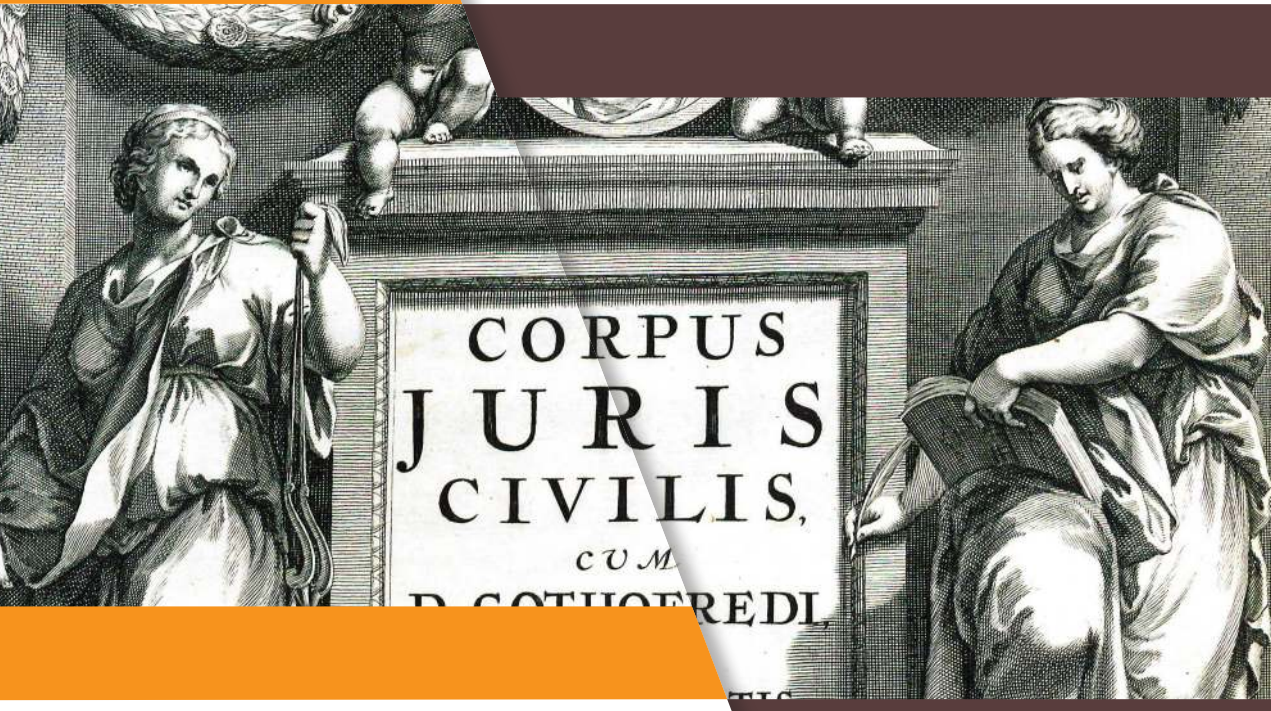
Compendio de Derecho Romano

Mariana Moranchel Pocaterra



Casa abierta al tiempo
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA METROPOLITANA
Unidad Cuajimalpa

Obra ganadora del Tercer Concurso para la publicación de libros de texto y materiales de apoyo a la impartición de los programas de estudio de las licenciaturas que ofrece la Unidad Cuajimalpa

Compendio de Derecho Romano

Casa abierta al tiempo
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA METROPOLITANA
Unidad Cuajimalpa

1) Compendio de Derecho Romano
Clasificación Dewey: 340.54 M67
Clasificación LC: KJA134.U26 M67
Moranchel Pocaterra, Mariana
Compendio de Derecho romano / Mariana Moranchel Pocaterra. – Ciudad de México : UAM, Unidad Cuajimalpa, 2017.
265 p. : il. col., diagrs. ; 17 x 24 cm.
ISBN: 978-607-28-1088-4
1.Derecho romano – Historia – Enseñanza superior. 2. Derecho romano – Lenguaje – Enseñanza superior. 3. Derecho de familia – Enseñanza superior. 4. Derecho de propiedad – Enseñanza superior. 5. Derecho – Historia y crítica – Enseñanza superior. 6. Universidad Autónoma Metropolitana – Unidad Cuajimalpa – Planes de estudio universitario.

Esta obra fue dictaminada positivamente por pares académicos mediante el sistema doble ciego y evaluada para su publicación por el Consejo Editorial de la UAM Unidad Cuajimalpa.

© 2017 Por esta edición, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Cuajimalpa
Avenida Vasco de Quiroga 4871
Col. Santa Fe Cuajimalpa, delegación Cuajimalpa de Morelos
C.P. 05348, Ciudad de México (Tel: 5814 6500)
www.cua.uam.mx

ISBN: 978-607-28-1088-4

Primera edición: 2017

Corrección de estilo: Manuel de J. Jiménez.
Diseño editorial y portada: Literatura y Alternativas en Servicios Editoriales S.C.

Avenida Universidad 1815-c, Depto. 205, Colonia Oxtopulco,
C. P. 04318, Delegación Coyoacán, Ciudad de México.
RFC: LAS1008162Z1

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida o transmitida mediante ningún sistema o método electrónico o mecánico sin el consentimiento por escrito de los titulares de los derechos.

Impreso y hecho en México
Printed and made in Mexico

Mariana Moranchel Pocaterra

Compendio de Derecho Romano

Casa abierta al tiempo
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA METROPOLITANA
Unidad Cuajimalpa

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA METROPOLITANA

Dr. Eduardo Peñalosa Castro
Rector General

Dr. José Antonio De los Reyes Heredia
Secretario General

Dr. Rodolfo Suárez Molnar
Rector de la Unidad Cuajimalpa

Dr. Álvaro Peláez Cedrés
Secretario de la Unidad Cuajimalpa

Mtro. Octavio Mercado González
Director de la División de Ciencias de la Comunicación y Diseño

Dr. Raúl Roydeen García Aguilar
Secretario Académico de la División de Ciencias de la Comunicación y Diseño

Dr. A. Mauricio Sales Cruz
Director de la División de Ciencias Naturales e Ingeniería

Dr. José Javier Valencia López
Secretario Académico de la División de Ciencias Naturales e Ingeniería

Dr. Roger Mario Barbosa Cruz
Director de la División de Ciencias Sociales y Humanidades

Dr. Jorge Lionel Galindo Monteagudo
Secretario Académico de la División de Ciencias Sociales y Humanidades

Índice

Introducción 7

Objetivos 9

Primera Unidad: Conceptos generales del Derecho romano 11
Cuadro Resumen 11
1. Concepto de Derecho romano 12
2. Conceptos fundamentales del Derecho romano 12
3. Concepto de Derecho (*ius*) 14

Segunda Unidad: Características y fuentes del Derecho romano 17
Cuadro Resumen 17
1. Derecho arcaico 19
2. Derecho preclásico 20
3. Derecho clásico 24
4. Derecho posclásico o vulgar 28
5. Derecho justinianeo 33

Tercera Unidad: Personas 37
Cuadro Resumen 37
1. Concepto de persona 39
2. Atributos de la personalidad 39
3. Personas físicas 41
4. Personas morales 49

Cuarta Unidad: Derecho de familia 53
Cuadro Resumen 53
1. La familia romana 56
2. Matrimonio (*iustae nuptiae*) 59
3. Patria potestad (*patria potestas*) 68
4. Tutela 74
5. Curatela 80

Quinta Unidad: Derecho procesal romano 83
Cuadro Resumen 83
1. El proceso civil romano 85
2. Organización judicial 87
3. Partes que intervienen en el proceso 89
4. *Legis actiones* 91
5. *Per formulam* (procedimiento formulario) 97
6. *Cognitio extra ordinem* 105
7. Clasificación de las acciones 110
8. Clasificicación de los Interdictos 112

Sexta Unidad: Bienes y derechos reales 115
Cuadro Resumen 115
1. Los derechos reales y su distinción con los derechos personales 117

2. Las cosas (*res*) 118
3. Posesión (*possessio*) 123
4. Propiedad (*proprietas*) 127
5. Derechos reales de goce sobre cosa ajena 137
6. Derechos reales de garantía 145

Séptima Unidad: Obligaciones 149
Cuadro Resumen 149
1. Concepto de obligación (*obligatio*) 151
2. Fuentes de las obligaciones 151
3. Elementos de las obligaciones 152
4. División obligaciones 154
5. Transmisión de créditos y de obligaciones 161
6. Incumplimiento obligaciones 163
7. Extinción obligaciones 170

Octava Unidad: Fuentes de las obligaciones en particular: Contratos 179
Cuadro Resumen 179
1. Concepto de contrato 181
2. Elementos de los contratos 181
3. Ineficacia de los contratos 191
4. Invalidez y convalidación del contrato 191
5. Interpretación de los contratos 191
6. Clasificación de los contratos 192
7. Evolución contractual 194
8. Contratos en particular 195

Novena Unidad: Otras fuentes de las obligaciones 215
Cuadro Resumen 215
1. Contratos innominados 217
2. Cuasicontratos 219
3. Pactos 221
4. Delitos 224
5. Cuasidelitos 228

Décima Unidad: Derecho sucesorio 231
Cuadro resumen 231
1. Conceptos generales 233
2. Sucesión legítima 240
3. Sucesión testamentaria 245
4. Vía inoficiosa 258

Bibliografía 261
Bibliografía complementaria 261
Diccionarios 263
Fuentes histórico-jurídicas 264
Enlaces de interés 265

INTRODUCCIÓN

En el año de 2015 inició en la UAM Cuajimalpa un nuevo programa de la UEA de Derecho Romano de acuerdo a las adecuaciones realizadas al plan de la Licenciatura de Derecho. Con el fin de que los alumnos cuenten con un material académico que les permita iniciarse en el vasto mundo del derecho se presenta este Compendio de Derecho Romano.

Se trata de una exposición sumaria de los temas que integran el programa de estudios de la UEA en comento. Al respecto es importante señalar que por la configuración del sistema educativo de la UAM esta UEA se imparte en un solo trimestre, debiendo condensar por tanto, lo que tradicionalmente se estudia en dos cursos de Derecho Romano.

Varias son las razones por las que los alumnos de la Licenciatura de Derecho deben adentrarse al mundo jurídico romano, entre ellas, obtener una técnica jurídica y un bagaje cultural que les permita argumentar con conocimientos sólidos a fin de solucionar problemas actuales a través de un sentido de justicia y equidad propios de los juristas clásicos romanos.

La historia del Derecho Romano representa en el campo de la ciencia jurídica la dirección que domina el pensamiento jurídico contemporáneo, ya que numerosos principios e ideas del Derecho Romano están vigentes; sin embargo, ya se entienda que éstos pertenecen a otro tiempo o ya se consideren que mantienen vigencia en la hora presente, sea por dictado de la ley o por mandato silencioso de la historia a través del mundo globalizado, no cabe negar que estos principios jurídicos han estado presentes a lo largo de la historia occidental; pero no solo su estudio es importante por lo que ha sido, sino porque contribuye a configurar el presente y nos prepara para enfrentar los retos futuros.

Este curso de Derecho Romano facilitará a los alumnos la comprensión de algunas de las instituciones jurídicas que forman parte de nuestro Derecho privado a través de los distintos códigos y leyes nacionales y lo introducirá en el estudio del Derecho público, toda vez que es necesario no olvidar que los cambios políticos que se dan dentro de una sociedad influyen en la creación de sus instituciones privadas.

Conscientes que a través de este texto no será posible abarcar en profundidad siglos de evolución de del pensamiento jurídico Occidental, si al menos tratamos de hacer más comprensible el Derecho romano, a través de la elaboración de esquemas que permitan a los alumnos

comprender en términos generales al Derecho romano de los siglos VIII a.C. al VI d. C. con la idea que logren analizar aquel ordenamiento jurídico que a la postre son parte del origen de nuestras instituciones jurídicas incluidas en el Código Civil.

Al final de este Compendio de Derecho Romano se señala la bibliografía básica o de consulta obligatoria, la cual se recomienda revisar en forma detallada a fin de completar el conocimiento de esta UEA. Es importante mencionar que también es aconsejable acudir a algunos Diccionarios especializados en Derecho Romano, lo que facilitará la comprensión del vocabulario propio de esta materia. También se incluyen sugerencias bibliográficas complementarias, las cuales serán de gran utilidad para el estudio de las unidades que conforman este compendio.

El material que ahora se presenta está dividido en diez unidades. La primera de ellas analiza los conceptos jurídicos fundamentales. La segunda tiene como base fundamental el estudio de las características y de las fuentes del Derecho romano que se dieron a lo largo de la historia de Roma, desde los orígenes de ésta hasta la muerte del emperador Justiniano. A partir de la tercera y hasta la décima unidad, se exponen las más importantes instituciones jurídicas del ámbito del Derecho privado: sujetos de Derecho, derecho de familia, el proceso civil romano, los derechos reales y personales, así como la materia de sucesiones. Cada una de estas unidades se inicia con un cuadro resumen, el cual brinda una visión panorámica general de los temas a tratar, los cuales son desarrollados a lo largo del texto.

OBJETIVOS

Objetivo General

Lograr que el alumno comprenda los orígenes de las instituciones de Derecho privado de nuestro sistema jurídico a través del análisis del Derecho romano coadyuvando y reforzando su estudio.

Objetivos Específicos

Comprender que el Derecho romano es una corriente evolutiva de ideas e instituciones que tienen aún permanencia en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, especialmente en nuestro sistema jurídico.

Determinar la impronta de las transformaciones políticas, económicas, sociales y religiosas en el desarrollo de instituciones jurídicas privadas, tales como: los sujetos de derecho, la familia, el proceso civil, los derechos reales y personales, así como el derecho sucesorio.

Aportar una visión de conjunto del ordenamiento jurídico romano con el fin de adquirir un verdadero y profundo criterio jurídico.

Obtener un lenguaje técnico-jurídico imprescindible para comprender el ordenamiento jurídico mexicano.

Analizar los fundamentos teóricos de nuestro sistema jurídico mexicano a partir del estudio del Derecho romano.

Adquirir un pensamiento analítico orientado a propiciar la responsabilidad del autoaprendizaje, a través de la evaluación de los procesos y las soluciones de acuerdo con la metodología utilizada por los jurisprudentes romanos.

PRIMERA UNIDAD
CONCEPTOS GENERALES DEL DERECHO ROMANO

Cuadro Resumen

1. Concepto de Derecho romano

2. Conceptos fundamentales del Derecho romano
   - a) Derecho (*ius)* y religión *(fas)*
   - b) Preceptos del derecho (*praecepta iuris)*
   - c) Justicia *(iustitia)*
   - d) Equidad (*aequitas)*
   - e) Jurisprudencia *(iurisprudentia)*

3. *Ius*
   - a) Concepto
   - b) Clases
     - i. Derecho quiritario *(ius quiritium)*
     - ii. Derecho civil *(ius civile)*
     - iii. Derecho honorario *(ius honorarium)*
     - iv. Derecho de gentes *(ius gentium)*
     - v. Derecho natural *(ius naturale)*
     - vi. Derecho público *(ius publicum)* y Derecho privado *(ius privatum)*
     - vii. Derecho común *(ius commune)* y Derecho singular *(ius singulari)*
     - viii. Derecho estricto (*ius scriptum)* y Derecho no estricto *(ius non scriptum)*

1. Concepto de Derecho romano

Derecho romano

En sentido estricto y desde una perspectiva normativista, el Derecho romano se entiende como el complejo total de las experiencias, ideas y ordenamientos jurídicos que tuvieron lugar en el proceso histórico de Roma, desde los orígenes de la ciudad-Estado (753 a.C.) hasta la muerte del emperador Justiniano (565 d.C.).

En un sentido más amplo, el Derecho romano también se entiende como:

i. El desarrollo del Derecho justinianeo en el Imperio Romano de Oriente hasta 1453.
ii. La recepción y reconocimiento del Derecho romano por los pueblos bárbaros primero, y más tarde, por las incipientes monarquías medievales asentadas en el occidente de Europa.
iii. En el siglo XIII el Derecho romano se entendió como la elaboración doctrinaria resultante del estudio del *Corpus Iuris Civilis* y su adaptación a los ordenamientos vigentes de los pueblos europeos, desarrollándose un derecho común europeo (*ius commune*), cuya influencia constituyó la base de los sistemas jurídicos nacionales.
iv. Como fuente utilizada en los dos últimos siglos para la formación de códigos, especialmente de Derecho privado en gran número de legislaciones contemporáneas.
v. La armonización teóricopráctica que los juristas alemanes del siglo XIX hicieron de la compilación justinianea con las necesidades y modalidades de la época hasta la promulgación del Código Civil Alemán (BGB) en 1900.
vi. En la actualidad, se considera que la ciencia del derecho privado y la cultura jurídica en Occidente hunden sus raíces en el Derecho romano, de ahí su gran valor científico.

2. Conceptos fundamentales del Derecho romano

a) Derecho (*ius*) y religión (*fas*)

En los orígenes de Roma, como ocurre en la mayoría de los antiguos pueblos, el derecho guardaba vínculos estrechos con la religión y la moral; sin embargo, el derecho romano tuvo el mérito de separar los preceptos religiosos de las normas jurídicas, a grado tal que tenían expresiones propias para designar y comprender unos y otras.

- *Ius* se refería al derecho propio de los humanos.
- *Fas* era considerado como lo justo religioso o lo que está conforme a la voluntad de los diose; lo contrario a la voluntad divina se consideraba nefasto (*nefas*).

b) Preceptos del derecho (*praecepta iuris*)

Según el jurista romano Ulpiano (D. 1.1.10.1), los tres famosos preceptos que sintetizan los fines del derecho para lograr la convivencia social dentro de ciertas reglas son:

a. Vivir honestamente (*honeste vivere*).
b. No dañar a otros (*alterum non ladere*).
c. Atribuir a cada quien lo suyo (*suum cuique tribuere*).

c) Justicia (*iustitia*)

Ulpiano define a la justicia como la constant y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo (*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi)* (D. 1.1.10).

Los romanos entendían la justicia desde un criterio práctico conforme al cual se logra resolver el concreto y específico problema presentado ante los tribunales. Sin embargo, esta definición no señala el modo de lograr dar a cada uno lo suyo, toda vez que en esto radica el permanente trabajo del jurista que busca la justicia al hacer la ley y aplicarla.

d) Equidad (*aequitas*)

La equidad alude a la adecuación que el derecho tiene de aplicarse al caso concreto; esto es, la justicia del caso concreto, en caso contrario, el derecho conduciría a la máxima injusticia (*summum ius summa iniuria*).

Durante la época preclásica y clásica, equidad era entendida como un valor ideal y con el que se justificaba la norma; en cambio, en el Derecho justinianeo se entendía como un criterio regulador de los conflictos, criterio al margen y contrapuesto a la norma positiva y basado en concepciones cristianas como las de piedad, caridad, benevolencia, benignidad, etc.

La evolución del Derecho romano busca dotar de equidad a las soluciones excesivamente rigurosas y formalistas del derecho civil, con lo cual el primitivo derecho se universaliza.

e) Jurisprudencia (*iurisprudentia*)

Ulpiano definía a la jurisprudencia como el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo e injusto (*iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*) (D. 1.1.10.2).

La jurispruendecia es entendida como aquel conocimiento del Derecho, saberes prácticos del jurista a través del cual es capaz de establecer lo que se ajusta al derecho. Para algunos autores, la referencia de las cosas divinas y humanas tiene su origen en la época arcaica, en donde los colegios sacerdotales eran los únicos conocedores del *ius* y del *fas*.

3. Concepto de Derecho (*ius*)

a) Concepto

Para los romanos la palabra *ius* tenía varias connotaciones, entre ellas:

i. Equivale a ordenamiento jurídico, es decir, a lo que la doctrina llama Derecho objetivo, esto es, conjunto de normas que regulan la conducta del hombre en sociedad, en donde la organización política garantiza su cumplimiento mediante la imposición de sanciones (*norma agendi*).
ii. *Ius* también es utilizada para señalar el poder o facultad derivada de la norma de derecho objetivo para exigir de alguien determinada conducta (*facultas agendi*). El Derecho romano se presenta como un sistema, no de derechos subjetivos, sino de acciones (acción es la facultad de reclamar en juicio la concreta tutela de esos intereses jurídicamente protegidos que son los Derechos subjetivos). En la práctica, los romanos no determinaban si una persona en un caso determinado tenía un derecho subjetivo, señalaban si el ordenamiento jurídico le dotaba o no de una acción; de ahí que Jhering afirmara que el Derecho romano es un Derecho de acciones.
iii. También significó condición, *status* o situación jurídica de una persona frente al ordenamiento. Así por ejemplo, el *sui iuris* es una persona a la que se le atribuye un *status* jurídico determinado.

Es importante señalar que los romanos no formularon definiciones o caracterizaciones abstractas de *ius* en su principal significado de ordenamiento jurídico. En el siglo II d.C. el jurista Celso señala que el Derecho es el arte de lo bueno y equitativo (*ius est ars boni er aequi*) (D. 1.1.1), idea que ha dado lugar a varias interpretaciones, una de ellas determina que este concepto confunde el Derecho con la moral. Otros autores, en cambio, lo refieren como la técnica utilizada por el jurista a fin de establecer lo que es bueno y equitativo en cada caso concreto, tomando en consideraciónlas circunstancias específicas.

b) Distintas clasificaciones del Derecho (*ius*)

i. Derecho quiritario (ius quiritium)

Derecho de los quirites, esto es, el de los antiguos ciudadanos romanos a quienes se les aplica posteriormente el más antiguo derecho civil (*ius civile*).

ii. Derecho civil (ius civile)

Derecho vigente en Roma que se aplica exclusivamente a los ciudadanos romanos (*cives*). Originariamente estaba formado por la interpretación de los colegios pontificios en torno a las costumbres tradicionales (*mores maiorum*) y a las normas de la Ley de las XII Tablas. Con el tiempo, su ámbito se extendió al derecho emanado de las leyes, los plebiscitos, los senadoconsultos, la jurisprudencia y las constituciones imperiales (*ius autem civile est, quod ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit* (D. 1.1.7 pr.)

iii. Derecho honorario (ius honorarium)

Según Papiniano, el Derecho honorario es el que por utilidad pública introdujeron los pretores con el propósito de corroborar, suplir o corregir el derecho civil (*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum*) (D. 1.1.7.1). Emana, por tanto, de aquellos magistrados investidos de la facultad de decir el derecho mediante edictos (*ius edicendi*), especilamente con función jurisdiccional, como es el caso de los pretores, ediles curules, gobernadores de provincias y algunos magistrados municipales. Con la aparición de este derecho, que se instaura paralelamente al *ius civile*, al que influye e inspira, surge un dualismo entre el derecho civil y el derecho honorario que se refleja en la evolución de las instituciones jurídicas.

iv. Derecho de gentes (ius gentium)

Es el derecho común a todos los pueblos del Mediterráneo organizados políticamente. Comprende las normas e instituciones jurídicas que nacen del tráfico comercial entre los pueblos de la antigüedad. Sus reglas son simples y flexibles, desligadas de las antiguas formas solemnes y basadas en los principios de buena fe y equidad. Se aplica para resolver conflictos entre los extranjeros o entre éstos y los ciudadanos romanos.

v. Derecho natural (ius naturale)

Derecho común a todos los animales basado en la razón natural (*ratio natutalis*) presente en todos los seres humanos, incluyendo por tanto a los esclavos. Hacia el siglo II d.C. Ulpiano se-

ñala que por derecho natural todos los hombres nacen libres y era desconocida la manumisión al no reconocerse la esclavitud (*utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita: sed posteaquam iure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis et cum uno naturali nomine homines appellaremur*) (D. 1.1.4).

vi. Derecho público (ius publicum) y Derecho privado (ius privatum)

Existen dos aspectos del Derecho. El Derecho público se refiere a la *res publica romana* (*ublicum et privatum publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat*) (D. 1.1.1.2), por tanto, tiene por objeto la constitución del Estado, organización del culto y la regulación de los poderes públicos con los *cives*. Asimismo, el derecho público es el ordenamiento religioso de los sacerdotes y de los magistrados (*publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit*).

En cambio, el Derecho privado es la rama del derecho que regula las relaciones entre particulares, es decir, es el relativo a la utilidad de los particulares (*privatum quod ad singulorum utilitatem*) (D. 1.1.1.2).

vii. Derecho común (ius commune) y Derecho singular (ius singulari)

El derecho común es el conjunto de normas que son de aplicación general para toda la población.

En cambio, para el jurisconsulto Paulo, el derecho singular es el que va contra el tenor de la razón, pero ha sido introducido por la autoridad que lo constituye, a causa de alguna utilidad (D. 1.3.16). Se trata de una norma que se aparta de la *ratio iuris*, de la lógica jurídica que estructura el ordenamiento común vigente por causa de utilidad pública (*Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*) y que *constituye un derecho excepcional* (v.g. el testamento militar, los codicilos, etc.).

viii. Derecho escrito (ius scriptum) y Derecho no escrito (ius non scriptum)

El Derecho escrito es aquel declarado por la ley o cualquier otra fuente autoritaria, que pueden ser leyes, plebiscitos, senadoconsultos, edicto de los magistrados o constituciones imperiales.

El Derecho no escrito, en cambio, no tiene una fuente autoritaria de creación, como la doctrina, aunque exista por escrito. Justiniano señala que procede del uso o costumbres transmitidas de generación en generación, de manera que su existencia dependerá del uso cotidiano y respeto que por él se observe (*ex non scripto ius venit quod usus comprobavit nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur*) (I. 1.2). En un primier momento la costumbre se denominó *mores*, posterioremente, en el derecho posclásico se utilizó también el término de costumbre (*consuetudo*).

SEGUNDA UNIDAD
CARACTERÍSTICAS Y FUENTES DEL DERECHO ROMANO

Cuadro Resumen

- 1. Derecho arcaico
  - a) Características
    - i. Privativo de la *gens*
    - ii. Influido por el *fas*
    - iii. Estricto y formalista
  - b) Fuentes del Derecho
    - i. Costumbre (*mores maiorum)*
    - ii. Leyes regias
- 2. Derecho preclásico
  - a) Características
    - i. Primer dualismo: derecho civil (*ius civile)* - Derecho honorario *(ius honorarium)*
    - ii. Formalista
    - iii. Apertura al *ius latii*
  - b) Fuentes del Derecho
    - i. Costumbre
    - ii. Ley de las XII Tablas
    - iii. Leyes rogadas
    - iv. Plebiscitos
    - v. Edicto de los magistrados

- 3. Derecho clásico
  - a) Características
    - i. Derecho escrito
    - ii. Resolución de casos concretos por los jurisconsultos
    - iii. Triunfo del consensualismo sobre el formalismo
    - iv. Valor jurídico: la equidad
  - b) Fuentes del Derecho
    - i. Costumbre
    - ii. Leyes
    - iii. Senadoconsultos
    - iv. Edicto de los magistrados
    - v. Jurisprudencia
    - vi. Constituciones imperiales
- 4. Derecho posclásico o vulgar
  - a) Características
    - i. Helenización
    - ii. Confusión en el uso de las fuentes jurídicas
    - iii. Proceso de recopilación del Derecho
    - iv. Segundo dualismo: derecho antiguo (*iura*) – legislación imperial (*leges*)
  - b) Fuentes del Derecho
    - i. Constituciones imperiales
    - ii. Compilaciones de *iura* y *leges*
    - iii. Leyes romano bárbaras
- 5. Derecho justinianeo
  - a) Características
    - i. Fenómeno del cesaropapismo
    - ii. Compilación de *leges* y de *iura*
    - iii. Textos jurídicos del Derecho clásico interpolados
  - b) Fuentes del Derecho
    - i. Constituciones imperiales
    - ii. *Corpus Iuris Civilis*
      - Código
      - Digesto
      - Instituciones
      - Novelas

1. Derecho arcaico

a) Características

La primera forma de organización política romana fue la Monarquía, primero de origen latino-sabina y después etrusca, es en este período donde se desarrolla el primer ordenamiento juírdico romano al que se le denomina Derecho arcaico, cuyo período abarcó desde la fundación de Roma (754 o 753 a.C.) hasta la expedición en tiempos de la República de la Ley de las XII Tablas (451 a.C.).

Las características más importantes del Derecho arcaico son:

i. Privativo de la familia y de la *gens*: el Derecho privado durante este período tuvo su base en los grupos gentilicios romanos.
ii. Influido por la religion: compleja relación entre el derecho (*ius*) y la religión (*fas*); empero, a diferencia de otros pueblos de la antigüedad, los romanos no concibieron la idea de un derecho revelado que debía permanecer inalterable.
    Por otro lado, el jefe de la comunidad civil y religiosa fue también el jefe del culto y por ende, ejecutor de la voluntad divina. Dicha voluntad se escrutaba por medio de la *interpretatio* de los sacerdotes o pontífices (en la Monarquía etrusca por el rey) quienes conservaron el monopolio del conocimiento del Derecho.
iii. Estricto y riguroso: el principal valor jurídico durante este período fue el de la seguridad jurídica, basado en el principio de "la ley es dura, pero es la ley· (*dura lex sed lex* D. 40.9.12.1).
iv. Formalista: los actos jurídicos estaban subordinados al cumplimiento por parte de los *cives* de ciertas formalidades esenciales para que el acto surtiera efectos.
v. Nacionalista: el Derecho romano de los primeros tiempos fue un derecho exclusivo para los ciudadanos romanos (*cives*).

b) Fuentes del Derecho arcaico

i. Costumbre (mores maiorum)

En los albores de Roma, especialmente durante la Monarquía latina-sabina, el Derecho se encontraba unido a los preceptos religiosos. La voluntad de los dioses solo se atribuía a un grupo pequeño de *patres*, específicamente a los pontífices, a quienes les correpondía interpretar esta voluntad divina, creando las normas que debían ser cumplidas por los ciudadanos romanos.

