1; 40.4-7; 41.17
 - *condictionis* 48.13
 - *contractus* 9.10; 40.5-7
 - *Curiana* 8.7; 68.10
 - *donandi* 47.2,3
 - *possessionis* 19.8
 - *solutionis* 48.15
 - *stipulationis* 9.10; 40.5-7

■ TRATADO DE DERECHO PRIVADO ROMANO

– *traditionis* 48.13

Causación 36.1,3-5

causae cognitio 82.4

– *coniectio* 84.2

Causalidad 36.1,3-5,9; 40.5 ss.; 42.29; 51.11,14,15; vid. también Causación

– hipotética 42.29

– interrumpida 36.4; 37.8

Causas de adquisición, concurrencia 53.33

cautio 7.22; 8.35; 40.9

– *damni infecti* 23.17; 86.11

– *de amplius non turbando* 27.24

– *iudicatum solvi* 82.31

– *legatorum servandorum causa* 76.5

– *Muciana* 10.4

– *pro expensis* 88.14

– *pro praede litis et vindictiarum* 27.16

– *ratam rem dominum habiturum* 82.31

– *usufructuaria* 29.8,17; 31.14

– *vadimonium sisti* 82.3

cautiones iudiciales 86.11

– *praetoriae* 86.11

Cautividad de guerra 15.16; 58.44,45

Caza, derecho 26.3

Censor 23.1; 58.46; 60.2; 62.4

census 16.3

centesima usurae 35.20

centumviri 82.16

certa pecunia 34.5

certum como objeto de la prestación 34.4-6; 34.26; 37.2; 40.2; 83.12 s.

certum dari 34.6

Cesión 54.12; 55.2-8

– *denuntiatio* 55.7,8

– (modo de transmitir la propiedad) 24.7

– ante el magistrado, vid. *in iure cesio*

– de acciones 34.34; 57.22

– de la herencia 72.5-6

– forzosa 56.11; 57.22

– legal (de derechos) 31.26; 57.22

cessio bonorum 85.9; 88.20

- Citación 82.2-3; 87.5-6
 Ciudadanía, derecho 3.8; 13.2-5, 8
civis 13.5; 71.14
civitas 17.5,8; 68.17
 Clasicismo 1.19,21; 2.24
 Clásicos 1.1,9,10
 – tardíos 1.10
 Cláusula codicilar 68.24,25
 – de dolo (*clausula doli*) 8.35; 29.8; 34.19; 41.31
 – estipulatoria 7.23
clausula rebus sic stantibus 38.18a
 Cláusulas generales, delictuales 51.18
 Cliente (*cliens*) 12.3, 4; 13.5; 16.12; 42.2
 Coacción 8.30-34; 34.11; 51.2; vid. también *metus*
 Coautor 50.9; 56.6
Codex
 – *Euricianus* 1.18
 – *Gregorianus* 1.49; 2.25
 – *Hermogenianus* 1.49; 2.25
 – *Iustinianus* 1.20,22,42,45; 2,25
 – *Theodosianus* 1.17,49; 2.25
codex accepti et expensi 40.14
 Codicilo 68.22-25; 77.3
codicilli testamento confirmati 68.23-24
 Codificaciones 1.34
 – iusnaturalistas 1.32
coemptio 7.11; 58.35
 Cofiadores 56.2,5,10; 57.6,16,23
cognatio, vid. Parentesco de sangre (consanguíneo)
cognitio 80.21; 87.1-12; vid. también *extraordinaria cognitio*
 – *extra ordinem*, vid. *extraordinaria cognitio*
 – de funcionarios 2.21
cognitor 82.29,30,32
 – *in rem suam* 55.3,10
 Coherederos 56.2,10; 65.5-6; 66.1-5; 73.1-6; 74.2; 76.16; vid. también Comunidad hereditaria
 Colaboradores 36.25
 Coleguario 76.15
 Colonato 1.16; 15.4; 16.18; 42.12,17-18

colonia 17.8

– *partiararia* 42.7

colonus 16.18; 42.6

Colusión 8.35

collatio

– *bonorum* 65.11; 73.9-13

– *descendentium* 73.12

– *dotis* 73.11

– *emancipati* 73.10

collegium 17.9

Comentaristas 1.28,29,40

commercium 3.8; 24.6; 25.4

commixtio 26.15

commodum, accesorio y de reemplazo 41.24

– *ex negotiatione* 41.24

commorientes 13.11

communio 43.9,11,14-18

– *incidens* 23.22

– *pro indiviso* 18.14; 23.22-29; 43.14

Comodato (*commodatum*) 38.7-8; 39.3,10-13

Compensación (*compensatio*) 34.16; 53. 22, 24-31; 54.6

– de culpas 36.5

– prohibición 39.18; 53.28

comperendinatio 84.2

Competencia, territorial, material 82.6

Compiladores 1.22,23

Complicidad 50.9

Compra 27.22

– objeto 41.8

– a plazo 19.14; 41.16

– a prueba (*ad gustum*) 41.49

– de cosas futuras 41.9

– de cosas propias 35.2; 41.11

– de créditos 7.8; 41.26

– de fundos

– de género determinado 41.8

– de herencia 72.7; 78.3

– de la esposa 58.35

– de la libertad 15.19; 16.1,7

- genérica 41.8
- y transmisión de la propiedad 24.6-7,9,11-16; 41.1,3-5,17; 7.3,4,7,8; 38.11; 41.1-51
- Compraventa (*emptio venditio*), 7.28; 24.14; 38.11; 41.1-51, vid. también Compra, Venta
- compromissum* 40.12; 46.4
- Cómputo del tiempo 10.22
 - civil 10.22
 - tiempo natural 10.22
- Comunidad de propietarios 23.22-29; 43.14-18; 73.5; 76.15
 - de riegos 42.31; 43.9
 - doméstica, continuación de 12.9; 43.2; 73.1
 - *ercto non cito* 23.21; 43.2; 66.5; 73.1
 - hereditaria 23.21; 43.14; 66.1ff.; 73.1-13
 - por cuotas, vid. Comunidad *pro indiviso*
- Conceptos valorativos 1.39; 4.4
- Concesión de la ciudadanía 3.19
- Concesión de la libertad 15.19
- Concesión de protección jurídica 2.15; 80.2
- concessio* 28.17
- Conciencia de matrimonio 58.2
- Concilio de Trento 58.33
- Conclusión del contrato 5.6
- Concubinato 58.51-53; 61.5
- Concurrencia consuntiva 56.8-9; 57.17,19,24; 82.25; 88.7
 - de acciones 50.9-11; 82.23 ss.
 - de pagos 50.9; 56.9; 88.13
- Concurso (de acreedores) 31.2; 74.8; 81.2; 82.12; 85.2,6; 88.19
 - créditos privilegiados 85.7
- Concurso del patrimonio hereditario 66.19; 71.3,7
- concursum causarum* 53.33
- condemnari oportere* 54.7; 84.14
- condemnatio pecuniaria* 34.5; 35.5; 34.22,24; 83.7; 84.8; 87.10; 88.12
- condicio* 10.1-16; vid. también Condición
 - *causalis* 10.4
 - *iuris* 10.8
 - *mixta* 10.4
 - *potestiva* 10.4
 - *tacita* 10.8; 40.5; 59.17

Condición 9.10; 10.1-16; 41.22

- contradictoria 10.7
- imposible 10.6
- impropia 10.6
- potestativa 10.4-5,13; 47.11
- resolutoria 10.2,3,11; 68.8,9; 76.19; 77.8
- suspensiva 10.2,3,11-15; 67.8; 68.8

Condiciones generales (del negocio) 31.19; 42.12

condicionis implendae causa 79.5

condictio 24.12; 39.5; 40.2; 48.1-27; 81.8; 83.12

- *causa data causa non secuta* 48.24
- *cautionis* 48.22
- *certae pecuniae* 34.5; 48.3,5,24
- *certae rei* 34.6; 48.3,5,24; 83.13
- *de bene dependis* 39.4
- *ex causa furtiva* 26.20; 48.3; 49.4; 51.7,26
- *ex lege* 48.25
- *ex paenitentia* 48.16
- *furtiva* 48.25; 51.7
- *generalis* 48.25
- *impensarum* 48.22
- *incerti* 48.9,20-22,26; 51.13
- *indebiti* 48.14,24
- *liberationis* 48.21
- *ob causam datorum* 45.1,7
- *ob causam finitam* 48.12
- *ob rem dati* 10.21; 41.17; 45.1,7; 48.24; 59.17; 79.1
- *ob turpem vel iniustam causam* 48.24
- *possessionis* 48.9
- *pretii* 48.10,19
- *sine causa* 48.25

condictio por intromisión 48.10

Condominio (*condominium*) 23.22, vid. copropiedad

Condonación, vid. Remisión

Conducción a la casa del marido 58.32

conductor 42.4,12-13 (arrendatario), 23 (tomador de servicios), 27 (fabricante)

confarreatio 6.4; 58.34,49

Confesión 84.6

confessio in iure 32.14,18; 82.10; 84.6; 85.3; 87.9

- Confianza, relación de 31.12; 49.3, vid. también *fiducia*
confinium 23.20,23
confirmatio 62.9,10 (del tutor); 68.22 ss. (de codicilo)
confusio 23.22; 26.15; 28.19; 31.30; 53.32; 56.7; vid. también Unión (de cosas)
 Confusión 28.19; 29.13 (derechos reales); 53.32 (obligaciones)
 – del dinero (*conmixtio nummorum*) 26.16; 48.6
coniunctim (legado) 76.16
coniunctio re, verbis, re et verbis 73.8
 Conjunto de cosas (universalidad) 18.14, vid. *universitas*
 Conmixtión 26.15, vid. también Unión (de cosas)
 Conmoriencia, presunción de 13.11
 Conocimiento preliminar (proceso) 82.2,3
consensus 8.21,22,24; 14.8; 38.11; 58.32 s.; 64.4
 – permanente 43.6,10
 Consignación 37.16; 38.18; 53.16
 – lugar 53.16
consiliatores 1.28,29, vid. Comentaristas
consilium 2.4,14,19; 84.7
consobrinus 66.15
consolidatio 29.13
consortium 12.9; 23.25; 43.1, 2-3,4, 9, 10; 65.5; 66.1, 5; 73.1-3
constitutio 2.18,19
 – Antoniniana 1.14; 3.19
constitutum debiti 1.8; 46.2-3; 57.26
 – *possessorium* 20.6
 Construcción, ampliación 23.15
consuetudo 3.2
consumptio nummorum 48.6
 Consunción de la acción 34.5; 43.18; 56.8; 57.17; 75.13; 80.20; 82.25,26; 88.7
 – judicial, pretoria 82.26
 Contaminación de los pozos 23.19
contractus 5.4; 38.1-12,15-17
 – *mohatrae* 39.4
contrahere 38.1
contraria iudicia 38.20-21
contrarius actus 6.4
contrarius consensus 53.23
 Contrato 5.3,4-6; 38.1-12
 – a favor de tercero, puro, impuro 11.5; 35.6; 53.8; a cargo de terceros 40.9

■ TRATADO DE DERECHO PRIVADO ROMANO

- de arbitraje 40.12; 46.4: vid. también *compromissum*
- de obra 42.1,4,26-31
- de protección de la vida 45.3
- (arrendamiento) de servicios 42.1,4,19-24; vid. también *locatio conductio operarum*
- de suministro de obra 41.10
- de trabajo 42.5,19-20,22,24,25
- estimatorio 38.15; 45.2,5, vid. *aestimatum*
- literal 1.8; 7.26; 38.6,10; 40.14-18; 48.3
- obligacional 38.1
- Contratos consensuales 8.21; 38.6,11
 - de intercambio 38.23
 - innominados 33.3; 38.15-16; 45.7; 53.22
 - mixtos 45.1
 - reales 31.14; 38.6-8,15; 39.1-26; 45.7
 - verbales 38.6,9; 40.1
- contravindicatio* 7.16; 27.3; 81.3
- Controversias (jurisprudenciales) 2.6
- contubernium* 15.5, 18; 58.17
- contumacia* 87.5
- conubium* 3.8; 58.4,17; 60.23
- Convalecencia 9.5; 11.15; 27.31; 59.5
- conventio* 5.4; 8.24; 38.2
 - *in manum* 58.9,34-35,39; 59.2-3,7,14; 65.1
- conventus* 87.6
- Conversión (del negocio jurídico) 9.6; 76.9
- Conversión en dinero (de la pena) 50.3
- Cónyuges 51.8; 58.20; 65.11; 66.11,16
- Coposesión 19.14
- Copropiedad 23.21-29; 26.15; 43.9
- Corporación 17.1,3,5-12; 82.32
- Corporaciones gremiales 17.9
- corpus* 20.1,7
 - (corporación gremial) 1.16; 17.9; 68.17
 - *ex distantibus* 18.14
 - *ex contingentibus* 18.14; 26.14
- Corpus iuris civilis* 1.20
- Correalidad 56.4,8
- Correspondencia formal 6.4