Con esta actividad de interpretación, los pontífices identificaron estas normas con la costumbre de los antepasados (*mores maiorum*), convirtiéndolas en normas con fuerza obligatoria, debiéndose respetar y consideradas inmutables.

En términos generales se puede considerer a la costumbre como una conducta positiva o negativa, efectuada repetidamente de generación en generación, que crea una conciencia determinada de comportamiento social, convirtiéndose con ello en una norma de carácter obligatoria.

La costumbre, por lo tanto, tiene dos elementos: la repetición de la conducta (*inveterata consuetudo*) y el convencimiento de la colectividad de que se debe llevar a cabo dicha conducta (*opinio iuris seu necessitatis*).

Los romanos consideraron a la costumbre como una fuente formal del Derecho de gran importancia; en ciertos pasajes del *Corpus Iuris* se consideró que podía abrogar a la ley (D 1.3.32), también podía erigirse en intérprete de las leyes (D 1.3.37). Pero en 310 d.C. el emperador Constantino estableció el principio de que la costumbre no podìa derogar a la ley (*Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem* C. 8.52.2).

ii. Leyes regias (leges regiae)

Algunos autores afirman que las más antiguas leyes de Roma fueron las leyes regias, las cuales eran pronunciamientos solemnes del *rex* ante los comicios curiados de contenido civil o penal y con una gran carga de elementos religiosos (*fas*) aplicadas principalmente al culto y a las relaciones de la vida civil; v. gr. la ley atribuida a Numa Pompilio que condenaba el asesinato voluntario de un hombre libre *(parricidium* D.48.9*).*

Según la tradición, Sexto Papirio, de la época de Tarquino el Soberbio reunió en el siglo VI a.C. estas disposiciones (*ius Papirianum* D. 1.2.2.2).

2. Derecho preclásico

a) Características

Tras la caída de la Monarquía etrusca y la expulsion de Tarquino el Soberbio de Roma, comenzó una nueva organización política denominada República. Al orden jurídico de gran parte de este período se le denominó Derecho preclásico, que abarca desde la expedición de la Ley de las XII Tablas (451 a.C.) y hasta la expedición de la *Lex Iulia Iudiciorum Privatorum* (17 a.C.).

Sus características más importantes son:

i. Secularización del Derecho. Tras un largo proceso secularizarse el Derecho es separado de la religión de la síguiente manera:

- Con la publicación de la ley de las XII Tablas en 451 a.C. el derecho es conocido por toda la comunidad, ya no es solo el monopolio de los colegios pontificales, aunque los pontífices continuaban guardando los secretos de su aplicación.
- Gneo Flavio, escriba del célebre censor Apio Claudio publica en el año 304 a.C. el calendario judicial y las fórmulas de las *legis actionis liber actionum*, creando con ello el *ius flavianum*.
- El tribuno de la plebe Tiberio Carucanio en el 254 a.C. es elevado al cargo de pontifice máximo, originando con ello, que el derecho no solo fuera conocido por los patricios, sino también por los plebeyos.
- Sexto Aelio Peto en el año 204 a.C. publica su famoso libro llamado *Tripertita,* el cual contiene una reproducción de la Ley de las XII Tablas, su *interpretatio* y las *legis actiones* (*ius aelianum*).
- A partir de este momento, el derecho fue accesible a todos los ciudadanos romanos, existiendo ya una clara distinción entre el derecho y la religión, por lo tanto, el derecho romano se convirtió en un derecho laico.

ii. Tránsito del formalismo al consensualismo. Las guerras de conquistas aceleraron el tráfico comercial, de ahí que las transacciones mercantiles fueron realizadas en forma rápida y expedita.

iii. Cosmopolitismo del derecho. Mayor importancia al uso del *ius gentium* y del *ius honorarium* en contraposición con el rígido *ius civile,* exclusivo de ciudadanos romanos.

iv. Dualismo del Derecho romano: Con la aparición del pretor peregrino, conviven dos corrientes jurídicas paralelas, el *ius civile* y el *ius honorarium* coexistiendo en un mismo tiempo y en un mismo lugar. El primero más flexible y aplicable tanto a romanos como extranjeros, frente al segundo, si bien ofrece una mayor seguridad jurldica, es solo aplicable a los ciudadanos romanos.

b) Fuentes de Derecho preclásico

i. Costumbre

Los *mores maiorum* continúan siendo fuente del *ius civile*, sobre todo antes de la expedición de la Ley de las XII Tablas.

ii. Ley de las XII Tablas

En los primeros años de la República y dentro del conflicto surgido entre la clase patricia y plebeya fue aprobado en los años de 451-450 a.C. un conjunto de normas conocidas con el nombre de la Ley de las XII Tablas.
Es un conjunto de normas que de acuerdo con la tradición fueron redactadas por una comi-

sión integrada por diez magistrados (*decemviri legibus scribundis*), razón por la que también se le conoce como ley decenviral.

En 462 a.C. el tribuno de la plebe Cayo Terentilio Harsa propuso un plebiscito para obtener un derecho escrito que debía valer para patricios y plebeyos, oponiéndose los patricios a través del Senado. Ocho años más tarde, se envió una comisión de tres miembros a Grecia a fin de estudiar la técnica de las leyes escritas. A su regreso los comicios por centurias votaron una ley que suspendía todas las magistraturas ordinarias y entregó el poder a los decenviros. Primero fueron redactadas diez tablas, un año más tarde se redactaron dos tablas más. Tras una revuelta, los decenviros fueron removidos del poder y se regresó al orden republicano de las magistraturas ordinarias.

Si bien se conoce muy poco de este ordenamiento jurídico, se ha podido reconstruir a través de fuentes indirectas su contenido, por ello se sabe que contenía normas de Derecho privado, criminal y procesal. Las Tablas I a III aludían al procedimiento, especilamente el de las *legis actionis*; las Tablas IV y V al derecho de familia y sucesorio: las Tablas VI y VII a las obligaciones y a derechos reales; las Tablas VIII y IX al derecho criminal; la Tabla X trata del derecho sacro y de los funerales; finalmente las Tablas XI y XII contenían normas de Derecho criminal y civil.

iii. Leyes rogadas (leges rogatae)

Disposición jurídica aprobada por el *populus*, reunido en comicios a propuesta de un magistrado (*rogatio*), de ahí el nombre de *lex rogata*, distinta de las *lex data* que es dictada directamente por el magitrado.
Según Gayo, la ley es lo que el pueblo manda y estatuye (*lex est quod populus iubet atque constituit* Inst. 1. 3), es decir, lo que el pueblo romano prescribe, interrogado por un magistrado.

El procedimiento de creación de las *leges* era el siguiente: el magistrado, que podía ser el cónsul, el pretor o el tribuno proponían una iniciativa (*rogatio*) a los comicios por centurias o por tribus, los cuales votaban la aceptación o rechazo de la iniciativa. La votación se hacía en el orden establecido en las centurias o en las tribus. Se empleaban unas tablillas de madera en la que se podía aceptar la iniciativa (*uti rogas*) o rechazarla (*antiqua*). Finalizada la votación, el magistrado comunicaba el resultado (*renuntiatio*) e inmediatamente la ley entraba en vigor. A partir de la expedición de la *lex Publilia Philonis* de 339 a.C. fue necesario que la ley aprobada por lo comicios fuera previamente aceptada por el Senado a través de su *auctoritas patrum*.

En la ley se distinguían tres partes: la *praescriptio*, que contenía indicaciones formales, el nombre del magistrado proponente, el día y lugar de la votación, la primera centuria o tribu que votó. La segunda parte era la *rogatio* propiamente, esto es, el contenido de la disposición, dividida por lo general en capítulos. La última parte era la *sanctio*, es decir, las consecuencias en caso de violación de la *rogatio*.

iv. Plebiscitos

Son las decisiones votadas por la plebe en los *concilia plebis* a propuesta de un tribuno (Inst. 1.2.4). Básicamente se trata de medidas administrativas o legislativas aprobadas por los *concilia plebis* a propuesta del tribuno de la plebe.

Si bien en un principio solo eran aplicables a los plebeyos, a partir de la *lex Hortensia* del 286 a.C. se convirtieron en obligatorios también para los patricios.

v. Edicto de los magistrados

Normas creadas por los magistrados en los asuntos de su competencia a las que debían atenerse los ciudadanos, adaptando su conducta a ellas.

Esta facultad se basaba en el *imperium* otorgado a los magistrados, de donde se desprende el *ius edicendi*, esto es, la facultad de decir el derecho a través de su edicto. Además de los cónsules, tanto el pretor urbano como el peregrino y los ediles, y en las provincias, los gobernadores y los cuestores fueron los magistrados que más desarrollaron esta facultad de decir el Derecho.

Cuando un magistrado se disponía a ocupar el cargo debía publicar su programa general, el cual contenía los criterios que seguiría en su administración de justicia (*edictum anual*), también podían dictar normas en ocasión de un caso no previsto (*edictum repentinum*). Al ser el cargo anual, era evidente que ese programa general no se modificaba de un año a otro, por lo que se trasmitía de pretor a pretor (*edictum vetus o traslaticium*).

La importancia del edicto de los magistrados se encuentra, sobre todo, a partir de la aparición del procedimiento formulario reconocido por la *lex Aebutia* del año 150 a.C? y las *leges Iuliae Iudiciariae* de 17 a. C? que generalizaron su uso. Con este procedimiento, el pretor podía con mayor libertad poner en marcha la facultad de crear el Derecho a través del ejercicio de su *iurisdictio*.

Si bien el Derecho honorario no podía contradecir lo establecido por el Derecho civil, si en cambio, podía por causa de utilidad pública ayudar, suplir o corregirlo (D. 1.1.7.1).

El contenido del edicto es: i. Ámbito material y territorial de la jurisdicción del magistrado; ii. Medios procesales ordinarios; iii. Acciones extraordinarias; iv. Nulidad y ejecución de la sentencia; v. interdictos y recursos complementarios.

3. Derecho clásico

a) Características

Tradicionalmente el año 27 a.C. fija el inicio de un nuevo régimen político del Principado bajo el mando de Augusto y sus sucesores, dando paso posteriomente al Imperio absoluto. En sus inicios, se intentó equlibar el poder mediante la conservación de algunos órganos republicados, especialmente del senado y de los comicios, teniendo como poder ejecutivo al *princeps*.

De acuerdo con el criterio jurídico, en estos siglos emergió el derecho clásico que comprende desde la expedición de la *Lex Iulia Iudiciorum Privatorum* (17 a.C.), hasta la muerte del jurista Modestino (229 d.C.). Entre las características más importantes de este derecho clásico se encuentran:

i. El derecho romano llega a su máximo florecimiento, sobre todo por la actividad de los jurisconsultos a los que el príncipe otorgaba el *ius publicae respondendi*.
ii. Triunfo del consensualismo. A la expansión territorial romana, sobrevino la consolidación de la economía mercantilista, por lo que, los contratos consensuales ganaron terreno al excesivo formalismo de épocas precedentes.
iii. Derecho escrito. El derecho deja de ser oral y se percibe la influencia de la escritura a través de la anexión de Egipto. También la instauración y el desarrollo del procedimiento formulario constituyen un cambio de la oralidad a la escritura.
iv. Cosmpomolitismo. Un factor clave de ello fue la concesión de la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio a través de la *Constitutio Antoniniana de civitate* del 212 d.C., lo que supuso que todos los habitantes libres del Imperio podían hacer uso del Derecho romano.
v. La actividad principal de los juristas clásicos estuvo encaminada a la resolución de casos que se les planteaban, los cuales eran analizados con magistral conocimiento, demostrando su amplia cultura jurídica y su fundamentado criterio jurídico.
vi. Búsqueda de equidad. El principal valor de la época fue la búsqueda de resolución de conflictos aplicando el principio de la justicia y, en particular, de la equidad a cada caso concreto.
vii. Se desarrolló una gran actividad creadora de instituciones jurídicas poco permitidas en períodos anteriores.

b) Fuentes del Derecho clásico

i. Costumbre

Aún es considerada como fuente formal del Derecho, con la consigna que ésta no podía derogar a las otras fuentes de creación del Derecho.

ii. Leyes (leges)

Desde finales de la República, los comicios habían perdido paulatinamente sus funciones legislativas, sin embargo, Augusto intentó revitalizar esta función popular; con este fin, él mismo presentó a los comicios entre los años 18 y 17 a.C. una serie de iniciativas de leyes de carácter público y privado. De la época de Claudio existen aún leyes relativas a la organización de la prefectura y en tiempos de Nerva es probable que se votara una ley agraria en el año 96 d.C., concluyendo de esta manera la actividad legislativa de los comicios, que a partir del siglo II d.C. fue nula.

iii. Edicto de los magistrados

Si bien los pretores continuaron expidiendo su edicto al entrar en funciones, a partir del 130 d.C. el edicto del pretor encontró una formulación definitiva por órdenes del emperador Adriano y sus colaboradores, entre ellos el jurista Salvio Juliano. Se estableció que el edicto se publicaría en adelante sin modificación alguna, a no ser que éstas fueran introducidas por el emperador, de ahí que desde entonces se paralizó a los edictos de los magistrados como fuente formal del Derecho y, por ende, cesó el desarrollo del *ius honorarium*. A dicha compilación se le llamó Edicto Perpetuo o Edicto de Adriano.

iv. Senadoconsultos

Durante la República, el Senado era consultado por los magistrados con respecto a funciones de gobierno, básicamente materia de Derecho público, por lo que carecían de valor preceptivo para los *cives*. No fue sino hasta en época de Augusto que las decisiones del Senado, los senadoconsultos cuando se convirtieron en fuente formal del Derecho.

Gayo (1.4) lo define como lo que aprueba y establece el Senado y hace oficio de ley (*senatus consultum est, quod senatus iubet atque constituit, idque legis vicem optinent quamvis fuerit quaesitum*). Según algunos autores, los senadoconsultos fueron importantes en materia de Derecho privado y quizá tomaron el lugar de las *leges* una vez que los comicios cayeron en desuso. El propio Ulpiano incluye a los senadoconsultos dentro del sistema de fuentes del Derecho civil (*non ambigitur senatum ius facere posse* D. 1.3.9)

El proceso de creación de estas nuevas normas jurídicas se realizaba de la siguiente manera: el príncipe enviaba una propuesta al senado (*oratio principis in senatu habita*), ya sea de manera personal o por un magistrado (*praefectus urbi*) a indicación suya; dicho órgano colegiado analizaba dicha propuesta y dictaba su parecer (*senatusconsultum*) a los que posteriormente se les otorgaba eficacia normativa general y propia. Con Adriano (117-138 d.C) el único proponente fue el emperador, de ahí que en muchas ocasiones mas que referirse a un senadoconsulto se hacía la indicación de una *oratio principis*.

Normalmente, después de la palabra senadoconsulto, seguía el nombre adjetivado del magistrado o del emperador proponente y al final de la norma, una suscinta referencia a su contenido.

v. Jurisprudencia

Si el Derecho romano de la época del Principado se denomina clásico se debe a la labor realizada por los jurisconsultos, quienes fieles a la tradición de tres siglos de actividad creadora, supieron coordinar los antiguos sistemas jurídicos con el nuevo derecho (*ius novum*) convirtiéndose en un ordenamiento jurídico completo.

La antigua función de los jurisconsultos de emitir respuestas (*responsas*) ante requerimientos de los particulares en las formas de intervención en la formulación y redacción de negocios jurídicos con el fin de evitar que de ello pudieran derivarse perjuicios para aquel que invocó su ayuda (*cavere*), su intervención en la esfera procesal (*agere*) y dar su parecer de un asunto cuestionado (*respondere*) continuaron como actividades típicas de los juristas, pero con el tiempo decayeron.

Solo la actividad de *respondere* sobre puntos parciales del ordenamiento vigente se mantuvo durante el Principado, gracias a la tendencia del príncipe de subordinar a los juristas regulando su actividad, a través del otorgamiento del derecho de dar respuestas sobre tópicos jurídicos apoyándose en la *auctoritas* del emperador (*ius publicae respondendi ex auctoritas principis*). Durante los primeros años del Principado, los jurisconsultos presentaban por escrito sus respuestas (*responsa*) y si el emperador estaba de acuerdo daba a cada una de ellas su autorización. En la época de Tiberio (14-37 d.C.) éste derecho tomó visos de privilegio personal y a las respuestas de algunos juristas se les dio el carácter de públicos. Sin embargo, este sistema causó confusión, ya que el emperador no tenía un efectivo control sobre las respuestas, de ahí que Adriano en virtud de un *rescripto*, impuso la obligación de la doctrina unánime de tales *responsa*, pero permitiendo al juzgador seguir libremente cualquier posición si aquellas diferían respecto del punto en cuestión.

Al ser las diferencias numerosas y la unanimidad excepcional, los particulares perdieron la confianza de invocar alguna *responsa* y se inclinaron hacia la práctica de los *rescripta* imperiales, por lo que el príncipe asistido por su consejo se convirtió en el interprete del derecho. De las características de los jurisconsultos clásicos se encuentran:

- Tendencia a desplegar su actividad en la creación de nuevas instituciones jurídicas.
- Defensa de los valores tradicionales frente a las tendencias innovadoras imperiales.
- Conservar, en la medida de lo posible, la tradición jurídica de los antiguos esquemas jurídicos, así como la búsqueda de formas más creativas de resolución de casos.
- Búsqueda de autonomía respecto del poder político y del claro designio de los príncipes para asociarlos a su política.

- Orientar su labor hacia una actividad sistemática creando conceptos y categorías generales.

Dentro de la jurisprudencia clásica se pueden distinguir tres grandes períodos: un primer período que va del 27 a.C. al 138 d.C., en la que los juristas reordenaron sistemáticamente las instituciones del derecho civil y del derecho honorario, época dominada por las controversias entre las escuelas jurídicas clásicas de los sabinianos y de los proculeyanos. Este periodo se cierra con la codificación del Edicto perpetuo por obra de Salvio Juliano. Otro segundo período que va del 138 al 192 d.C., época de los Antoninos, en que la mayoría de los grandes juristas pasaron a formar parte del *consilium principis*. Destacan en esta época juristas como Pomponio y Gayo. La última época, la de los Severos, va desde el 193, en el que sube al trono el emperador Septimio Severo, hasta el 235, e incluso hasta el 284 en que sube al trono Diocleciano, instaurando el Dominado. En este período destacan grandes juristas como Paulo y Ulpiano.

Particularmente es importante la división de dos escuelas jurídicas (*scholae* o *sectae*); la sabiniana (su nombre deviene de uno de sus representantes Massurio Sabino) y la de los proculeyanos (su nombre se debe al jurista Próculo), aunque ambas escuelas son fundadas por Ateyo Capitón y por Marcus Antistius Labeo, respectivamente. Forman parte de la escuela de los sabinianos además Capitón, Sabino Cassio Longino, Javoleno y Salvio Juliano; por parte de los proculeyanos se encuentran Labeo, Próculo, Nerva, Pegaso, Nerazio Prisco y Juvencio Celso. El enfrentamiento ideológico de ambas escuelas se desvanece en la época de Adriano.

vi. Constituciones imperiales

En el nuevo sistema político del principado, al lado de la fugaz actividad comicial y de la sumisión de los senadoconsultos a la voluntad imperial, el príncipe tuvo también una importante participación en el campo de creación del Derecho. Así, las normas emanadas directamente del emperador recibieron el nombre de *constitutio principis*, esto es, la manifestación de voluntad normativa del emperador ya sea en forma general o particular. También fue a partir de Adriano con su idea centralizadora del poder, cuando estas nuevas formas de creación del Derecho se conviertieron en vinculates y, con el tiempo, en la única fuente formal del Derecho. Es por ello que Gayo (1.5) señala que la constitución del príncipe es lo que el emperador establece por decreto, edicto o rescripto, y continúa diciendo que jamás se ha dudado que las constituciones tienen fuerza de ley, pues el emperador mismo tiene el imperio en virtud de una ley.

Las principales formas que revestían las constituciones imperiales fueron:

- *Edicta*: como consecuencia del reconocimiento del *imperium proconsulare* y *consulare* al príncipe, goza del *ius edicendi* para dar directrices, incluso a los gobernadores de las provincias senatoriales, estableciendo principios y normas que los magistrados, funcionarios y súbditos debían seguir.

- *Decreta*: manifestación del poder jurisdiccional que había asumido el emperador, pudiendo juzgar en primera y única instancia, bien por el recurso de las partes o magistrados, bien por propia iniciativa. Los *decreta* fueron la aplicación del derecho vigente, en virtud del cual, el príncipe creaba un principio de derecho, que gracias al valor que los romanos daban a los precedentes, este nuevo derecho era declarado por el emperador como una ley vigente que serviría de criterio a las otras autoridades juzgadoras del Imperio.
- *Rescripta*: respuestas escritas dadas por el emperador a preguntas que le dirigían por escrito los magistrados y los particulares sobre puntos controvertidos. Estas respuestas debían valer solo para el caso concreto, salvo que el príncipe determinase que se aplicaran a casos análogos.
- *Mandata*: instrucciones administrativas dirigidas a los funcionarios imperiales y a los gobernadores de las provincias bajo su mando. A menudo las reglas que se contenían procedían de senadoconsultos o de otras constituciones extendidas a Italia sobre cuestiones de derecho administrativo, penal, civil, etc.

4. Derecho posclásico o vulgar

a) Características

Hacia el siglo III d.C. el orden politico romano se tambaleó a causa de luchas por el poder imperial. Para evitar el desmoronamiento del Imperio, Diocleciano subió al poder en 285 d.C., quien decidió imponer una serie de medidas que paliaran el caos predominante. Entre las medidas adoptadas fueron la centralización del poder en manos del emperador. En este período el derecho romano en Occidente entra en una fase de decadencia, por lo que se le denomina derecho posclásico, cuyo período abarca desde la muerte del jurisconsulto Modestino (229 d.C.) hasta la ascensión al poder en el Imperio Romano de Oriente al emperador Justiniano (527 d.C.). Las características del Derecho en este período son:

i. Vulgarización del Derecho. Con la concesión de la ciudadanía a todos los habitantes libres del Imperio en el 212 d.C., el Derecho romano se encuentra en plena fase de decadencia, aunado a las infiltraciones de derechos autóctonos en los que se implantó el romano, corrompiéndose de ese modo las instituciones y el Derecho creado durante la época clásica, lo que dio paso al Derecho vulgar.
ii. Nuevo dualismo jurídico. Configuración del Derecho a través de compilaciones del derecho antiguo (*iura*) y del derecho nuevo a través de las constituciones imperiales (*leges*) con el fin de hacer accesible el conocimiento del ordenamiento jurídico vi-

gente a los juzgadores, la única fuente formal del Derecho.

iii. Helenización del Derecho. Desde Galerio y Constantino la influencia helenista se hace patente en el derecho romano, deformando con ello las instituciones elaboradas por los juristas clásicos.

iv. Compilaciones de *iura* y *leges*. Con el fin de hacer accesible el conocimiento del derecho a los jueces en la resolución de conflictos judiciales.

b) Fuentes del Derecho posclásico

i. Costumbre

Aún es considerada como fuente formal solo en el caso que pudiera integrar la ley, nunca en contra de ella. Así lo ordena una constitución de Constantino del 319 d.C. no es despreciable la autoridad de la constumbre y del uso de largo tiempo, pero no ha de ser válida hasta el punto de que prevalezca o sobre la razón o sobre la ley (C. 8.52.2).

ii. Constituciones Imperiales

Las constituciones imperiales conservaron en este período las mismas denominaciones de la época clásica, aunque en el fondo fueron distintas. Los principales tipos de constituciones fueron:

- *Edicta*: leyes publicadas directamente *ad populum* o dirigidas a la población de una determinada región, provincia o ciudad, o bien se dirigían a los más elevados funcionarios del Imperio, a quienes se les confiaba la misión de darles publicidad.
- *Orationes*: fueron una derivación de aquellas que promovían los senadoconsultos durante el Principado, pero a partir del Dominado se equipararon a una ley imperial, que para obtener vigencia se requería su promulgación por el Senado de Roma y por el de Constantinopla.
- *Mandata*: decisiones administrativas que durante el Dominado perdieron su carácter de fuente formal de Derecho, ya que las instrucciones dadas a los funcionarios en particular se expedían mediante leyes generales.
- *Sanctiones pragmaticae*: disposiciones relativas a provincias concretas o a un determinado grupo de personas, destinadas a resolver problemas transitorios, pero emitidas por razones de urgencia y casi siempre a petición de autoridades o entidades públicas.

iii. Jurisprudencia

La instauración del Dominado trajo consigo el abandono de la antigua práctica del Derecho, lo que generó en el siglo IV d.C. una repentina decadencia de la jurisprudencia; ya que sus cultiva-

dores no eran ya las principales cabezas de la élite gobernante e intelectual. Desde entonces, la principal actividad de jurisconsultos consistió en simplificar, unificar y actualizar los *iura*, por lo que debían recurrir a los comentarios de juristas clásicos como Ulpiano, Paulo y Modestino.

Para hacer accesible el manejo de obras clásicas se emitieron una serie de constituciones imperiales que buscaron simplificar la labor de los que ejercían en la práctica del Derecho y con ello, evitar confusiones. La autoridad imperial comenzó por excluir algunas obras y confirmar otras. Así, Constantino en el 312 d.C. prohibió la utilización de los comentarios atribuidos a Paulo y a Papiniano, pero también se afirmó la doctrina contenida en otras obras como fue el caso de las Sentencias de Paulo.

En el 426 d.C. el emperador de Occidente, Valentiniano III promulgó la llamada *Ley de Citas* estableciendo la jurisprudencia que podía invocarse con valor vinculante para el juez y de qué manera éste debía tomar su decisión. En ella se confirmaron como Derecho vigente los *iura* de Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gayo y Modestino; también se dispuso que, no siendo unánime la doctrina de estos cinco jurisconsultos clásicos, debía valer siempre la decisión de Papiniano y solo en el caso de no obtener mayoría, el juez podía elegir alguna de las opiniones. Por su parte, el emperador de Oriente, Teodosio II insertó en su *Codex* la constitución de Valentiniano III, ampliando el valor de las opiniones de esos cinco jurisprudentes; además, dispuso que se utilizaran los escritos de todos los otros juristas citados por aquellos cinco, con el requisito del cotejo de sus obras.

iv. Compilaciones iura y leges

Debido a las condiciones tan cambiantes en la que se encontraba el Imperio, existieron regiones en que era difícil el conocimiento de leyes romanas, por lo que fue preciso realizar una serie de compendios y colecciones de *iura* y *leges* para tratar de dirigir la aplicación práctica del Derecho. De esta actividad destacaron las siguientes compilaciones.

De iura

Para conocer y aplicar los *iura* no fue posible que los prácticos del Derecho de los siglos IV y V d.C. se dedicaran a la lectura directa de las grandes obras clásicas, por lo que fue imprescindible elaborar breves manuales de escritos de los juristas clásicos a fin de responder a las necesidades de uso diario. Los escritos más importantes fueron, entre otros: *Regulae* de Ulpiano, cinco libros de *Sententias* de Paulo, el *Epitome* de Gayo, los *Libri Excusationum* de Modestino, las *Notas de* Trifonio y de Paulo, entre otros.

De leges

La necesidad de coleccionar constituciones imperiales fue durante el Principado una constante, lo que inspiró a Papirio Justo a realizar una colección de veinte libros de las constituciones de la época de Marco Aurelio y de Lucio Vero.

En el reinado de Diocleciano se publicaron dos colecciones privadas:

- Código Gregoriano: Elaborado entre 292 y 293 d.C. quizá en Nicomedia, contenía sobre todo *rescripta* a partir de Adriano, destinada especialmente para la práctica forense. Divido en catorce libros, subdivididos en títulos, dentro de los cuales las constituciones imperiales aparecían en orden cronológico. La Constitución más antigua recopilada fue de la época de Septimio Severo del 196 d.C.
- Código Hermogeniano: Compuesto probablemente en Oriente, se publicó en el 295 d.C. y constituyó un apéndice del Gregoriano; consta de un solo libro, divido en capítulos; contenía fundamentalmente *rescripta* de Diocleciano de los años 293 a 294 d.C.

En el 429 d.C. Teodosio II dispuso que se tomaran como modelo para su colección de constituciones los códigos anteriores. En una de sus disposiciones creó una comisión de diez miembros que se abocó a la recolección de las *leges generales* a partir de Constantino en el que les autorizaba suprimir todo lo retórico y superfluo, cambiar las expresiones ambiguas, corregir las incongruencias y añadir lo que fuese necesario. La ordenación debía realizarse por materia y dentro de éstas, por orden cronológico; además dispuso que las constituciones no recogidas en este cuerpo perdieran toda vigencia.

Teodosio II promulgó dicho código en febrero del 438 d.C. y registrado en solemne sesión del Senado romano. Dicho Código fue enviado a Occidente a Valentiniano III a fin de que él y el Senado romano lo aprobaran. Fue la única compilación oficial de la parte occidental del Imperio, verificada con las adaptaciones que se hicieron en las leyes romano-bárbaras, toda vez que en Oriente tal compilación fue sustituida por la realizada por Justiniano.

El Código Teodosiano consta de 16 libros, divididos en títulos, donde se ordenan las constituciones en orden cronológico y contiene Consituciones de Constantino a Teodosio.

Mixtas

Las principales compilaciones de *iura* y *leges* fueron las siguientes:

- Los *Fragmenta Vaticana*, debió de realizarse entre el 305 y 372 d.C., obra de índole práctica dividida en títulos y cada uno de ellos integrado con fragmentos de Papiniano, Paulo y Ulpiano, también contiene algunas constituciones imperiales. Descubiertas por el Cardenal Angelo Mai en 1820 dentro de la Biblioteca Vaticana.
- La *Collatio Legum Mossaicarum et Romanorum*, elaborada para comparar los principios del Derecho mosaico como los del Derecho romano; se utilizaron las antiguas traducciones latinas de los textos bíblicos y de diversos pasajes de Gayo, Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino, asicomo de constituciones imperiales extraídas de los Códigos Gregoriano y Hermogeniano.

v. Leyes romano - bárbaras

Al terminar el siglo V d.C. el Occidente romano se hallaba en manos de los monarcas germanos, los cuales de facto disponían de una soberanía plena, tanto sobre su población, como sobre la población autóctona o romanizada. Ambos elementos de la población permanecieron jurídicamente separados. Los bárbaros, vivían según el Derecho de su propia estirpe, en cambio, la población romana seguía utilizado el Derecho romano, bajo su forma de *iura* y *leges*. Para hacer más fácil la aplicación del Derecho, algunos jefes bárbaros siguiendo la técnica romana intentaron realizar compilaciones de sus propias leyes, así como de normas romanas para aplicarlas a sus súbditos romanos.

Surgieron entonces las llamadas *leges romanum-barbarorum*, las más importantes fueron:

- La *Lex romana visigothorum*. Conocida como Breviario de Alarico, ordenada por el rey Alarico II entre 485 y 507 d.C. Compuesto de extractos de diversas obras, colocadas unas sobre otras, sin ninguna sistematización y sin ningún ordenamiento lógico. Los extractos fueron tomados de los códigos Gregoriano, Hermogeniano, Teodosiano y de nuevas constituciones; así como obras de Paulo, un resumen de Gayo y pasajes de las Respuestas de Papiniano. Esta ley ejerció gran influjo durante largo tiempo en Europa Occidental, y en especial en el territorio de la Galia y de la Península Ibérica, y aunque fue derogada en el año de 654 d.C., fecha en que se publicó su versión castellanizada denominada Fuero Juzgo, continuó siendo estudiada en las escuelas como fuente del Derecho romano en el reino de los visigodos.
- La *Lex romana burgundionum*. Compilación promulgada probablemente por el rey Gundebado a principios del siglo IV, para los romanos de la región correspondiente a la actual Borgoña. Este código divido en cuarenta y seis libros tuvo por fuente de inspiración los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, algunas novelas, las Sentencias de Paulo y una obra de Gayo.
- El *Edictus Teodorici*. Compilación ordenada por el rey ostrogodo Teodorico a principios del siglo VI d.C. quien considerándose representante del emperador, fue el único que podía dictar leyes, llamó *edictum* a su propia codificación. El propósito de esta obra fue redactar una colección de normas para ser aplicadas tanto a los godos, como a los romanos. Dividido en ciento cincuenta y siete capítulos, cuyas fuentes fueron las mismas que la *Lex romana burgundionum*, solo que no conservó las indicaciones de las fuentes y sus textos fueron sustituidos por paráfrasis.

5. Derecho justinianeo

a) Características

Con la caída del último emperador romano de Occidente, Rómulo Augústulo en al año 476 d.C., culmina la Edad Antigua y se da inicio la Edad Media. Sin embargo, lo que en realidad existió fue un largo período de transición, que comenzó casi insensiblemente. En efecto, antes de que el Imperio de Occidente desapareciera, había comenzado la decadencia de la cultura romana y el inicio de la cristianización del Imperio; la evolución social y económica, así como la continua afluencia de elementos de origen bárbaro, pusieron los cimientos sobre los que había de asentarse el mundo Occidental de la Alta Edad Media.

El siglo VI d.C., el siglo del emperador de Oriente, Justiniano, fue uno de los más importantes, ya que este emperador que subió al trono en el año 527 d.C., consagró su vida intentado restaurar la unidad romana y cristiana, a través de su programa político, religioso y legislativo.

Su política exterior, que le llevó a la reconquista del norte de África, de Italia e incluso de una porción de España, estuvo al servicio de su misión; lo estaban también, su actividad constructora en todas las partes del Imperio y singularmente en Constantinopla; en cuanto a su política religiosa, esta tendió a eliminar escisiones dogmáticas y a una firme dirección de la Iglesia por parte del emperador. Por último, como medio indispensable para alcanzar todos sus fines, trató de hacer una reconstrucción de todo el sistema jurídico. Es por ello, que a Justiniano se le atribuye el gran mérito de de haber conservado y transmitido a la posteridad el enorme bagaje jurídico acumulado en más de doce siglos de existencia de Roma.

b) *Corpus Iuris Civilis*

Contexto histórico

Justiniano encargó a una comisión integrada por diez miembros, entre los que destacaron Juan de Capadocia, Teófilo y sobre todo Triboniano, una compilación de las mejores constituciones, una antología de los grandes jurisconsultos, así como la redacción de una manual de derecho con vistas a la utilización didáctica. Con esta finalidad práctica, tanto las antiguas leyes, como las nuevas normas emanadas de la voluntad de los emperadores fueron modificadas en todo lo necesario para poder ser aplicadas y obtener el carácter de ley vigente.

En su conjunto, la legislación de Justiniano tuvo desde sus orígenes reconocimiento legal, incluso en Occidente, ya que algunos reyes bárbaros poseyeron o fingieron poseer algunos territorios en nombre del emperador; poco tiempo después la invasión de los lombardos consumió la separación de Oriente y de Occidente y lanzó definitivamente a la misma Italia, y a la mayor parte de sus regiones, al mundo romano-germánico.

Las modificaciones posteriores y las elaboraciones bizantinas del Derecho justinianeo provocaron graves quebrantos al texto original, solo que una nueva historia del Derecho romano se abría en Occidente a partir del conocimiento de esta compilación, que en el año del siglo XVI se le conoció como el *Corpus Iuris Civilis*, cuya autoridad en años posteriores y gracias a la escuela de Bolonia se extendió enteramente por toda Europa, para constituir la base del Derecho y de la cultura jurídica europea.

i. Código

En febrero de 528 a través de la constitución *Haec quae necesario* Justiniano ordenó que se integrara una comisión de diez jurisconsultos a las órdenes de Juan de Capadocia. Esta comisión debía de compilar las *leges* contenidas en los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano y de algunas constituciones posteodosianas.

La compilación fue publicaa en 529 con la constitución *Summa rei publicae,* bajo el título de *Codex vetus*; se prohibió utilizar todas aquellas *leges* no contempladas bajo pena de *crimen falsi*. Posteriormente, en 534 Justiniano mediante la constitución *Cordi nabis est* ordenó la edición de un nuevo código llamado *Codex repetitae praelactionis,* con el fin de adecuarla a lo recogido en el propio Digesto e incluyendo constituciones que Justiniano promulgó entre los años de 529 y 534.

Compuesto por doce libros, dividios en títulos y éstos en constituciones colocadas en orden cronológico.

ii. Digesto

Con la expedición de la constitución *Deo auctore* del 530, Justiniano autorizó a Triboniano para nombrar a una comisión a fin de realizar una selección de textos de los juristas clásicos con el objeto de adecuarlos a la realidad social del siglo VI, evitando eventuales contradicciones y antinomias. Mediante la Constitución de Tanta de diciembre del 533, Justiniano ordena la publicación del Digesto (Pandectes en griego) con fuerza de ley desde el 30 de diciembre de ese año. La obra está dividida en cincuenta libros y estos en títulos, se subdividen en fragmentos y éstos en un *principium* y párrafos compuestos con poco más de nueve mil fragmentos, pertenecientes a 39 juristas.

iii. Instituciones

La redacción de esta obra estuvo a cargo de Triboniano, Téofilo y Doroteo. Publicadas en 533 d.C. a través de la constitución *Imperatoriam Maiestatem*. Se inspiran en el texto de Gayo, especialmente las Instituciones. Asimismo, contenía fragmentos de obras de Marciano, Florentino, Paula y Ulpiano.

Se le otorgó el valor propedéutico para los estudios de derecho, por lo que se dirigió a la juventud ansiosa del conocimiento de las leyes (*cupida legum iuventus*). La obra también debía ser aplicada en los tribunales.

Obra dividida en cuatro libros y estos en títulos subdivididos en párrafos.

iv. Novelas

En el año de 565 se publicaron las *Novellae Constitutiones*, también conocidas como *Novellae*, compuesto de las constituciones imperiales promulgadas por el propio Justiniano que las expidió con posterioridad a la publicación del *Codex repetitae praelactionis* del 534 d.C.

Existen tres versiones distintas de las Novelas. La primera versión llamada *Epitome Iuliani* fue realizada probablemente por un profesor de Constantinopla en el 555 d.C. compuesto de 122 constituciones imperiales. Una segunda versión llamda *Authenticum* fue publicada en 556 d.C. y quedó integrada por 134 novelas. Finalmente, la tercera versión fue publicada después de la muerte de Justiniano y se compone de 158 novelas de Justiniano, 4 de Justino II, 3 del emperador Tiberio y tres más provenientes del prefecto del pretor.

TERCERA UNIDAD
PERSONAS

Cuadro Resumen

1. Concepto de persona	a) Etimológico b) Jurídico
2. Atributos de la personalidad jurídica	a) Nombre b) Domicilio c) Patrimonio d) Personalidad jurídica

- 3. Clasificación
  - a) Personas físicas
    - i. Requisitos referentes a la existencia humana
    - *ii. Status*
      - *Libertatis*
        - Hombres libres
        - Esclavitud
        - Libertos
      - *Civitatis*
        - Ciudadanía
        - Extranjería
        - Categorías intermedias
      - *Familiae*
        - *Sui iuris*
        - *Alieni iuris*
    - iii. Causas modificativas de la personalidad
    - iv. Pérdida de la personalidad
      - Muerte
      - *Capitatis deminutio*
        - Máxima
        - Media
        - Mínima
  - b) Personas Morales
    - i. Concepto
    - ii. Naturaleza de la personalidad jurídica
    - iii. Clasificación
      - Públicas
        - *Res publica*
        - *Civitates*
      - Privadas
        - Asociaciones o corporaciones
        - Fundaciones

1. Concepto de persona

a) Etimológico

Significa máscara o semblante humano que utilizaban en escena los actores a fin de aumentar la voz (*personare*). Los juristas lo utilizan para referirse en general al ser humano. Gayo (I. 1.9) afirma "ciertamente la primera división del derecho de personas es éste: todos los hombres o son libres o son esclavos". Así, para los romanos, persona es todo hombre, incluso el esclavo, aunque a partir de la época posclásica preferentemente se utilizó el vocablo persona para referirse a los hombres libres.

b) Jurídico

Las personas, también llamadas sujetos de derecho son aquellas a las que el ordenamiento jurídico les reconoce la capacidad de intervenir en una relación jurídica, o sea, de tener un poder tutelado por el derecho de exigir a otros, determinada conducta o bien ser obligados a mantener alguna conducta.

El término persona no se utilizó en todas las épocas del derecho romano, aunque sí se tenía en cuenta el concepto abstracto del mismo. La evolución que el concepto de persona sufrió, fue la siguiente:

- Para el derecho arcaico y el preclásico se designaba con la palabra *caput* (cabeza, individuo o miembro), también utilizaron la palabra *status* (condición o situación jurídica del individuo frente al ordenamiento normativo).
- El derecho clásico utilizó escasamente la palabra persona, continuó utilizando el término *caput*, que significaba capacidad o personalidad, debiendo tener *status libertatis*, *civitatis* y *familiae*.
- En el derecho posclásico, la connotación de persona tiene una relevancia jurídica, excluye a los esclavos y a las personas morales.
- El derecho justinianeo, en cambio, consideró a la persona como una sustancia individual de naturaleza racional.

2. Atributos de la personalidad

a) Nombre

Vocablo que sirve para designar a las personas o a las cosas, distinguiéndolas de las demás de su especie. En cuanto a las personas constituye la base de su diferenciación con el objeto de

imputarles consecuencias jurídicas determinadas. Es un derecho absoluto e inmutable; esto es, los nombres van pegados al esqueleto (*nomina ossibus inharent*). No es valorable en dinero y no es enajenable.

El nombre de los ciudadanos romanos está constituido por un conjunto de tres palabras (*tria nomina*) de cuya combinación resulta la particularización de la persona (D.28.2.1). Durante la República el nombre se estructuraba de forma compleja: nombre propio (*praenomen*) que indica la filiación; el nombre que aludía a la *gens* a la que pertenecía (*nomen*) y el nombre cuya elección lo hacían los padres inspirándose en ciertos presagios (*cognomen*).

b) Domicilio

Lugar en donde una persona tiene el centro espacial de su existencia. El domicilio de un ciudadano romano era importante a efectos de competencia judicial y de los gravámenes municipales. Existen tres clases: el de origen (se adquiere por el nacimiento, v.g. los hijos nacidos *iustae nuptiae* tienen su domicilio en el hogar del padre); el voluntario (lugar donde una persona traslada el centro de su vida con el fin de que ese cambio sea permanente); y, el legal (por disposición legal, v.g. el domicilio de los senadores romanos era Roma).

c) Patrimonio

Conjunto de cosas tangibles (*res corporales*) y de créditos y otras cosas intangibles (*res incorporales*) valorables en dinero que corresponden a una persona.

Para el derecho preclásico el *patrimonium* estaba integrado por los bienes del *pater familias* descontando las deudas y por los derechos reales y de crédito.

d) Personalidad jurídica

Modernamente se entiende como la condición de un sujeto considerado como un centro de imputación de derechos y de deberes. Se divide en capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

La primera es la aptitud de una persona para adquirir derechos y obligaciones, en cambio la capacidad de ejercicio es la posibilidad de ejercitarlos y cumplirlos por sí mismo. Los romanos no llegaron a definir a la capacidad como tal; a pesar de ello, los autores modernos hacen interpretaciones de varios pasajes de las fuentes romanas para conceptualizar a la capacidad. Para el derecho romano lo más importante era la situación jurídica de un hombre teniendo en cuenta la libertad (*status libertatis*), la ciudadanía (*status civitatis*) o la posición que ocupaba dentro de la familia (*status familiae*).

3. Personas físicas

a) Concepto

Seres humanos que reúnen ciertos requisitos establecidos por el derecho romano. Esto es, debía gozar de la *caput*, ser hombres libres, ciudadanos romanos y *sui iuris*, es decir, que poseyeran los *status libertatis*, *civitatis* y *familiae*.

b) Requisitos referentes a la existencia humana

- Que el nuevo ser quedase separado del claustro materno (*partus editus*) (D. 25.4.1.1).
- Que naciese vivo y viable (D. 50.16.129). Para comprobar la viabilidad, los proculeyanos consideraban que era necesario que el recién nacido emitiese un sonido, los sabinianos consideraban suficiente cualquier movimiento del cuerpo. Justiniano adoptó esta última postura.
- Que tuviese forma humana (D.1.5.14).
- Al concebido (*conceptus*), pero no nacido no se le reconocía ningún derecho; sin embargo, el derecho protegía sus intereses como futura persona (*conceptus pro iam nato habetur quotiens de commodo eius agitur*), sobre todo en materia sucesoria, ya que, de no tomarse las medidas necesarias sus derechos podrían resultar ilusorios (D.35.2.9).

c) Requisitos para ser considerado persona

Según el derecho romano para que un ser humano pudiera ser considerado persona se requería tener una posición respecto al ordenamiento jurídico, es decir, debía contar con los tres *status*: ser hombre libre (*status libertatis*), ciudadano romano (*status civitatis*) y *sui iuris* (*status familiae*)

i. Status libertatis

Hombres libres

Aquellos que gozan de libertad, esto es, de la natural facultad de hacer lo que place a cada cual, salvo si algo se prohíbe por la fuerza o por la ley (D. 1.5 e Ints. 1.3.1).

La máxima división de los hombres *(summa divisio hominum)* es la de los hombres son libres o son esclavos. Los hombres que siempre han sido libres son los ingenuos (*ingenuus*).

Esclavos

Fuentes de la esclavitud

- *Ius gentium*
  - Cautiverio en una guerra con el enemigo.
  - Nacimiento de madre esclava durante todo el embarazo. El Derecho clásico reconoce *el favor libertatis* si la madre durante la gestación fue libre, aunque sea por un instante (Gayo, 1.89 y D. 1.5.5.2).
- *Ius civile*
  - Según las Ley de las XII Tablas:
    - No inscripción en el censo (*incensus*).
    - No pago de impuestos.
    - No alistarse en el ejército (*infrequens*).
    - Comisión del delito de robo *in fraganti.*
    - Por deudas de carácter civil (abolido 326 a.C. *lex Poetelia Papiria)*.
  - Según el derecho posclásico:
    - Hombre libre que se dejaba vender como esclavo.
    - Liberto ingrato.
    - Mujer libre que tuviese relaciones sexuales con esclavo ajeno, sin autorización de su dueño.
    - El condenado a trabajar en las minas o a ser arrojado a las fieras.

Condición jurídica del esclavo

- El esclavo es considerado cosa (*res mancipi*) (D. 4.5.3.11); empero, se le reconoce naturaleza humana, por lo que, goza de algunos derechos religiosos (derecho al *votum* y a las honras funerarias).
- No puede contraer matrimonio (las relaciones sexuales entre esclavos se les denomina *contubernium*), de ahí que no pueden tener familia.
- Está excluido de derechos patrimoniales (no puede ser propietario, ni acreedor, ni deudor, ni comparecer en juicio, etc.).
- Si es abandonado por su patrón, no obtiene la libertad, por lo cual es considerado un *servus sine domino*.
- Por los daños infringidos al esclavo su patrón actuaría como lo haría en relación con cualquier otra cosa.

Derechos del patrón

- El patrón tiene el derecho de vida y muerte sobre su esclavo (*ius vitae et necis)*, por lo que puede venderlo, donarlo, etc.

- El patrón puede entregar al esclavo al perjudicado por un acto de aquel (*in noxam tradere*), sobre todo, cuando no quisiera pagar la indemnización correspondiente.
- El patrón puede otorgarle bienes, dinero, crédito, etc. (*peculium*) para que lo administre a su nombre. Si con motivo de los actos del esclavo, su dueño resultaba deudor, la deuda no era exigible; posteriormente surgieron las *actiones adiectitae qualitatis*, obligando al dueño a aceptar los efectos de las gestiones hechas por el esclavo, por lo menos hasta el límite del valor del peculio.
- Limitaciones al derecho del patrón: Contra los abusos del derecho de vida y muerte (*ius vitae et necis)* surgieron medidas en favor de los esclavos:
    - La *Lex Petronia* (19 a.C.): el patrón debía solicitar permiso al magistrado para arrojar al esclavo a las fieras. (D. 48.8.11.2)
    - Edicto de Claudio (41-54 d.C.) prohibió abandonar a los esclavos enfermos o viejos.
    - Edicto de Domiciano (81-96 d.C.) imponía una pena pecuniaria por castración.
    - Antonino Pío (138-161 d.C.) equiparó el homicidio de un esclavo al de un hombre libre. (Gayo 1.53)
    - Justiniano (527-565 d.C.) estableció que el abandono de un esclavo lo convertía en hombre libre.

Extinción de la esclavitud

- Por ley.
- Por muerte del esclavo.
- Por voluntad del patrón (*manumissio*).
    - El *ius civile* reconoce como causa de extinción de la esclavitud por voluntad del patrón, a la manumisión solemne. Los efectos de este acto son que el esclavo obtiene la libertad y la ciudadanía (Inst. 1.5). Las formas en las que se lleva acabo de acuerdo con el *ius civile* son:
        - *Per vindicta*: venta ficticia ante el magistrado y las partes (patrón y esclavo y un ciudadano que desempeña la función de actor).
        - *Censu*: inscripción del esclavo en el censo de ciudadanos (desaparece durante la República).
        - *Testamentu*: nombramiento de heredero o declarando su voluntad de manumitir al esclavo.
        - *In sacrosanctis eclesiis*: declaración hecha por el patrón ante el sacerdote y sus fieles.

Por su parte, el *ius honorarium* otorgó al patrón la facultad de conceder la libertad del esclavo a partir de la manumisión no solemne. El efecto es que el esclavo obtiene la categoría de *latini iuniani*. Justiniano equiparó esta forma a la del *ius civile* (C. 7.6.1). Las formas de manumisión no solemne son:

- *Per epistulam*: declaración por escrito en la que consta su voluntad de manumitir.
- *Inter amicos*: declaración hecha ante testigos.
- *Per mensam*: invitando al esclavo a la mesa.

Limitaciones a la libertad de manumisión. Augusto emitió una serie de leyes que responden a motivos político-demográficos, evitando que los patrones otorgaran la libertad y ciudadanía a personas *non gratas*, entre ellas:

- La *lex Fufia Caninia* (2 d.C.) estableció que el dueño solo podía manumitir por testamento a una parte de sus esclavos. Ley derogada por Justiniano.
- La *lex Aelia Sentia* (4 d.C.) exigió la edad mínima de 20 años del manumitente y 30 del esclavo. Prohibió las manumisiones en fraude de acreedores.

Libertos (libertinos)

- Los manumitidos solemnemente (*liberti*) son jurídicamente capaces, aunque no gozan de igual condición que los que nacieron y siempre han vivido libres (*ingenuus*). Se les priva de algunos derechos públicos (acceso a las magistraturas y al Senado) y derechos privados (no pueden contraer matrimonio con *ingenui*, prohibición limitada posteriormente solo para los *ingenui* pertenecientes a la clase senatorial). Con Justiniano no se rompían del todo los lazos que los unían a sus antiguos dueños.
- En el Principado los emperadores concedieron a algunos libertos la equiparación con los *ingenui*.

***Derechos del patrón sobre el liberto** (iura patronatus)*

Su origen esclavo hace que el liberto esté sometido al patronato, esto es, al poder protector del manumitente (su antiguo *dominus*) y al de los descendientes de éste. Los derechos que comprenden estos *iura patronatus* eran:

- El liberto no puede demandar a su patrono sin autorización del magistrado, ni obtener contra él condena mayor de la que sus medios económicos le permitiesen (*in id quod facere potest*).
- Realizar trabajos y servicios que la gratitud y las costumbres imponían; generalmente estos servicios (*operae servorum*) eran formalizados a través de un contrato de estipulación o por un juramento especial (*iurisiurandum liberti*), para que, en caso de incumplimiento del liberto, el patrón pudiese demandarlo en juicio por incumplimiento de contrato. Por otro lado, los pretores frecuentemente corregían

los abusos cometidos por los patronos que se excedían con los *operae*.
- El patrono y su familia tienen derechos sucesorios por vía legítima del liberto; además de un derecho de tutela sobre los libertos impúberos y las libertas.
- A su vez, el patrono estaba obligado a prestar alimentos al liberto; no pudiendo demandarlo con acciones que llevaran consigo una pena capital.

ii. Status civitatis

Ciudadanos

Roma, como cualquier otro Estado de la antigüedad, solo brindó protección en su ordenamiento jurídico a los miembros de la *civitas* romana (*quirites*, *cives*), de ahí que los únicos que gozaban de derechos eran los ciudadanos romanos.

Adquisición de la ciudadanía

- Por nacimiento: los hijos nacidos en justas nupcias (*iustae nuptiae*) seguían la condición del padre (Gayo 1.89).
- Por *manumissio*: al adquirir la libertad los manumitidos solemnemente adquieren por efecto la ciudadanía. Con Justiniano el esclavo manumitido por cualquier forma adquiría la libertad.
- Por ley: se otorgaba la ciudadanía en forma individual o colectiva, v.g. con la expedición de la *lex Servilia repetundarum* (108 a.C.) adquirían la ciudadanía los *peregrinii* que acusasen a un magistrado de concusión o aquellos *latini coloniarii* que residiesen en Roma o por el desempeño de magistraturas locales; también por la prestación de servicios militares, etc.
- Por concesión especial de los comicios y del Senado durante la República y por el emperador durante el Imperio: esta concesión podía hacerse colectivamente a todos los miembros de una comunidad o a personas en lo individual; empero, no siempre se concedía la ciudadanía completa. El emperador Antonino Caracalla mediante un edicto del año 212 d.C. (*constitutio Antoniniana de civitate*) concedió la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del imperio (D. 1.5.17).

Derechos de los ciudadanos

- Públicos
    - *Ius honorum*: derecho a ocupar cargos públicos.
    - *Ius suffragii*: derecho a votar en las asambleas del pueblo.
    - *Ius militii*: derecho a servir en las legiones.
- Privados
    - *Ius commercii*: derecho a tener un patrimonio y a celebrar actos jurídicos relacionados con el mismo.

- *Testamentio facti*: derecho a nombrar heredero y ser nombrado heredero.
- *Ius connubii*: derecho a contraer justas nupcias (*iustae nuptiae*) y a fundar una familia de acuerdo a lo establecido por el *ius civile*.
- *Ius actionis*: facultad de acudir a los órganos encargados de impartir justicia.

Extinción de la ciudadanía (perdere civitatem)

- Por caer en esclavitud (*capitis deminutio* máxima).
- Por emigrar de la ciudad de Roma y adquirir otra ciudadanía.
- A consecuencia de ciertas penas, sobre todo los desterrados y los condenados a deportación.

Extranjeros

En contraposición a los ciudadanos (*cives)* se encuentran los extranjeros (*peregrinus*), los cuales se dividen en tres categorías:

- *Peregrini alicuius civitatis*: habitantes de ciudades respetadas por Roma, quienes se rigen por sus propios derechos. Estaban excluidos del *ius civile*, pero debido a las distintas transacciones comerciales que realizaban podían acogerse al *ius gentium*; además se crea la figura del pretor peregrino (242 a.C.) quien es el encargado de impartir justicia entre ciudadanos y extranjeros.
- *Peregrini dedictici*: habitantes de ciudades que se opusieron en principio a la dominación de Roma y con el tiempo se rindieron sin condiciones (Gayo 1.14). Roma no les reconocía derecho propio; no pertenecían a ninguna *civitas*; no podían vivir en Roma, ni a una milla de ella y eran protegidos por las normas emanadas del *ius gentium*. Se encuentran en esta situación los ciudadanos condenados por una pena y los esclavos manumitidos que sufren pena infamante.
- *Hostes o barbari*: extranjero declarado enemigo del Estado. Puede ser asesinado si entra a territorio romano.

Categorías intermedias

Entre los ciudadanos y los extranjeros existe una clase intermedia, los *latini*, que se clasifican en:

- *Latini veteres o prisci latini*: antiguos habitantes asentados en las ciudades que conformaban la antigua confederación del Lacio y de las colonias más antiguas fundadas por Roma. Gozan del *ius commercii*, del *ius connubii* y del *ius suffragii* dentro de la ciudad de Roma.

- *Latini coloniarii*: ciudadanos de colonias latinas fundadas por los romanos a partir del 268 a.C. Gozan de cierta autonomía política, conservando sus órganos legislativos y judiciales; sin embargo, están sujetos a la vigilancia de Roma y al cumplimiento de obligaciones tributarias y militares en caso de guerra. Se les otorga el *ius commercii*, el *ius connubii* y el *ius suffragii*, este último solo dentro de los comicios por tribus. Adquieren la ciudadanía romana al cambiar su residencia a Roma. Esta categoría desaparece después de la expedición de la Constitución Antoniniana (212 d.C.).
- *Latini iuniani*: categoría creada por la *lex Iunia Norbana* (19 a.C.) para aquellos esclavos manumitidos según el *ius honorarium* o que fueron manumitidos en contravención a los requisitos y restricciones establecidos en la legislación. Se les otorga el *ius commercii*, pudiendo adquirir la propiedad de sus bienes, solo que no podían hacer testamento, por lo que a su muerte sus bienes son entregados a su ex-patrón. Categoría abolida por Justiniano (Inst. 1.5.3).

iii. Status familiae

Sui iuris

Consiste en la posición que un individuo tiene en el ámbito de las relaciones familiares, de la cual depende la posibilidad de acrecentar o disminuir su capacidad jurídica.

Aquellos que no están sujetos a alguna potestad, tienen plena capacidad jurídica. Son los que de acuerdo al derecho romano son personas (*caput*), ya que cuentan con los tres *status libertatis*, *civitatis* y *familiae*. Para que una persona pueda ejercer su poder sobre los *alieni iuris,* requiere ser un varón con plena capacidad de ejercicio y se le denomina *pater familias*. La mujer podía ser *sui iuris*, solo que no podía ejercer poder sobre ningún miembro de la *domus* (la mujer es cabeza y fin de su propia familia); para que pudiera actuar en el campo del derecho requería la autorización de su tutor (D. 50.16.195.5).

Alieni iuris

Están sujetos a la potestad del *pater familias* y su capacidad jurídica es muy reducida (Gayo, 1.48). Se hallan bajo este poder:

- La mujer que contrae nupcias *cum manu* con el *pater familias* o con alguno de los varones sometidos a éste.
- Sus hijos (as) y los descendientes varones legítimos de éstos (*filius familias*) no emancipados.
- Las personas que el *pater* acoja en su familia como hijos o nietos a través de la adopción o adrogación y de la legitimación.

iv. Causas modificativas de la personalidad jurídica

El ordenamiento jurídico romano limitó la capacidad jurídica a algunos *sui iuris* que se encontraban en situaciones particulares, no reconociéndoles la titularidad de ciertos derechos; dichas limitaciones no acarreaban la pérdida de los *status libertatis, civitatis* o *familiae*. Se encontraban en estos supuestos:

- Libertos: estaban excluidos del Senado, de la orden de los caballeros, en las provincias del decurionato y en los municipios de cargos y honores. Tenían prohibido el matrimonio con mujeres ingenuas. Además, siguieron obligados frente a su ex-patrón en virtud de los *iura patronatus*.
- Infames: aquellos tachados por mala reputación. En principio, los censores castigaban con una nota infamante al ciudadano que hubiese realizado algún acto público o privado reprobable; las consecuencias existían únicamente en el ámbito del derecho público, en el sentido de que era excluido del Senado y de los cargos públicos. Con el tiempo, el pretor excluyó a los infames de comparecer en juicio. En el derecho imperial se les prohibió intervenir en materia sucesoria.
- Por causa de religión: en la época del paganismo la religión de una persona no causaba ningún efecto jurídico. A partir de los primeros siglos de nuestra era, los cristianos fueron perseguidos no por la religión, sino con el pretexto de faltas en contra la seguridad pública o en cuanto se negaban a rendirle culto al emperador. El emperador Diocleciano, en cambio, persiguió a los cristianos en cuanto tales, declarándolos enemigos del Estado. Bajo los emperadores cristianos, los individuos que practicaran otra religión distinta a la cristiana les fue limitada su capacidad jurídica sobre todo en materia de matrimonio y de sucesiones.
- Por pertenecer a clases y grupos sociales: hasta los dos últimos siglos de la República, los plebeyos no gozaron de los mismos derechos que los patricios, por lo que su capacidad se encontraba limitada. En el derecho clásico aparecen normas que restringieron las nupcias entre los pertenecientes al orden senatorial.

v. Pérdida de la personalidad

Muerte

Capitis deminutio

El derecho romano acepta la posibilidad que un individuo varíe su posición en relación con su libertad, ciudadanía o familia, pudiendo desaparecer cualquiera de los tres *status* y con ello su propia personalidad jurídica. A cada uno de los cambios de *status* que sufre una persona se le denomina *capitis deminutio* (D. 4.5.11), la cual puede ser de tres grados:

Máxima

Supone la pérdida de libertad, el que era libre cae en esclavitud. Existe *capitis deminutio* máxima cuando se está en alguno de los supuestos de fuentes de la esclavitud, excepto el de nacimiento y el de cautividad, ya que, según el derecho romano, el *cives* capturado por el enemigo se considera hombre muerto o bien, en caso de que regrese a Roma, recupera su libertad gracias al *ius postliminii*. Al perder la libertad se pierde *ipso facto* el *status civitatis* y *familiae* (Gayo 1.160).