- Cosa juzgada, formal, material 84.9,12; 87.10
- Cosas 18.1-16; vid. también *res*
- en uso común 18.7
 - compuestas 18.14; 26.14
 - consumibles 18.13; 29.4,17
 - corporales e incorpóreas 18.3
 - específicas 53.14
 - fungibles 18.12; 34.6,8
 - indivisibles 18.14
 - muebles e inmuebles 18.11
 - llevadas por los pasajeros 46.6, vid. también *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*
 - sin dueño 26.2,5; 72.1,3
 - usucapibles 25.5,8,17-18,20
- Costas procesales 87.10; 88.2,14,21
- Costumbre 3.2
- Costumbres del lugar 3.21
- Cotutores 56.6,11; 62.22,25,28
- credendi causa* 24.12
- Crédito 4.5
- transformación 54.1
- Crédito personal 31.1-2
- real 31.1,41
 - solidario 56.4-11
- cretio* 71.6
- crimen, crimina* 50.1,5; 51.26
- *expilatae hereditatis* 72.4
 - *publica* 32.3; 34.32; 50.1
 - *repetundarum* 8.33
 - *suspecti tutoris* 62.24
- Cristianismo 1.15,21,23,32; 3.1; 8.18; 12.11; 14.14; 15.4,22; 35.24,25; 36.24; 39.19; 41.14; 51.24; 58.1,5,30,50
- Cuarta de la viuda pobre 66.22
- Cuarta falcidia 76.24; 77.10; 78.5-7
- Cuasicontratos 38.3,4; 43.17; 44.15; 48.27; 62.26; 76.10
- Cuasidelitos 38.3,5; 46.8; 51.28
- Cuidado del derecho por los sacerdotes 6.1
- Culpa 36.1,6-10,13-25; 50.2; 51.11
- grados 36.1

■ TRATADO DE DERECHO PRIVADO ROMANO

- concurrente 36.5; 51.11
- derivada de acto voluntario 36.24
- lata 36.21,22
- *in concreto* 36.21,22
- *in contrahendo* 34.15; 41.18
- *in eligendo* 36.25; 46.8; 51.28
- Cumplimiento de la condición 10.5,9
- Cumplimiento de la prestación por un tercero 53.4
- Cumplimiento (de la obligación), lugar 53.14-15
 - imperfecto 36.1; 37.1-20
- Cuotas de participación en la copropiedad, vid. *pars pro indiviso*
- Curador (curator) 4.4; 11.10; 14.8-9; 44.13,15,18; 64.11; 82.32
 - *bonorum* 85.6
 - *distrahendorum bonorum gratia* 85.10
 - *ventris* 13.7; 66.13
- Curatela (*cura*) 14.15,16; 64.1-12;
 - *furiosi* 64.7-8
 - *minorum* 64.2,3-6
 - *prodigi* 64.9-10
- curialis* 61.7
- custodela* 7.12; 67.4
- custodia* 20.7; 36.15-17,19-20,24-26; 39.11,22; 41.18,21,24; 42.12; 46.6,7; 51.5
- chirographum* 7.30, 33; 40.19

- damnum iniuria datum* 51.10-18
 - *corpore corpori datum* 51.11,15
 - *emergens* 34.29
- Daño corporal 51.17-18
 - en las cosas 51.10-16,18
- Daños derivados de vicios de las cosas 41.47
 - indirectos 34.28
 - morales 51.20, 23
- dare* 35.1; 34.24; 45.8
- datio* 48.6-8
 - *in solutum* 31.21,33; 53.11
 - *in solutum necessaria* 53.11
 - *ob causam* 48.16
 - *ob iniustam causam* 48.17
 - *ob rem* 48.16

- *ob turpem causam* 48.17
- de cuius* 65.1
- Deber de garantía, exclusión 41.43
 - de lealtad (tutor) 62.24
 - prestar alimentos 61.2,4,5
 - realizar la prestación 32.20-21
- Deberes accesorios 34.15
 - de cuidado 42.22
- debitum* 32.21
- decemviri litibus iudicandis* 82.17
- Declaración de fallecimiento 13.10
 - de mayoría de edad 14.11
 - de voluntad 5.1; 8.1-3,20
 - en broma (*iocandi causa*) 8.28
 - tácita 5.5; 8.19
- Decomiso (de cosa pignorada) 31.5,10,33
- decreta* 2.18
- decretum divi Marci* 36.12
- dediticii* 3.11; 13.5; 16.11
- deditio* 3.11
- deductio servitutis* 28.12,15
 - *usufructus* 29.10
- Defensa
 - de los consumidores 41.33,42; 57.29
 - del medio ambiente 23.19
 - procesal 82.33
 - propia 21.1; 36.11
- defensor civitatis* 88.3
- Deficiencia 71.11
- deiectum vel effusum* 52.28
- Delación 71.4
- Delación sucesiva 66.12
- Delator 71.12,14
- Delegación 48.7; 54.9-16
 - activa 54.12; 55.2
 - de pago, *vid. delegatio solvendi*
 - pasiva 54.13; 55.9
- delegatio obligandi* 54.11-15
 - *solvendi* 53.6; 54.10,14

delicta privata 32.3

Delito (*delictum*) 32.3; 50.1; 60.15

– privado 50.1

Delitos de esclavos 15.12

– violentos 51.25-26

demonstratio 83.8

denarius 35.17

denegatio actionis 9.3,10; 10.7; 80.11; 82.5; 87.7

Denunciante 71.12,14, vid. también *denuntiatio*

denuntiatio 7.32; 31.34; 55.7; 87.6

depensum 32.15

Depositario en caso de secuestro, vid. *sequester*

Depósito (*depositum*) 38.7-8,20; 39.14-23

– gratuito 39.20

– irregular (de dinero) 1.8; 39.20

– miserabile 39.15

– necesario 39.15

Derecho

– casuístico 2.5,28

– civil 1.2, 11

– comercial 1.2; 3.16

– común (germánico)

– manuales 1.57

– común (germánico) 1.30,35,36,51; 18.7

– común de todos los pueblos 2.1; 3.12-19

– consuetudinario 2.5,9

– de aprovechamiento, jurídico-familiar, 29.18; 59.8,25,30-31; 60.20-21,40

– de cercamiento del arrendador 31.38

– del dueño a defenderse 27.23

– a apoderarse de las cosas 10.16, vid. también *manus iniectio*

– de administración 2.7

– de aguas 1.46, vgl. 23.16

– de alimentos 60.42

– de arrepentimiento 48.16

– de excusarse (de la tutela) 62.8,11,13; 63.4; 64.5

– de gentes, vid. *ius gentium*

– de habitación 29.21

– de juristas 2.3-17

– de la vecindad 23.10-20

- de liberación 60.7
- de los tres hijos 58.27; 71.13
- de prioridad (en la venta) 23.9; 30.5
- de retención 27.21; 31.32; 37.18; 38.22,25-26, vid. *retentio*
- gordiano 39.25
- de superficie 4.13; 30.6-7
- de uso 29.20,21
- de veto 23.26. vid. también *ius prohibendi*
- del pignorante a recuperar la cosa del comprador 31.34
- del trabajo 42.19,22,25
- eclesiástico, canónico, 4.13; 8.29; 21.19,20; 34.25; 38.18; 58.1; 80.24,25
- funerario 18.5
- griego 1.7 ss.
- imperial 2.18-19,25; 80.21
- internacional privado 3.15
- materno 14.13
- natural 1.32,40
- natural, antiguo 1.11; 3.17-18
- penal 2.7; 50.5
- privado 1.2; 2.17; 3.4-7,8,15; 4.6-7; 80.1-2
- público 3.4-7,14; 17.9
- real 24.17
- romano arcaico 1.4
- interpretación del BGB 1.37
- investigación histórica 1.52,53
- manuales 1.54-56
- persistencia 1.25-39; 1.60-62
- puro 1.33
- valor subsidiario 1.29,37
- valores 1.31,39,40; 2.28
- sacro 3.3; 17.9; 18.5; 58.7; 60.2
- subjetivo 3.1
- vulgar 1.14
- Derechos absolutos 4.1-4; 22.4 ss.
 - como huésped (de Roma) 13.5
 - de la personalidad, generalidades 51.24
 - de señorío 4.1-4
 - del pueblo 1.14
 - helenísticos 3.21

- hereditarios del patrono 16.14
- humanos 1.31, 39
- potestativos 4.1; 53.25
- reales limitados 22.1-2; 23.8
- relativos 4.1,5
- Derelicción 15.19; 23.25; 24.5; 26.4
- Derrumbe de edificios 23.17
- Descendencia 12.6 s.; 15.15; 60.22
- Desheredación 65.6; 67.5; 69.1,3-5,11
- Detentación 19.17-20
- Detentador 19.18; 20.5,6; 27.8; 29.7; 39.11,17; 42.13
- Determinación de la prestación 35.4; 41.13
- detestatio sacrorum* 60.25
- Deuda 32.20
- Deuda mutuada 39.4
- Deuda solidaria 56.4-11; 57.7,16,17; 74.2
- Deudas hereditarias 65.4; 74.1-2
- Deudor accesorio 56.1; 57.2,7
- Deudor hereditario 75.4; 77.4
- Devaluación monetaria 41.14
- Días de trabajo 16.4,15; 18.16; 42.21
- dicta* 41.31,39-40,45
- Dictámenes jurídicos (*responsa*) 2.4,20
- dies* 10.17
 - *a quo* 10.22
 - *cedens* 76.13,20; 77.5,8
 - *certus* 76.13
 - *certus an et quando* 10.17
 - *certus an, incertus quando* 10.17
 - *incertus an certus quando* 10.17
 - *incertus an et quando* 10.17
 - *iusti* 32.17
 - *veniens* 76.13
- diffarreatio* 6.4; 58.49
- Digesto 1.20,42,44; 2.24
- Dignidad humana 41.42
- Dignidad para suceder 71.15
- diligens paterfamilias* 36.19
- diligentia* 36.19,21,24

- *quam in suis* 36.21; 43.12,17; 62.27
- Dinero 35.17
 - estimación 35.5
 - para la liberación 15.17; 32.6
- Diocleciano 1.12; 41.15
- Diplomas militares 7.31
- Disenso 8.20,21; 24.12
- disiunctim* (legado) 56.3; 76.16
- Disposición sobre un derecho ajeno 11.15; 31.35
- Disposiciones del copropietario 23.24; cfr. 23.21; 73.2
- distractio bonorum* 85.10; 88.19
- divisio inter liberos* 67.16
- División del Imperio 1.17
- Divorcio (*divortium*) 58.43,46-50; 59.20,25,30
 - consensual 58.50
- Doble venta 41.21,24
- Doctrina de la voluntad 8.2
 - del *sens-clair* 8.17
- Documentación (de negocios jurídicos) 1.8; 7.23,25-36
- Documento 7.25-36; 84.6; 88.9; vid. también Forma escrita, Tabla encerada
 - de identidad 13.8
 - de testigos, vid. *testatio*
 - doble 7.31
 - probatorio 7.25,30-36
- Documentos públicos, vid. *instrumenta publica*
- Dolo (*dolus*) 8.35-37; 34.11,15; 37.7; 51.4
 - *causam contractus dans* 8.37
 - *causam dans* 8.37; 34.19
 - *in contrahendo* 34.15,18; 37.6
 - *incidens* 8.37; 34.19
 - *malus* 27.10; 36.7,14,18,19-21; 50.23
 - tipificado 36.6; 51.4
- Domicilio 53.14
- Dominio, derecho, vid. Propiedad
- dominium* 19.1; 22.7
 - *ex iure Quiritium* 22.8
- Donación 8.19; 24.14; 38.16; 47.1-11; 68.5;73.13; 79.2, vid. también *donatio*
 - forma 7.28,36; 24.14; 47.4-5
 - revocación 32.23; 47.11

■ TRATADO DE DERECHO PRIVADO ROMANO

- entre cónyuges 24.12; 48.10; 59.4-5
- matrimonial 59.29-31
- mixta 47.1
- *mortis causa* 48.16; 65.23; 79.1-5
- donandi causa* 24.12
- donatio* 47.1-11
 - *ante, propter nuptias* 1.14; 59.29-31
 - *mortis causa* 48.16; 65.23; 79.1-5
 - *post obitum* 65.15
 - *Syntrophi* 40.13
- Dote (*dos*) 59.7-28,31; 38.16; 73.11
 - adventicia 59.10
 - *aestimata* 59.23
 - profecticia 59.10,21
 - recepticia 59.10
- dotis datio* 59.13
 - *dictio* 38.9; 59.13
 - *promissio* 59.13
- duci iubere* 82.12; 85.5
- ductio* 82.12; 85.5
- duoviri* 80.10
- dupli quantitas* 1.39; 34.29
- duplicatio* 4.10
- Durchgangserwerb*, vid. Adquisición de derechos, teoría del tránsito

- eadem res* 82.24-26; 84.13
- Edad, grados 14.2-8
- Edad de un hombre (duración máxima de la vida humana) 4.13
- edere actionem* 82.2
- edicta* 2.18
- Edicto 80.2; 83.1-3,11, vid. también *edictum*
 - de precios máximos de Diocleciano 41.15
 - de Tolerancia 1.15
 - de los ediles (curules) 41.38-44
 - pretorio 2.14-17,26
- edictum Carbonianum* 66.13
 - de *coniungendis cum emancipato liberis eius* 66.13
 - *perpetuum* 2.16
 - *Theodorici* 1.18

- *tralaticium* 2.16
- Ediles curules 2.4,11,16; 41.38; 80.10
- Ejecución 85
 - en la persona 74.3
 - especial 85.2,10; 87.12; 88.12,18
 - forzosa 4.5; 80.4,6,7,8; 81.10-13; 82.12; 85.1-10
 - general 85.2,6-7; 87.12
 - patrimonial 85.2,5,6-10; 87.12; 88.12,16,18-20
 - personal 31.1-2; 32.12; 81.10-12; 85.1,2,5; 87.12; 88.16-17; vid. también
 - Concurso (de acreedores)
 - singular 85.2,10; 87.12; 88.18
 - testamentaria 67.4,18
- Ejecutabilidad, inmediata 32.15; 76.5; 85.3
- Ejercicio del derecho, prohibición 34.19
- Elaboración del inventario 62.18; 74.7-8
- Elasticidad del dominio 22.1
- emancipatio* 7.13; 12.6; 33.11; 60.36, 37; 65.6
 - *Anastasiana, Iustiniana* 60.38
- Embargo, vid. *missio in bona*
- Embargo ejecutivo 31.25; 87.12; cfr. *pignoris capio*
- emendatio morae* 37.10
- emphyteusis*, vid. *enfiteusis*
- Empobrecimiento del donante 32.23
- emptio*
 - *rei speratae* 41.9
 - *spei* 41.9
- Encubrimiento 51.1
- Enfermedad 41.41; 42.22
 - mental 14.15; 58.14; 68.11; 70.2; 82.6
- Enfermo mental 64.1,7-8
- Enfiteusis 4.13; 19.7; 29.7; 30.1-5; 42.17
- Enfiteuta, posesión interdictal 19.13
- Enriquecimiento 48.2,18,26; 49.9-10
 - injustificado 48.2
- epibolé* 23.4
- episcopalís audientia* 88.22
- epistula Hadriani* 57.16,22
- Equiparación entre coherederos, vid. *collatio bonorum*
- ercto non cito*, vid. Comunidad *ercto non cito*