Media

Es la pérdida de la ciudadanía romana, no de la libertad; se pierde, sin embargo, el *status familiae*. La *capitis deminutio* media se sufre en aquellos casos que se coloquen en las hipótesis de pérdida de ciudadanía (Gayo 1.161).

Mínima

Supone la pérdida de la condición de *sui iuris*, sobre todo aquellos que dejan de pertenecer a la familia agnaticia de la que eran parte integrante. Continúan con su posición de hombres libres y ciudadanos romanos (Gayo 1.162).

4. Personas morales

a) Concepto

Entidades jurídicas distintas de las personas físicas individuales que persiguen fines comunes colectivos, a las que el ordenamiento jurídico romano les reconoció personalidad jurídica para ser titulares de derechos y obligaciones, por lo que ficticiamente se les considera personas. También son llamadas personas jurídicas, colectivas, sociales o abstractas.

b) Naturaleza de la personalidad jurídica

Para que una entidad distinta a la de las personas físicas adquiera personalidad jurídica, distinta de la de los miembros que la integran, es menester que el ordenamiento jurídico le otorgue reconocimiento, sea por medio de una autoridad para un caso específico o a través de la ley, siempre y cuando se reúnan los requisitos que la misma señale. Su capacidad de goce se encuentra limitada para realizar los actos tendientes a lograr el o los fines para los que fue creada la persona moral y en lo que respecta a su capacidad de ejercicio, la misma solo puede ser ejercida por personas físicas que tengan capacidad jurídica para ello.

c) Clasificación

i. Públicas

- El Estado: la *res publica* romana es un ente colectivo titular de derechos y obligaciones. Tiene un patrimonio propio (*aerarium populi romani*, llamado a partir del imperio *fiscus*). Se distingue de cualquier otra persona moral porque el mismo es soberano, es decir, no existe sobre él ningún otro poder, siendo el único que puede crear normas para regular su organización y la conducta de sus habitantes.
- *Civitate*: una organización análoga al Estado romano la tuvieron tanto los municipios como las colonias. Se regían por las normas creadas exprofeso para ello, v.g. *lex municipii* o *lex coloniae*. Sus órganos administrativos eran muy similares a los de Roma. Tenían sus propios bienes, pudiendo celebrar actos jurídicos a través de sus magistrados.

ii. Privadas

Fundaciones

Surgen de un acto jurídico unilateral basado en la voluntad de su fundador, siendo por tanto un patrimonio o masa de bienes destinados por el fundador a causas específicas, es decir, son afectaciones de patrimonio destinadas a un fin común. Los juristas romanos desconocieron la figura de las fundaciones como la personificación de un patrimonio destinado a un fin; en realidad consideraron que el patrimonio era concedido a una entidad jurídica (persona física o corporación) con la obligación de administrarlo para lograr la consecución de tal fin. De esta manera, el propietario del patrimonio y titular de las relaciones jurídicas inherentes a él era la persona física o corporación a que era confiado el mismo. Aparecen en la época posclásica, como instituciones de beneficencia o en beneficio de las *piae causae*.

Asociaciones o corporaciones

Son grupos de personas unidas entre sí por un contrato privado plurilateral que tiene por objeto lograr un fin determinado.

Desde la Ley de las XII Tablas se reconoce la existencia de corporaciones privadas o voluntarias con muy diversos fines como los colegios sacerdotales, las asociaciones funerarias y de sepultura, los gremios de distintos oficios, las cofradías para determinados cultos, las asociaciones para explotación de minas o salinas o concesionarias del cobro de impuestos, etc. A partir de Julio César o quizá desde Augusto, todas las asociaciones o corporaciones requerían de la autorización estatal.

Requisitos

- Que se reúnan al menos tres individuos para constituirla (*tres faciunt collegium*).
- Existencia de un fin lícito.
- Estatutos (*lex collegii*) esto es, normas que organicen y estructuren a la corporación.
- Patrimonio propio (*arca communis*) y un representante común (*actores, syndici*).

Características

- La existencia de la corporación es independiente de la de sus miembros.
- El patrimonio es diferente al de sus miembros; lo que se debe a una persona colectiva, no se debe a sus miembros; y, lo que debe la persona colectiva no lo deben sus miembros (D. 3.4.7.1).
- Los actos individuales de sus miembros no relacionados con la persona moral, no afectan la situación jurídica de la corporación, a menos que expresamente la ley así lo prevea.

Extinción

- Muerte de todos sus miembros.
- Realización del fin común.
- Decisión de la autoridad.
- Por acuerdo de sus miembros.
- Por que el objeto o fin común de la persona moral devenga imposible.
- Por la llegada del término o condición.

CUARTA UNIDAD
DERECHO DE FAMILIA

Cuadro resumen

- 1. Familia romana
  - a) Concepto
  - b) Clases
    - i. Agnaticia
    - ii. Cognaticia
    - iii. Afinidad
  - c) Sistema de parentesco
    - i. Líneas
    - ii. Grados
  - d) Estructura de la familia
    - *i. Pater familias*
    - *ii. Filius familias*
    - iii. Libertos
    - iv. Esclavos

2. Matrimonio
- a) Concepto
- b) Requisitos
- c) Impedimentos
- d) Tipos
  - *i. Cum manu*
  - *ii. Sine manu*
- e) Aspecto patrimonial del matrimonio
- f) Efectos jurídicos
- g) Disoluación
- h) Concubinato
- i) Contubernio

3. Patria potestad
- a) Concepto
- b) Situación jurídica del *filius familias*
- c) Fuentes
  - i. Nacimiento
  - ii. Legitimación
  - iii. Adrogación
  - iv. Adopción
- d) Causas de extinción

4. Tutela
- a) Los sujetos a tutela
- b) Clases
  - i. Dativa
  - ii. Legítima
  - iii. Testamentaria
- c) Funciones y responsabilidades del tutor
- d) Causas de extinción
- e) Tutela de las mujeres

5. Curatela
- a) Nociones generales
- b) Sujetos
  - Por enfermedades mentales: *cura furiosi*
  - Por tendencia a la prodigalidad: *cura prodigi*
  - Por razones de inexperiencia: *cura minorum*

1. La familia romana

a) Concepto

Los juristas romanos a través del tiempo definieron a la familia de diversas maneras:

a. En los primeros tiempos, la familia era considerada como un grupo de individuos unidos entre sí, en virtud de estar sometidos a la patria potestad de un solo jefe (*pater familias*). Probablemente eran grupos anteriores a la *civitas* romana.
b. Para Ulpinano la familia era un conjunto de personas que por naturaleza o por derecho estaban bajo una misma potestad (*familia propio iure*) (D. 50.16.195.2).
c. Otro significado, quizá más tardío, definió a la familia como el conjunto de aquellos que habrían estado sometidos a la misma *potestas*, si el *pater familias* común no hubiese muerto y tenido lugar la escisión del grupo (*familia communi iure*).
d. También se definió a la familia como el conjunto de las cosas *in commercium* y *extra commercium* que pertenecen al *pater familias* y de los derechos de los que él mismo es titular.

b) Parentesco

i. Concepto

El parentesco es el vínculo que se establece entre dos o más personas basado en el origen o en un acto establecido por ley.

ii. Clases

Agnaticio o civil

La *adgnatio* es el vínculo jurídico que surge entre el *pater familias* y aquellos sujetos a su patria potestad (D. 50.6.95.2). Constituye un grupo patriarcal puesto bajo la autoridad del *pater*, basado en el vínculo de sangre (*familia proprio iure* o *communi iure*). Por mucho tiempo la familia romana se sustentó en los lazos agnaticios por línea paterna (Gayo 1.156).

La agnación surge por nacer de matrimonio justo, adopción, adrogación, *conventio in manu*, legitimación o concesión especial del emperador. Se extingue por la cesación de la patria potestad.

A la muerte del *pater familias* la familia se dividía formándose tantas familias cuantos hijos varones hubiese, pero el vínculo jurídico permanecía entre ellos.

Cognaticio o natural

La *cognatio* (parentela) es la relación que existe entre los progenitores y el engendrado de justas nupcias, así como entre aquellos que tienen o han tenido un ascendiente común masculino, es decir, es el parentesco fundado en los lazos de sangre que une a todas las personas que comparten un progenitor común tanto por línea paterna como materna.

Afinidad

La *adfinitas* es la relación que se establece después del matrimonio entre cada uno de los cónyuges y los *cognati* del otro. Puede ser directa (entre suegro y nuera) o colateral (entre cuñado y esposa). No se distinguen grados (D. 38.10.4.5) y se extingue con la disolución del matrimonio.

iii. Sistema de parentesco

La filiación indica la generación de una persona física por la unión de un hombre y una mujer. Las relaciones de filiación son aquellas que nacen recíprocamente entre los progenitores y el engendrado.

Líneas

El parentesco cognaticio se divide en dos líneas:

- Directa o recta: relación que existe entre personas que descienden unas de otras; puede ser superior, cuando se sube a los ascendientes e inferior cuando se baja a los descendientes.
- Colateral o transversal: relación entre descendientes que comparten un ascendiente común masculino legítimo.

Grados

Cada grado equivale a una generación. Los grados de *cognatio* se calculan basándose en el principio tantos grados como generaciones (*tot gradus quot generationes*) (Inst. 3.6.7) de la siguiente manera:

- En línea directa, contando el número de las generaciones que separan al ascendiente del descendiente (v.g. entre padre e hijo hay un grado; entre abuelo y nieto dos; entre bisabuelo y nieto tres, etc.)
- En línea colateral, contando el número de generaciones masculinas que separan a un individuo de la cabeza común masculina de la estirpe y añadiendo el número de las

generaciones que separan a éste de otro descendiente. En la línea colateral los grados nunca pueden ser menores de dos (v.g. para calcular el grado que existen entre dos primos hermanos hay que elevarse a la cabeza común de los dos primos hermanos, esto es, al abuelo común, y se contarán dos generaciones; luego se descenderá a hasta el otro extremo de los primos, contando otras dos generaciones, del abuelo al padre del primo y después al primo mismo; serán pues cuatro generaciones).

c) Estructura de la familia

i. Características

El *pater familias* es el centro de la familia romana (*domus*), quien debe de ser hombre libre, ciudadano romano y *sui iuris* en pleno ejercicio de sus derechos. Ulpiano lo define como "aquel que tiene el dominio en la casa, y con razón es llamado con este nombre, aunque no tenga hijo, porque no designamos la sola personalidad de él, sino también su derecho" (D. 50.16.195.2).

Adquiere la posición de *pater familias* aquel que no tiene un ascendiente varón con potestades sobre él o mediante la emancipación, es decir, cuando el *pater familias* decide liberar de la patria potestad al *filius familias*.

ii. Derechos del pater familias

- Regula toda la vida de la *domus*.
- Es el juez y el sacerdote del culto doméstico, tiene el derecho de vida y muerte *(ius vitae et necis)* sobre los miembros libres y esclavos.
- Todos los integrantes de la familia se encuentran sometidos a él. En un principio su poder fue absoluto e ilimitado; con el tiempo, surgieron medidas que debilitaron dicha potestad.
- Por ser la única persona dentro de la *domus* era el único que contaba con un patrimonio, así que lo adquirido por los demás miembros de la familia lo adquirían para él.

iii. Poderes del pater familias

El poder que ejerce sobre los miembros de la familia comprende varias atribuciones:

- Sobre la esposa y las nueras ejerce la *manus*.
- Sobre los hijos y los nietos ejerce la *patria potestas*.
- Sobre los libertos ejerce los *iura patronatus*.
- Sobre los esclavos y las cosas la *dominica potestas*.
- Sobre los *filius* ajenos entregados a él por venta ejerce la *mancipium*.

2. Matrimonio (*iustae nuptiae*)

a) Concepto

Para el Derecho romano, el matrimonio no supone en principio una relación jurídica, sino una situación de hecho socialmente reconocida que produce consecuencias de derecho, por lo que esta unión para tener eficacia jurídica debe estar dirigida a constituir una relación monogámica mientras dura la relación.

Según el derecho clásico, el matrimonio legítimo existe cuando hay la intención de comportarse de forma efectiva y continua como marido y mujer (*affectio maritalis*) y que exista la apariencia de una relación conyugal honorable (*honor matrimonii*).

Para Modestino, el matrimonio es la unión de un macho y de una hembra y consorcio de toda la vida, comunicación de derecho divino y humano (*nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio* D. 23.2.1). Esta unión comporta la idea de un vínculo entre los cónyuges que se da entre macho y hembra porque es la base natural del matrimonio, esto es, personas de diferente sexo y es una comunidad de vida porque los contrayentes comparten la misma suerte en todas las cosas de la vida tanto prósperas, como adversas.

En el derecho justinianeo, ya con una influencia clara del cristinanismo, el matrimonio se define como la unión del varón y de la mujer que comprende el comercio indivisible de la vida (*nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam vitae consuetudinem continens* Inst. 1.9.1).

b) Requisitos

i. Capacidad natural. Supone haber alcanzado la pubertad, ser varón púber (*pubes*) y la mujer núbil, esto es, capaz de soportar varón (*viri potens*). Por tanto, ni los castrados (*castrati*), ni los de sexo ambiguo (*hermaphroditi*) eran aptos para el matrimonio. Para los sabinianos se requiere una inspección corporal (*inspectio corporis*); en cambio para los proculeyanos, cuya opinión prevalece con Justiniano (C. 5.6.3), la mujer requiere tener 12 y el hombre 14 años. La unión antes de la pubertad no se considera matrimonio.
ii. Capacidad legal. Tener el *ius connubii*, esto es, facultad de tomar esposa con arreglo al derecho, de ahí que solo los ciudadanos romanos pueden contraer *iustae nuptiae* (D. 23.2.24). En el derecho arcaico carecen de ese derecho los esclavos, los latinos, excepto los *veteres* y los peregrinos. Antes de la *Lex Canuleia* (445 a.C.) se requería

que ambos contrayentes fueran patricios. El derecho preclásico admite matrimonio entre ingenuos y libertos. Desde la expedición de las Constitución Antoniniana (212 d.C.) los peregrinos pueden contraer nupcias. Con Justiniano carecen de ese derecho solo los esclavos y los bárbaros.

iii. Consentimiento de ambos contrayentes, esto es, su voluntad efectiva y continua de estar unidos en matrimonio.

iv. Consentimiento (*auctoritas*) de los *pater familias* si los contrayentes son *alieni iuris* (D. 23.2.2 y 23.2.35.9). Si la mujer es *sui iuris* requiere autorización de su tutor; al desaparecer la tutela de las mujeres, éstas requieren si son menores de 25 años el consentimiento de los parientes más próximos o de la autoridad judicial.

c) Impedimentos

i. Absolutos

Son aquellos que impiden de manera definitiva que el matrimonio pueda llevarse a efecto, no existiendo la posibilidad de ser subsanados y son:

Parentesco

- Por consanguinidad en línea recta sin límite de grado.
- Por consanguinidad colateral; primero hasta el séptimo grado y posteriormente hasta el tercero.
- Por afinidad hasta el tercero y cuarto grados.
- Por parentesco civil, esto es, el que surge entre el adoptante y adoptado y entre el adrogante y el adrogado, aún manumitiéndolos.
- En el derecho posclásico debido a la influencia cristiana, el parentesco espiritual entre padrinos y ahijados.

Ligamen

Existencia de otro lazo matrimonial no disuelto ya que es contrario al principio del matrimonio monogámino (Inst. 1.10.6). A partir del derecho posclásico se configura el delito de bigamia. En una Constitución de Teodosio y Valentiniano se establece que el consentimiento incial daba origen al matrimonio, el cual solo podía disolverse por divorcio formal (C. 5.17.8 pr.). Con Justiniano la bigamia era castigada con la pena de muerte.

ii. Relativos

Son aquellos que en principio impiden la celebración del matrimonio, pero que, una vez subsanados éste será válido y son los siguientes:

- Por adulterio. En el derecho clásico la mujer adúltera no podía contraer matrimonio; en el derecho justinianeo esta prohibición está limitada al matrimonio entre la adúltera y el cómplice.
- Por rapto. Constantino prohibió las nupcias entre el raptor y la raptada, prohibición confirmada por Justiniano.
- Porque exista entre los contrayentes relación de tutela o curatela, hasta que no se hayan rendido cuentas.
- El magistrado provincial no podía contraer nupcias con una mujer oriunda del territorio que gobernaba hasta que cesase del cargo.
- Por diferencias religiosas. A partir de la influencia del cristianismo queda prohibido el matrimonio entre cristianos y judíos.
- Por diferencia de rango social. En el derecho preclásico está prohibido el matrimonio entre patricios y plebeyos e ingenuos y libertos. Las leyes de Augusto prohibieron a los senadores y a sus descendientes hasta el tercer grado contraer nupcias con libertas e hijas de libertas, y entre ingenuos y mujeres de mala reputación (mujeres de teatro, meretrices y alcahuetas).
- Por viudez: La viuda debe dejar pasar el *tempus luctus,* diez meses siguientes a la disolución del matrimonio por muerte del marido. Justiniano amplía a un año y aplica también para el caso de divorcio. Esta medida estaba encaminada a evitar la confusión de sangre en la nueva familia (*turbatio sanguinis*).

d) Tipos

i. Matrimonio cum manu

Durante el derecho arcaico el matrimonio iba acompañado del sometimiento de la mujer a la *manus* del marido o de su padre a través de la *conventio in manu*, esto es, el acto por el que la mujer *sui iuris* o *alieni iuris* (con la *auctoritas* del *pater familias*) cae bajo la *manus* del marido o del *pater familias* del marido, entra a la familia del marido y se rompen los lazos con su familia de origen. En realidad, el matrimonio por sí mismo es una situación de hecho, en cambio, la *manus* es una situación de derecho.

- Formas

Existen tres formas para que surja la *conventio in manu* (Gayo. 1.139):

- *Confarreatio*: ceremonia religiosa en honor a Júpiter *Farreus*, en presencia de un flamen de Júpiter y diez testigos, durante la cual los contrayentes debían comer un pastel de trigo (*farro*) y recitar ciertas palabras solemnes. Esta forma aseguraba que los futuros hijos pudieran acceder a alguna dignidad sacerdotal.

- *Coemptio*: acto solemne en el que interviene el antiguo *pater familias* de la novia y el nuevo, en el que se desarrolla una venta ficticia de la mujer a través de la *mancipatio*, en presencia de cinco testigos y del portador de la balanza (*libripens*).
- *Usus*: una esposa por el hecho de convivir ininterrumpidamente con su marido durante el último año adquiere *ipso facto* la *manus* sobre la mujer. Si la mujer se ausentaba más de tres noches seguidas del lecho conyugal evitaba entrar en la *manus*.

- Efectos jurídicos

- La mujer ingresa en la *domus* del marido.
- La mujer *alieni iuris* sale de la patria potestad de su *pater familias* y entra a la *manus* del marido o del suegro.
- La mujer *sui iuris* sufre una *capitis deminutio* mínima.
- Si el marido es *sui iuris* la mujer entra como hija (*loco filiae*) y si es *alieni iuris* como nieta (*loco neptis*).

ii. Matrimonio sine manu

Matrimonio realizado sin formalidades y que habiendo aparecido hacia el año 200 a.C. sustituyó rápidamente al matrimonio *cum manu*.

- Efectos jurídicos

- Si la mujer es *alieni iuris* no rompe con los lazos agnaticios de su familia de origen, es decir, sigue bajo la patria potestad de su *pater familias*.
- Si la mujer es *sui iuris* conserva su *status familiae*.

e) Aspecto patrimonial del matrimonio

i. Formas

- Un principio básico del matrimonio romano era la unidad del patrimonio familiar concentrado en las manos del marido como resultado de un matrimonio *cum manu*, de acuerdo con los siguientes supuestos:
    - Si la mujer es *alieni iuris* no hay cambio respecto de su patrimonio, toda vez que no puede tener nada suyo (*nihil suum habere potest*). Aún contrayendo matrimonio *sine manu*, las adquisiciones posteriores al matrimonio son en beneficio de su *pater familias*.
    - Si la mujer es *sui iuris* y contrae matrimonio *cum manu*, se convierte en *alieni iuris* y ocupa el lugar de hija (*loco filiae*) o nieta (*loco neptis*); por tanto, se produce una sucesión universal de todos sus bienes en favor del marido

o de quien ejerza la patria potestad de éste.
- Si la mujer *sui iuris* contrae matrimonio *sine manu*, ella sigue manejando su patrimonio y todo lo que adquiera con posterioridad es suyo, produciéndose un régimen de separación de bienes.

- Otro principio es la presunción muciana (*praesumptio Muciana*) cuando la mujer tuviera bienes cuya procedencia se desconoce, se presumen que son del marido.
- Prohibición de hacerse donaciones entre cónyuges para evitar que mutuamente se expoliasen movidos por su amor. En el 206 d.C. los emperadores Severo y Caracalla permitieron convalidar estas donaciones *mortis causa*, siempre que no hubiera revocación por parte del donante y el matrimonio continuara (D. 23.2.19).

ii. Dote

Proviene de la palabra latina *dos* (derivada de *do, dare*) esto es, dar, entendiéndose como una donación. Para Ulpiano es necesario que se celebre el matrimonio para que pueda existir la dote (*neque enim dos sine matrimonio ese potest* D. 23.3.3).

La dote es el conjunto de bienes que proceden del patrimonio del *pater familias* de la esposa (*dos profecticia*) o de la misma esposa o de terceros (*dos adventicia*) para ayudar al marido a las cargas del matrimonio (*ad sustinenda onera matrimonii* D. 23.3.56). Esta institución surge como consecuencia del matrimonio *cum manu* como una forma de compensar a la mujer de la pérdida de sus derechos sucesorios de su familia de origen. Con el matrimonio *cum manu*, la dote es considerada como un deber moral y a partir del derecho posclásico se considera una obligación.

Clases

- *Dos profecticia*: la constituye el padre de la mujer.
- *Dos adventicia*: la constituye un tercero.
- *Dos recepticia*: la constituye la mujer cuando se reserva el derecho de restitución al término del matrimonio.

Formas de constitución

- *Dictio dotis*: contrato verbal de promesa de dote.
- *Datio dotis*: contrato verbal tomando la forma de entrega real, en el cual se transmiten de manera inmediata los bienes mediante una *mancipatio, in iure cessio* o *traditio*.
- Por simple pacto (*pactum dotis*) reconocido por Teodosio II. Justiniano lo hace con carácter general a través de un documento escrito (*instrumentum dotale*).
- Por testamento.

Efectos jurídicos

- La dote entra en el patrimonio del marido o de su *pater familias*, por lo que a él le corresponde la disposición y administración de los bienes dotales, aunque la dote pertenece a la mujer y ella debe dar su consentimiento para enajenar los fundos y esclavos dotales.
- La mujer tiene derecho de restitución o de recuperación de la dote en caso de disolución o extinción del matrimonio.
- La *Lex Iulia de adulteriis* (18 a.C.) prohíbe al marido, sin previo consentimiento de la mujer, enajenar bienes dotales en suelo Itálico. Justiniano amplía esta prohibición a fundos provinciales.
- A partir del derecho posclásico, si el matrimonio se disuelve por muerte del marido, la dote se le restituye a la mujer si hubo matrimonio *sine manu*. En caso de existir matrimonio *cum manu* y la mujer premuere al marido, la dote pasará a sus hijos; en cambio, si el marido premuere a la mujer, esta heredará como hija (*loco filiae*).
- Si la dote la constituye un tercero, éste se reserva el derecho a reclamarla en caso de disolución del matrimonio.
- El marido responde con su patrimonio de lo que se hubiese perdido de los bienes dotales por su dolo o culpa.
- Con la legislación caducaria de Agusto se entendió que la recuperación de la dote era de interés público, por ello, se podía solicitar la restitución a través de la *actio ex stipulatio* si se celebró una estupulación restitutoria y la *actio rei uxoriae* en los demás casos. Si la dote se constituyó con un simple pacto, entonces se cuenta con la *actio prescriptis verbis*. Justiniano crea la *actio dotis*.

iii. Donaciones

Ante Nupcias

Conjunto de bienes y dinero que el futuro marido regala a la mujer antes del matrimonio. Los bienes permanecen dentro del patrimonio del marido-donante, pero no podía enajenarlos ni hipotecarlos.

- Si el marido muere, la mujer recibe los bienes donados.
- Si la mujer muere, la donación se revoca *ipso iure* (de pleno derecho, es decir, no requiere declaratoria judicial).

Entre cónyuges

- La l*ex Cincia* (s. II a.C.) prohibe las donaciones entre cónyuges.
- Augusto declara las donaciones entre cónyuges nulas.

- Un Senadoconsulto de la época de Severo determina que las donaciones entre cónyuges se convalidan en la herencia de la mujer.
- Justiniano exime de toda prohibición a las donaciones entre cónyuges.

f) Efectos jurídicos del matrimonio

i. Los cónyuges adquieren el título de *vir* (marido) y *uxor* (mujer), participando la mujer de la condición social del marido.
ii. Por el simple matrimonio no surge la *manus*; para que surja, se tienen que realizar las formalidades establecidas para la *conventio in manu*.
iii. Se deben fidelidad mutua. El adulterio solo es reconocido a la mujer a través de la *lex Iulia de adulteriis coercendis* (18 a.C) (D. 24.22.9); el marido debe repudiarla para no incurrir en la acusación pública de *lenocinium* (inducir a la mujer casada a tener relaciones extramatrimoniales).
iv. Hacer vida en común.
v. Obligación de darse alimentos de acuerdo con las necesidades de uno y las posibilidades del otro (D. 25.3.5.13).
vi. Con la legislación caducaría de Augusto queda prohibida la donación entre cónyuges y que la mujer fuera fiadora del marido.
vii. Tienen prohibido ejercitar entre sí acciones que lleven consigo la tacha de infamia del otro de los cónyuges.
viii. Intención de procrear hijos.
ix. Los hijos caen bajo la patria potestad del *pater familias*.
v. Los hijos son considerados legítimos (*liberi iusti*); siguen la condición social y jurídica del padre, independientemente del *status civitatis* de la madre, siempre que ésta tenga el *ius connubii*.

g) Causas de disolución del matrimonio

i. Muerte

El matrimonio se extingue por el fallecimiento de uno de los cónyuges (D. 24.2.1).

ii. Capitis deminutio máxima

La causa más común era la pérdida de la libertad por cautividad de guerra. Mientras que para el derecho clásico la relación se terminaba por falta de *voluntas*, misma que se perdía cuando cesaba el *ius connubii* por cautividad, de ahí que no podía externar su voluntad, convirtiéndose la relación en *contubernium* y considerándose *espurios* los hijos nacidos de esa relación, en tanto, los padres eran cautivos de guerra. En cambio, para el derecho justinianeo, el matrimonio no cesaba hasta después de cinco años, transcurridos los cuales, los cónyuges podían

ser liberados del vínculo conyugal (*divortium bona gratia*). Sin embargo, la vuelta del marido cautivo no reanuda el matrimonio, para ello debe iniciarse uno nuevo (D. 49.15.14.1).

iii. Capitis deminutio media

El derecho clásico estableció la disolución del matrimonio por la pérdida de ciudadanía cuando llevaba aparejada la pérdida del *ius connubii*, por lo que la relación se convertía en concubinato. Para Justiniano la pérdida de ciudadanía no implicaba disolución del matrimonio (D. 24.3.56 y 24.1.43).

iv. Falta de affectio maritallis

Durante la República debía expresarse ante siete testigos. Augusto prohibió esta causal con la *lex Iulia de adulteriis coercendis* (D. 24.2.9).

v. Por declaración unilateral del cónyuge (repudium)

A partir de la cristianización del derecho romano, los emperadores intentaron atacar el repudio procurando castigar a través de una sanción pecuniaria, con ocasión de la restitución de la dote al cónyuge que provocó el repudio (D. 50.16.101.1). Constantino en el año 331 d.C. castiga gravemente al cónyuge que se divorcia unilateralmente, fuera de las causas justas: para la mujer, cuando el hombre es homicida o violador de sepulcros o envenenador (que se dedica al arte de la magia); para el hombre cuando la mujer es adúltera o envenenadora o alcahueta. Los efectos jurídicos variaron a través de la legislación imperial, pero el derecho justinianeo estableció que la mujer perdía la dote y no podía reclamar la donación nupcial; el hombre perdía la donación nupcial y debía restituir la dote.

vi. Divorcio (divortium)

Durante el derecho clásico la cesación de la voluntad de estar unidos en matrimonio sin la realización de ninguna formalidad hacía que cesara sin más el matrimonio (*divortium*). Gayo define al divorcio como una diversidad de ánimo o porque van a partes diversas los que disuelven el matrimonio (*Divortium autem vel a diversitate mentium dictum est, vel quia in diversas partes eunt, qui distrahunt matrimonium* D. 24.2.2). El sustento del divorcio se encuentra en la falta de *affectio maritalis*, porque si desde épocas antiguas el matrimonio era libre, no debe haber forma establecida para manifestar la voluntad de disolución.