Error (*error*) 8.20-27

- en la finalidad 48.12
- en los motivos 8.20
- *facti* 8.27
- *in corpore* 8.22
- *in materia* 8.22
- *in nomine* 8.22
- *in qualitate* 8.20
- *in substantia* 8.20,22
- *in substantiali qualitate* 8.20
- *iuris* 8.27
- negocial 8.20
- sobre cualidades esenciales 8.20

Esclavitud 15.1-6; vid. también Esclavos

- por deudas - 4.5; 7.14; 32.19; 51.3; 81.12; 85.2,5

Esclavización 32.19; 81.10,12; 85.1

Esclavo huido (*servus fugitivus*) 15.22; 20.8; 41.39

- subalterno *ante* 15.1; 15.7

Esclavos 15.1-18; 33.10-11; 50.12-13; 51.10 s.; 82.6

- deudas 33.10
- negocios de 49.1-15
- negocios de disposición 15.10
- negocios de obligación 15.11; 16.15
- en el derecho sacro 15.6
- en el proceso civil 15.13
- nacidos en la casa 15.3

Escrito de demanda 88.4

- de súplica 88.15

Escuela Histórica del derecho 1.32,40

Escuelas de derecho 1.11,19,23; 2.24

Especificación 26.9,17-19

Espíritu del Pueblo (*Volksgeist*) 1.33

Esponsales 58.10-13

Estado de necesidad, circunstancia jurídica 32.22

- defensivo y ofensivo 36.11,12

Estado, romano 17.2,5

Estatua del emperador, huida hacia 4.15; 15.22,25

Estatutos (asociación) 17.11

Estipulación, *vid. stipulatio*

- forma abstracta 40.4,5; 54.2,14-15
- forma causal 40.5; 54.2-3,12-13
- de garantía 41.37,43; vid. Caución
- de rentas 83.27
- Estirpe (sucesión hereditaria) 66.2,13,23
- Estratos jurídicos 2.1
- Etización del derecho 8.18
- Evicción 41.9,17,25,26,29,33
- ex fide bona* 33.6; 34.10
- Examen de la causa 82.4
- Excepción 4.10, vid. también *exceptio*
 - de contrato no cumplido 38.26
 - de dolo, vid. *exceptio doli*
 - de estado de necesidad 32.22
 - de posesión viciosa, vid. *exceptio vitiosae possessionis*
 - de prenda más antigua 31.26
 - de medios indispensables 32.22; 47.28; 59.19
 - petitoria 21.5
- exceptio* 2.11,12; 4.10; 80.14; 82.9; 83.2, 26, 27; 87.8; 88.8
 - *dilatoria* 4.10
 - *doli* 2.12; 4.10, 15; 8.36; 9.2; 22.9; 26.20; 27.21, 31; 28.8; 29.13; 34.18-19; 36.7, 14; 37.18; 38.22; 40.10; 53.21, 30; 54.2, 15; 57.11, 22; 65.19; 75.11; 76.21
 - *praesentis* 34.19
 - *praeteriti* 34.19
 - *dominii* 27.26
 - *iurisiurandi* 82.8
 - *legis Cinciae* 47.8
 - *legis Laetoriae* 14.8-9
- longae possessionis* 25.14, vid. también *praescriptio longi temporis*
 - *metus causa* 8.34; 34.11
 - *non adimpleti contractus* 38.26
 - *non numeratae pecuniae* 40.8; 53.3
 - *pacti* 28.8; 34.14; 38.13; 53.21; 57.12
 - *peremptoria* 4.10
 - *petitoria* 21.5
 - *quod praeiudicium hereditati non fiat* 75.13
 - *rei in iudicium deductae* 88.7
 - *rei iudicatae vel in iudicium deductae* 82.25;84.12; 87.10; 88.13

- *rei venditae et traditae* 22.9; 27.30-31
- *Scti. Vellaeani* 57.28
- *spolii* 21.20
- *temporalis* 4.12
- *vitiosae possessionis* 21.8,13,17-20
- excusatio* 62.8,13
- exercitor navis* 49.12
- exhereditatio*, vid. Desheredación
- Expectativa 10.18; 31.26; 41.16
 - de herencia 60.12; 71.2
 - del beneficiado condicionadamente 10.9
- expensilatio* 40.15
- Expiación 7.1; 50.3,7,13.
- Exposición (del recién nacido) 60.4
- expromissio* 41.26; 55.9
- Expropiación 23.6
- exsecutor* 87.12; 88.4,12
- extranei heredes* 66.6-10; 71.1,4; 72.1
- Extrañamiento (de la familia) vid. Repudio
- extraordinaria cognitio* 2.19; 4.9; 42.20; 50.5; 77.2,6; 80.21; 82.21; 84.10; 87.2

- facere* 35.1; 34.24
- Factor (empleado) 11.8, 12; 49.1-15
- factum* 83.3,14
- facultas restituendi* 27.8
- Falcidia, vid. Cuarta falcidia
- falsa demonstratio* 8.15-17
- falsus procurator* 11.5
- Falta de hijos 58.28
 - de voluntad (negocial) 8.20
- familia* 1.4; 12.1-7; 66.1; 67.5
 - *pecuniaque* 22.5-6
- familiae emptor* 67.3-7,18
- Faustpfand* 31.15,41
- favor debitoris* 8.14
 - *dotis* 3.28; 8.13; 35.6; 59.9
 - *heredis legitimi* 69.3
 - *libertatis* 1.31; 8.13; 9.4; 13.8; 15.14,15; 37.7; 66.19; 84.7
 - *negotii* 9.4

- *testamenti* 8.13; 9.4; 10.6; 68.2
- feminae probosae* 71.11
- fenus*, vid. Intereses
- *nauticum* 1.8; 35.21; 39.8
- *semiunciarium* 35.19
- *unciarium* 35.18,19
- ferruminatio* 26.14
- Fiadores procesales, vid. *vades*
- Fianza 31.1; 44.4; 46.3; 57.2-23; vid. también *sponsio*, *fidepromissio*, *fideiussio*, fianza de comparecencia, *indemnitas*
- Fianza de presentación 57.3
- Fianza estipulatoria 57.2-23, vid. también *adstipulatio*
- Ficción 3.16,26; 10.5
- ficti possessores* 27.10
- fictio legis Corneliae* 15.17
- Fideicomiso 16.5; 68.22,24; 76.1,10; 77.1-10; 80.21;
 - de familia 77.7
 - de herencia 68.8; 78.1-7
 - de residuo 78.7
 - *post mortem heredis* 77.9
- fideiussio* 57.4,5,9-23
 - *indemnitas* 57.18
- Fidelidad, principio de (tutela) 62.4
- fidepromissio* 3.12; 7.20; 57.4,5,8-23
- fides* 3.16; 4.4; 33.6; 34.10; 44.1,14; 62.4; 77.1; 80.17, vid. también *bona fides*
- fiducia* 7.8,10; 33.6; 39.26
 - *cum amico contracta* 24.8; 39.10
 - *cum creditore contracta* 24.8; 31.3-4,7-13
- filius familias*, vid. Hijos de familia
- Filosofía 1.7,11,19,32; 2.28; 3.2,6,13,17,18; 8.23; 14.7; 15.3; 18.11; 23.3; 26.9,18; 29.6; 33.9,11; 36.24; 39.19; 41.14; 42.20; 48.3; 63.1
- Firma (*suscriptio*) 7.33
- fiscus* 17.6; 31.24; 58.28; 66.19,21; 71.11
- Forma creadora 6.2
 - escrita 1.14; 7.25,26; 65.12; 67.7,10; 88.9
 - protectora 6.2
 - real 6.2
- Formalismo 6.1; 7; 8.5; 68.1 ss., 80.6
 - verbal 8.18; 80.8,15

- Fórmula (*formula*) 2.13; 7.26; 33.1; 80.14,18,23; 82.13,28; 83.1-27; 84.1; 87.2,7; vid. también Fórmula de la acción, Fórmula procesal
- arbitraria 83.2,18; vid. también *actiones arbitrariae*
 - la acción 2.15; 7.26; 33.1; 82.18; 83.1-27; 87.2
 - ficticia, vid. *actiones ficticiae*
 - *in ius concepta* 38.21; 83.2,15
 - petitoria 27.16,17; 75.7; 83.18; 85.3
 - procesal 33.1; 80.14; 82.13; 83.1-27; vid. también *formula formulae in factum conceptae* vid. *actiones in factum*
- Formularios (procesales) 83.11
- Fórmulas modelo 83.1-2,11-27
- orales 5.5; 80.7-8,14; 81.1; 82.20
- forum contractus* 82.6
- *delicti commissi* 82.6
- Fraude de acreedores 9.11-12; 16.11
- Fraude de ley 9.8
- fraus*
- *patroni* 69.10
 - *legi facta* 9.8
- fructus duplio* 27.5
- Fruto civil, mediato 29.4
- Fruto del vientre (hijo concebido no nacido) 13.7, 64.11
- Fruto(s) (*fructus*) 11.7; 18.16; 27.20; 34.8; 37.9; 42.7; 59.22; 75.4,8,9; 77.6
- civiles, naturales 18.16
- Fuentes del derecho 1.42-50
- Fuerza (*vis*), vid. Fuerza mayor
- Fuerza de trabajo 11.7; 15.2; 29.6,21
- mayor 36.15-16,26; 37.8; 39.15; 42.9
 - privada, permitida 36.12; 80.6; 81.3; 82.2
 - prohibida 21.6; vid. también *vi, clam, precario*
- Fuga de esclavos 15.22
- fugitivus* 15.22-25; 20.8; 41.39
- Funcionarios provinciales 58.22
- Fundación de ciudades 6.4
- Fundación (persona jurídica) 17.1,13-14
- familiar (*Familienstiftung*) 77.7
- Fundaciones de alimentos 17.13
- Fundos dotales 23.9
- provinciales 22.10,12; 24.10; 25.14s.; 27.32; 28.14,16; 29.11

- pupilares 23.9
- furiosus* 14.15
- furtum* 25.5; 36.15; 51.1-9
 - de propiedad intelectual 26.12
 - *manifestum, nec manifestum* 32.7; 51.2-3,5
 - *possessionis* 51.1
 - *sui* 15.22
 - *usus* 51.1
- Gaius, *Institutiones* 1.10,46,47; 2.27; 80.3
- Garantía 36.23,26; 42.8,27; 46.6; 57.18
- Garantías para el pupilo 62.18
- Gastos 27.21; 31.13; 38.20; 59.22, 27; 75.11; vid. también *impensae*
- Gastos
 - acción para el reembolso 49.10
 - reembolso 44.10,21
- gens* 12.10
- Gentiles 65.8; 66.6,9,14; 72.5
- genus* 18.12; 35.11
- Gesamthandsprinzip* 43.13, vid. Mano común
- Gestación 58.20
- Gestión de negocios sin mandato 44.12-22, vid. también *negotiorum gestio*
- Gladiador 42.6
- Glosadores 1.27,29,40
- Gobernador provincial 2.4,11,16; 80.10,22; 87.3; 88.3; vid. también *praeses, proconsul*
- habere* 19.5
- habere licere* 41.17
- habitatío*, vid. derecho de habitación
- Hallazgo (del tesoro) 26.5, vid. también Tesoro
- Hecho, supuesto de hecho 3.24
- Helenismo 1.14,21
- Heredabilidad 50.7-8; 51.23; 53.34; 57.1; 65.2-3
- Herederó (*heres*) 65.16,17,22; vid. también *domestici, extranei, sui heredes*
 - *ex asse*, vid. Herederó único
 - forzoso, vid. *heres necessarius*
 - *necessarius* 71.2,3; 74.5
 - sustituto 68.9
 - testamentario 76.24

- único 68.6-10
- *voluntarius* 71.4
- Herederos domésticos 65.5; 66.1-5; 71.2; 72.1
 - extraños a la familia, vid. *extranei heredes*
- heredis institutio* 67.5
- Herencia (*hereditas*) 65.2,21
 - , fracciones 68.6
 - *iacens* 17.3; 72.1-2
 - previa, sucesiva 65.14; 68.8; 78.1,7
 - yacente, vid. *hereditas iacens*
- hereditatis petitio* 7.18; 27.10; 33.7; 48.18; 65.18,19; 67.9; 72.4; 75.1-14
 - *fideicomisaria* 78.4
 - legitimación pasiva 75.3-5
 - tipos de procedimiento 75.7
- hereditatis possessio* 65.17
- heredium* 22.5
- Hermanos (derecho hereditario) 66.23
- Hijas de familia, deudas negociales 33.10
- Hijo emancipado 65.11; 66.10, 17, 21; 69.10; 70.13; 73.10
- Hijos de familia 33.9 ss.; 49.1-4; 50.13; 58.15,41; 59.2; 60.5-7,8,10-21,36-41;
65.5,11; 66.21; 68.13; 69.3-4; 71.2,10
 - incapacidad patrimonial 60.16-21
 - deudas negociales 33.10,8
 - negocios obligacionales 60.14
 - deudas negociales 33.11
 - (personas) *in mancipio* 16.17; 33.10; 50.13
- Hijos de la esclava 15.5,15; 18.16; 29.6
 - ilegítimos (no matrimoniales) 61.4
 - legítimos (matrimoniales) 60.22-23; 61.5-8
- Hipoteca general 31.24,29; 59.16,28,31; 62.30; 64.8; 76.11
- Historia del derecho privado de la Edad Moderna 1.60
- Historia del derecho romano, manuales 1.58
- Homicidio 32.19; 36.7,9; 51.2-3,10; 81.10,12; 85.1
- Honorabilidad, reducción de 13.13
- Honorario 42.20; 80.21
- horrearius* 42.10
- hostis* 3.9; 25.4
- Humanismo 1.40,52
- humanitas* 4.4

- hybris* (gr.) 51.21
hyperocha 31.15,36
hypotheca 31.14,15; 76.11
id quod actum est 8.9
id quod facere potest 32.22
id quod interest 34.28
 Iglesia 1.1; 17.12; 25.19; 66.21; 68.17
 – episcopal 17.12
ignominia 13.13
 Igualdad 2.2; 3.17
 Imparcialidad 80.5; 87.4
 Impedimentos matrimoniales 58.17-24; vid. también Presupuestos del matrimonio
impensae 27.21; 31.13; 38.20 ss.; 59.22,27
 Imperio bizantino 1.19,26
 – romano occidental 1.18
 – romano oriental 1.19
imperium 2.11
 Imposibilidad 10.6; 35.2; 37.4; 53.34
 – objetiva 15.22; 35.2,9-10,12
 – subjetiva, vid. Imposibilidad física
 Imposibilidad física 15.22; 35.2
improbus intestabilisque 13.13
 Impúber (*impubes*) 14.2; 20.4
 – condición de 62.1
Impuberes 14.2
 – *infantia maiores* 14.4,10; 62.20; 82.6
 Impuesto hereditario 67.17
 – sobre bienes inmuebles 7.28; 22.10; 23.5
 – sobre las manumisiones 16.1
 Impuestos 16.1; 67.17
in bonis 22.9
in bonum animae 65.13
in diem addictio 41.49
in integrum restitutio 2.11; 9.3,11,12; 14.8-9; 59.3; 60.27; 83.19; 84.9; 86.7-9; 87.7
in iure (procedimiento) 80.9,11; 82.1-33; 87.1
in iure cessio 6.3; 7.1,16-19; 15.9; 16.2; 22.6,9; 24.9,14; 27.4; 28.12,17; 29.10,13; 31.7,8; 48.13; 55.1; 60.32; 72.6

- *hereditatis* 72.5-6
- in ius vocatio* 82.2-3; véase también Citación
- in solidum* 56.4
- Incapacidad para adquirir 71.11
- Incapacitación 14.16,17; 64.9
 - fórmula 14.17
 - por prodigalidad 14.16
- incertum* como objeto de la prestación 34.7,10; 34.28; 37.5,20; 40.2
- Incesto 58.18
- Incumplimiento (del contrato) 34.15
- indebitum solutum* 24.11; 38.7; 48.14
- Indefensión (*indefensio*) 82.8,11-12,21
- Indemnización por daños 34.20-29
- Indignidad (*indignitas*) 71.15
- Indiscutibilidad 32.12-15; 80.6
- Individualización 12.11
- Ineficacia 9.1-4; 68.18
 - relativa 9.2
- Inexperiencia 36.23; 43.12
- Infamia 8.35; 13.13; 31.12; 36.14; 39.17; 44.8; 58.23; 62.24,27; 82.6; 85.6,10
- infamis* 13.13
- infans, infantes* 14.3
- infitiando lis crescit in duplum* 32.18
- Infracción de prohibición 9.7; 10.7; 35.3
- ingenuus* (libre de nacimiento) 16.12,16
- Inherencia 53.23,30
 - de excepciones 9.10; 10.13; 34.11,19
- Inhumación 23.2
- iniuria 36.11; 51.11,19-24; 57.17
- Inmediatez (proceso) 80.5; 84.3; 88.10
- Inmisión 23.14; 27.23
- inplantatio* 26.10
- inquilinus* 42.6
- Insinuación (*insinuatio*) 7.36; 47.4; 58.31
- Inspección ocular 84.6
- Instauración del litigio, vid. s. *litis contestatio*
- Instigación (al hecho delictivo) 50.9
- institor* 11.8,12; 49.13-14
- Institución (corporativa) 17.12

- Institución de heredero 65.14; 67.5; 68.3,5-11,25
- bajo condición 10.7
 - *ex re certa* 65.14,15; 68.7
- Instituciones 1.20,42,43; 2.24
- Instructor (de sentencia) 80.9
- instrumentum* 7.25; 18.15
- instrumenta dotalia* 58.32; 59.16
- *publica* 7.34-36
 - *publice confecta* 7.34
- insula*
- *in flumine nata* 26.11
 - *in mari nata* 26.2
- intentio* 83.6,8
- intercedere* 57.27; 84.10
- Intercesión (*intercessio*) 57.27-29
- interdicere* 21.6
- Interdicta*, función preparatoria 21.10
- *adipiscendae possessionis* 21.2
 - *duplicia* 21.11
 - *prohibitoria* 21.3,6,7-12; 28.21; 86.4,5
 - *recuperandae possessionis* 21.3,4,7
 - *restitutoria* 21.4,6,13-16; 86.4
 - *retinendae possessionis* 21.3
- Interdicto (*interdictum*) 2.11; 19.11; 21.1; 86.1-6
- *de aqua cottidiana et aestiva* 28.21
 - *de arboribus caedendis* 23.11
 - *de clandestina possessione* 21.6,16
 - *de glande legenda* 21.2; 23.12
 - *de itinere actuque privato* 28.21
 - *de liberis exhibendis, ducendis* 21.1; 58.41; 60.8-9
 - *de migrando* 21.1; 31.38
 - *de precario* 19.14; 21.6,15; 41.16
 - *de superficiebus* 30.6
 - *de tabulis exhibendis* 67.17
 - *de uxore exhibenda et ducenda* 58.41
 - *de vi armata* 21.5,14
 - *demolitorium* 23.18
 - *fraudatorium* 9.11-12; 21.1
 - *quam hereditatem* 75.6

■ TRATADO DE DERECHO PRIVADO ROMANO

- *quem fundum* 27.12,14,15; 82.11
- *quem usufructum* 29.15
- *quod legatorum* 76.17
- *quod vi aut clam* 23.19
- *quorum bonorum* 75.15
- *Salvianum* 21.2; 31.37
- *si uti frui prohibitus esse dicetur* 29.16
- *unde vi* 21.6,10,13,17,18
- *uti possidetis* 21.6,7-8,9-10,19; 23.14
- *uti possidetis utile* 29.16
- *utrubi* 21.6,9,10
- Interés 34.28f.; 37.5
- Intereses 34.14; 35.18-25; 37.9; 39.5-6,8-9,20
 - cuantía máxima 35.20-21,24; 39.9
 - de demora 35.23; 37.9,19; 39.9
 - de la sentencia 35.23
 - legales 35.23
 - por el aprovechamiento 35.23; 41.19
 - sobre intereses 35.21,25, vid. Anatocismo
- interlocutio* 88.11
- interpellatio* 37.7
- Interpolaciones 1.22,23,53
- Interpretación (en general) 2.9, vid. también *interpretatio*
 - clases 3.24
 - individual 8.4,6-9; 68.2
 - (de la ley) 1.5; 3.24
 - (del negocio jurídico) 8.1-19
 - según el principio de conservación del negocio 8.13
 - típica 8.4,7; 68.2
- interpretatio* 1.5; 3.24; 6.2; 8.1-19; vid. también Interpretación
- interrogatio in iure* 7.1; 82.5
- Interrogatorio entrecruzado 84.6
- intertium dare* 84.2
- intestabilis* 13.13
- Intimación al pago 37.7
- invecta, inlata, inportata* 31.18
- Inventario 31.18
- ipso iure* 52.2
- Irni 80.22

- Islas 26.2,11
iter 28.5
iubere 44.6
iudex 80.9,12-13; 81.7; 82.13-14; 84.1; vid. también Juez, Juez funcional
 – *datus, pedaneus* 80.21; 87.2,3
 – *qui litem suam fecit* 51.28
iudicare iubere 82.28
iudicatum facere oportere 54.7; 84.14
iudicatus 85.3
iudicem addicere 82.18
iudicia stricti iuris 34.1, 2, vid. Acciones de derecho estricto
iudicium 82.7,13-17,18-22
 – *contrarium* 38.21
 – *dare, accipere* 82.19-20
 – *imperio continens* 80.20; 82.25
 – *legitimum* 54.7; 80.20; 82.25
 – *rescissorium* 86.7
 – *secutorium (sive Cascellianum)* 86.6
iura in re 28.22
 – *praediorum rusticorum*, vid. Servidumbres rústicas
 – *praediorum urbanorum* vid. Servidumbres urbanas
iurisdictio 2.11; 80.10,11,13; 87.3; 88.3
ius 3.1; 7.17
 – *anuli aurei* 16.16
 – *civile* 2.1,8,9,26; 3.8; 80.17,17-20
 – *cogens* 3.7
 – *commune* (antiguo) 1.30,38,39; 3.28
 – *controversum* 2.6
 – *dispositivum* 3.7
 – *emigrandi* (colonos) 42.12
 – *emphyteuticarium* 30.4
 – *ex (non) scripto* 3.2
 – *extraordinarium* 2.19
 – *gentium* 2.1; 3.8; 3.12-19,21; 26.1; 80.15
 – *honorarium* 2.1,8,12-17; 3.8; 65.19; 80.16
 – *Italicum* 22.10
 – *liberorum* 58.27; 66.18; 71.13
 – *migrandi* 3.8
 – *militare* 3.8

- *naturale* 3.17-18
- *offerendi et succedendi* 31.27
- *perpetuum* 30.3
- *postliminii* 15.17
- *praetorium* 2.8,11-17
- *privatum* 1.2; 3.4-7
- *prohibendi* 23.18,21,26-27
- *protimiseos* 41.51
- *publicum* 3.4-7,8,14; 17.5
- *Quiritium* 7.2
- *sacrum* 3.8
- *singulare* 3.28
- *strictum* 34.1,2
- *tollendi* 26.10; 27.21; 59.27
- *trium, quattuor liberorum* 58.27
- *vetus* 2.25
- *vitae necisque* 58.7; 60.3,25
- iusiurandum* 82.8; 84.6; 87.9; 88.9
 - *calumniae* 88.6
 - *deferre, referre* 82.8
 - *in litem* 27.17; 34.9; 83.18
 - *necessarium, voluntarium* 82.8; 85.3
- iussum* 11.9,15; 44.6; 49.10
 - *de restituendo* 27.17
- iusta causa* 10.13
 - *possessionis* 19.8-10; 25.9-10,11,15,17-18,20
 - *traditionis* 24.11-12
- iustitia distributiva, commutativa* 39.19
- iustum* 3.1
 - *pretium* 41.13,14
- Judíos 58.30
- Jueces, concesión 82.13,14
 - lista 82.14
 - mayoría 82.15
- Juego 40.5
- Juez 80.9,12.13; vid. también *iudex*
 - juramento 84.7
 - rechazo 82.14

- funcional 80.21,24; 84.10; 87.1,3
- individual 82.14
- Jurados, colegio de jueces 80.9; 82.14; 86.2; vid. también *iudex*, Juez
- Juramento 84.7, vid. *iusiurandum*, *sacramentum*
 - propuesta de 82.8
 - estimatorio, vid. *iusiurandum in litem*
 - forzoso 82.8; 85.3; vid. también *iusiurandum*
- Jurisdicción, 80.10,21-23; 87.1-4; 88.3; vid. también *iurisdictio*
 - propia (del emperador) 84.10; 87.2
 - sobre las costumbres del censor 3.3
- Jurisprudencia escolar 1.10
- juristische Sekunde*, vid. Adquisición de derechos, teoría del tránsito

- laesio enormis* 33.12; 41.14
- largitas sponsalicia* 59.30
- Latini* 13.5
 - *coloniarii* 3.8; 16.9
 - *Iuniani* 16.9; 68.13; 71.11
- Lealtad contractual 39.19; sobre el dolo, vid. 34.15,23
- Legado (*legatum*) 10.12; 35.16; 76.1-26; 77,2; 79.1,3,5; vid. también *fidei-*
commissum, *legatum*, legado damnatorio, legado vindicatorio
 - damnatorio 10.7; 29.9; 32.10,15; 34.2; 53.18; 56.5; 76.3,5-6,9-12,14; 77.6,8
 - de liberación (de deuda) 76.6,7
 - de partición 76.6
 - *debiti* 76.6
 - *nominis* 76.6
 - *per damnationem*, vid. Legado damnatorio
 - *per praeceptionem* 76.8
 - *per vindicationem*, vid. Legado vindicatorio
 - *poenae nomine relictum* 76.18
 - *sinendi modo* 76.7
 - vindicatorio 23.22; 24.5; 28.13; 29.10; 48.10; 76.3,4,8,9,12,14,20
- leges* 2.8-9,25; 3.8; 80.7; vid. también *lex*
 - *imperfectae* 9.7; 47.8
 - *Iulia et Plautia* 25.8
 - *Iulia et Titia* 62.12; 63.4
 - *Iulia iudiciorum privatorum, publicorum* 80.19; 82.16,25
 - *minus quam perfectae* 9.7
 - *perfectae* 9.7