Los primeros casos de divorcio fueron durante la República, produciéndose una relajación moral de las antiguas costumbres romanas. El propio derecho clásico lo admite. Por otra parte, la legislación Caducaria de Augusto impone ciertas formalidades para llevar a cabo el divorcio, pero solo para efectos de prueba, que en caso de contravención no se invalidaba el

divorcio, sino que había ciertas penas contra el infractor, así la *lex iulia de adulteriis* señalaba que el repudio debía notificarse por liberto y ante siete testigos *cives* y púberes. Con los emperadores cristianos se exige la existencia de una justa causa en caso de repudio (respecto del marido: haber cometido delito de homicidio, violación de sepulturas o envenenamiento; en el caso de la mujer ser culpable de adulterio, envenamiento o alcahuetería), en caso contrario, imponen ciertas penas personales (deportación para la mujer y la reclusión de por vida en un convento para cualquiera de los cónyuges infractores).

Justiniano establece la obligación de comunicación (oral o escrita) a la otra parte ante la presencia de siete testigos. Además, reconoce cuatro tipos de divorcio: con justa causa, sin causa, por común acuerdo y por circuntancias que hacen imposible el matrimonio (*bona gratia*) como la esterilidad, la impotencia, la cautividad prolongada o el voto de castidad (Novelas 22.4).

h). *Concubinatus*

i. Concepto

Es la unión estable de un hombre y una mujer entre los que no existe *connubium*. El derecho clásico también reconoció el concubinato en aquellos casos en los que el hombre y la mujer no tienen la intención permanente y recíproca de hacer vida matrimonial (*affectio maritalis*).

No se trataba de una situación socialmente repobable y su fundamento surge con la legislación caducaría de Augusto (*lex Iulia et Papia Poppea y la Lex Iulia de Adulteriis*) con el fin de restrigir el número de mujeres con quien contraer matrimonio.

ii. Efectos jurídicos

- La concubina no participa de la dignidad y rango social del marido y los hijos no son legítimos.
- Durante el derecho clásico el concubinato tuvo una escasa relevancia; no así bajo los emperadores cristianos, quienes trataron de combatirlo ya fuera rebajando a la concubina y a sus hijos como *liberi naturales* o intentando convertir al concubinato en matrimonio justo.
- Constantino prohibió que se hicieran donaciones a las concubinas y a los *liberi naturales*; en 371 d.C. Valentiniano estableció que se diera a la concubina y a sus hijos una onza de los propios bienes y tres onzas cuando no se tuvieran hijos legítimos, ni ascendientes.
- Anastasio permitió la legitimación de los hijos con matrimonio subsecuente.
- El derecho justinianeo determinó como lícito el concubinato con mujeres ingenuas, considerándolo como una relación monogámica, prohibiendo al hombre casado tener concubina y al soltero tener más de una; solo se constituye con personas que

no tienen impedimentos de parentela y afinidad y que cuentan con la edad necesaria. Además, equipara a los hijos nacidos de concubinato con los nacidos de matrimonio, sea cuando los concubinos transforman su relación en matrimonio, por concesión imperial o por la inscripción de los *liberi naturales* en la *curia* del lugar donde tenían su domicilio (D. 23.2.57).
- Basilio el Macedonio y León el Filósofo abrogaron definitivamente el concubinato.

i) Contubernio (*contubernium*)

i. Concepto

Es la unión conyugal entre esclavos.

ii. Consecuencias

- Al ser una unión doméstica de hecho no produce efectos jurídicos, por lo que no crea una familia, ni relaciones de parentesco. Sin embargo, las relaciones familiares (*cognatio servilis*) surgidas de esa unión eran tenidas en cuenta para evitar relaciones incestuosas (D. 23.2.14.2 y 3).
- Los hijos de esa unión nacen esclavos, ya que siguen la condición jurídica de la madre, a menos que exista el *favor libertatis*.
- Solo el derecho bizantino mediante una constitución de Alejo I Comneno del año de 1095 reconoce valor de matrimonio a la unión conyugal de esclavos bendecida por el sacerdote.

3. Patria Potestad (*patria potestas*)

a) Concepto

Es el poder que ejerce el *pater familias* sobre sus hijos naturales y adoptivos (*filius familias*). Originalmente el *pater* ejercía un poder ilimitado en lo económico y judicial. Con el tiempo, la patria potestad se convirtió en un poder en beneficio de las personas sujetas a ella y se concibió como un poder moral que comprendía protección, mantenimiento y asistencia.

b) Situación jurídica del *filius familias*

i. Están sujetos a la patria potestad los *filius familias*, es decir, los hijos, las hijas y los descendientes de éstos.

ii. No pueden contraer matrimonio sin la autorización de su *pater familias*. A partir de Justiniano el *filius familias* puede comparecer ante la autoridad competente para conseguir la autorización de contraer matrimonio, si es que el *pater* no tiene razón justificada para negar su consentimiento de matrimonio.
iii. Los hijos forman parte de la familia del *pater* como agnados, adquiriendo de éste su nombre y condición social.
iv. El *filius familias* es un *alieni iuris*. Los *filius familias* que descienden en primer grado del *pater* llegan a ser *sui iuris* a la muerte del *pater familias*.

v. Derechos que ejerce el pater familias

- El derecho de vida y muerte (*ius vitae et necisque*). Durante la República, el *pater* antes de imponer una severa pena a su hijo debía consultar al *consilium propinquorum*, aunque la decisión de dicho cuerpo colegiado no lo obligara; sin embargo, en caso de abuso de ese derecho el *pater* podía ser castigado por el censor en una nota censorial de infame. A partir del derecho imperial el *ius vitae et necisque* se restringió considerablemente; ya para el siglo VI d.C. se consideró como un simple derecho de corrección.
- El derecho de vender al *filius* como esclavo en territorio extranjero (*ius vendendi*). Con Justiniano se acepta este derecho en el caso de *un filius familias* recién nacido y únicamente en casos de extrema necesidad del *pater familias*, con la posibilidad para el vendido de adquirir nuevamente la libertad a través del rescate.
- El derecho de entregarlo en noxa (*ius noxae dandi*), esto es, el derecho de ceder a otros *pater familias* al *filius familias* para liberarse de las consecuencias de un acto ilícito cometido por él. Justiniano lo abole.
- El derecho de abandonar al *filius familias* recién nacido (*ius exponendi*). Los emperadores cristianos lo combaten. Justiniano establece la pérdidade la patria potestad sobre el *expositos*.

c) Fuentes

i. Nacimiento

Hijos nacidos de justas nupcias después de 182 días de contraído y antes de 300 días de que éste cese quedan en calidad de *filius familias*, ya desciendan inmediatamente del *pater familias* o de sus descendientes en grado ulterior (D. 38.16.3.12 y 28.2.39).

ii. Legitimación

A partir del derecho posclásico se aceptó que los hijos nacidos en concubinato, a los que Constantino llamó *liberi naturales,* se legitimaran si posteriormente los padres contraían matrimonio en cierto tiempo y siempre que no tuviesen hijos de precedentes nupcias. Por tanto, los hijos nacidos meramente extramatrimoniales, como los *spurii* (concebidos esporádicamente)

o los *vulgo concepti* (concebidos en forma vulgar Gayo 1.64), los adulterinos o los incestuosos no podían ser legitimados. Anastasio permitió la legitimación los *liberi naturales* a través de un *rescripto* del emperador. Por su parte, Justiniano aceptó la legitimación aun en presencia de hijos legítimos, con tal de que éstos hubiesen nacido de un matrimonio disuelto antes de que naciesen los *liberi naturales* (Nov. 89.11), porque de lo contrario serían adulterinos y por lo tanto no legitimables.

iii. Adrogación

Acto por el cual un *pater familias* (adrogado) se sujeta a la patria potestad de otro *pater familias* (adrogante) pasando a ser *alieni iuris* y *filius familias* de éste. Si el adrogado tenía hijos y nietos, estos también entraban a la patria potestad del adrogante (Gayo 1.107). La finalidad de la adrogación era asegurar la continuidad de la familia y evitar la pérdida del culto familiar (*sacra privata*). Un caso especial fue la adrogación que Julio César hiciera en su testamento a Octavio con notorios propósitos políticos.

Formalidades

- Previa intervención de los pontífices se convocaba en una reunión a los comicios por curias y con una triple interrogación dirigida por el pontífice al adrogado, al adrogante y al pueblo.
- Durante la República, al caer en desuso los comicios por curias se sustituyeron por 30 lictores que representaban a las 30 curias (Gayo 1.99).
- A partir del Imperio se requería un *rescriptum* del emperador ante la petición de las partes (Inst. 1.11.1).

Requisitos

- Consentimiento adrogante y adrogado.
- El adrogante debía ser un varón mayor de sesenta años, Antonino Pío aceptó que las mujeres y los impúberes pudieran adrogarse.
- Entre ambas partes debía existir diferencia de dieciocho años de edad (D. 1.7.40.1).
- Que existiese una causa lícita para poder realizar la adrogación.

Efectos jurídicos

- El *pater familias* adrogado sufre una *capitis deminutio* mínima. Pasa a formar parte de una nueva familia agnaticia.
- El *pater familias* adrogante adquiere en bloque el conjunto de los derechos transmisibles de los que era titular el adrogado y la patria potestad sobre todas las personas libres *alieni iuris* ya sometidas a este último (Gayo 3.83). Con Justiniano el adro-

gado conservaba sus bienes, teniendo el adrogante los bienes en usufructo (Inst. 3.10.2).
- En el caso de las deudas, éstas se extinguían civilmente, pero el pretor las hacía revivir mediante acciones ficticias (*actio utilis*) que otorgaba a los acreedores en contra del adrogante, produciendo una *restitutio in integrum* en favor de los acreedores (D. 1.7.2).
- El adrogado adquiere el nombre de la *gens* a la que se incorpora, así como los *sacra privata*.

iv. Adopción

Concepto

Acto solemne por medio del cual un *alieni iuris* (adoptado) sale de la patria potestad de su *pater familias* y entra a la patria potestad de otro *pater familias* (adoptante) como hijo (*filius familias*) o nieto (*loco neptis*). Durante mucho tiempo, el derecho romano no concibió la idea de una adopción como la imitación de una paternidad natural, sino el medio de ingreso a una familia agnaticia por sumisión a una *potestas* a fin de contar con un heredero para asegurar la continuidad de una familia y evitar la extinción del culto familiar (*sacra privata*). Justiniano establece que esta institución se basa en el principio romano de consolar a quien no tenga hijos (*adoptio naturam imitatur* Inst. 1.11.14).

Plena

Procedimiento

- El *filius familias* era liberado de la patria potestad a la que estaba sujeto por una triple venta ficticia y el *pater familias* adoptante mediante una *in iure cessio* simulaba reivindicar su derecho de patria potestad, como si ya la tuviese desde antes. El derecho justinianeo estableció que el adoptante debía ser un ascendiente consanguíneo (paterno o materno) del adoptado.
- A partir de Justiniano el magistrado podía adjudicar directamente la patria potestad evitando con ello las tres ventas ficticias.
- Durante el derecho justinianeo se requiere la declaración del padre natural frente al adoptante y con el acuerdo del adoptado.

Requisitos

- Para el derecho clásico el adoptante debe tener más de sesenta años.
- Justiniano establece que el adoptante debe ser dieciocho años mayor que el adoptado.

Efectos jurídicos

- El *alieni iuris* sufre una *capitis deminutio* mínima, ya que, pasa de una familia a otra, perdiendo sus derechos agnaticios.
- Adquiere nuevo nombre, derechos gentilicios y sucesorios de la nueva familia.

Minus Plena

Institución creada por Justiniano que tiene por finalidad dar al adoptado un derecho de heredar por vía legítima de un extraño de su familia de origen (C. 8.47.10).

Formalidades

Se requiere un acto realizado ante el magistrado o ante un notario (*per tabulas*) por los dos *patres familias,* con el consentimiento del adoptado.

Requisitos

- El adoptante debe ser dieciocho años mayor que el adoptado.
- El adoptante no debe tener hijos legítimos.

Efectos jurídicos

- El *filius familias* no pierde sus lazos familiares de origen, por lo que no pierde sus derechos sucesorios.
- Sigue bajo la patria potestad de su propio *pater familias*, por lo que no sufre una *capitis deminutio* mínima.
- Le concede derechos sucesorios como *heres suus* en relación con el adoptante cuando éste muere sin testamento.

v. Aspecto patrimonial de la patria potestad

Características

- El *filius familias* no tiene ninguna capacidad patrimonial (*nihil suum habere potest*).
- El *filius familias* puede realizar actos de adquisición de bienes, pero los efectos de esas adquisiciones pasan automáticamente a su *pater familias*. Solo en caso de aceptación de una herencia requiere de la autorización del *pater*, ya que la misma puede llevar consigo cargas o deudas que finalmente recaerán en el propio *pater.*
- Obligación recíproca de darse alimentos en caso de pobreza o incapacidad para el trabajo (D. 27.3.1.4).

- Contra el *pater familias* que haya puesto al *filius familias* al frente de la negociación marítima o terrestre y no quiera reconocer las deudas surgidas de dichos negocios, el magistrado otorgó a los terceros que contrataron con el *filius* las *actiones adiectitae qualitatis*.
- A partir del Imperio se reconoció a los *filius familias* la posibilidad de disfrutar de un pequeño patrimonio (*peculium*).

Tipos de peculio (peculium)

Paganum

El *pater familias* podía concederle al *filius familias* la administración y disfrute de un pequeño patrimonio (*peculium paganum*). Jurídicamente el responsable y titular de ese peculio era el *pater*, por lo que, él era el responsable de las deudas contraidas por el *filius* hasta igualar el importe del *peculium* de éste, concediendo a los que hubieren contratado con el *filius* una *actio de peculio* contra el padre.

Castrense

Augusto concedió a aquellos *filius familias* militares y mientras fuesen leales, el derecho de disponer en testamento de los bienes que adquirieron en ocasión a sus servicios militares. Estos bienes fueron llamados *peculium castrense*; comprendían también las donaciones y legados hereditarios hechos al militar en el momento de su entrada al servicio militar y con el emperador Adriano, también la herencia de la mujer. El *filius familias* fue reconocido respecto de estos bienes como un *pater familias* (D. 14,6,2).

Quasi castrense

Constantino en el 326 d. C. dispuso que los bienes adquiridos por los *filius familias* como pago por ocupar altos cargos dentro de su corte (*palatini*), asi como sus ahorros o donativos se consideraran como *peculium castrense*. Estos bienes fueron considerados en la época de Justiniano como *peculium quasi castrense*; en dicho peculio se incluyeron también los regalos hechos a particulares por el emperador.

Adventicium

En el 319 d.C., Constantino concedió al *filius familias* los bienes por herencia de la madre, quitando al *pater familias* el derecho de enajenarlos. Al *filius* corresponde la nuda propiedad y al *pater* el usufructo. Justiniano extendió este régimen a aquellos bienes adquiridos por el *filius* de cualquier forma, incluyendo a los obtenidos por su propio trabajo o por donación. En caso de que el *filius familias* muriera sin testamento podían sucederle los herederos legítimos, aboliendo el derecho del *pater familias* del *iure peculii*.

vi. Causas de extinción de la patria potestad

- Muerte del *pater familias*, ya que los *filius familias* sin ascendiente (en caso de existir hijos y nietos, éstos últimos no se convertían en *sui iuris*, si no que quedaban bajo la patria potestad de su padre) que formaran parte de la familia, adquirían el *status* de *sui iuris* (Gayo, 1,127 y D. 50,16,195,2).
- *Capitis deminutio* máxima, media y mínima del *pater familias*. Los *filius familias* se convertían automáticamente en *sui iuris.*
- Muerte y *capitis deminutio* máxima y media del *filius familias.*
- Matrimonio *cum manu* de las hijas o nietas, ya que entran a la patria potestad del marido o del *pater familias* del marido.
- Emancipación. El *pater familias* libera mediante una *mancipatio* (tres ventas ficticias observando el rito de la *mancipatio*) al *filius familias* de la patria potestad. El *filius familias* sale de su familia de origen y pierde toda relación jurídica respecto de ella, convirtiéndose en *sui iuris*. Anastasio aceptó la emancipación por medio de un rescripto del príncipe. Justiniano exige el consentimiento expreso del *filius familias* por emancipar frente al magistrado, a excepción de los *infans*.
- Adopción plena y adrogación.
- El derecho justinianeo establece que salen de la patria potestad aquellos *filius familias* que adquieran un nombramiento en altas magistraturas o cargos religiosos.
- También dispuso que el *pater familias* perdía la patria potestad por prostituir a su hija o por cometer incesto con ella.

4. Tutela

a) Nociones generales

Algunos *sui iuris* pueden tener limitada parcial o totalmente su capacidad de ejercicio, sea por la edad o por razones de sexo. En ese caso era necesario designarles a un tutor que supliera su deficiente capacidad. En el derecho preclásico, Servio Sulpicio Rufo en el siglo I a.C. definió a la tutela como la fuerza y la potestad dadas y permitidas por el derecho civil sobre una persona libre *sui iuris,* para proteger al que por su edad no puede defenderse por sí mismo (*tutela est vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit iure civili data ac permissa* D. 26.1.1. pr.). La tutela es subsidiaria de la patria potestad, toda vez que los únicos que pueden estar sujetos a tutela son los *sui iuris*.

b) Evolución histórica

i. Para el derecho arcaico, el tutor tenía un interés de primer orden, por ser el más próximo heredero del pupilo si éste muriese durante la tutela. El tutor cuidaba y conservaba el patrimonio del pupilo en principio en favor del propio pupilo, pero también eventualmente para sí mismo.
ii. Durante la República la tutela se concibió como un deber y una carga impuesta en interés público (*munus*), en donde el Estado vigila los actos del tutor de manera cada vez más creciente.
iii. En el derecho posclásico y ya en épocas de Justiniano se crearon una serie de medidas que limitaron el poder del tutor, imponiéndole determinados deberes jurídicos. De esta manera la tutela se convirtió en un cargo público al que no se podía rehusar, salvo por causa justificada (*excusatio*).

c) Sujetos a tutela

Están sujetos a tutela aquellos que no han alcanzado la pubertad, supone la aptitud natural para engendrar.

i. Por razones de edad

Los infans

Son los que no pueden hablar razonablemente (*nullum intellectum habet* Gayo 3.109), es decir, los menores de siete años.

Los infans maiores

Son los que superaron la infancia, esto es, las mujeres hasta los doce y los hombres hasta los catorce años, por lo que ya cuentan con cierto grado de razón (*aliquem intellectum*).

ii. Por razones de sexo

Al llegar a la pubertad, las mujeres debían tener un tutor (*tutela mulierum*).

d) Clases de tutela

i. Testamentaria

La Ley de las XII tablas permite que el *pater familias* designe tutor en su testamento. Si el testamento se invalida el magistrado mantiene el nombramiento de tutor. Su fundamento se

encuentra en la patria potestad, ya que el pupilo es instituido heredero. El tutor testamentario podía renunciar libremente a la tutela (*abdicatio tutelae*), pero no podía cederse. La responsabilidad del tutor se hace efectiva a través de la *actio suspecti tutoris*.

ii. Legítima

Según la Ley de las XII tablas corresponde la tutela al agnado más próximo que sea varón y púber. En ausencia de éste, ocupaban el cargo algunos de los miembros de la *gens* (Gayo 1.149). El derecho clásico dispuso que, al cesar el parentesco, el tutor no podía renunciar, ni tampoco ser removido de la tutela. El emperador Claudio abolió esta clase de nombramiento para la tutela de las mujeres. Su fundamento se encuentra en la sucesión *ab intestado*, por lo que opera en forma subsidiaria en caso de no existir tutor testamentario. Su responsabilidad se hace efectiva a través de la *actio rationibis distrahendis* a fin de solicitar la rendición de cuentas.

iii. Dativa

La *lex Atilia* (186 a.C.) estableció que a falta de tutor testamentario o legítimo, el magistrado pudiera nombrar al tutor con el objetivo de proteger al incapaz. Con Claudio los cónsules adquirieron esta función; Marco Aurelio creó un *praetor tutelaris* para las tutelas de Roma, dejando las de Italia a los *iuridici* y en las provincias al gobernador. Se exige al tutor ciertas garantías y se le imponen algunas limitaciones. Su responsabilidad se hace efectiva a través de la *actio tutelae*.

e) Funciones del tutor

i. Negotiorum gestio

El tutor actúa como gestor de negocios (*gestio negotiorum*) cuando se trata de personas que tienen incapacidad para entender y querer por sí mismas (*infans*), por lo que deben suplir tal incapacidad.

- Gestiona la administración de todos los bienes del pupilo; tiene amplias facultades, incluyendo actos de disposición onerosos.
- El tutor no actúa como representante del pupilo, lo que significa que los efectos de los actos jurídicos recaen directamente sobre el patrimonio del tutor y no del pupilo. Posteriormente, el tutor se encontraría obligado a transmitir al pupilo los derechos que hubiese adquirido y las obligaciones asumidas por él. Esta función del tutor progresivamente se fue limitando.

ii. Auctoritas Interpositio

El tutor debe prestar su autorización (*auctoritas interpositio*) en el caso de una persona que tiene una capacidad limitada de querer y entender. En este caso, el tutor debía completar

tal capacidad deficiente (D. 26.8.3). Así, el impúber salido de la infancia (mayor de 14 años) podía válidamente realizar actos que tuviesen por finalidad hacerle adquirir derechos, pero no aquellos que no pudiese realizar por sí mismo válidamente y que tendiesen a empeorar su condición o hiciesen surgir obligaciones a su cargo. En este sentido, el negocio será valido para el impuber en tanto que lo beneficie, pero nulo si lo perjudica.

En este supuesto el tutor otorga asistencia y consejo al pupilo de la siguiente manera:

- Debe interponer su *auctoritas* en el mismo momento de la manifestación del pupilo, convirtiendo jurídicamente en eficaz al acto jurídico, cuyos efectos recaerán directamente sobre el patrimonio del pupilo. Justiniano aceptó la aprobación escrita del tutor, incluso con posterioridad al acto (D. 29.2.25.4).
- El pretor puede obligar al tutor a autorizar algunos actos ya realizados por el pupilo.

f) Responsabilidad del tutor

i. Medidas preventivas

- En relación al patrimonio del pupilo:
    - Hacer inventario de los bienes del pupilo.
    - Enajenar aquellos bienes de difícil conservación.
    - Solicitar autorización del magistrado para enajenar o pignorar fincas rústicas o suburbanas del pupilo. Desde Constantino se requirió autorización para enajenar cualquier bien mueble o inmueble de gran valor.
    - Invertir preferentemente los capitales del pupilo en inmuebles.
    - Cobrar los créditos pupilares y evitar el devengo de intereses pagando sin demora las deudas.
    - No hacer donaciones con el patrimonio del pupilo.
- El tutor debe otorgar garantía para asegurar el resultado de su gestión (*satisdatio rem pupilli salvam fore*).
- El tutor no testamentario debe otorgar una caución (*cautio rem pupilli salvam fore*) para asegurar la indemnización de los probables perjuicios causados por él en el patrimonio del pupilo y dando a éste ciertas preferencias de ejecución, los créditos del pupilo contra su tutor tienen privilegio en el concurso de acreedores.
- Tiene prohibido contraer matrimonio con el pupilo mientras exista entre ellos la relación de tutela.

ii. Medidas represivas

En principio y de acuerdo a la concepción antigua de la tutela sobre los impúberes y las mujeres, el tutor no estaba obligado a administrar los bienes del pupilo, ni se consideraba como

el responsable de las pérdidas y daños que éstos sufrieran; por lo que los pupilos no contaban con ninguna protección, ni se les concedía ninguna medida procesal contra los actos del tutor. Empero, la Ley de las XII Tablas reconoció sanciones penales en contra de lo actos del tutor. Con el tiempo, surgieron algunas acciones en favor de los pupilos contra los actos realizados por el tutor. Las principales acciones que se concedieron fueron las siguientes:

Accusatio suspecti tutoris

Acción pública infamante que debía ejercerse durante la tutela, por lo que podía interponerla ante el magistrado cualquier persona que sospechara que el tutor testamentario malversaba los bienes del pupilo. Durante el derecho justinianeo podía ser promovida de oficio.

Actio de rationibus distrahendi

Acción penal privada contra el tutor legítimo que hubiere sustraído algún bien del patrimonio del pupilo. Se podía obtener el doble del valor sustraído por el tutor. Justiniano amplía esta acción a cualquier tutor.

Actio tutelae

Se podía exigir al terminar la tutela dativa, posteriormente se extendió a la testamentaria, una indemnización por el comportamiento negligente del tutor. Era una acción de buena fe y de condena infamante.

El tutor contaba con un *iudicium contrarium*, también llamada *actio tutelae contraria* contra el pupilo por los gastos surgidos a propósito de la tutela (D. 27.4.1).

Actio negotiorum gestorum

Acción ejercida en contra del tutor para que restituyese al pupilo lo que hubiese adquirido.

Privilegium exigendi

En caso de quiebra del tutor, el pupilo tenía el derecho a que se le pagara primero dentro del concurso de acreedores.

g) Causas de extinción

i. Por muerte o *capitis deminutio* del pupilo.
ii. Por convertirse el pupilo en púber.
iii. Por muerte o *capitis deminutio* del tutor.

iv. Si los pupilos fueron adrogados o hubieran sido deportados.
v. Si el tutor o el pupilo fueron capturados por el enemigo.
vi. Por la existencia de una de las causas de dispensa al tutor (ancianidad, enfermedad, ocupación absorbente, residencia alejada, etc.).
vii. Si el tutor hubiera sido removido por sospechas de su mala ejecución.
viii. Con el tutor testamentario por cumplirse el término o la condición.

h) Tutela de las mujeres

Las mujeres *sui iuris* aún después de alcanzar la pubertad (a los 12 años) quedan sometidas a la tutela.

La *tutela mulierum* en principio se justificó desde el antiguo punto de vista del interés del tutor agnado, que en el futuro sería el heredero legítimo de la mujer; con el tiempo la función del tutor fue la de dar protección a la mujer incapaz.

i. Evolución histórica

- A partir de la República se otorgó la posibilidad de que el testador dejase a la mujer *in manu* el derecho de nombrar a un tutor (*optio tutoris* Gayo 1.150), así como el recurso de una *coemptio fiduciaria* para hacer que cesasen al tutor legítimo.
- Augusto mediante las *leges Iulia et Papia Poppea* concedió el derecho de liberarse del tutor (*ius liberorum*) a las mujeres ingenuas con tres hijos o a las libertas con cuatro hijos. También otorgó la posibilidad de que la mujer designase a su propio tutor.
- Desde el derecho clásico a falta de tutor, la mujer tenía derecho a solicitar del magistrado un nuevo y definitivo tutor.
- Claudio suprimió la tutela agnaticia para las mujeres.
- Hacia el 410 a.C. Teodosio y Honorio suprimieron la tutela de las mujeres, emancipándolas formalmente.

ii. Funciones del tutor

En aquellos negocios reconocidos por el derecho honorario bastaba la sola voluntad de la mujer; empero, la *auctoritas interpositio* del tutor durante el derecho clásico se requería para:

- Todos los negocios que podían disminuir el patrimonio de la mujer.
- Su intervención en juicio (*iudicium legitimum*), en especial en las *legis actionis*.
- Cualquier tipo de transmisión de propiedad (*in iure cessio*, *negotio per aes et libram*), manumisiones, etc.
- Contraer obligaciones.

5. Curatela

a) Nociones generales

Cura o curatela es entendida como la protección dispensada a bienes o patrimonios necesitados de vigilancia y cuidado por las condiciones de incapacidad o inexperiencia de su titular. La curatela tuvo su origen en la Ley de las XII Tablas en el caso de aquellos *sui iuris* que estuviesen limitados en sus capacidades mentales, para aquellos pródigos sujetos a interdicción y para hombres menores de 25 años por su inexperiencia en los negocios, a quienes era necesario nombrarles un curador que cuidara de sus intereses patrimoniales y, en algunos casos, de sus propias personas.

b) Sujetos a curatela

i. Enfermedades mentales (cura furiosi)

Desde la legislación decenviral los dementes o enfermos mentales eran considerados incapaces de obrar y si no tenían *custos* (*pater familias* o tutor), tanto su persona como sus bienes debían estar al cuidado de un curador.

Para algunos autores se distinguen los *furiosus* del *mente captus* o *demens*, por tener los primeros lapsos de lucidez; otros autores sostienen que los *furiosus* eran los locos agitados y los *mente capti* eran los disminuidos mentalmente.

Características

- Para el derecho romano no se requería la intervención o la decisión de la autoridad para declarar la interdicción o inhabilitación del enfermo mental; al surgir la enfermedad mental, el demente pasaba a ser incapaz *ipso iure*.
- Originariamente los curadores eran los agnados o a falta de éstos los gentiles, quienes estaban obligados a asumir el cuidado. Con el tiempo el magistrado era quien nombraba al curador, sobre todo para los *mente capti*. En cambio, no le era reconocido al *pater familias* nombrar curador en su testamento para el *furiosus*, aunque en la práctica el magistrado confirmaba tal nombramiento. Justiniano extendió la necesidad de confirmación por parte del magistrado a todos los curadores legítimos.
- Los curadores gozaban de amplias facultades, inclusive la de enajenar bienes del enfermo. Con el tiempo, se sujetó a los curadores a las mismas limitaciones que a los tutores de los impúberes, como la de justificar la enajenación de bienes.
- El curador actuaba como gestor de negocios, esto es, debía de administrar los bienes del incapaz; por lo que se podía ejercer contra el curador la *actio gestorum ne-*

gotiorum. Al curador para recuperar los gastos que hubiese realizado se le concedió la *actio gestorum negotiorum contraria*.
- En el derecho clásico el curador cesaba en sus funciones cuando el demente volvía a recuperar, con curación, la capacidad. El derecho justinianeo determinó que el nombramiento del curador quedaba suspendido durante los intervalos de lucidez del enfermo (*dilucida intervalla*) fuera válido para toda la vida del *furiosus*.

ii. Tendencia a la prodigalidad (cura prodigi)

Los pródigos son aquellos *pater familias* que teniendo hijos realizan actos tendentes a dilapidar todos los bienes heredados *ab intestato* de sus ascendientes agnaticios. La prodigalidad no es una enfermedad, sino una debilidad de carácter.