- *plus quam perfectae* 9.7
- legis actio(nes)* 23.20; 80.7-8,14,15,18,19; 81.1-13; 82.17; 84.2; 85.1
- *per conditionem* 48.4; 81.8-9
- *per iudicis arbitrive postulationem* 81.6
- *per manus iniectio(n)em* 32.12-19; 81.10-12
- *per pignoris capio(n)em* 81.13
- *sacramento* 82.16
- *sacramento in personam* 7.16; 32.2,8,13; 75.7; 81.4
- *sacramento in rem* 22.4; 27.2-5; 81.2
- Legislación 2.5,8,10
- Legítima 65.10; 69.2,10; 70.5-6; 73.13
- Legítima
 - privación 70.4
- Legitimación 58.52; 61.6
- activa 51.5; 82.5
- pasiva 82.5; (*rei vindicatio*;) 27.8-11; (*hereditatis petitio*;) 75.3-5
- legitimatio per oblationem curiae* 61.7
- *per rescriptum principis* 61.8
- *per subsequens matrimonium* 61.6
- legitimum* 3.1
- Lenguas 7.20; 68.5; 77.3
- Lenguas extranjeras 7.20; 68.5
- Lesiones personales 50.13; 51.15-24
- lex* 7.9; 8.10; vid. también *leges*
 - *Aebutia* 80.18
 - *Aelia Sentia* 3.11; 16.11
 - *Anastasiana* 55.7
 - *Apuleia* 57.6,9
 - *Aquilia* 15.2; 36.3; 51.10; 57.1
 - *Atilia* 62.12; 63.4
 - *Atinia* 25.5,8,17-18,20
 - *Canuleia* 58.17
 - *Cicereia* 57.6,9
 - *Cincia de donis et muneribus* 47.8
 - *Claudia* 63.3
 - *collegii* 17.11
 - *commissoria* 8.10; 10.13; 31.33; 41.49-50
 - *Cornelia de confirmandis testamentis* 15.17
 - *Cornelia de sicariis et veneficis* 15.6

- *Cornelia de sponsu* 57.15
- *Falcidia* 76.24; 79.3
- *Fufia Caninia* 9.8; 16.11
- *Furia - (de sponsu)* 57.6,9
- *testamentaria* 76.23; 77.1
- *Genucia* 35.19
- *Glitia* 70.2
- *Hortensia* 2.10
- *Irnitana* 80.22; 84.2
- *Iulia de adulteriis coercendis* 58.25,40
- *de fundo dotali* 23.9; 59.18
- *de maritandis ordinibus* 58.25; 66.19; 71.11-14
- *et Papia* 58.25-29
- *vicesimaria* 67.17
- *Iunia* 16.9
- *Laetoria* 14.8; 64.2
- *Licina de sodaliciis* 17.9
- *Licinnia* 81.6
- *mancipio dicta* 7.9; 41.36; 42.14
- *non dubium* 9.7
- *Oppia* 14.12
- *Papia Poppea* 58.25; 71.4,11-14
- *Poetelia* 39.2
- *Publilia* 52.7; 57.20
- *Rhodia de iactu* 1.8; 42.31
- *rivi Hiberiensis* 17.9; 48.20
- *Romana Burgundionum* 1.18
- *Romana Visigothorum* 1.18
- *Scribonia* 28.16
- *Silia* 81.9
- *Voconia* 66.7; 68.15; 76.23; 77.1; 79.3
- Ley de las Doce Tablas 1.5,48; 2.2
- Leyes, prejustinianas 1.48
- Leyes de citas 2.23
- Leyes imperiales 1.15,16,17,22; 2.23
- Leyes matrimoniales (de Augusto) 58.25-29; 59.4; 71.11-14; 73.8; 76.16; 77.5
- Leyes sobre manumisiones de Augusto 16.10; 58.25
- Libelo de divorcio 58.50
- libellus conventionis* 88.4

- liberación de responsabilidad del tercero 52.6-7; 53.4
liberatio legata, vid. Legado de liberación (de deuda)
liberi 66.13; 69.6,10; 70.3; 71.9
- naturales 61.5
- Libertad 13.2-5
- contractual 33.3
 - de divocio 58.3
 - de forma 6.5-6; 7.20; 38.11; 58.32-33; 77.1,3; 80.15
 - de la propiedad 33.3
 - de tipos (contractuales) 33.4
 - testamentaria 33.3; 65.9,10; 69.1-2; 73.13
- Liberto (*libertus*, *libertinus*) 11.5; 16.1,12-15; 42.21; 58.17,26,27; 62.7; 66.10,17,21; 69.10
- *orcinus* 16.4
- Libre apreciación de la prueba 7.35
- Libre bajo condición, vid. *statuliber*
- Libro de contabilidad doméstica 40.14
- Licitud de la vía jurídica 82.6
- Limitaciones al derecho de propiedad 22.1; 23.1-20
- de disponer 10.16
- Lindes 23.20,23
- litem suam facere* 51.28
- litis aestimatio* 34.26
- *contestatio* 27.9,12; 37.19; 54.7; 56.8; 80.11,14; 82.12,18-27; 87.5-6; 88.6
 - *denuntiatio* 88.4
- Litiscrescencia 32.18; 51.13; 81.11; 85.4
- Litispendencia 37.19-20; 88.7; vid. también *litis contestatio*
- litterae dimissoriae* 87.11
- locatio conductio* 30.3; 38.11; 42.1-31; 46.6
- *rei* 42.5,6-18; vid. también arrendamiento, alquiler
 - *operarum* 42.5,19-15; vid. también Contrato (arrendamiento) de servicios
 - *operis* 42.5,26-31; vid. también Contrato (arrendamiento) de obra
 - *operis irregularis* 42.30
- locatio perpetua* 30.3-5; 42.16
- locator* 42.4,8-11 (como arrendador), 23 (como dispensador de servicios), 28-29 (como contratista)
- longa manu traditio* 20.2
- lucida intervalla* 14.15
- lucro cesante (*lucrum cessans*) 34.28,29; 37,9

Lujo, represión de 23.2; 47.8; 76.2,23

Llamamiento 65.22-25 (a la sucesión hereditaria); 80.21; 84.10; 87.4;

Magia 6.2

magister bonorum 85.6

– *navis* 49.12

Magistrado 2.11

mala fides 25.11

maleficium 50.1

manceps 17.9

mancipatio 7.1-13; 15.9; 22.5-6,9; 24.6-8,9,14,15; 25.3,4; 27.4,26; 28.12;
31.7,8; 41.1-3,26-29,36,45; 42.14; 48.13; 58.34,35; 60.32; 67.3-7,9; 78.3;
81.12

– poder 16.17; 18.10; 60.5

– *familiae* 7.12; 67.3-7,9

– *nummo uno* 24.6-7; 41.3,29; 78.3

mancipium 7.6; 15.1; 18.10

Mandatario 35.23

mandatela 7.12; 67.4

Mandato (*mandatum*) 2.18; 38.11; 44.1-11,12

– límites 44.9

– de crédito 44.4; 57.24,25

– *post mortem* 44.5

– *tua gratia* 44.3

Mano común 17.2; 23.21; 73.2

manum depellere 32.18

Manumisión - por copropietarios 23.25; 26.6; 29.1; 31.17,18,19,32

Manumisión (*manumissio*) 15,3; 16.1-11,17; 58.49; 60.5,32

– fideicomisaria 16.5

– revocación 16.13

– *censu* 16.3

– *in sacrosanctis ecclesiis* 1.14; 16.8

– *inter amicos* 16.9

– *per epistulam* 16.9

– *per mensam* 16.9

– *testamento* 16.4

– *vindicta* 7.18; 11.15; 16.2

Manumisiones pretorias 16.9

Manumitente (*manumissor*) 16.1

- manus* 4.4; 7.11; 12.4,6,12; 19.5; 22.2; 58.6-9,34-38,44,49; 60.2
manus iniectio 10.16; 32.12-18; 39.2; 52.7; 60.9; 76.5,23; 81.11; 82.2
– *pro iudicato* 32.15; 81.11
Marca (del esclavo) 15.22
materfamilias 14.13
materna 60.20
Matriarcado 14.13
Matrimonio (*matrimonium*) 58.2-5
– celebración 58.32-33; 59.1-7
– *cum manu* 58.9
– de menor derecho 58.52
– libre (*sine manus*) 58.9,37-38,41; 59.4; 65.11
– *iuris gentium* 58.4
– *iustum* 58.4
Máxima del principio dispositivo 80.5
Mayoría de edad 14.2,7,8; 58.14
media sententia 26.5,18
Medianoche 58.37
Medio de prueba 84.6; 88.9
membrum ruptum 32.5,7; 51.19
Menores de edad 14.8-10; 64.3
Mensajero 11.3
Método, metodología 1.7,10,30; 3.23-27
Método ‘asociativo’ 2.26
Miedo (*metus*) 8.31,33-34,37
Mezcla 26.15-16
Minería 23.4
minor, minores 14.8-10; 64.3
Minoría de edad, vid. *minor, minores*
missio in bona 85.2; 86.10
– (*rei servandae*) 82.2,12; 85.2,6; 86.10; 88.12
missio in possessionem 19.14; 23.17; 86.10,11
– *possessionem (venter)* 66.13
modicum tempus 10.22
Modo (*modus*) 10.19-21
modus acquirendi 24.17
Monarquía absoluta 1.12,15,21; 17.7; 80.5,13
Monasterio 17.12,14; 25.19; 58.50; 66.21
Monedas 35.17

- Mora (*mora*) 37.7-18
- *accipiendi* s. *mora creditoris*
 - del acreedor 37.10,11-18; 53.16
 - *creditoris* 37.12-18; vid. también Mora del acreedor
 - *debitoris* 37.7-11; vid. también Mora del deudor
 - del deudor 37.4,7-11; 77.6
- Moratorias 53.13
- mores maiorum* 3.2,3
- mors litis* 80.20
- mortis causa capio* 79.5
- mos* 3.2
- Muerte, fallecimiento 8.3; 53.34
- Mujeres 1.31; 14.12; 57.27; 63.1-5; 66.3,7,21,22; 68.13,15; 82.6
- Multa 51.10
- medidas de cálculo 32.6
- munera* 1.16
- Municipio (*municipium*) 17.8; 82.32; vid. también *colonia*, *municipium*
- Mutuo (*mutuum*) 7.14,21; 24.12; 35.16,22; 38.7-8; 39,1-9; 81.8
- acción de restitución 48.3; vid. también *actio certae pecuniae*
- Nacimiento 13.7
- nasciturus* 13.7
- natalium restitutio* 16.16
- natura actionis* 33.4
- *contractus* 33.4
- naturalis obligatio* 15.11; 31.21; 33.9-11; 39.7; 49.1-2,6; 60.14
- *possessio* 19.17,21
 - *ratio* 3.17; 26.1,6; 29.17
- nauta* 46.6
- Negligencia (*neglegentia*) 36.9-10,18-25
- según materias 36.23-24
 - grave, vid. *culpa lata*
- Negociaciones contractuales 34.15; 37.6; 41.47
- Negocio aparente 8.28
- jurídico 5.1; 8.1,21
 - clasificaciones 5.3
- Negocios claudicantes 14.5
- de obligación - de los sometidos a potestad 49.1-15
 - de obligación (tutor, auctor) 11.13

■ TRATADO DE DERECHO PRIVADO ROMANO

- generadores de responsabilidad 32.10
- imitados 6.3; 7.4
- *per aes et libram* 7.14-15
- que no admiten condición 10.3
- negotiorum gestio* 44.12-22
- negotium* 5.2
 - *claudicans* 14.5
 - *contractum* 48.7
 - *gestum* 49.4
 - *simulatum* 8.28
- nexi liberatio* 6.4; 7.14; 52.5-7; 53.18
- nexum* 6.4; 7.14; 32.10,15; 39.1-2
- NN 83.11
- No ciudadanos 25.4
- nomina ipso iure divisa* 56.2
- nomina transscripticia* 40.15
- non usus* 28.18; 29.13
- nota censoria* 3.3
- Notoriedad 32.15
- nova clausula Iuliani* 66.13
- Novación 10.1; 33.10; 40.9,17; 53.19; 54.1-8,9,14; 55.2,9-11; 57.5
 - procesal 54.7; 82.25; 84.14; 88.7
- Novelas 1.22,42; 2,25
- noxae deditio* 12.12; 15.12; 36.25; 50.12-14; 60.15
- nuda proprietas* 29.2
- Nulidad 9.1; 84.9
 - parcial 9.4
- Numerius Negidius* 83.11
- nummus unus* 7.2
- nuncupatio* 7.9; 67.6,7
- nuntius*, vid. Mensajero
- Nupcias 58.32

- ob eam rem* 83.15,17
- Objeto del litigio 82.22,25
- Obligaciones
 - bilaterales 38.20-21,23-25
 - del patrimonio hereditario 71.7; 74.1-2; vid. también responsabilidad hereditaria

- divisibles y cumulativas 56.2-3
- *ex contractu* 38.1-5
- *ex delicto* 38.1; 50.1-6
- unilaterales 38.19
- Obligación (*obligatio*) 4.5; 24.11; 32.1-21; 33.1-11; 34.1-33
 - extinción 52.1-8; 53.1-34; 54.1
 - alternativa 36.4
 - de cultivar 42.12
 - de recoger la prestación 37.13
 - derivada de sentencia (*iudicatum*) 50.7,15; 53.18
 - específica 34.6 ff.; 35.11-12; 37.3
 - facultativa 35.8-9,12-13,15; 58.10
 - genérica 34.6; 35.11-17; 53.14
 - , limitación 35.14; 36.7-10,14,19; 41.8
 - natural, vid. *naturalis obligatio*
 - pecuniaria 35.17
 - *post mortem* 35.7; 65.3
 - procesal 50.7,15
- Obra de construcción (perjuicios) 23.18
- obsignatio* 53.16
- occupatio* 15.16; 24.1; 26.2-4,5,18
- Oferta 8.20,21
- officium* 4.4
- Ofrecimiento de cumplimiento de la prestación 37.13
- Omisión 36.3; 51.11,14,18
- onera matrimonii* 59.8
- Onerosidad 47.1,2
- ope exceptionis* 52.3
- operae animalium* 29.21
 - *liberti* 16.15; 42.21; 69.10
 - *servorum* 29.21
- operarum promissio* 38.9
- operis novi nuntiatio* 23.18
- oportere* 33.5; 83.6
 - *ex fide bona* 3.16
- optio servi* 76.4
- opus metalli* 31.26
- Oralidad (proceso) 80.5; 84.3; 88.10

oratio principis 2.10

– *Severi* 62.19; 64.5

Orden de juzgar (*iussum iudicandi*) 82.20,28

Orden de parentelas 66.24

Ordenanza de edificación 23.4

Ordenanza del Tribunal Imperial alemán (*Reichskammergericht*) de 1495 1.29

Órganos de actuación 11.3; 17.2,4

Orilla del mar, playa 18.6

pacta

– *adiecta* 34.14; 38.13; 41.50; vid. también 40.3, Pactos accesorios

– *dotalia* 59.19

– *ex intervallo* 34.14

– *in continenti* 34.14

– *praetoria* 38.13-14; 46.1

Pacto (*pactum*) 5.4; 38.13-18

– *de distrahendo* 31.10

– de intereses, informal 34.14; 35.22

– de ley comisoría (prenda) 8.14; 31.10,33

– *de mutuo dando* 39.4

– *de non petendo* 53.21; 54.5

– de remisión 38.13; 52.4

– de retroemendo, vid. Retrocompra

– de venta (en la prenda) 31.10,34

– *displicentiae*, vid. Venta a prueba

– *distrahendi*, vid. Pacto de venta (en la prenda)

– *fiduciae* 7.10,17; 10.21; 24.8,9; 31.7

– *in personam* 57.12

– *in rem* 57.12

– *legitimum* 38.13,16; 47.5; 59.16

– *nudum* 38.13,18

– *tacitum* 5.6

Pactos accesorios, informales 34.14; 38.13; 40.3

Padre de familia, vid. *paterfamilias*

Pagaré 7.23; 40.6,19

Pago 52.1; 53.1-16, vid. también Cumplimiento

Pago del precio como requisito para la transmisión de la propiedad 24.13,14,16;
41.3-4

Palabras solemnes 6.1

- Pandectas 1.20, vid. también Digesto
 Pandectística 1.34,40,57; 3.23
Parapherna 59.32
parens manumissor 60.37; 62.7; 63.3; 66.10
 Parentesco, grados 12.7
 – agnaticio 12.7; 15.5; 61.1, vid. también *adgnatio*
 – cognaticio 12.7; 61.1; vid. Parentesco de sangre, *cognatio*
 – de sangre (consanguíneo) 12.7; 58.18; 61.1; 65.11; 66.22, vid. también *cognatio*
 Parientes de sangre (consanguíneos) 66.11,15
parricidium 36.7
pars dominii 29.2
 – *pro diviso* 18.14; 23.23; 26.12
 – *pro indiviso* 23.22-25; 29.4; 73.5
 Partición paterna (de la herencia) 67.16
partitio legata 76.6; 78.2, vid. Legado de partición
partus ancillae, vid. Hijo de la esclava
 Paso forzoso, derecho de 23.13
paterfamilias 1.4; 12.2-9,12; 14.12
paterna 60.20
patientia 26.12
patria potestas 4.4; 12.4; 22.2; 58.15; 60.1-42
 Patriarcado 12.6; 14.12
 Patrimonio 18.1
 – destinado a un fin 17.14
 – especial 49.5-7
 – social o societario 17.4; 43.9,14,18
patrimonium Caesaris 17.6-7
 Patronato 4.4; 15.3; 16.12-15
 Patrono (*patronus*) 13.5; 16.1,5; 66.17; (porción debida) 69.10; 70.12
Pauli sententiae 2.22
 Paz del derecho 21.5
 Pecado 34.25; 36.24
peculium 11.4,8,15; 12.12; 15.3,7; 16.7; 49.5-7,15; 59.2,32; 60.16
 – *castrense* 39.7; 60.18
 – *quasi castrense* 60.19
pecunia 32.6
 – *traiecticia*, vid. Préstamo marítimo
 Pena (corporal), imposición por el estado 50.5

■ TRATADO DE DERECHO PRIVADO ROMANO

- Pena convencional 9.9; 40.10-13; 42.12; 46.4; 48.46; 58.11; 76.18; 82.3; 86.5-6
– hecho exigible 40.12
– de reducción a la esclavitud 15.18
Penas privadas 50.3
Pendencia (sobre el fundo vecino) 23.11
Pensamiento centrado en la acción (*actio*) 2.17; 41.21
per exceptionem 52.3
per sponsionem 86.6
Percepción (de frutos) 26.7; 29.1,4,5,6; 42.6
Pérdida de la posesión 20.7-9
peregrinus 2.13; 3.8-11; 13.5; 33.6; 67.8; 77.1,5; 80.15; 83.19
Perfección (del contrato) 41.21-23
Periculum, vid. riesgo
Periodo de gestación 60.22
Peritos 84.6
Permuta (*permutatio*) 41.12; 45.1
perpetua causa 28.7
perpetuatio obligationis 37.3-5; 48.18
persecutio 82.4; 87.7
persona 13.1,6; 17.3
Persona física 13.1
– jurídica 13.1,6; 17.1-2,12,14; 72.2
personae incertae 68.17; 77.5
Personas libres de potestad 12.8
– sometidas a potestad 12.8; 82.6
Pertenenencia 18.15
Pesca 51.22
petitio 82.4; 87.7
pia causa 17.14
pietas 4.4
Pignoración 31.16; 38.7-8
– plural 31.26
– tácita 31.17,19
pignoris capio 17.9; 31.6,37; 81.13; 85.1
pignus 31.3,5-6,9,14-41; 39.22-25; vid. también Derecho de prenda
– *Gordianum* 39.25
plagiator 26.12
Plantas 26.11
Plazo, vid. Término, Cómputo del tiempo

plebiscita 2.10

pluris petitio 34.5; 53.28,31; 83.8; 87.7; 88.8

Poder

– alcance 20.7

poena 32.7; 34.30; 50.3

– *temere litigantium* 32.18; 81.5

pollicitatio 47.12

populus Romanus 17.5

Porción debida, vid. Legítima

Poseedor civil 19.12; 26.6

– de buena fe 26.6; 27.20-21

– hereditario 65.18; 72.3; 75.3

Posesión 19.1-21; 20.1-10; 21.1-20; 22.1-2,4; vid. también *possessio*

Posesión

– protección 21.1-20

– tiempo (añadido) 21.9

– transmisión en caso de herencia 20.10; 21.9

– viciosa 21.8,11

– civil 19.12; 25.9,17; 26.6

– de derechos 19.20; 28.21; 29.16

– de la herencia 65.17

– de los bienes hereditarios, vid. *bonorum possessio*

– exclusiva 19.14

– de mala fe 27.19-20; 75.9

– dependiente e independiente 19.19

– interdictal 19.3,7,10-15,16; 25.9; 27.8; 29.7; 30.2; 31.18

– mediata e inmediata 19.19

possessio 19.1-21; vid. también Posesión

– *ad interdicta* 19.11

– *ad usucapionem* 19.3,5

– *civilis* 19.5,8-9,16; 25.9

– *iuris* 19.20; 28.21; 29.16

– *pro herede* 75.3,6,15

– *pro possessore* 75.3,6,15

– *vitiosa* 21.8,11

possessor 19.2, vid. también poseedor

– *ad usucapionem* 27.25

– *hereditatis*, vid. Poseedor hereditario

possessorium ordinarium 21.19

Postclásico 1.12,15,23; 2.21,23

Postclásicos

– tempranos 1.23; 2.22

Postglosadores 1.28,29

postliminium 15.17; 26.3; 58.44

postulatio actionis 82.4,9; 83.2

postumus 13.7; 66.3,13,15; 68.16; 69.5,12

potentiores 8.30

potioris nominatio 62.13

praedes 7.21; 57.3; 81.5

– *litis et vindiciarum* 27.5

praediatura 31.6

praefecti iure dicundo 80.10

praefectus aerarii 71.12

– *praetorio* 87.3,11; 88.3,15

– *urbi* 87.3,11; 88.3,15

praeiudicium 57.6; 60.8; 83.25; 84.8,12

praelegatum 76.8; vid. también Prelegado

praescriptio acquisitiva 4.14, vid. también *praescriptio longi temporis*, usucapión

– *extinctiva* 4.14

– *longi temporis* 4.14; 15.20; 22.10; 25.14-17; 28.16,18; 29.12; 31.30

– *longissimi temporis* 25.18

praescriptiones 4.12; 25.16; 40.2; 48.20; 83.27; 87.8; 88.8,9

– *pro reo, pro actore* 83.27

praeses, praesides 80.10,22

praestare 35.1

Presunción (*praesumptio*) 59.6; 84.5; 88.9

– de dominio 19.22

– de fallecimiento 13.10; 58.43

– *iuris (et de iure ...)* 84.5

– *Muciana* 59.6

praeteritio 69.3-10

praetor, vid. Pretor

– *fideicommissarius* 77.2

– *hastarius* 82.16

– *peregrinus* 3.8,12; 80.10,15

– *tutelarius* 62.12,13

– *urbanus* 80.10,15; 82.16

- Precarista, posesión interdictal 19.14
precarium 19.7,13; 24.13; 39.10; 42.17,18; 45.8
 Precio de venta 41.1-2,6,12-16,26
 – reducción a menos de la mitad 41.14
 Preclásico 1.7
 Preclusión 82.24
 Precontrato 40.9
 Prelegado 76.8
 Prenda, vid. Prenda sin desplazamiento de la posesión
 – derecho 18.2; 31.1,3,5-6,14-41
 – privilegios de rango 31.29
 – rango 31.26-29
 – utilización del objeto dado en prenda 31.33
 – del arrendador 31.19,38; 42.12
 – de fundos rústicos 31.18-19,37,39
 – con derecho a los frutos 31.32, vid. también *antichresis*
 – del crédito 31.22
 – general 31.22
 – posesoria 31.14-15,18,31; 39.22
 – sin desplazamiento de la posesión 31.14,18-20,31,37,41
 – sustitutiva 31.20, vid. también *aestimatum*
 Prendas, legales 31.16,23,24,29; 76.11
 Prescripción 4.11-14; 25.1
 – plazo general 4.13
 – plazos 25.13-14,16-18
 – de la liberación de la prenda 31.30
 – de la libertad 15.20
 Prestación, facultad de sustitución 35.10, vid. Obligación facultativa
 – en lugar del pago, vid. *datio in solutum*
 – objeto 34; 53.9-11
 – realización por medio de tereros 35.4; 41.13
 – riesgos 35.12-14; 41.20
 – tiempo 53.12-13
 – a terceros 53.5-8
 – de garantía, vid. *cautio*
 – *in natura* 34.22,24; 86.6,8
 – parcial 53.9
 – pecuniaria, secundaria 35.4
 Préstamo marítimo 35.21; 39.8, vid. también *fenus nauticum*

- Presupuestos del matrimonio 58.14-31; vid. también Impedimentos matrimoniales, Prohibiciones del matrimonio
- Pretensión 4.6,7; 87.7
- Pretensión indemnizatoria del comprador 34.28; 41.26-27,29-33,37,43,45,47
- Pretensión real 4.3,4
- Preterición 69.3-10
- pretii participandi causa* 16.18
- pretium doloris* 50.3, vid. Daños morales
- pretium*, vid. precio de venta
- Pretor 2.4,11,12; 3.16; 65.18; 80.10,11; 87.3, vid. también *praetor*
- Pretor peregrino 3.11; 80.10,15
- Preventa 41.51, vid. *ius protimiseos*
- Principado 1.1,9; 17.5,6-7
- Principio de abstracción 24.12, 15, 17
- de adquisición del derecho 41.17
 - de compensación 41.24
 - de culpa 36.1
 - de evicción 41.17
 - de la personalidad (de las leyes) 1.18; 3.9-10
 - de la voluntad 8.18
 - de prioridad 31.26
 - de producción 26.8
 - de publicidad 18.9; 24.7
 - de simetría 6.4; 53.23
 - de unidad 24.17
 - de utilidad 36.20
 - sustancial 26.8
- Principios del Derecho romano 1.39; 2.5,28
- generales del derecho 1.38,39; 2.28
- Prisión por deudas 4.5; 7.14; 32.19; 51.3; 81.12; 85.2,5
- privada 82.12
- privilegium* 3.28
- pro herede gestio* 71.5
- pro soluto* 25.10
- pro suo* 25.10
- probatio diabolica* 27.6
- Procedimiento contencioso 80.4,9; vid. también Procedimiento declarativo
- constitución 80.11; 82.13,18-27; vid. también *litis contestatio*
 - dilación 84.2; 88.11

- lugar de celebración 80.9
- presupuestos 82.6
- principios 80.5
- programa 82.18
- civil romano 1.59; 80.1-88.22
- cognitorio 34.24; 80.21-24; 87.1-12; 88.1; vid. también *cognitio, extraordinaria cognitio*
- contradictorio 88.6
- de las legis acciones 82.20
- de libertad 15.14
- de relación (consultivo) 88.15
- declarativo 80.4,6,7-8
- formulario 80.14-20,23; 82.1; 85.10
- *per sponsionem* 27.16; 75.7; 86.5,6
- por libelos 88.4
- por rescripto 88.21
- probatorio 84.3; 87.9; 88.9
- provincial 80.22-23; 87.2,6
- proconsul* 80.22; 88.3
- Proculeyanos 1.11; 26.18; 27.19; 36.25; 40.17; 41.50; 44.9; 50.13; 53.11; 72.6; 75.12; 76.8,14
- procurator* 11.5; 20.4; 44.8,13; 49.14; 82.29,31
- *falsus* 11.5
- *in rem suam* 55.3,10
- Pródigo (*prodigus*) 14.16 s.; 64.1,9-10
- professio liberorum* 13.8
- Progreso jurídico 2.8
- Prohibición de donaciones entre cónyuges 59.4-5
- de enajenar 23.9; 59.18,31; 76.11
- de intereses 39.9
- de trasbordo 36.4
- de uso de la fuerza 1.31; 8.30-31; 21.1,6-14,17-20; 86.4
- de vejación 4.15
- Prohibiciones de demoler edificios 23.4
- Prohibiciones del matrimonio 3.18; 58.16,18-31,51; vid. también Matrimonio,
- Presupuestos del matrimonio
- Promesa de comparecencia 7.21
- de donación 32.22; 47.3,5
- de intereses 33,8; 35.22