Características

- Presupone una interdicción (*interdicto*), es decir, un decreto del magistrado que declarase la incapacidad absoluta del pródigo, ya que se le priva del *ius commercium*.
- La curatela le corresponde a los agnados y a falta de éstos a los gentiles, ya que éstos serían los herederos legítimos. En caso necesario el magistrado puede nombrar al curador.
- El curador no tiene derecho alguno sobre la persona del sometido a curatela. Sus funciones se reducen a la administración del patrimonio, limitada en principio a la de los bienes heredados *ab intestato*; más tarde se extendió a la totalidad del patrimonio.
- Los pródigos pueden realizar por sí mismo actos que mejoren su situación y no los que lo perjudiquen.
- La curatela de los pródigos se extingue cuando se levante su interdicción.

iii. Inexperiencia (cura minorum)

En la República a través de la *lex Plaetoria* (200 a.C.?) surgió la curatela de aquellos varones que habían alcanzado la pubertad y por ende habían salido de la tutela, pero que eran menores de 25 años y por lo mismo carecían de experiencia; por lo que, su falta de desarrollo intelectual les acarrearía grandes perjuicios.

Características

- El curador es designado por el magistrado a petición del menor, a partir del derecho imperial, también a instancia de tercero para asuntos concretos. Marco Aurelio generalizó su designación para todo negocio jurídico realizado por el menor. En el derecho posclásico se nombró un curador a cualquier menor. El curador siempre debía ser nombrado por el magistrado o cuando menos debía confirmar el nombramiento.

- El curador actúa a través de la *auctoritas interpositio*, si bien no se requiere su aprobación simultánea al negocio. A partir del derecho posclásico el negocio jurídico no era válido en tanto el curador no otorgase su consentimiento, sobre todo, en aquellos actos que implicasen para el menor la pérdida de un derecho o la asunción de una obligación.
- La administración del patrimonio del menor no figuró en principio como una atribución del curador. En el derecho posclásico se convirtió en una función inherente al cargo de curador, por lo que tenía que otorgar una *cautio rem pupilli salvam fore* (Gayo 1.199).
- El derecho clásico otorgó al menor la *actio negotiorum gestorum*, a la que Justiniano llamó *actio curationis* contra los actos realizados por el curador en perjuicio del patrimonio del pupilo.

QUINTA UNIDAD
DERECHO PROCESAL ROMANO

Cuadro resumen

- 1. El proceso civil romano
  - a) Nociones generales
  - b) Evolución histórica
    - i. Venganza privada
    - ii. Justicia privada
    - iii. Justicia pública
- 2. Organización judicial
  - a) En el *ordo iudiciorum privatorum*
    - i. Magistrados
    - ii. Jueces
  - b) En la *cognitio extra ordinem*
    - i. Magistrados
- 3. Partes que intervienen en el proceso
  - a) Actor
  - b) Demandado
  - c) Representantes de las partes
    - i. Cognitor
    - ii. Procurator
    - iii. Defensor
    - iv. Advocatus

- 4. *Legis actiones*
  - a) Características
  - b) Clasificación
    - i. *Legis actio sacramento*
    - ii. *Legis actio per iudicis arbitrive postulationem*
    - iii. *Legis actio per conditionem*
    - iv. *Legis actio per manus iniectionem*
    - v. *Legis actio per pignoris capionem*
  - c) Decadencia de las *legis actiones*

- 5. *Per formulam*
  - a) Características
  - b) Introducción al procedimiento
  - c) Fase *in iure*
    - i. *Edere actionem*
    - ii. *Postulatio actionis*
    - iii. *Interrogatio in iure*
    - iv. Redacción de la fórmula
    - v. La *litis contestatio*
  - d) Fase *apud iudicem*
    - i. Pruebas
    - ii. Sentencia
  - e) Ejecución de la sentencia
  - f) Vías de recurso

- 6. Procedimiento *extra ordinem*
  - a) Característica
  - b) Evolución histórica
  - c) Desarrollo del proceso
  - d) Ejecución de la sentencia
  - e) Vías de recurso

- 7. Acciones
  - a) Concepto
  - b) Clasificación

- 8. Interdictos
  - a) Concepto
  - b) Clasificación

1. El proceso civil romano

a) Nociones generales

i. Derecho de acción

Es la facultad del particular de exigir determinada conducta a otro, cuando éste ha incumplido con la misma, mediante la intervención de los órganos del Estado encargados de administrar justicia.

ii. Derecho subjetivo

Mientras que para el derecho moderno el titular de un derecho subjetivo tiene implícitamente una acción en defensa de él, en el lenguaje romano, se prefería usar la palabra *actio* en lugar de *ius*, para indicar que se tenía la facultad, concedida por el *ius civile* o por el pretor, y defendida por una *actio*, de exigir determinada conducta de parte de otros, o de actuar judicialmente para conseguir sus efectos o su equivalente. Por lo tanto, los romanos preferían concebir las relaciones jurídicas a través de acciones, en vez de hacerlo por medio del reconocimiento de derechos subjetivos.

iii. El proceso civil

El derecho romano distingue al proceso penal o criminal del civil; el primero tiene la finalidad de imponer una pena aflictiva al que ha cometido un delito, esto es, se busca aplicar la sanción por la infracción de aquellas normas cuya ejecución controla directamente el Estado. En cambio, el proceso civil tiene la función de defender el derecho subjetivo de un particular frente a otro sujeto.

b) Evolución histórica del proceso civil romano

i. Introducción

El proceso civil romano sufrió una constante evolución, su origen se remonta al derecho arcaico vinculándose al *pater familias*, quien ostentaba la fuerza, imponiéndose a través de él lo que era justo; posteriormente, este poder fue respaldado por el Estado y más tarde el propio Estado fue el único encargado de administrar justicia.

ii. Venganza privada

Venganza desmedida

En los primeros tiempos de Roma, los conflictos se dirimían con el uso de la violencia. Se recurría a la violencia indiscriminada y a las luchas en donde el vencedor era el más fuerte o

el más hábil, imponiendo con ello su voluntad hacia los demás. Con el advenimiento de las creencias mágico-religiosas el uso de la violencia quedó sometida a ciertos ritos y ceremonias en duelos, vigilados por los sacerdotes, demostrando la decisión favorable de los dioses al quien mejor realizaba los ritos.

Venganza medida

La venganza desmedida se limitó al uso de la Ley del Talión regulada por la Ley de las XII Tablas, autorizando al ofendido imponer al ofensor una lesión o daño igual al que se le causó.

Composición legal

El ofendido podía renunciar al uso de la fuerza física a cambio de un pago compensatorio, primero voluntario y después impuesto por la ley. Al principio, el Estado solo intervenía para limitar y regular la reacción privada. Con el tiempo, la autoridad pública fijó los medios legales para obtener la reparación, así como la cuantía de la sanción.

Progresivamente se introdujeron leyes e instituciones que eliminaron la justicia por propia mano, entre ellas: la *lex Iulia de vi* de la época de Augusto, que castigaba con la privación de su derecho de crédito al acreedor que directamente ejercitara actos de fuerza sobre su deudor para obligarlo a pagar; un decreto de Marco Aurelio estableció que el acreedor que tomara de su deudor cosa o dinero que le debía sin autorización del magistrado, no tendría derecho a su crédito y al deudor le quedaría condonada la misma (D. 4.2.12.2); Valentiniano, Teodosio y Arcadio establecieron el principio de la ilegitimidad de la autodefensa en el campo de los derechos reales, en el caso de que el propietario desposeyese violentamente al actual poseedor, además de perder la posesión, también podría perder la propiedad; y con el derecho justinianeo se impuso gradualmente el principio de que la defensa del derecho debía llevarse a cabo a través de los órganos encargados de administrar justicia (D. 50.17.176).

iii. Justicia privada

Con el tiempo, el Estado logró imponer un conjunto de normas tendentes a regular la participación de los particulares en la administración de justicia; surgiendo así el procedimiento civil. El primero, lo constituyó el *ordo iudiciorum privatorum*, dividiéndose el juicio en dos fases: la primera, ante el magistrado (*in iudicium*) y la segunda ante un juez privado (*apud iudicem*); representando con ello, el equilibrio entre la justicia pública y la justicia privada administrada por un juez o árbitro designado por las partes. Pertenecieron a este sistema dos procedimientos que coexistieron durante algunos decenios: las acciones de la ley (*legis actiones*) y el procedimiento formulario (*per formulam*).

iv. Justicia pública

La última fase de la evolución de la administración de la justicia supuso la intervención completa del Estado, por lo que se creó el tercero de los procedimientos civiles, la *cognitio extra ordinem*, en donde el magistrado como representante del poder público, no solo conocía de la demanda, sino que él mismo era quien resolvía el conflicto dictando la sentencia.

2. Organización judicial

a) *Ordo Iudiciorum privatorum*

i. Magistrados

Atribuciones

- Tener la facultad para pronunciar o decir lo que es derecho en un litigio concreto (*iurisdictio*) de acuerdo con lo siguiente:
- *Do* (*dare*): Designa la concesión de juez o árbitro, electo por las partes o nombrado por el magistrado; también se entiende como la facultad de conceder o denegar acción o excepción.
- *Dico* (*ius dicere*): Alude a todas las declaraciones que el magistrado pronuncia en relación con el derecho que debe aplicarse en el proceso.
- *Addico* (*addicere*): Comprende todos los actos que atribuyen derechos constitutivos a favor de una de las partes que actúa en el proceso.
- En los casos de excepción del procedimiento formulario, en los que el magistrado debe intervenir en la segunda fase del *ordo iudiciorum privatorum*, requiere la *cognitio*, es decir, la facultad para poder dictar sentencia.

Clases

En la Monarquía la *iurisdictio* se concentraba en el rey. Al implantarse la República esa atribución la tuvieron los cónsules, así como sus sustitutos provisionales (el *interrex*, los *decemviri legibus scribundis* y el dictador), el pretor urbano y el peregrino, para algunas materias los ediles y censores en Roma y los gobernadores en las provincias. Durante el Principado, además, tenían dicha facultad los prefectos en los municipios, el proconsul y el cuestor en las provincias senatoriales y el *legatus Agusti* en las provincias imperiales.

ii. Jueces

Derechos

La *iudicatio* es el derecho para que el juez privado pueda decir mediante *opinio*, cuál de las partes tiene o no derecho y emitir una sentencia (*iudicaum*).

Clases

- Juez privado.
- Tres o cinco árbitros.
- Tribunales permanentes, es decir, tribunales colegiados formados por jueces nombrados por el pueblo para resolver controversias específicas: el de los *centumviri* para conocer de propiedad y herencia; los *decemviri* para asuntos relacionados con libertad y ciudadanía, los *triumviri* para resolver conflictos entre romanos y extranjeros.

Requisitos

- Hombre honorable sin importar que esté o no bajo i*n potestate*.
- Con experiencia en la materia a conocer.
- Estar en la lista oficial (*album iudicium selectorum*).
- No pueden ser juez por ley el expulsado del Senado.
- El juez no puede ser sordo, mudo, loco o impúber, estos últimos porque carecen de juicio.
- Las mujeres y los esclavos tienen impedido cargos civiles, entre ellos, el de juez.

b) *Cognitio Extra ordinem*

i. Magistrado-Juez

Atribuciones

No existiendo en este procedimiento las dos fases, desaparece la distinción entre magistrados dotados de *imperium* y de *iudices* o ciudadanos encargados de sentenciar dotados de la *iudicatio*. A partir de este procedimiento, la *iurisdictio* significó la atribución de decir el derecho aplicable al caso concreto en la sentencia; por su parte, la *cognitio* se entendió como la atribución del magistrado para llevar a cabo el proceso completo.

Una constitución de Constantino y Constante del año 342 a.C. (C. 2.57.1) establece como único procedimiento la *cognitio extra ordinem*, produciéndose la profesionalización de la justicia, siendo el magistrado-juez un representate del Estado.

Clases

Los órganos judiciales en este procedimiento se dividen en escala jerárquica: los magistrados municipales; los rectores de las provincias (*corrector, praeses* o *consularis*); los vicarios de las diócesis; los prefectos (*urbi, pretorio, annonae, vigilium*) y el emperador.

3. Partes que intervienen en el proceso

a) Partes litigantes

Son partes en un proceso (*adversarii*) quienes actúan en un proceso judicial para obtener una sentencia favorable. En términos generales hay dos partes en un litigio, actor y demandado, ya que como se afirma "no puedo litigar contra mí mismo" (*quia ipse mecum non possum* Gayo 4.78). Es por ello que en las fórmulas romanas cuando se alega que uno debe y el otro lo niega, ocupa el lugar de actor Aulo Agerio y como demandado Numerio Negidio.

Sin embargo, existen litigios en los que las partes son coincidentes en sus peticiones, no existiendo, en pricipio la dualidad de actor y demandado, como son los casos de división de una copropiedad (*actio communi dividundo*), la división de una herencia (*actio familiae ersciscundae*) o solicitar un deslinde de inmuebles (*actio finium regundorum*).

Para ser parte en juicio se debe tener capacidad para ello (*ius actionis*), en principio solo los *sui iuris* podían comparecer en juicio, con el tiempo, se permitió a los *alieni iuris*, mujeres y esclavos intervenir en juicio como actor o demandado. También es necesario que las partes cuenten con legitimación, es decir, que tengan derecho en concreto para ser parte en un proceso en específico.

i. Actor

El *actor* es quien ejercita la *actio*, esto es, el que actúa (*is qui agere vult*), es decir, el sujeto que se dirige a los órganos facultados para hacer valer un pretendido derecho subjetivo violado por otra persona, el demandado.

ii. Demandado

El demandado o *reus* (*is cum quo agitur*) es la persona de quien el actor afirma que le vulneró su derecho.

c) Representantes de las partes

En el procedimiento de las *legis actiones* las partes (actor y demandado) deben actuar personalmente; solo en casos excepcionales pueden comparecer sus representantes legales (Inst. 1.4.10). A partir del procedimiento formulario y posteriormente en el extraordinario, se permite que las partes sean representadas en juicio por las siguientes personas:

i. Cognitor

Representante del actor o demandado; se requiere una declaración solemne verbal delante del oponente y destinada a ser dada a conocer a terceros (Gayo 4.83). Hace surgir una representación indirecta, ya que el *cognitor* toma el lugar de su representado y los efectos positivos o negativos del proceso recaen sobre él. Cuando el demandante nombra a un *cognitor*, la acción se consume definitivamente; en cambio, si representa al demandado, la acción ejecutiva se dirige contra el representado. En la época de Justiniano el *cognitor* desaparece.

ii. Procurator

Primitivamente era aquel administrador general de toda casa romana acomodada, el cual podía representar al *pater familias*. Con el tiempo, se transforma en un mandatario nombrado *ex professo* sin solemnidades para que represente a alguna de las partes en juicio. No sustituye plenamente al representado, la acción no se consume y puede ser ejercitada nuevamente por el representado; para evitar este riesgo al demandado, el *procurator* debe otorgar caución bajo coacción por parte del magistrado de denegarle la acción de que su representado acepte el resultado y no vuelva a reclamar (*cautio de rato*), por lo que la acción ejecutiva corresponde al *procurator*; en cambio, si representa al demandado dicha acción ejecutiva se ejercita directamente contra el representante.

iii. Defensor

Persona que defiende los intereses ajenos en un juicio, con o sin la autorización de las partes contendientes. Para poder comparecer, el magistrado le obligaba a otorgar caución.

iv. Advocatus

El término se aplica a las personas que tienen como ejercicio profesional abogar por las partes en juicio, asesorándolas.

Dentro del *ordo iudiciorum privatorum* actuaban los juristas (*iurisprudentes*) asesorando a las partes y algunos oradores (*oratores*) que auxiliaban a las partes en los debates orales y en las pruebas. En la República tenían prohibido cobrar por sus servicios; Augusto impuso una pena del cuádruple del valor de lo que recibió.

Ya en la *cognitio extra ordinem*, el *advocati* sustituye a los juristas y a los oradores en el juicio, pudiendo cobrar por sus servicios.

4. *Legis actiones*

a) Características

En la época arcaica el proceso civil se acomodaba según lo prescrito por las leyes y consistía en declaraciones solemnes, acompañadas de determinados gestos rituales impuestas por el ordenamiento jurídico a los particulares para defensa de sus derechos que debían tener lugar ante un magistrado.

Las *legis actiones* forman parte del primer procedimiento civil romano, el *ordo iudiciuorum privatorum*. Gayo (4.2.1) se refiere a ellas como las acciones que usaron los antiguos y que quedaron establecidas en la Ley de las XII Tablas.

Las características de las *legis actiones* son:

i. Las partes deben hacer y expresar lo establecido por la tradición; de lo contrario, la mínima desviación de ellas lleva consigo la pérdida del litigio.
ii. Forman parte del ordenamiento jurídico de los juicios privados (*ordo iudiciorum privatorum*), por lo que el procedimiento se divide en dos fases, la primera ante el magistrado (*in iure*), quien al final de la misma debe nombrar a un juez privado; la segunda, tiene lugar ante el juez privado (*apud iudicem*) y termina con la sentencia dictada por dicho juez.
iii. Por su carácter arcaico, solo podían utilizarlas los *patresfamilias*, ya que solo sirven para ejercitar acciones reguladas por el antiguo *ius civile*.
iv. Las *legis actiones per sacramento, per iudicis arbitrive postulationem* y *per condictionem* son actos que deben efectuarse ante el magistrado a fin de que éste procediera posteriormente al nombramiento del juez privado. En cambio, las *legis actiones per manus iniectio* y *per pignoris capionem* eran formas de ejecución de una decisión judicial ya pronunciada o de un derecho reconocido previamente.
v. La función del magistrado se limita a una tarea formal y pasiva, consistente en constatar que las partes realizaran los actos solemnes, para que pudiera proceder al nombramiento del juez.
vi. Las legis actiones son procedimientos orales y solemnes.
vii. La condena siempre es en términos pecuniarios y congruente con lo solicitado por el actor. El demandando no puede contrademandar en el mismo juicio.

b) Clasificación

i. Per Legis actio sacramento (acción de apuesta sacramental)

Características

- Es la más importante y antigua de las *legis actiones*. En principio se utilizó para apoderarse de cosa propia, posteriormente para lograr el reconocimiento de un derecho o de una obligación en relación con el demandado. Por tanto, existen dos modalidades: *in rem* para proteger los derechos absolutos del *pater familias* e *in personam* para proteger derechos de crédito.
- Es una acción general que se utiliza cuando una ley no prevé otra forma de exigir la protección o el reconocimiento de un derecho.
- Citación (*in ius vocatio*): Acto privado realizado por el actor quien acudía con el demandado para notificarle que debía comparecer ante el magistrado. Éste debía acudir inmediatamente; en caso contrario, era compelido a otorgar una caución para asegurar su presencia ante el magistrado; en caso de rehusarse, el actor en presencia de tres testigos, podía llevarlo a la fuerza.

Fase in iure

Comparecencia ante el magistrado:

- Designación del juez o árbitro: Las partes de común acuerdo designaban al juez privado o árbitro mediante sorteo (*sortitio*), la cual era refrendada por el magistrado; así, el magistrado confiaba al juez o árbitro el poder juzgar el caso concreto (*iudicare iubere*) y las partes se comprometían a comparecer ante él. A partir de la *lex Pinaria* debían pasar 30 días antes de nombrar al juez.
- El magistrado podía conceder o denegar la acción presentada por el actor.
- El demandado podía reconocer el derecho alegado por el actor mediante una *confessio in iure* o *cessio in iure* y en estos casos el proceso finalizaba en esta fase.

El libro IV de las Instituciones de Gayo contempla una amplia descripción, aunque incompleta de esta *legis actio in rem*, misma que se desarrollaba tratándose de derechos reales de la siguiente manera:

1. La *vindicatio*: el actor tocaba con una varita (*festuca*) el objeto del pleito, declarando que le pertenecía.
2. La *contravindicatio*: el demandado tocaba el mismo objeto, afirmando que le pertenecía.
3. *Manuum consertio*: Se iniciaba el duelo judicial; el pretor ordenaba a ambas partes entregar el objeto en litigio.

4. *Sacramentum*: Se iniciaba una apuesta de 50 ases si el objeto en litigio tenía un valor de hasta de 1000 ases o de 500 ases si el objeto era mayor a 1000 ases. Estas cantidades se perdían en favor del erario, no del vencedor. El dinero de la apuesta se depositaba o se prometía su entrega, para lo cual se debía otorgar garantía.
5. El magistrado concedía provisionalmente la posesión a una de las partes, prefiriendo al que otorgase mayor garantía.

Litis contestatio: Deriva de la palabara *lis* que significa controversia y *contestari*, acreditar con testigos, esto es, el litigio quedaba definitivamente fijado y acreditado ante testigos. Se invitaba a cinco testigos a que fijaran en su memoria los detalles de lo sucedido en esta *fase in iure*.

Fase *apud iudicem*

Tres días después de que el magistrado nombrase al juez o al árbitro, las partes comparecieran ante él. El procedimiento se desarrollaba de la siguiente manera:

1. Breve recapitulación de los hechos. Si una de las partes no comparecía antes del medio día, perdía el litigio.
2. Pruebas:
    - Principios:
        - Los hechos deben ser probados.
        - Las partes tienen el deber de aportar las pruebas; el juez no tiene obligación ni de suministrar medios de prueba, ni de realizar investigaciones acerca de las mismas.
    - Tipos:
        - Declaraciones de las partes mediante juramento.
        - Testigos bajo juramento.
        - Documentales.
        - Periciales: Dictamen de expertos o peritos en las distintas profesiones u oficios.
        - Inspección ocular del juez.
    - Fases:
        - Ofrecimiento.
        - Aceptación o rechazo.
        - Valoración tasada, esto es, que la ley le determina al juez a qué pruebas debe darle mayor importancia. (v.g. la confesional, sobre la testimonial).
3. Alegatos.
4. Sentencia: El juez proclamaba al ganador de la apuesta y con ello decidía al ganador del juicio.

ii. Per iudicis arbitrive postulationem (acción de petición de juez o árbitro)

Características

Las XII Tablas concedían esta acción para reclamar deudas pecuniarias surgidas de una *sponsio* (contrato de promesa), así como para dividir herencias (*actio familiae erciscundae*), disolver una copropiedad (*actio communii dividundo*) o regular los límites de propiedades (*actio finium regundorum*).

- Citación (*in ius vocatio*): Tiene los mismos efectos que en la *legis actio per sacramento*.

Fase in iure

- Comparecencia ante el magistrado:

1. El magistrado podía conceder o denegar la acción al actor.
2. El demandado podía reconocer el derecho alegado por el actor, mediante una *confessio in iure* o *cessio in iure* y en estos casos el proceso finalizaba en esta fase.
3. El actor afirmaba su pretensión señalando las causas de la misma.
4. El actor solicitaba nombramiento de un juez, si el asunto se trataba de un bien o de un árbitro, si se trataba de valorar el pago de daños y perjuicios.

- *Litis contestatio*: Tiene los mismos efectos que en la *legis actio per sacramento*.

Fase apud iudicem

La comparecencia ante el juez o árbitro seguía el mismo procedimiento que en la *legis actio per sacramento*.

1. Breve recapitulación de los hechos.
2. Pruebas.
3. Alegatos.
4. Sentencia: El juez o el árbitro constituían derechos a favor de cada interesado, al haber procedido a la división de cosas que eran comunes y adjudicarlas en partes divididas; al deslindar los límites de los terrenos o al determinar el monto de daños y perjuicios solicitados.

iii. Per condictionem (acción por condición o emplazamiento)

Características

Introducida por la *lex Silia* (s. III a.C.) para reclamar deudas pecuniarias de cantidad determinada (*certae pecunia*); extendida posteriormente por la *lex Calpurnia* (mediados s. II a.C.) a las deudas de cualquier objeto determinado (*aliae certae res*).

Fase in iure

Comparecencia ante el magistrado:

1. El magistrado podía conceder o denegar la acción del actor.
2. El demandado podía reconocer el derecho alegado por el actor mediante una *confessio in iure* o *cessio in iure* y en estos casos el proceso finalizaba en esta fase.
3. El actor declaraba que el demandado le debía cierta suma de dinero o cosa (sin indicar la causa de la reclamación).
4. En el caso que el demandado lo negara, el magistrado los conminaba a que se presentasen 30 días después para el nombramiento de juez (*Lex Pinaria*).
   - *Litis contestatio*: tiene los mismos efectos que en la *legis actio per sacramento*.

Fase apud iudicem

La comparecencia ante el juez seguía el mismo procedimiento que en la *legis actio per sacramento*.

1. Breve recapitulación de los hechos.
2. Pruebas.
3. Alegatos.
4. Sentencia: condenando o absolviendo al demandado.

iv. Per manus iniectio (acción por aprehensión corporal)

Características

- Parece ser que no era propiamente una acción, sino un modo procesal que servía como medio ejecutivo cuando el deudor no podía o no quería cumplir una sentencia o un deber reconocido ante autoridad.
- Tenía por objeto que magistrado autorizara ejecutar una sentencia en contra de la persona condenada y no cumplida en el plazo legal (30 días).
- El ritual de esta acción reviste rasgos propios de una defensa privada.

Procedimiento

- Citación (*in ius vocatio*): Tiene los mismos efectos que en la *legis actio per sacramento*.
- Comparecencia ante el magistrado:

1. El actor lleva al demandado en presencia del magistrado y ante él recitaba una determinada fórmula, combinándola con ciertos gestos, como sujetándolo del cuello.
2. Discusión, en su caso, sobre la procedencia de la aprehensión corporal y no siéndolo, el magistrado entregaba al ejecutante al demandado (*addico*).
3. El actor llevaba al *reus* a su cárcel privada, debiéndolo atar y darle de comer durante sesenta días. En el ínterin debía llevarlo tres veces al mercado proclamando la deuda, para el caso de que alguien quisiere pagarla. Después de este plazo, el actor podía vender al demandado como esclavo (*trans Tiberim*) o darle muerte. A partir de la *lex Poetelia Papiria de nexix* de 326 a.C., el demandado podía pagar su libertad con su trabajo.

v. Per pignoris capionem (acción por la toma de la prenda)

Casos

Según Gayo (4.26-29) algunos autores le negaban el carácter de *legis actio* por no tener lugar ante el pretor, ni las limitaciones del calendario jurisdiccional.

Se trataba probablemente de una forma primitiva de ejecución de una sentencia. El acreedor podía tomar los bienes del demandado hasta cubrir su crédito, sin previa condena.

Al ser de aplicación excepcional, los casos en los que procede son:

- El que habiendo comprado una *res* para sacrificarla a los dioses no pagara el precio.
- El que no pagó el alquiler de una caballería, si el alquiler se hubiese destinado al sacrificio de los dioses.
- El que se negara a pagar un impuesto legítimo al cobrador de impuestos.
- El crédito de los soldados.

Procedimiento

No se realizaba la fase *in iure*, únicamente el actor penetraba a casa del demandado, pronunciaba las fórmulas sacramentales y tomaba algún bien (*pignus*). El demandado podía rescatar el bien pagando, en caso contrario el actor podía venderlo y devolver el remanente (*superflum*).

c) Decadencia de las *legis actiones*

Según Gayo, los propios romanos comenzaron a odiar a las *legis actiones* pues en caso de cometer el mínimo error en el desarrollo de las formalidades prescritas se perdía el litigio. De ahí que la *lex Aebutia* del año 130 a.C. estableció cambiar los juicios desarrollados *per concepta verba*, por los juicios escritos *per formulam*. Esta ley comienza a reconocer algunos procedimientos llevados a cabo por el pretor peregrino basados en su *imperium* y a través de breves escritos denominados fórmulas (*formulae*) en donde se concretaba el derecho alegado.

Su extinción definitiva se da en época de Augusto con la expedición de las *leges Iuliae iudiciorum privatorum* y *Iuliae iudiciorum publicorum* del 17 a.C. conocidas como las *leges Iuliae Iudiciariae*.

5. *Per formulam* (procedimiento formulario)

a) Características

El procedimiento formulario coexistió en parte con el procedimiento de las *legis actiones*. Corresponde a la época del derecho romano clásico y fue usado desde la mitad del siglo II a.C., hasta el siglo III d.C. Los factores que hicieron posible la aparición de este procedimiento fueron varios, entre ellos, la creación del pretor peregrino, como magistrado que debía dirimir controversias relacionadas con extranjeros, la influencia de un factor espiritual de la buena fe (*fides*) en el campo del derecho privado, ello aunado a las fatales consecuencias de aquellos litigantes que no cumplían con los ritos necesarios para llevar a cabo alguno de los procedimientos de las *legis actiones*, originando por lo tanto, la creación de un procedimiento más flexible, menos solemne y por escrito, el procedimiento *per formulam*.