- de matrimonio 58.11
- promissa* 41.37,39-40,45
- Pronunciación del derecho 80.11
- pronuntiatio* 8.33; 27.17; 83.18
- Propiedad 4.2; 18.1; 19.1; 22.1-12; 23.1-29; 30.7; vid. también Adquisición de la propiedad, Adquisición de la posesión, Protección posesoria
 - como derecho absoluto 22.4,7; 25.3; 27.27
 - arcaica 22.2-6
 - bonitaria 22.9,12; 24.7,10; 25.11; 26.4; 27.25-26,30; 31.16,35; 41.17
 - de mano común (*Gesamthand*) 17.2; 23.21; 73.2
 - dividida 22.12; 60.21
 - durmiente 26.14
 - intelectual 26.12
 - parcial 23.23
 - pública 22.10
 - quititaria 22.8, 12; 25.7; 26.4; 27.1, 6, 26; 31.35
 - relativa 22.4,7; cfr. también 25.3; 27.27
 - según el derecho peregrino 22.10
 - según el derecho pretorio; vid. propiedad bonitaria
 - temporal 23.8
- proprietas* 19.1; 22.7, vid. Propiedad
- proscriptio* 82.12; 85.6
- Protección del derecho de propiedad 27.1-32; 39.19
 - del tráfico 25.20
- Protocolo 88.10
- protutor* 44.15; 62.28
- Provincias occidentales 3.20
 - orientales 3.21
- provocatio* 84.10
- Prueba de la propiedad 21.10; 27.6,28
- pubertas* 14.8
- publicani* 17.9; 85.7
- Publicidad 80.5
- Pupilo (*pupillus*) 48.28; 53.2; 62.1-30
 - deudas negociales 33.11
- purgatio morae* 37.10
- quaestio lance et litio* 51.2
- quanti ea res erit* 34.9
 - *ea res est* 34.27,33

- *interest* 34.9; 34.28; 51.13
- quarta divi Pii* 71.13
- *Pegasiana* 77.10
- quasi possessio* 19.20; 28.21
- quasi ususfructus* 29.17
- querela inofficiosae donationis* 70.10
- *inofficiosae dotis* 70.11
- *inofficiosi testamenti* 9.2; 65.10; 67.8; 69.2; 70.1-8; 82.16
- *non numeratae pecuniae* 40.8; 53.3
- Quirites 7.2
- quod actum* 8.9
- quod interest* 34.28,14; 41.45
- quota litis* 44.3
- Rango 31.26, vid. Prenda, rango
- rapina*, vid. robo
- Rapto de mujeres 58.31
- ratihabitio* 11.15
- ratio scripta* 1.27
- raudusculum* 7.2
- Rebaja (del precio) 41.38,39,43,46,48
- Rebeldía, procedimiento, sentencia 84.7; 87.5-6; 88.5
- Recepción 1.1,29,31
- receptum*
- *arbitri* 46.4
- *argentarii* 1.8; 46.5; 57.26
- *nautarum, cauponum, stabulariorum* 46.6-8
- Recibo (de pago) 53.3,19
- Reclusión en un monasterio 13.12
- Reconocimiento (de deuda) 32.14; 82.10; 84.6; 87.9
- recuperatores* (tribunal) 80.20; 82.15; 86.2
- reddere* 34.8; 37.3-4
- Reembolso 52.6; 57.20f.
- Régimen de legítimas 65.10; 70.1-13, vid. también Cuota legítima
- regimen morum* 3.3; 60.2
- Registro de fallecimientos 13.8
- nacimientos 13.8
- domiciliario 51.2,4; 84.3
- Regla celsina, vid. Regla de interpretación de términos oscuros
- Regla de interpretación 8.11; 84.5

■ TRATADO DE DERECHO PRIVADO ROMANO

- de términos oscuros 8.12; 35.8
- Reglas jurídicas 1.10; 2.28
- Regreso - (en obligaciones solidarias) 56.10-11
- regula*, vid. Regla de interpretación
- *Catoniana* 76.19; 77.9
- rei vindicatio* 4.2; 21.10; 22.9; 24.12; 25.3; 27.1-12,16-22,30,32; 28.21; 31.40; 51.7; 75.1,2,5,12,13; 76.4; 81.2f.; 83.18
- *utilis* 26.20
- *legitimación pasiva* 27.8-11
- Relación obligatoria 32.1
- *pignoraticia* 31.14,17; 39.22-25
- Relación propietario-poseedor cfr. 27.18-21; 75.8-12
- relocatio tacita* 42.16
- rem defendere* 82.11
- rem sibi non liquere*, juramento 84.7
- remancipatio* 31.7; 58.49; 60.32
- Remisión 52.7-8; 53.17-21
- remissio mercedis* 42.10
- Renta, vid. arrendamiento, alquiler
- Renta vital 58.40
- Renuncia 28.17; 29.13; 31.30
- replicatio* 4.10; 82.9; 83.26
- *doli* 27.26
- *rei venditae et traditae* 27.26
- Representación 11.1-2; 44.11; 49.2,14; 82.29
- inmediata (directa) 11.1,14
- mediata (indirecta) 11.2,14; 17.4
- procesal 44.11; 82.29-33
- Representante procesal (en asunto propio) 55.3,10
- repromissio sec. mancipium* 41.26,28
- República tardía 1.6
- Repudio (esposa, hijo de familia) 58.47; 60.41, vid. también *repudium*
- Repudio de la herencia 65.23
- repudium* 58.47,48
- res* 2.26; 18.1-16; vid. también Cosas
- *communes omnium* 18.6
- *corporales* 18.3
- *derelectae* 26.4
- *divini iuris* 18.5

- *extra commercium* 18.4
- *extra patrimonium* 18.4
- *familiaris* 17.6-7
- *habilis* 25.7
- *immobiles* 18.11
- *in iudicium deducta* 82.24
- *incorporales* 18.3; 29.12; 65.2
- *integra* 44.5; 53.23
- *iudicata* 84.12
- *litigiosa* 23.9
- *mancipi* 7.5; 15.5; 18.8-10; 22.6,9; 24.7,10; 25.3,7; 26.4; 27.2,26; 28.5,12; 31.7; 41.17,27-29,32
- *mobiles* 18.11
- *nec mancipi* 18.8; 22.6; 24.9,10; 25.3; 31.5
- *privata* 17.6-7
- *publica* 3.5; 17.5
- *publicae* 18.7
- *religiosae* 18.5
- *sacrae* 18.5
- *sanctae* 18.5
- *se moventes* 18.11
- *uxoria* 59.19
- rescripta* 2.18
- rescriptum divi Pii* 48.28; 62.21
- Reserva de dominio 24.13
- Reserva de resolución (compraventa) 10.13; vid. también *lex commissoria*
- Reserva mental 8.29
- Reservas de resolución 10.13
 - (compraventa) 41.49-50
- reservatio mentalis* 8.29
- Resolución 41.38,39,43,46,48; 53.34
- Responsabilidad 32.20,22
 - exclusión 46.7
 - extinción 24.11; 34.22; 38.13; 39.2; 52.4
 - limitación, agravamiento 27.19; 32.22; 37.4,8,19; 75.12; 82.27
 - material, pura 31.4-5,15; 32.10
 - adyecticia 11.8; 15.3
 - contratual 32.2; 50.4
 - *cum, pro viribus hereditatis* 74.8

■ TRATADO DE DERECHO PRIVADO ROMANO

- derivada de delito 32.3,4-9; 50.3-15
- hereditaria 74.1-8
- personal 32.3; 52.4
- por *auctoritas* 7.7,8,17; 22.6; 41.26-29
- por el resultado 36.6
- por enriquecimiento 14.5; 62.21 (tutor); 48.18,20 (cónyuge); 75.9,10 (poseedor hereditario)
- por evicción 41.25
- por hechos de los auxiliares 42.27; 46.8; 51.28
- por riesgos 46.9
- por vicios en las cosas 41.36-48
- por vicios jurídicos 31.11,34; 41.25-34
- responsum* 2.4,20
- Restablecimiento en la situación anterior (*restitutio in integrum*) 8.31,32; 86.9
- Restitución *in natura* 34.25; 83.18
- restituere* 27.18-21; 34.8; 37.8,19-20
- Retención 26.20; 81.12, vid. también derecho de retención
- Retención sin causa (de la cosa) 48.11
- retentio* 38.22,25-26; 59.20-22,27, vid. también Derecho de retención
 - *ex dote* 58.40
 - *propter res donatas* 48.18
- Retórica 8.7
- Retraso, demora, vid. Mora
- Retrocompra 41.51, vid. también *pactum de retroemendo*
- reverentia* 4.4
- Revocación 16.16 (manumisión); 47.11; 79.4 (donación); 60.40 (*emancipatio*); 68.19-21 (Testamento); 76.21 (legado); 77.9 (fideicomiso)
- Riesgo, asunción 35.12; 41.19,20-23; 42.9,24,28-30; 43.9; 59.23; 62.27 ss.
 - de las cosas 36.26; 41.20,22-23
 - de pago de la remuneración 42.24 (contrato de servicios), 28-30 (contrato de obra)
 - del precio 41.20
- Robo 51.25-26
- rogatio* 60.24
- Ruptura del deber de fidelidad del patrono 16.12
- Sabinianos 1.11; 26.18; 27.19; 37.20; 40.12,17; 41.12; 44.9; 53.11; 72.6; 75.12; 76.8,14
- sacer* 16.12; 60.2
- sacramentum* 81.5-8

- sacratio* 7.21
 Salvación de las almas 65.13
 Sanación (del negocio) 9.5; 59.5
 Sanación de donación contraria a la ley 47.9
sanctio 9.7
 Sangre paterna 66.7
satisdatio 7.22
 – *rem pupilli salvam fore* 62.25,26; 64.5
 – *secundum mancipium* 41.28,34
 Savigny, F. C. von 1.33
 Secuestro, vid. *sequester*
 Sede del tribunal competente, generalidades 53.14
 Segundas (y sucesivas) nupcias 58.23,24,27,29; 60.21; 62.15
 Seguro 39.8; 46.7
 Senadoconsultos (*senatus consulta*) 2.9,10, vid. también en SC
 SC *Claudianum* 15.18
 – *Hosidianum* 23.4
 – *Iuventianum* 27.10-11; 75.5
 – *Macedonianum* 11.15; 39.7
 – *Neronianum* 76.9
 – *Orfitianum* 66.18,21
 – *Ostorianum* 16.14
 – *Pegasianum* 77.5; 78.5-6,8
 – *Plancianum* 60.22
 – *Silanianum* 71.15
 – *Tertullianum* 66.18,21
 – *Trebellianum* 78.4-5,8
 – *Vellaeianum* 57.27
 – *Volusianum* 23.4
 Sentencia (*sententia*) 54.7; 84.7-14; 87.7,10; 88.11-12
 – motivación 84.8; 88.11
 – nulidad 84.9
 – plazo para dictar 32.17; 81.11; 85.3; 88.16
 Sentencia prejudicial 27.5,16; 84.8
 Señorío del juez 88.1
separatio bonorum 74.5,6
 sepulturas 18.5; 39.21
sequester
 – posesión interdical 19.16

servi optio 76.4

servicios obligatorios por tenencia de inmuebles 23.4

Servidor de la posesión 19.19; 20.6

Servidumbre (*servitus*) 7.18; 22.3; 23.10 ss.; 27.23-24

– *altius non tollendi* 28.6

– *fluminis* 28.6

– legal 23.10; 28.6

– *oneris ferendi* 28.6,9

– predial 28.3-22; 29.21

– pretoria 28.13,15

– real, vid. servidumbre predial

– *stillicidii* 28.6

– *tigni immitendi* 28.6

Servidumbres 28.1-22; 29.3

– personales 28.3; 29.3,21

– rústicas 7.5; 22.3; 28.2-4,5,12

– urbanas 28.2-4,6

servus, *servi*, vid. Esclavos

– *publicus* 15.3

– *vicarius* 15.7

sestertius 35.17

Silencio 5.5,6; 8.19; 41.45,46

Símbolo 24.6

Sin paz (fuera de la ley) 16.12; 60.2

Sistema del derecho romano 2.26-28

– institucional 2.27

– pandectista 2.27

Sobreendeudamiento 49.15

sobrinus 66.15

Socialismo de estado 1.15

Sociedad (*societas*) 17.4; 23.21,22; 38,11;43.1-13,18

– de acciones 43.13

– de adquisición 43.5-12

– interna 43.7,13

– leonina 43.8

– *omnium bonorum* 43.4,5

– *publicanorum* 17.9

Socio 56.10

sodalitas 17.9

- solarium* 30.6
 Soldados 58.17,22
 Solidaridad 56.4
 – de acreedores 73.5; 76.16
 Solidaridad, social 39.15
solutio 24.11; vid. también Cumplimiento
 – *per aes et libram* 7.14; 39.2; 52.2-7; 53.18; 76.5
solutionis causa adiectus 53.7
solvendi causa 24.12; 25.10
 Sometidos a potestad 49.1-4; 50.12-13
sortitio 82.14
species 18.12; 32.10; 35.11
specificatio, vid. Especificación
spoliatio 21.20
sponsalia, vid. esponsales
sponsio 7.20,21; 57.3,4,5-7,8-23; 58.10; 81.6,7
 – de garantía 52.7; 54.1,3
 – *praeiudicialis* 86.5
sponsio-stipulatio 32.2,11
sportulae 88.2
statuliber 16.7
status 13.1
 – *civitatis* 13.2-3,5; 58.44
 – *familiae* 13.2-3,5; 58.44
 – *libertatis* 13.2-4; 58.44
stellionatus 31.26
stipendium 22.10
stipulatio 5.5; 6.4; 7.1,20-24; 8.9,10,24; 9.10; 10.12,21; 15.9; 33.3; 34.2; 38.9;
 39.6; 40.1-13,19; 41.8,17; 46.3; 47.5; 48.3; 54.1; 56.5; 57.3; 58.10
 – *Aquiliana* 54.6
 – *duplae* 40.12; 41.29,30,32,34,37; 86.11
 – *habere licere* 41.30,37
 – *poenae*, vid. Pena
 – *post mortem* 57.1
 – *praepostera* 7.24
 – *simplae* 41.29,30
stipulationes emptae et venditae hereditatis 78.3,6
 – *partis et pro parte* 78.2
 – *praetoriae* 86.11

- stipulator* 7.20
- Stoa 1.11; 48.3
- stuprum* 58.16,25
- Subarriendo 42.12
- Subasta 41.6; 85.6-7
- subpignus* 31.22
- Subrogado 24.13a; 75.8
- Subsidiaridad de la responsabilidad 31.40; 57.19
- substitutio* 68.9
 - *pupillaris* 68.10
 - *vulgaris* 68.9
- successio in possessionem* 25.13
 - *ordinum et graduum* 66.12,23
- successor* 24.1
- Sucesión contractual 65.23
- Sucesión contra el testamento 65.24,25; 69.1-12
- Sucesión en el derecho 3.24
- Sucesión fideicomisaria 78.1
- Sucesión forzosa, formal, material 69.1-2; 70.3-9
- Sucesión hereditaria 65.1-25
- Sucesión intestada 12.10; 15.17; 65.11,23-25; 66.1-10,11-17,18; 67.1-3,8,16; 73.8
- Sucesión legal, legítima, vid. Sucesión intestada
- Sucesión testamentaria (testada) 65.6,24; 67.1; 68.5-11; 73.8; vid. también Testamento
- Sucesión universal 60.12; 65.1; 71.2
- sui heredes* 43.2-3; 65.5; 66.1-5,13,14; 71.2-3
- sui iuris* 12.8
- Suicidio 16.1; 68.13
- Sujeto de derecho 13.1
- Suma liberatoria 32.16-20
- summariissimum* 21.19
- superficies* 26.10,14; 30.6
- superfluum* 31.11-12,15,28,36; 39.22-23
- supplicatio* 88.15
- Sustitución cuasipupilar 68.11
- Sustitución fideicomisaria 77.7
- Sustitución pupilar 68.10
- Sustitución vulgar 68.9

- Sustituto, vid. Heredero sustituto
suum cuique 39.19
synallagma 38.24
syngrapha 40.19
tabellio 7.34,36
 Tablilla encerada 7.31; 67.7; 68.22
 Tablillas de madera 7.31,33
tabula picta 26.12
tabulae 7.31
tabularius 67.15; 74.7; 88.9
 Talión 32.5; 51.19
 Talmud 23.25
 Tasas (judiciales) 88.2
taxatio 83.7
tempus ad deliberandum 71.3,7
 Tenedor 19.2,18; vid. también Detentador
 Tenedor a título ajeno 19.13
 Teófilo, Paráfrasis de las Instituciones 1.50
 Teología moral 36.24
 Teoría
 – del contrato 38.18
 – de la declaración 8.1
 – de la diferencia 34.28,29
 – de la ficción 17.3
 – de la voluntad 8.1
 – de las esferas 42.28
 – del derecho 1.11
 Término 10.12,14,17-18; 76.19; 77.8
 – final 10.18; 68.8
 – inicial 10.18; 68.8
 Tesoro 20.3; 26.5
 – hallazgo 20.3; 26.5
testamenti factio 68.12-13,18; 76.18; 77.4,5
 Testamento (*testamentum*) 7.26; 8.8,25; 65.6-9; 67.1-16; 68.1-25
 – *apud acta conditum* 67.14
 – ante siete testigos 67.9,10
 – *calatis comitiis* 60.29; 65.7,8; 67.2
 – con institución de heredero 65.6-9; 67.5; 73.4; vid. también Testamento
 mancipatorio

■ TRATADO DE DERECHO PRIVADO ROMANO

- de propia mano, ológrafo 67.11
- *destitutum, desertum* 68.18
- en tiempo de peste 67.15
- *in procinctu* 60.30; 67.2
- *inofficiosum* 70.2
- libral, vid. Testamento mancipatorio
- mancipatorio 16.4; 65.7,8; 67.3-7,9; 68.5
- militar 10.15; 65.25; 67.8; 68.19
- *parentum inter liberos* 67.16
- *per aes et libram*, vid. Testamento mancipatorio
- *per holographum scripturam* 67.11
- *per nuncupationem* 67.13
- *principi oblatum* 67.14
- público 67.14
- pupilar 68.10
- recíproco 67.12
- *ruri conditum* 67.15
- *ruptum* 68.18
- *sine scriptura* 67.13
- *tempore pestis conditum* 67.15
- *tripertitum* 67.10
- testatio* 7.31-32,33; 84.6
- Testigos 7.2; 13.13; 58.48; 67.7,9,10; 84.6; 88.9
- Testigos formales 84.6
- Testimonio de parte 84.6
- Tetrarquía 1.14
- Textstufenforschung* 1.23
- Tiempo de duelo (*tempus lugendi*) 58.23
- Tiempo inmemorial 28.16
- tignum iunctum* 26.14
- Tipicidad negocial 33.3
- Titularidad fiduciaria 11.10-14; 62.4,17; 64.1,7-8
- Título (*titulus*) 24.12
 - de adquisición 19.8-9; 24.17
 - posesorio 19.9; 25.9; 75.3
 - putativo 24.12; 25.10
- tollere liberum* 60.22
- Toma de prenda, pura 39.2
- Trabajo asalariado 42.1,19

- traditio* 6.5; 18.10; 19.8,19; 22.9-10; 24.10-12,13,14-15; 25.10; 27.4
- *brevi, longa manu* 20.2
 - *et patientia* 28.15; 29.11
 - *ficta* 20.2
 - *per chartam* 20.2
- trans Tiberim* 15.18; 81.12
- transactio*, vid. Compensación
- transitus legalis* 43.9
- translatio iudicii* 84.2
- *legati* 76.22
 - *possessionis* 87.6
- Transmisión de la garantía, vid. fiducia (*cum creditore contracta*)
- de la propiedad 24.1-16; 47.3
 - del riesgo en la compraventa 41.20-23
- transmissio delationis* 72.8
- Transporte marítimo 36.4; 43.30-31
- Transposición de sujetos 49.4; 83.22
- Tratados de asistencia jurídica 3.8
- Tratamiento igualitario (de ambos sexos) 14.12,14
- Triboniano 1.22
- Tribunal centunviral 70.2; 75.7; 82.16
- doméstico 60.2,3
 - jurado 46.4; 80.13; 82.21
 - móvil 87.6
 - sentenciador 82.7,13-17,18-22; vid. también *iudicium*
- tribunicia potestas* 84.10
- tributum* 22.10
- trinoctium* 58.37,38
- triplicatio* 4.10
- Tsunami 36.26
- turbatio verbis* 21.19
- turpitude* 9.9; 70.4
- Tutela (*tutela*) 7.18; 12.10; 33.6; 44.12; 58.21; 62.1-30 (*impuberum*); 63.1-5 (*mulierum*);
- de las mujeres, vid. *tutela mulierum*
 - del patrono 16.14
- Tutor (*tutor*) 4.4; 11.5, 10; 12.10; 14.4; 20.4; 35.23; 58.21; 62.1-30; 63.1-3; 82.32
- Tutor aparente 62.28

■ TRATADO DE DERECHO PRIVADO ROMANO

- *cessans* 62.28
- *fiduciarius* 62.7; 63.3
- *legitimus* 62.6-8,23; 63.3
- *mulieris* 14.12
- *optivus* 64.4
- *praetorius* 62.14
- *testamentarius, dativus* 62.9-11; 63.4
- Tutora 62.15
- Tutores, mayoría de 62.22
- uncia* 35.17
- unde cognati, legitimi, liberi, vir et uxor* 66.13-16,17; cfr. 66.23
- Unión (de cosas) 26.9-14
- Universalidad 1.1
- universitas*
- universitas* 17.3
 - *rerum* 18.14
- urere frangere rumpere* 36.9; 51.10
- Urso 80.22
- Uso 29.1,5
- Uso común 23.3
- Uso
 - extralimitación 39.11
- Usos del lugar 3.2
- Usucapión (*usucapio*) 4.14; 19.5,8; 25.1-20; 26.4; 27.7; 28.16,18; 29.12; 58.36,37; 72.3; vid. también Prescripción
 - exclusión de 25.4-6; 76.11
 - *libertatis* (de la propiedad) 28.18; 29.13
 - *pro herede* 65.8; 72.3-4
- Usufructo (*ususfructus*) 7.18; 10.15; 18.2; 19.20; 27.23-24; 28.3; 29.1-19, 20-21; 31.14; 59.25; 60.20 vid. también Prescripción
 - impropio 29.17
 - de alimentos 29.2
- usurae* 35.18-25; vid. también Intereses
- usureceptio* 25.11; 31.8
 - *ex fiducia* 31.8
- usurpatio* 25.13
- usus* 19.5; 58.36-38; vid. también Derecho de uso
 - *auctoritas* 25.2-3; 27.4
- Usus modernus (pandectarum)* 1.29,40

- uti frui habere possidere* 22.10
utilitas 3.24; 28.7
 – *publica* 3.6
utiliter gestum 44.18
uxor in manu 11.4; 12.4,5,9; 58.8; 59.2,6; 60.2,11; 65.5; 66.2,16; 69.4; 71.2; 76.2
vacuam possessionem tradere 20.2; 41.17
vades 7.21; 57.3; 82.3
vadimonium 82.3
 Valor de afección 35.5
 vectigal 30.1,4,6
 Vencimiento 37.7; 53.12,13
venditio bonorum 85.6,8; 88.12
 – *simplaria* 41.43
 Venganza 32.4,6,9,20; 50.13
 – redimibilidad 32.6-7,8-9
venia aetatis 14.11
 Venta (del derecho) de prenda 31.10-11,27-28,30,34-36
 – al contado 7.3; 24.6; 41.1,3-4
 – de los hijos 15.18; 60.5-7
 – forzosa 23.6
versionem 41.8
verba-voluntas 8.7; 68.2
verna 15.3
versari in re illicita 36.4; 44.18
versio in rem 11.8; 49.9s.
versura 35.21
vi clam precario 21.6,8-12,20; 28.21; 29.16
 Vía jurídica 82.6
 Vía(s) *ante* 28.1; 28.5
vicarius 88.3,15
 – *servus* 15.7
 Vicios jurídicos (de las cosas) 42.8
 Víctima expiatoria 36.7
 Vigilancia censoria de las costumbres (*regimen morum*) 23.1
vim vi repellere licet 36.11
vindex 32.18; 81.11; 82.2
vindicare 27.3
vindicatio 22.5; 60.8; 81.2,3
 – tipos de procedimiento 27.16-17

■ TRATADO DE DERECHO PRIVADO ROMANO

– *caducorum* 71.12

– *in libertatem* 15.14; 16.2

– *ususfructus* 29.9,13,15

vindicia falsa 27.5

vindicta 16.2; 27.3

Violación positiva

– del contrato 37.6

– del crédito 37.6

vis 8.31

– *absoluta* 8.31

– *compulsiva* 8.31

– *maior* 36.15,26

Viuda 62.15; 63.3; 66.22

Vocación (hereditaria), vid. Llamamiento (a la sucesión hereditaria), Delación

Voluntad, hipotética 8.25

– real 8.1,4,8

votum 10.2

Vulgarización 1.13,18,23; 2.23; 3.19

Max Kaser (1906-1997) ha sido uno de los más esclarecidos romanistas del siglo XX.

Nacido el 21 de abril de 1906 en Viena, de 1924 a 1928 estudió Derecho en Graz y se doctoró en 1928. Estudió Derecho Romano con Steinwenter, y en Munich fue discípulo del gran romanista Leopold Wenger con quien trabajó sobre problemas fundamentales entre el Derecho Privado y el Derecho Procesal Civil.

En 1931 consiguió la *venia docendi* en Derecho Romano y Derecho Civil. En 1932 fue nombrado profesor de la Universidad de Münster de Derecho Romano y Civil. En 1959 se trasladó como profesor a Hamburgo, habiendo también desempeñado cátedra en la Universidad de Salzburgo, de donde fue nombrado profesor honorario. Impartió cursos y conferencias en las más importantes universidades del mundo.

Su producción científica es importantísima, tanto por la cantidad como por la calidad e influencia en esta rama del derecho.

Entre las publicaciones más importantes destacan su famoso *Derecho Privado Romano (Das römische Privatrecht)*, con primera edición en 1955 en dos tomos y con numerosas ediciones posteriores. La influencia de sus obras y de sus sugerencias ha sido tan extensa y profunda que puede afirmarse que Kaser ha sido el maestro de todos los romanistas del mundo.

La traducción del *Römisches Privatrecht* de Max Kaser que el lector tiene en sus manos en la colección de Derecho Privado de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, es la 21.^a edición alemana.