Las características más importantes de este procedimiento son:

i. Procedimiento instaurado definitivamente por Augusto a través de las *leges Iuliae Iudiciariae* en el 17 a.C.
ii. Aplicable tanto a ciudadanos como a extranjeros.
iii. Forma parte del ordenamiento jurídico de los juicios privados (*ordo iudiciorum privatorum*), por lo que el procedimiento se dividía en dos fases, la primera ante el magistrado (*in iure*), quien al final de la misma debía nombrar a un juez privado; la segunda tenía lugar ante el juez privado (*apud iudicem*) y terminaba con la sentencia dictada por dicho juez.
iv. Basado en el *imperium* del magistrado (*iudicium quod imperio continetur*). La función del magistrado consistía en examinar el contenido y el fundamento de la con-

troversia, determinando si el derecho afirmado por el actor era digno o no de defensa judicial. Con base a dicho examen concedía o negaba la *actio* solicitada; en caso de que aceptara la petición del actor determinaba a través de las declaraciones de las partes su posición recíproca, que fijaba en un breve escrito, la fórmula. Gracias a esta función, el magistrado y en específico el pretor logró transformar gradualmente el derecho privado romano.

v. La fórmula era una instrucción escrita por el magistrado, en donde le indicaba al juez privado en forma esquemática los puntos de hecho y de derecho que debía examinar y verificar para que dictara una sentencia justa. En la misma fórmula el magistrado concedía al juez la facultad de condenar o de absolver al demandado.

vi. La condena siempre consistía en la absolución o condena del demandado a una suma de dinero en favor del actor; en cambio, no podía consistir en la entrega de algo o en la realización de determinada conducta, ni contener disposiciones en contra del actor.

vii. Su decadencia de facto se inicia desde el inicio del Principado, toda vez que, la concentración de poderes por parte del emperador, van desplazándolo hasta que en el año 342 d.C. a través de una constitución de Constancio y Constante el procedimiento formulario queda derogado definitivamente (C. 2.57.1).

b) Introducción al procedimiento

- Citación (*in ius vocatio*): Acto privado que realizaba el actor para notificar al demandado su comparecencia ante el magistrado. El demandado a su vez podía realizar las siguientes conductas:
    - Acudir a la audiencia inmediatamente u otorgar fiador (*vindex*) asegurando con ello su comparecencia.
    - Ser llevado a la fuerza por el actor en presencia de testigos.

c) Fase *in iure*

En esta fase las partes en presencia del magistrado luchaban por una fórmula que les favoreciera. Los actos que se desarrollaban en esta fase son:

i. Edere actionem

Indicación hecha por el actor al demandado de la *actio* con base en la cual tiene intención de ejercerla en su contra, es decir, comunicarle al demandado la fórmula que se le quiere pedir al magistrado.

ii. Postulatio actionis

Petición que hace el actor al magistrado para que le conceda una *actio*. Inmediatamente después de las peticiones del actor, se desarrollaba la actividad del demandado; éste podía realizar lo siguiente:

- Satisfacer materialmente la pretensión del actor, en tal caso, dejaba de existir razón para el litigio.
- Sin satisfacer materialmente la pretensión, reconocerla (*confessio in iure*). Si el objeto de la pretensión era una suma de dinero determinada, la *confessio* equivalía a una *condemnatio*, dando lugar al procedimiento ejecutivo, sin necesidad de pasar por la fase *in iure*. Si, en cambio, el objeto de la pretensión era una suma indeterminada o algo distinto a dinero, se abría la fase *in iudicium*, en donde la función del *iudex* era solo la de determinar el importe de la suma o el valor del objeto.
- No responder la pretensión del actor o no defenderse, manteniendo una actitud pasiva. En caso de una *actio in personam*, el magistrado podía autorizar la ejecución sobre la persona o sobre sus bienes; si se trataba de una *actio in rem*, hacía que el actor obtuviera la posesión de la cosa controvertida.
- Cuestionar la verdad de los hechos alegados por el actor o el fundamento jurídico de su pretensión, con el fin de que el magistrado negara al actor la concesión de la fórmula.
- Sin cuestionar la verdad de los hechos afirmados por el actor o el fundamento jurídico de su pretensión, invocar otros elementos de hecho o de derecho para someter a examen del juez, elementos que excluían la *condemnatio*; esto con el fin de que el magistrado añadiese a la fórmula pedida por el actor *exceptiones* en interés del demandado.

iii. Interrogatio in Iure

A fin de comprobar la verdad de determinados hechos, el actor, o directamente el magistrado, podían hacer al demandado una *interrogatio in iure*. La respuesta dada por el demandado le vinculaba, en sentido que el actor podía solicitar una fórmula con base en lo dicho; si se comprobaba la falsedad de la respuesta del demandado, su situación se agravaba.

iv. Redacción de la fórmula

Concepto de fórmula

La fórmula es un documento extendido en una doble tablilla de cera, escrito en su parte interna y reproducido en su parte externa; la parte interna, sellada por las partes y por los testigos en la fase *in iure*, se abría después ante el juez. En sentido general, la fórmula es un acto de las partes, que se manifiesta libremente a través de la aceptación de un modelo predispuesto por la ley o por el magistrado, en forma que valga también para el juez. De lo anterior, se derivan las siguientes características:

- Es un acto de las partes, pero no es un contrato. Resume las dos declaraciones de las partes, la pretensión del actor y la oposición o excepción del demandado; ambas van unidas en el documento, sin que se fundan, solo se complementan.
- Es una instrucción del magistrado dirigida al juez, no constituyendo su fundamento la voluntad de las partes, sino la de la ley o del magistrado.
- Existen dos actos del magistrado conexos a la fórmula, a falta de los cuales ésta no podría darse; estos son, el *iudicium dare*, por el que la fórmula encuentra su reconocimiento y efectos jurídicos y el *iudicare iubere*, mandato que el magistrado le da al juez para que aplique la fórmula expidiendo una sentencia.

Partes principales

Nominatio iudicis

Nombramiento del juez o tribunal (*recuperatores*). El magistrado ratifica la elección del juez y emite el mandato de juzgar. Encabeza la fórmula.

Demonstratio

Explica la causa de la demanda. Solo recae en prestaciones genéricas, abstractas o indeterminadas que deberá de precisar el actor ante el juez (v. gr. Cobrar el precio o recobrar la cosa depositada).

Intentio

Parte en la que se expresa el derecho que pretende el actor. Es la hipótesis que debe probar el actor ante el juez.

En las acciones que tienen por objeto solicitar el cumplimiento de un derecho personal (*condictiones*), el nombre del deudor debe figurar en la *intentio*, ya que la acción solo se dirige contra él. En las acciones *in rem* éstas se ejercitan en contra de cualquier persona que perturbe el derecho real y su nombre solo aparece en la *condemnatio*.

La pretensión del actor puede estar basada en el derecho civil (*intentio in ius concepta*) o en un hecho protegido por el magistrado (*intentio in factum concepta*). La basada en el *ius civile* podía referirse a un *certum*, cuando se trata de un derecho de propiedad sobre una cosa determinada, de cierta cantidad de dinero en concreto o de un bien específico.

Adjudicatio

Parte en la que se permite al juez adjudicar algo a alguno de los litigantes en las acciones divisorias: *actio familiae erciscundae* (dividir una herencia entre coherederos); *actio communi dividundo* (dividir una copropiedad o sociedad); y *actio finium regundorum* (delimitar fincas entre vecinos). En estas acciones, el juez atribuía las partes a los litigantes con arreglo a la equidad y condenaba al que salió ganador en la adjudicación a que pagara al otro cierta cantidad por indemnización.

Condemnatio

Parte en la que se otorga al juez la facultad de condenar o absolver al demandado.

Partes accesorias

Praescriptiones

- *Pro actore*: parte destinada a limitar o a concretar el objeto del litigio; se puede agregar al comienzo de la fórmula para salvaguardar el interés del actor, limitando el objeto del litigio a fin de evitar las consecuencias excesivas que habría de tener el juicio si no se hiciera tal reserva. También sirve para prevenir al juez sobre alguna circunstancia relevante.
- *Pro reus*: alegaciones del demandado que el juez debía de examinar antes de dictar sentencia. Con el tiempo se convirtieron en excepciones.

Exceptio

Parte que permite al demandado oponer a la acción del actor una alegación, de hecho o de derecho, que la rechaza o la paraliza. El pretor, así como concede o deniega la acción, concede o deniega la excepción. Existen las excepciones perentorias o perpetuas que desvirtúan totalmente la acción, destruyéndola (v.g. alegaciones sobre miedo, dolo, transgresión a la ley, cosa juzgada, etc.) También existen las excepciones dilatorias, las cuales tienen una validez temporal (pacto de no pedir en cierto tiempo).

Replicatio

Parte que contiene la oposición del actor a la excepción del demandado.

Duplicatio, triplicatio

La *duplicatio* es la parte que contiene la réplica del demando a la *replicatio* del actor.
La *triplicatio* era la réplica del actor en contra de la *duplicatio* del demandado.

Litis contestatio

Es la aceptación de la fórmula por las partes, en donde el magistrado expide un decreto por el que otorga acción a la fórmula. Produce los siguientes efectos jurídicos:

- Las partes no pueden variar lo asentado en la fórmula (no más acciones, ni excepciones).
- Las partes quedan vinculadas según lo asentado en la fórmula.
- Se consume definitivamente la acción.
- Se instruye al juez para que tome en cuenta determinadas circunstancias, que de no apreciarlas pueden llevarlo a dictar una sentencia injusta.
- Determina el valor de las pretensiones reclamadas (*litis*).
- Convierte en permanente una acción temporal.
- A partir de la *litis contestatio* el poseedor de buena fe ya no tiene derecho a los frutos.
- Opera como un contrato procesal, cuyo efecto es convertir la cuestión litigiosa en el objetivo del juicio (*res in iudicium dedicta*), lo que provoca que la *litis contestatio* tenga:
    - Valor novatorio: si el actor se declara conforme con la fórmula, pierde el derecho subjetivo reclamado, cambiándolo por el derecho a una sentencia justa. En caso de que exista algún error en la demanda y siguiendo el principio de congruencia, este efecto novatorio da lugar a la *plus petitio,* que consiste en que si el actor solicitó más de lo que realmente se le debía, pierde el juicio o en el supuesto de la *minus petitio*, si el actor pidió menos de lo que se le debía, el juez solo puede sentenciar hasta por lo reclamado; sin embargo, tenía la alternativa de completar el resto en un segundo juicio.
    - Valor fijatorio: determina el valor de la reclamación en dinero, a menos que exista una cláusula arbitral, en la que se estipule que el demandado cubra la deuda con su trabajo.

d) Fase *apud iudicem*

Comparencia ante el juez

Tres días después de concluida la *litis contestatio*, se abre la fase *apud iudicem* delante del *iudex* o de los *recuperatores*, quienes fueron nombrados en la fórmula. Es la lucha por probar los argumentos de hecho y derecho en que se fundan la *actio* y la *exceptio.* Las partes deben recapitular ante el juez los hechos que propiciaron el proceso.

Varias fases en forma clara y en orden componen esta instancia; por lo que, si un acto no había tenido lugar en una fase pasada, ya no podía realizarse en una posterior.

i. Pruebas

Principios

- Solo los hechos controvertidos podían probarse, el derecho no tenía que probarse, ya que los tribunales conocen el derecho escrito.
- La carga de la prueba la tiene quien afirma (*onus probandi*).
- No se requiere probar hechos negativos.
- El juez no puede exigir desahogo de pruebas no ofrecidas por las partes.

Clases

- Documental. En principio solo existía la prueba privada (*instrumenta privata*), la cual era suscrita por los particulares. A fines del derecho clásico fue común que los particulares redactaran sus convenios mediante oficiales públicos (*tabelliones*), convirtiéndose, por tanto, en pruebas públicas.
- Testimonial. Se debe considerar la dignidad del testigo, su veracidad, las buenas costumbres (D. 22.5.3.1). Una constitución de Constantino estableció la necesidad de presentar a más de un testigo (*testis unus, testis nullus* C. 4.20.9).
- Juramento (*iusiurandum voluntarium* e *iusiurandum in litem*).
- Declaraciones de las partes o confesiones.
- Pericial. Reconocimiento y dictamen de expertos.
- Fama pública.

Fases

- Ofrecimiento.
- Aceptación o rechazo.
- Desahogo.

Valoración: Rige el principio de la libre apreciación de la prueba.

ii. Sentencia

- La sentencia solo afecta a las partes y debe ser dada a viva voz en latín, a partir del 397 d.C: se permitió dictarla en griego. En algunos casos, el juez podía solicitar la opinión (*consilium*) a los *iurisprudentes* y no teniendo claro el asunto (*rem sibi non liquere*) podía renunciar al mandato de juzgar, debiéndose nombrar un nuevo juez para iniciar solo la fase *apud iudicem*.
- La sentencia debía acomodarse a los términos de la fórmula.

- En la setencia el juez debía:
    - Absolver al demandado y otorgarle una *exceptio iudicati*.
    - Condenar al demandado, concediéndole al actor exactamente lo que pidió en la fórmula, sea con pago de dinero o con trabajo. Al actor se le concede una *actio iduicati*.
    - Constituir los derechos derivados de las acciones divisorias o de fijación de límites.
- La sentencia se convierte en ley entre las partes, por lo que no puede volverse a indagar. Para Ulpiano la cosa juzgada es admitida como verdad (D.50.17.207).

e) Ejecución de la sentencia

Después de dictada la sentencia, el demandado (*reus*) puede optar por acatarla, para lo cual tiene un plazo de 30 días para cumplirla; de no hacerlo, se expone a la ejecución forzada. Si la sentencia es condenatoria, ésta le otorga al actor una *actio iudicati* para reclamar materialmente la sentencia y si es una sentencia absolutoria, le otorga al demandado una *exceptio iudicati*, contra posibles pleitos futuros por la misma causa y con la misma persona. Los medios de ejecución que se pueden utilizar son:

- *Manus iniectio* o *pignoris capionem*.
- *Bonorum venditio*: procedimiento de ejecución creado en 118 a. C. por el pretor Rutilio Ruffo. Consiste en la toma de posesión de todos los bienes que integran el patrimonio del demandado, el cual se vende como una unidad a una sola persona (*bonorum emptor*).
- *Cessio bonorum*: el deudor cede voluntariamente todo su patrimonio a sus acreedores, gozando del *beneficium competentiae* (reservándose ciertos bienes para poder seguir subsistiendo).
- *Distractio bonorum*: solo se vende una parte del patrimonio del deudor para poder cubrir lo que debe.

f) Vías de recurso

La parte afectada por la sentencia puede impugnarla, es decir, determinar que se dictó injustamente y solicitar la no ejecución de la misma. Las vías que se pueden utilizar son:

- Veto del tribuno o *intercessio* de los cónsules; no opera en sentencias absolutorias.
- *In integrum restitutio*: procede solo si está contemplado en el edicto anual del pretor. Permite la anulación de la sentencia o de cualquier otro acto jurídico, cuando una de las partes hubiese sido víctima de dolo, intimidación o error injustificable.
- *Revocatio in duplum*: acción que ejerce el demandado tachando a la sentencia de injusta, pidiendo por tanto su invalidación. En caso de que no prospere el recurso, el recurrente está obligado a pagar el doble del valor de la sentencia.

6. *Cognitio extra ordinem*

a) Características

La *cognitio* es la actividad jurisdiccional del magistrado, esto es, la facultad que le atribuye la posibilidad de no solo decir el derecho, si no de dictar la sentencia. El magistrado asume el proceso entero en todos sus momentos. Coexiste desde la época de Adriano con el procedimiento formulario, de ahí lo extraordinario del procedimiento; sin embargo, acaba por desplazar al formulario. Las características más relevantes son:

i. Se desarrolla íntegramente ante un magistrado-juez, funcionario público que actúa a nombre del emperador.
ii. El magistrado-juez instruye, conoce y resuelve el asunto, con lo cual se convierte en un procedimiento uni-instancial.
iii. Al ser el magistrado-juez un delegado del emperador y por ende del Estado, los gastos devengados en juicio deben ser cubiertos por las partes.
iv. La citación del demandado reviste un carácter semioficial. El demandado puede ser citado en forma privada, pero a partir del derecho posclásico también existió ya el emplazamiento por orden judicial o por edictos.
v. Los trámites procesales deben ser por escrito. Se levantan actas en cada una de las sesiones.
vi. El actor debe presentar con el escrito de demanda, las pruebas en que intenta valerse y lo mismo debe hacer el demandado en su contestación.
vii. La acción y la excepción pierden su tipicidad; a partir de este procedimiento son solo formas de pedir protección jurídica, aunque conservan su nomenclatura clásica.
viii. Prevalece la prueba documental sobre la testifical.
ix. La sentencia puede ser impugnada mediante el recurso de apelación ante un magistrado-juez superior jerárquico.

b) Evolución histórica

i. Este procedimiento era aplicado normalmente en las provincias romanas, en donde los juicios entre particulares se desarrollaban ante magistrados locales, quienes tenían diversas competencias, todos los cuales dependían del *praefectus*. A partir del siglo l d.C. en Roma e Italia, también se empezó a aplicar el procedimiento *extra ordinem* en las controversias entre particulares, primero por vía de excepción en materias expresamente contempladas por la ley (como los fideicomisos, la tutela, los alimentos entre parientes, las pagas de trabajo, el estado de libertad de un individuo, etc.), invistiendo de jurisdicción sobre estas cuestiones a determinados ma-

gistrados, como los cónsules y otros instituidos en forma expresa (*praetor tutelaris, fideicommisarius, de liberalibus causa*, etc.).

ii. Posteriormente, el procedimiento *extra ordinem* se extendió cada vez más, sustrayéndose otras materias de la jurisdicción del pretor, para confiarlas a diferentes magistrados, como el *praefectus praetorio*, el *praefectus urbis*, el *praefectus vigilium*, instituidos por Marco Aurelio y dando más tarde a los particulares la posibilidad de elegir entre el procedimiento *per formulam* o la *cognitio extra ordinem*. Una Constitución de Constancio y Constante del año 342 d.C. abolió el sistema formulario (C. 2.57.1).

c) Desarrollo del procedimiento

i. Litis denuntiatio

- Acto formal por el cual el demandado es llamado a juicio, es decir, con un escrito en el que se exponen de forma sumaria las pretensiones con base en las cuales el actor intenta actuar en juicio, invitando al adversario a comparecer en una fecha determinada (generalmente cuatro meses) delante de un magistrado.
- El magistrado-juez a la vista del *libellus conventionis* concederá la acción o la denegará. Si concede la acción debe ordenar notificar al demando y citarlo a juicio. En los primeros tiempos de este procedimiento, la notificación era remitida directamente por el actor al demandado. Más tarde asumió el carácter de acto público; Constantino en el 322 d.C. ordenó que las *litis denuntiatio* debía ser anotada en los registros públicos. A partir de Justiniano, la citación del demandado fue hecha por medio un funcionario (*executor*), quien entregaba un documento *(libellus conventionis*), es decir, un acta escrita en la que se exponían suscintamente el objeto de las exigencias del actor y su fundamento; dicho escrito contenía además una orden judicial para comparecer en una hora y día determinados ante el magistrado.
- Si el demandado decidiese defenderse, era menester que enviase a su vez un escrito *(libellus contradictionis*) exponiendo todos sus argumentos, pudiendo a su vez formular exigencias en relación con el actor (reconvención); además, debía de otorgar una fianza para garantizar que no se ausentaría durante el proceso (*cautio iudicio sisti*); a falta de tal fianza, podía ser encarcelado preventivamente por toda la duración del pleito.

ii Comparecencia de las partes ante el magistrado

Preliminares

Una vez que han transcurrido 10 o 20 días desde Justiniano a partir de la notificación, las partes o sus procuradores comparecen ante el magistrado en el día y hora fijados.

En caso que el actor no compareciera está obligado a abonar al demandado los gastos procesales, pedir que se le releve del proceso o citarle por edictos, sino comparece dentro del año, el proceso continúa sin él y el juez dictará la sentencia de acuerdo con las conclusiones del demandado.

Si, por el contrario, el demandado no se presenta ante el juez, el procedimiento continúa en rebeldía, la setencia dictada no podrá apelarse y si se trata de acciones reales, el magistrado-juez podrá solicitar al *executor* que incaute el bien en litigio y lo entregue al actor.

Narratio

El actor expone su causa, es decir, interpone su acción (hechos y argumentos legales). Dada la nueva naturaleza del proceso y de la sentencia, las *exceptiones* que en el proceso formulario tenían como único efecto conducir a la absolución del demandado, en este nuevo proceso también pueden llevar al rechazo de solo una de las partes de las pretensiones del actor o a una disminución de la condena pedida.

Contradictio

El demandado opone sus objeciones, es decir, sus excepciones (hechos y argumentos legales que impiden conseguir los efectos de la acción interpuesta).

Litis contestatio

- Las partes y los abogados juran procesalmente que les asiste el derecho, fijándose con ello las pretensiones de las partes (*postulatio simplex* y *contradictio*); sin embargo, el demandado puede en cualquier momento del proceso oponer sus excepciones, de ahí que la *litis contestatio* en la *cognitio extra ordinem* ya no tiene el efecto novatorio y fijatorio de la *litis*.
- Los efectos de la *litis contestatio* dentro de la *cognitio extra ordinem* son:
    - Se toma como punto de partida para contabilizar los tres años que se fija como duración máxima del proceso judicial.
    - Como referencia para considerar el ámbito de los derechos que se le reconocerían al actor en caso de sentencia condenatoria.
    - Produce la *lite pendente* fijando las posiciones de las partes (C. 1.21).

iii. Pruebas

Principios

- El que afirma debe probar, no el que niega.
- Las pruebas deben ser aportadas por las partes en litigio.

- La prueba versa sobre hechos.
- A partir del derecho posclásico surge el principio inquisitivo, esto es, que el juez puede inquirir, investigar o traer toda clase de pruebas al proceso.

Clases

- Documental pública y privada.
- Testimonial: de acuerdo con la tradición judeo-cristiana el juez no puede aceptar a un testigo único.
- Juramentos de las partes.
- Confesional.
- Pericial.
- Fama pública.
- Presunciones. Dispensas de prueba, si se prueban determinados hechos, en razón a que el juez extrae de esos mismos hechos unas determinadas consecuencias jurídicas. Son de dos tipos, las *iuris et de iure* cuando contra la presunción no se admite prueba alguna y las *iuris tantum* cuando la presunción es admitida, en tanto no sea destruida por otra prueba.

Fases

- Ofrecimiento.
- Aceptación o rechazo.
- Desahogo.
- Valoración. El juez ya no es totalmente libre de valorarlas a su arbitrio y de formarse su convencimiento propio como mejor considerara, sino que está obligado a conceder a los diferentes elementos aducidos en el juicio un valor probatorio distinto, v.g. debía dar mayor importancia a la prueba documental que a la testimonial (sistema mixto de valoración de pruebas).

iv. Sentencia

- Al término del procedimiento el juez debe decidir la causa, redactando por escrito la sentencia definitiva y leyéndola a las partes en audiencia pública.
- A diferencia de la sentencia del procedimiento formulario, que tenía por objeto la condena o la absolución del demandado por la acción promovida contra él, el procedimiento extraordinario puede también terminar con la condena del actor o con la condena parcial del demandado. Puede sentenciarse al propio actor.
- La condena no debe necesariamente expresarse en una suma de dinero, sino que puede tener como objeto la orden de entregar la cosa, objeto del derecho que se hacía valer en juicio, o bien realizar o abstenerse de realizar una determinada conducta.

- Si la prestación de la cosa o la realización de la conducta se han hecho imposibles, entonces la condena será por una suma de dinero cuyo importe será fijado por el juez en relación con el interés patrimonial que ha sido violado. En el derecho justinianeo se aplicó el principio de que el juez debe condenar al perdedor a reembolsar al ganador los gastos y las costas del juicio. El importe de estos gastos es determinado por el mismo ganador mediante juramento, previa aceptación del juez.
- Los efectos de la sentencia firme son:
    - Instar la ejecución.
    - Generar la acción de cosa juzgada (*actio iudicati*).
    - El asunto litigioso se convierte en cosa juzgada (*res iudicata*).

d) Ejecución de la sentencia

i. La ejecución de la sentencia definitiva tiene lugar normalmente sobre las cosas concretas del sentenciado. La ejecución sobre el patrimonio completo (*bonorum venditio*) se conservó solo para casos excepcionales y cuando existiera pluralidad de acreedores. Desaparecela ejecución personal (*manus iniectio*).
ii. En relación con el nuevo carácter y contenido de la sentencia, el actor que ha conseguido que se condene al demandado para la restitución o entrega de la cosa, puede conseguir con la *actio iudicati*, que el magistrado, el autor de la sentencia, ordene la entrega coactiva de la cosa, por medio de funcionarios (*apparitores*) que dependen directamente de él. En cambio, en caso de que el demandado haya sido condenado al pago de una suma de dinero, el actor puede obtener el secuestro de cosas pertenecientes al demandado cuyo valor corresponde a lo que se debe; transcurridos dos meses desde que tuvo lugar el secuestro, sin que el demandado haya pagado, los objetos son puestos en venta y el precio pagado es entregado al actor hasta cubrir la cantidad que se le debe (*pignus in causa iudicati captum*).
iii. En caso de pluralidad de acreedores y de insolvencia del demandado, da lugar a la ejecución de la sentencia sobre todo el patrimonio del deudor a través de la *cessio bonorum*, de la *missio in possessionem* o de la *distractio bonorum*.

e) Vías de recurso

Apellatio

La sentencia como expresión de la voluntad del Estado y por la existencia de diferentes grados jerárquicos de magistrados que administran justicia, todos ellos dependientes del emperador, surge la facultad de la parte perdedora de apelar la sentencia, es decir, de hacer que se repita el juicio delante de un magistrado con grado más elevado, el cual pronuncia una nueva sentencia sobre la relación controvertida, que sustituye a la primera.

Para Ulpiano la apelación tiende a corregir la injusticia o impericia de los jueces, aunque en ocasiones, la setencia es más perjudicial porque no siempre resuelve mejor el último que dicta sentencia.

La *apellatio* se desarrolla del modo siguiente: la parte que se considera afectada por la sentencia dada por un juez inferior puede pedir la revisión de la sentencia por parte de un juez superior. La demanda que debía dirigirse al magistrado que había dictado la sentencia, es presentada ya oralmente, ya por escrito, dentro de un plazo breve (dos o tres días y diez con Justiniano) que comienza a correr a partir del día en que el interesado tiene noticia de la promulgación de la sentencia. La sentencia en primer grado se hace definitiva, si no es apelada, solo después de transcurrido el citado plazo; si en cambio, es apelada, se suspende su ejecución (efecto suspensivo de la apelación) y el juez superior es investido del poder de pronunciar una nueva sentencia sobre la controversia decidida en primer grado.

Si el apelante pierde el nuevo proceso, debe pagar a su contraparte el cuádruple del valor de los gastos; bajo Constantino puede ser condenado por dos años de destierro y a la confiscación de la mitad de su patrimonio; con Justiniano se determina que solo debe ser condenado a pagar los gastos generados en la apelación.

7. Clasificación de las acciones

a) Concepto

La acción es el derecho del individuo de perseguir en juicio, a través de la intervención de los órganos que están al frente de la administración de justicia, el objeto del derecho subjetivo, esto es, de intentar conseguir el efecto de la conducta positiva o negativa que se tiene derecho de exigir de otros.

Para el derecho romano el significado de *actio* sufrió una constante evolución; en las *legis actiones* eran las declaraciones formales y rituales de las partes ante el magistrado; en el procedimiento formulario, la petición concreta de una fórmula al pretor; y en el procedimiento extraordinario, la facultad de demandar y de obtener la protección del representante del poder público.

b) Clasificación

i. Por su fuente de creación

- Civiles: contempladas por el *ius civile.*
- Honorarias: Situación no prevista por el *ius civile,* creadas por el magistrado (*ius honorarium*). Se dividen en:

- *ln ius concepta:* creadas con anterioridad al conflicto presentado por las partes.
- *ln factum concepta:* Son aquellas que no existen con anterioridad al conflicto, pero que el magistrado mediante el uso del *ius edicendi* crea nuevas acciones. Se dividen en:
    - Útiles: acciones inspiradas en un modelo de acciones del *ius civile*
    - *Ficticiae*: acciones en cuya fórmula el pretor ordenaba al juez que juzgara fingiendo la existencia de un elemento de hecho o un derecho que en realidad no existía.
    - *In factum*: acciones concedidas por el pretor para una relación no prevista por el *ius civile*.

ii. Por el objeto que persiguen

- *Rei persecutoria*: acciones para recuperar un objeto o su equivalente en dinero.
- *Poenae persecutoria*: acciones para lograr la reparación del daño.

iii. Por el derecho que se reclama

- *In rem*: acciones otorgadas para la protección de un derecho subjetivo en relación a un derecho real.
- *In personam*: acciones otorgadas para la protección de un derecho subjetivo derivado de una obligación. Las acciones personales reciben también el nombre de *condictiones.*
- *Mixtae*: acciones otorgadas para la protección de un derecho subjetivo en parte personales y en parte reales, como las acciones divisorias (*actiones tam in rem quam in personam*)

iv. Por su eficacia

- *Stricti iuris*: el juez debe juzgar según las indicaciones expuestas en la fórmula sobre las cuestiones de hecho y sobre las pretensiones jurídicas objeto del pleito, sin tomar en cuenta otras consideraciones.
- *Bonae fidei*: el juez por encargo del magistrado debe valorar la cuestión jurídica cuestionada, no solo basándose en las normas jurídicas, sino tomando también con base en las reglas de la equidad y de la buena fe.

v. Por su resolución

- *Arbitrariae*: acciones cuya fórmula contienen la cláusula arbitral, que concede al juez la facultad de dirigir al demandado la orden de restituir o mostrar la cosa, evitando así la condena pecuniaria.
- *No arbitrariae*: el juez debe condenar pecuniariamente.

vi. Por su duración

- *Perpetuae*: creadas por el *ius civile*, no tenían límite de tiempo para interponerlas. Teodosio II en el año de 424 d.C. establece la prescripción de las acciones civiles a los 30 o 40 años, contados desde que surgió la facultad de ejercitarlas.
- *Temporariae*: creadas por el *ius honorarium*, prescribían al año.

vii. Por su condena

- Simple: el juez sentencia solo por el valor de lo reclamado.
- Doble: el juez sentencia por el doble del valor de lo reclamado.
- Triple: el juez sentencia por el triple del valor de lo reclamado.
- Cuádruple: el juez sentencia por el cuádruple del valor de lo reclamado.

viii. Por el sujeto que las ejercita

- *Privatae*: acciones concedidas a los particulares para la tutela de sus derechos subjetivos.
- Populares: acciones concedidas a cualquier ciudadano para la tutela de intereses públicos.

8. Clasificación de los Interdictos

a) Concepto

Órdenes decretadas por el pretor para mantener la paz y la seguridad en las relaciones privadas, en especial para hacer respetar situaciones de apariencia jurídica, a fin de que las reclamaciones contra las mismas se hagan procesalmente, no de propia mano y no se perturbe la paz pública. Tales medidas son emitidas por el magistrado a instancia de las partes, en presencia de ambos litigantes, después de un conocimiento sumario de la relación controvertida. En el derecho justiniano los interdictos conservan su nombre pero se convierten en acciones procesales.

b) Clasificación

Restitutorias

- Restituir una situación original.
- Entregar una cosa (v.g. *interdictum quorum bonorum*).
- Devolver una cosa (v.g. *interdictum de clandestina possessione*).

Exhibitorias

- Mostrar una cosa (v.g. en caso de robo).
- Mostrar un documento (v.g. en caso de testamento).
- Mostrar una persona (v.g. en caso de secuestro).

Prohibitorias

- Veda en materia de derecho privado la realización de alguna conducta (v.g. no hacer algo).
- Veda en materia de derecho público el efectuar alguna conducta (v.g. enterrar cadáveres en vía pública).

Por los efectos que producen entre las partes

- Simples: cuando solo una de las partes en conflicto debía obedecer.
- Compuestos: cuando ambas partes en conflicto debían obedecer.

SEXTA UNIDAD
BIENES Y DERECHOS REALES

Cuadro resumen

- 1. Derechos reales
  - a) Concepto
  - b) Distinción entre derechos reales y derechos personales
  - c) Clasificación
- 2. La cosa
  - a) Concepto
  - b) Clasificación
    - i. Cosas fuera del comercio
    - ii. Cosas dentro del comercio
- 3. Posesión
  - a) Concepto
  - b) Elementos
    - i. *Corpus*
    - ii. *Animus*
  - c) Clasificación
    - i. De buena fe
    - ii. De mala fe
    - iii. Natural o *sine animo*
    - iv. Detentación
  - d) Comienzo de la posesión
  - e) Término de la posesión
  - f) Protección procesal

- 4. Propiedad
  - a) Concepto
  - b) Beneficios que otorga a su titular
  - c) Clasificación
    - i. Propiedad quiritaria
    - ii. Propiedad bonitaria
  - d) Limitaciones legales al derecho de propiedad
  - e) Copropiedad
  - f) Modos de adquirir la propiedad
    - i. Modos originarios
    - ii. Modos derivativos

- 5. Derechos reales de goce sobre cosa ajena
  - a) Concepto
  - b) Clasificación
    - i. Servidumbres reales
    - ii. Servidumbres personales
    - iii. Enfiteusis
    - iv. Superficie

- 6. Derechos reales de garantía
  - a) Concepto
  - b) Clasificación
    - i. Prenda
    - ii. Hipoteca

1. Los derechos reales y su distinción con los derechos personales

a) Concepto

En el derecho moderno un grupo de derechos subjetivos (facultad concedida a alguien, por una norma de derecho objetivo, de exigir una determinada conducta por parte de otros) son reunidos bajo la denominación de derechos reales o derechos sobre la cosa; por lo que, los derechos reales son definidos como el poder jurídico que ejerce una persona sobre una cosa, cuyo titular puede sacar el máximo aprovechamiento de acuerdo al título que ostente y es oponible *erga omnes*. Sin embargo, tal denominación no es romana, en realidad la expresión *ius in re* es propia del medievo. De conformidad con las líneas de pensamiento romano, los juristas clásicos plantearon a los derechos reales distinguiéndolos de los derechos personales dentro del campo de las acciones (*actio in rem y actio in personam*).

b) Distinción entre derechos reales y derechos personales

Los juristas romanos formularon la distinción entre derechos de crédito y derechos reales desde el punto de vista procesal, esto es, bajo la perspectiva de los medios de defensa concedidos a unos y otros, contraponiendo las *actiones in rem* a las *actiones in personam*. Se consideran entonces a las acciones reales aquellas que se otorgan para tutelar un derecho subjetivo real en el que el sujeto activo, es decir, el sujeto que ejerce un poder sobre la cosa tiene la facultad de exigir determinada conducta (siempre negativa, es decir, de abstenerse) a cualquier otro, tanto en el derecho de propiedad como en los otros derechos reales. Por su parte, las acciones personales son las dadas para la protección de un derecho subjetivo de obligación, en la cual, el sujeto activo es quien tiene la facultad de exigir una determinada conducta (positiva o negativa), y el sujeto pasivo quien está obligado a realizarla.

c) Clasificación

En el ordenamiento jurídico, los derechos reales se presentan como figuras fijas y determinadas (*numerus clausus*), cuyo contenido y extensión no pueden ser establecidos por los sujetos. El derecho romano clasificó a los derechos reales en dos grandes categorías, que son:

i. Propiedad

ii. Derechos reales sobre cosa ajena (*iura in re aliena*)	De goce	Servidumbres	Reales	Rústicas
				Urbanas
			Personales	Usufructo
				Uso
				Habitación
				Operae servorum
		Superficie		
		Enfiteusis		
	De garantía	Prenda		
		Hipoteca		

2. Las cosas (*res*)

a) Concepto

En el lenguaje jurídico se entiende por cosa todo lo que puede ser objeto material de derechos. Para el caso de los derecho reales, se entiende por cosa a toda entidad externa al sujeto que tiene un valor económico y que en la conciencia económico-social es aislada y concebida como un objeto existente por sí mismo, apta para satisfacer necesidades comunes a los hombres.

b. Clasificación

i. Cosas fuera del comercio (extra commercium)

Concepto

Las cosas que están fuera del comercio (*res quarum commercium non est*) son aquellas que por su naturaleza física o por su destino jurídico, no pueden ser objeto de relaciones jurídicas entre particulares y no pueden ser enajenadas (Gayo 2.1). Las cosas están fuera del comercio por las siguientes razones:

Por razones físicas

Cosas que por su naturaleza física no pueden ser apropiadas por ningún sujeto en particular. Es un criterio relativo que puede variar según el avance de la ciencia y la tecnología (v.g. el sol, el aire, los planetas, etc.).

Por razones de derecho divino (divini iuris)

Cosas que son consideradas propiedad de los dioses y a partir del cristianismo están dedicadas al culto, por lo que no pueden ser objeto de propiedad por parte de los particulares. Se dividen en:

Cosas sagradas (res sacrae)

Destinadas al culto de los dioses superiores en virtud de una decisión del pueblo romano por un decreto del senado o del emperador. Para Justiniano eran regalos debidamente declarados al servicio de dios.

Cosas religiosas (res religiosae)

Cosas destinadas al culto de los dioses particulares, esto es, los *manes* del difunto (v.g. los sepulcros individuales en el derecho pagano o los cementerios en la época cristiana).

Cosas santas (res sanctae)

Cosas que son puestas bajo la protección de los dioses mediante la ceremonia de la *sanctio*. También durante un tiempo se consideraron *res sanctae* los límites de los campos o de la ciudad de Roma (v.g. sus murallas y puertas), colocadas originalmente bajo la protección del dios *Iuppiter Terminus* o de otras divinidades.

Por razones de derecho humano (humani iuris)

Cosas que el ordenamiento jurídico establece que quedan fuera de las relaciones jurídicas entre particulares. Se dividen en:

Cosas comunes a todos los hombres (res communes omnium)

Aquellas que dispone la naturaleza para uso de todos y propiedad de nadie. (v.g. el aire, el agua corriente, el mar y el litoral del mar D. 1.8.2).

Cosas públicas (res publicae)

Son las que pertencen al pueblo de Roma (*publica sunt quae populi Romani sunt).* Se dividen en:

- Cosas del dominio público (*res publicae usui destinatae*) su propiedad es del pueblo romano y de uso común a todos los *cives* (v.gr. valles, plazas, termas, puertos y ríos públicos).
- Cosas patrimoniales (*res in patrimonio populi*) son patrimonio del pueblo romano y el magistrado puede trasmitir a los particulares.

Cosas de los municipios (res universitatis)

Pertenecen a los municipios, colonias, ciudades y corporaciones y que sirven para satisfacer exigencias de sus miembros (v.g. los teatros, los estadios, los edificios públicos, etc.).

ii. Cosas dentro del comercio (res in commercium)

Concepto

Las cosas dentro del comercio (*res quarum commercium est*) son aquellas susceptibles de pertenencia personal y que pueden ser enajenadas. Las cosas dentro del patrimonio se clasifican de diferentes maneras, de acuerdo a la posibilidad de ser o no objeto de determinados actos jurídicos.

Cosas corporales (res corporales)

Aquellas que pueden tocarse, que caen directamente bajo los sentidos (*quae tangi possunt* Gayo 2.12-14) (v.gr. un esclavo, un fundo, una túnica, etc.).

Cosas incorporales (res incorporales)

Aquellas que no pueden tocarse (*quae tangi non possunt*) (v.g. el derecho que recae sobre una herencia, un usufructo o una obligación).

La importancia práctica de esta clasificación radica en la posibilidad de adquirir la posesión solo de bienes corpóreos y de las distintas maneras de trasmitir la propiedad.

Res mancipi

Aquellas destinadas a la agricultura que son: los fundos itálicos, los esclavos, los animales de tiro y carga y, las servidumbres *viae*, *iter*, *actus* y *aquaeductus*.

Res nec mancipi

Aquellas cosas no destinadas a la agricultura.

La importancia de esta clasificación radica en el antiguo sistema de economía agraria romana

en lo relativo a los modos de adquirir la propiedad; así, la *res mancipi* solo se pueden trasmitir a través de *mancipatio* y de *in iure cessio*; en cambio, la *res nec mancipi* mediante la *in iure cessio* y con la *traditio*. Las dos categorías son abolidas en forma expresa por Justiniano en el 531 d.C. (C. 7.31.1.5).

Cosas muebles

Pueden desplazarse sin menoscabo de su esencia (v.g. un esclavo, una vasija, etc.).

Cosas inmuebles

No pueden trasladarse de un lugar a otro sin perder su esencia (v.g. fundos itálicos o provinciales, predios rústicos o urbanos).

La diferencia de ambas categorías es importante en el orden de la *usucapio* (se requiere mayor tiempo en bienes inmuebles), en la defensa de la posesión y en materia procesal. Para el derecho posclásico, los propietarios de bienes inmuebles deben registrarlos en archivos públicos.

Cosas genéricas

Según el destino económico-social no tienen individualidad propia y se determinan en su cantidad, peso o medida (v.g. diez libras de trigo, cinco palmus de tela, etc.), de forma que cada una de ellas puede ser sustituida por otras del mismo género.

Cosas específicas

Aquellas que tienen individualidad propia y no pueden ser sustituidas por otras (v.g. un cuadro, una casa, etc.).

La distinción tiene importancia en el campo de las obligaciones, específicamente por la pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor, ya que los géneros no perecen (*genera non pereunt).*

Cosas consumibles

Su uso normal comporta su consumación (*res quae usu consumuntur*) (v.g. aceite, vino, trigo, etc.). Para Justiniano también son cosas consumibles aquellas que se deterioran por su uso (*que usu minuntur*).

Cosas no consumibles

Su uso normal no las destruye (*res quae usu non consumuntur*) (v.g. un esclavo, un fundo, etc.).

La importancia de la división radica en materia de obligaciones y sobre todo dependiendo del tipo de contrato que se requiere celebrar.

Cosas divisibles

Aquellas que pueden ser reducidas a pequeñas porciones, cada una de las cuales conserva su propia sustancia y utilidad (v.g. una cosecha de trigo, cierta cantidad de vino, etc.).

Cosas indivisibles

Aquellas que al fraccionarse pierden su carácter y utilidad original (v.g. esclavo, una vaca, etc.).

La distinción tiene relevancia de acuerdo a un criterio jurídico y no físico, ya que las cosas corpóreas pueden dividirse.

Cosas principales

Aquellas que tienen individualidad propia (v.g. un caballo, un fundo, etc.).

Cosas accesorias

Aquellas entidades concebidas en forma abstracta, como elementos que dependen de otra cosa y destinadas a integrar o perfeccionar esa cosa principal (v.g. los objetos que sirven para completar una carreta, como serían los clavos, los asientos, etc.).

La diferencia tiene una importancia jurídica, ya que, dependiendo qué cosa es lo accesorio y qué lo principal se aplicará el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal (*accesorium sequitur principale*).

Cosas simples

Es un todo unitario, cosas consideradas como cuerpos singulares, constituyendo una unidad con independencia de sus elementos integrantes (v.g. un buey, una piedra, etc.).

Cosas compuestas

Aquellas que son el resultado de la unión artificial o mecánica de varias cosas simples, que unidas entre sí dan origen a otra cosa distinta que tiene una utilidad económico-social distinta de las cosas simples que le dieron origen (v.g. un carro, un barco, etc.)

La división tiene importancia en relación con las cosas compuestas, ya que, si cada una de sus partes es cambiada, la cosa compuesta no cambia jurídicamente su identidad.

Cosas fructíferas

Aquellas que generan orgánica y periódicamente una nueva entidad denominada fruto, que al desprenderse de ellas no altera su sustancia, ni su actividad productora. El fruto es la entidad material producida orgánica y periódicamente por otra cosa y que tiene individualidad propia (v.g. las manzanas de un árbol). Existen los frutos naturales, es decir, aquellas entidades engendradas orgánica y periódicamente por una cosa; y los frutos civiles, que son las sumas pecuniarias que produce la cesón del uso de una cosa (v.g. las rentas surgidas de un contrato de arrendamiento, el interés que el prestamista recibe por una suma de dinero, etc.).

Cosas no fructíferas

Aquellas que no producen periódicamente una nueva entidad de naturaleza distinta.

Cosas fungibles

Sustituibles por otras de su misma categoría y que se determinan por su peso, número o medida (v.gr. vino, aceite, dinero).

Cosas no fungibles

No pueden ser sustituidas por otras (v. gr. una pintura).

La importancia de esta distinción se basa en materia contractual, en un comodato el objeto de la obligación es una cosa no fungible; en cambio, en el mutuo su objeto es un bien fungible. Los usos sociales determinan la fungibilidad de las cosas.

3. Posesión (*possessio*)

a) Concepto

La etimología de la palabra *possessio* viene según Paulo de la palabra "sede", como si se dijera posición, porque la tiene de forma natural quien persevera en ella, lo que los griegos llaman *katoche* o retención (D. 41.2.1pr); algunos filólogos modernos estiman que la palabra posesión viene de *potis* o *pote sedeo* que significa yo me siento como señor. La posesión para el derecho clásico se entiende como la disponibilidad de hecho de una cosa (independientemente de ser propietario o no de ella), con la intención de tenerla para sí mismo, con exclusión de los demás.

Es importante mencionar que los romanos no realizaron una teoría de la posesión, ésta fue elaborada en el siglo XIX como resultado de la controversia entre Savigny e Ihering. Para los romanos solo era importante proteger situaciones de hecho a través del derecho civil o del derecho honorario, concediéndoles ciertas vías procesales.

Lo cierto es que para los romanos existe una gran diferencia entre propiedad y posesión, Ulpiano menciona que nada tienen en común *(nihil commune habet proprietas cum possessione* D. 43.17.1.2*)* y para Venuleyo no deben confundirse *(nec possessio et proprietas misceri debent* D. 41.2.52 pr.).

b. Elementos

- El *corpus*: es el elemento objetivo de la posesión que se traduce en la disponibilidad material de la cosa, designado por los romanos con la expresión *tenere, possidere corpore*.
- El *animus*: es el elemento subjetivo, esto es, la intención de tener la cosa para sí con exclusión de otros como dueño (*animus domini*) o simplemente como poseedor (*animus possidendi*).

c) Clasificación

i. De buena fe (possessio bonae fidei)

Concepto

La *possessio bonae fidei* es la disponibilidad absoluta de la cosa, ejercida con la convicción de no lesionar los derechos de otros sin una *iusta causa*. La posesión de buena fe puede llamarse *possessio ad usucapionem* si es que la disponibilidad absoluta de la cosa reúne todos los requisitos indispensables para poder usucapir y convertirse en propietario.

Efectos jurídicos

- El poseedor deviene propietario por el transcurso del tiempo por medio de la *usucapio* si se reúnen todos los requisitos establecidos.
- Hasta antes de la *litis contestatio* deviene propietario de los frutos del objeto poseído.
- Tiene derecho al pago de gastos necesarios útiles hechos a la cosa.
- El poseedor de buena fe no tiene ningún medio de defensa contra la acción reivindicatoria del propietario.
- Desde el derecho clásico el poseedor de buena fe puede hacer uso de la *actio Publiciana* para poder oponerse a quien los desposea.
- Goza de protección procesal por medio de los interdictos.

ii. De mala fe (possessio mala fidei)

Concepto

El poseedor tiene el *corpus* y sabe que el objeto que tiene no es suyo, aunque espera tenerlo para sí con exclusión de cualquier otro (*animus*).

Efectos jurídicos

- No deviene en propietario a través de la *usucapio*.
- No tiene derecho a los frutos, debe regresarlos.
- Goza de protección procesal por medio de los interdictos, excepto cuando se ejerza contra la persona de la cual obtuvo la posesión, con ellos se protege el ejercicio de la situación de hecho.

iii. Natural (possessio naturalis o sine animo)

Concepto

Tiene el *corpus* en su poder, no es propietario, pero tampoco tiene el *animus* de serlo, solo que se encuentra en una posición jurídica que le permite contar con medios de defensa para poder continuar poseyendo. Se encuentran en esta situación el acreedor prendario, el enfiteuta, el superficiario, el secuestrario y el precarista.

Efectos jurídicos

- No deviene en propietario de la cosa a través del tiempo.
- No tiene derecho a los frutos, debe regresarlos.
- Goza de protección procesal por medio de los interdictos.

iv. Detentación

Concepto

Es la tenencia meramente corpórea de la cosa, es decir, es la disponibilidad de hecho de la cosa sin el *animus* de tenerla para sí con exclusión de cualquier otro (v.g. el arrendatario).

Efectos jurídicos

- No deviene en propietario a través del tiempo.
- No tiene derecho a los frutos, debe regresarlos.

- No goza de la protección de los interdictos.

d) Comienzo de la posesión

Para que se produzca la posesión es necesario que el sujeto cuente, al mismo tiempo, con la disponibilidad de la cosa (*corpus*) y con la intención de tenerla para sí con exclusión de cualquier otro (*animus possidendi*).

e) Término de la posesión

Desaparece la posesión con la pérdida del *corpus*, del *animus* o de ambos. Sin embargo, desde el siglo III d.C. se admitió que el poseedor que perdiese el *corpus* pudiese conservar la posesión, siempre que se conservase el *animus possidendi* y de que existiese la posibilidad de volver a recuperar la disponibilidad corporal. Justiniano extendió este principio, admitiendo que el ausente pudiese conservar la posesión.

f) Protección procesal

La posesión fue protegida a partir del derecho clásico, por obra del pretor, a través de los interdictos. En la época del derecho justinianeo las acciones posesorias continuaron llamándose interdictos, aunque esta figura cambió la fisonomía que presentaba en la época del procedimiento formulario. Los interdictos posesorios son de dos clases:

Interdicto para retener la posesión (interdicta retinendae possessionis)

Destinados a evitar actos de perturbación de la posesión. Deben ser solicitados no más allá de un año desde que se tuvo la perturbación (Gayo, 4, 160). Los interdictos para retener la posesión son:

- *Interdictum uti possidetis*: el pretor prohibe toda perturbación o molestia dirigida contra quien en el momento de entablar el interdicto esté poseyendo de mala fe respecto del contrario.
- *Interdictum utrubi*: durante el derecho clásico este interdicto no se otorga siempre en favor del último poseedor de la cosa, sino de aquel que en el año anterior hubiese poseído por más tiempo.

Interdictos para recuperar la posesión (interdicta recuperandae possessionis)

Destinados a reintegrar la disponibilidad de la cosa al poseedor que fue despojado de ella. Deben ser solicitados no más allá de un año desde que se tuvo la perturbación. Los interdictos para retener la posesión son:

- *Interdictum de vi*: se otorga a aquel que ha sido expulsado de un fundo o que se le ha impedido entrar en él por violencia que no sea expresamente indicada por otro interdicto y siempre que esté poseyendo sin violencia respecto del adversario. Se obtiene la reintegración de la posesión y la indemnización de los perjuicios.
- *Interdictum de vi armata*: se otorga en los casos en que el despojo de la posesión ha sido ejecutado por un grupo de hombres armados. Prospera aunque el desposeído esté en posesión violenta frente al causante del despojo.
- *Interdictum unde vi*: desde Justiniano desaparecen los dos anteriores interdictos para recuperar la posesión, creándose el de *unde vi* para cualquier clase de despojo con violencia.

4. Propiedad (*proprietas*)

a) Concepto

Uno de los derechos que una persona puede tener sobre una cosa es la propiedad. Entre las fuentes romanas no existe una definición concreta de la propiedad; en la terminología romana se suele denominar a la propiedad de varias maneras, como *mancipium* (viene de *manus*, que indica la aprehensión material de efectiva aplicación de fuerza, ligada a viejos modos de crear y defender el poder que el *pater familias* puede alcanzar sobre las cosas); más tarde se usa el término *dominium* (implica una noción de señorío, esto es, aquel titular de poderes o facultades) y a partir de la República prevalece el término de *proprietas* (que acentúa la pertenencia absoluta y exclusiva de la cosa que es objeto de este derecho al titular del mismo). Sin embargo, desde la Edad Media se ha intentado, a partir de fragmentos del *Corpus Iuris Civilis*, hacer una definición teórica de la propiedad. De forma no limitativa, se ha definido a la propiedad como el derecho de obtener de un objeto toda la satisfacción que ésta pueda proporcionar a su titular y es oponible contra cualquiera.

b) Beneficios que otorga a su titular

i. *Ius utendi* o *usus*: derecho a usar la cosa sin alterar su integridad, a menos que se trate de cosas consumibles.
ii. *Ius fruendi* o *fructus*: derecho a percibir los frutos civiles y naturales de la cosa, sin alterar la cosa misma que los produce.
iii. *Ius abutendi* o *abusus*: derecho a disponer de la cosa. Son actos de disposición aquellos que alteran la integridad de la cosa; esta alteración puede ser física, si se altera la cosa misma (v.g. consumirla) o jurídica (v.g. enajenarla), si tan solo se altera su pertenencia jurídica.

c) Clasificación

i. Propiedad quiritaria (dominium ex iure quiritium)

Concepto

Es el derecho absoluto y exclusivo de disponer de una cosa determinada y de gozar de la defensa judicial reconocida por el *ius civile*, así como de realizar los actos necesarios para trasmitir a otro sujeto la cosa, concediéndole el *dominium ex iure quiritum* sobre la misma.

Características

- Es la antigua propiedad civil romana.
- Única forma de propiedad reconocida por el *ius civile*.
- Solo pueden ser titulares de este derecho los ciudadanos romanos y los *latini* que tuvieran el *ius commercii*.
- Son objeto de propiedad quiritaria originariamente las que tuvieren carácter romano, es decir, bienes muebles y fundos itálicos, que son disponibilidad exclusiva de los romanos; así como en las provincias los fundos asimilados jurídicamente a los itálicos, mediante la concesión del *ius italicum*.
- Solo se puede trasmitir la propiedad de acuerdo con los modos establecidos por el *ius civile*. Tratándose de *res mancipi* la transmición se debe realizar con la *mancipatio*; las *res nec mancipi* mediante la *traditio o in iure cessio* para ambas categorías.

Medidas procesales

- *Actio rei vindicatio:* el propietario quiritario (a partir de Justiniano cualquier propietario) ejerce esta acción cuando se ve privado de la posesión de la cosa. La acción se ejerce en contra de quien posee la cosa. En caso de que la acción prospere se obtiene el reconocimiento del derecho de propiedad y la devolución de la cosa (en el procedimiento formulario se requiere insertar la cláusula arbitraria). La cosa debe restituirse con todos sus frutos y accesorios, solo el poseedor de buena fe tenía derecho a permanecer con los frutos hasta antes de la *litis contestatio*; el derecho justinianeo obliga al poseedor a devolver todos aquellos frutos que hasta antes de la demanda no hubiese consumido. Esta acción es llamada por los posclásicos como *actio confessoria*, para distinguirla de la *negatoria*.
- *Actio negatoria*: esta acción tiene por finalidad defender la propiedad contra ataques que no consistan en privar de la posesión al propietario, sino en la pretensión de menoscabar sus facultades como propietario, atribuyéndose otra persona derechos sobre la misma (v.g. una servidumbre de paso, un usufructo, etc.). En caso de que la acción prosperara, el actor obtiene la cesación de la actividad perturbadora, la restitución

de la cosa a su primitivo estado y en algunas ocasiones, una fianza que asegurara que el demandado no entorpecería nuevamente el derecho del propietario (D. 7,6,5 pr.).
- El propietario puede utilizar también las que corresponden a todo poseedor, como son los interdictos posesorios.
- Acciones penales: si se cometió un delito en sus propiedades (v.g. la *actio ad exhibendum*, la *actio furti y la actio legis Aquiliae*, para los casos de hurto y daño, respectivamente).
- Acciones que contemplan lesiones concretas provenientes de propietarios vecinos: la *actio aquae pluviae arcendae*: el propietario obtiene la demolición de las obras llevadas a cabo en el fundo vecino productoras de alteración en el curso natural de las aguas; la *actio finium regundorum*: tiene por objeto la fijación de los límites exactos de dos predios rústicos; la *cautio damni infecti*: ampara al propietario contra un daño futuro que pudiese sufrir su propiedad por la amenaza de una construcción en ruinas, una excavación profunda, etc.

ii. Propiedad Bonitaria (in bonis habere)

Concepto

La propiedad bonitaria (*in bonis habere*), también llamada propiedad pretoria, es una figura surgida a través de la actividad jurisdiccional del pretor y encaminada a tutelar distintas relaciones no contempladas y defendidas por el *ius civile*, en las que, un sujeto obtenía a través de un acto lícito y sin lesionar derechos ajenos, la disponibilidad absoluta de una cosa con exclusión de otros (*erga omnes*). Dichas situaciones no eran consideradas en el ámbito del derecho civil, por lo que carecían de tutela jurídica. En defensa, el pretor concedió medios procesales para rechazar o paralizar la acción reivindicatoria que pudiese ser ejercida contra él. Esta defensa judicial se mantenía durante el tiempo necesario para usucapir y transformarse, con el paso del tiempo, en propiedad quiritaria plena.

Características

- Reconocida por el *ius honorarium*, por lo que se solo pueden utilizar las formas para adquirir la propiedad reconocidas por el derecho honorario (*traditio*, *praescriptio longi temporis*).
- Entre las facultades reconocidas al propietario bonitario estaban la adquisición de los frutos (*ius fruendi*), el derecho de exigir la *cautio damni infecti*, el derecho de otorgar en prenda la cosa. En cambio, al no ser propietario quiritario, no podía trasmitir la propiedad de acuerdo con los modos establecidos por el derecho civil; pero podía con la *traditio*, trasmitir a otros, la propiedad bonitaria.
- Con Justiniano, la situación que durante el derecho clásico era calificada de *in bonis habere*, se equiparó a la propiedad; terminando con la distinción entre propiedad quiritaria y propiedad bonitaria (C. 7,25; 7,31).

Medidas procesales

- *Actio Publiciana:* esta acción debió de ser introducida en su edicto por el pretor Quinto Publicio, del año 67 a.C. Su primera aplicación se refería al caso del comprador de una *res mancipi* que había tomado posesión de ella por simple *traditio*. Con el tiempo, la acción fue extendida a cualquier supuesto de entrega de una cosa y de usucapión incompleta (cuando no se cubre el tiempo establecido por el *ius civile*). Con esta acción se ordena al juez que finja haber transcurrido el tiempo legal de la usucapión en favor de aquel que ha perdido la posesión de buena fe. De este modo, el que ha recibido de buena fe una cosa por *traditio* y pierde la posesión antes de cumplir la usucapión, dispone de esta acción publiciana, como si fuera propietario civil.
- Protección posesoria por medio de interdictos.

d) Limitaciones al derecho de propiedad

La propiedad es el derecho real por excelencia, empero puede estar limitado por el interés público o por otros derechos privados que desmembran la propiedad.

i. Limitaciones por razones religiosas: la Ley de las XII Tablas prohibía sepultar e incinerar cadáveres dentro de Roma y fuera de ella a una distancia de 60 pies de los edificios o a la exhumación de cadáveres sin la autorización de los pontífices. Al titular de un derecho de sepulcro se le concedía derecho de paso al sepulcro.
ii. Limitaciones por razones edilicias: durante el derecho clásico se crearon una serie de normas relacionadas con la altura, distancia y estética de los edificios. El senadoconsulto Aciliano del año 122 d.C. prohibía que el testador dispusiese de los materiales incorporados a un edificio. Dichas limitaciones aumentaron durante el derecho posclásico, sobre todo, en la época del emperador Zenón.
iii. Limitaciones impuestas a fundos ribereños: los propietarios estaban obligados a permitir a los navegantes o pescadores usar las orillas para actividades navieras o pesqueras (D. 1.8.5).
iv. Limitaciones para el paso público: las XII Tablas establecieron que los propietarios de los fundos lindantes a la vía pública debían repararla.
v. Limitaciones por explotación de minas: el derecho clásico solo permitía la explotación de minas en terrenos públicos. Una constitución del 382 d.C. permitió la explotación de minas en fundos ajenos, siempre y cuando se pagase al dueño del terreno y al fisco una décima parte de los beneficios.
vi. Limitaciones por utilidad pública: los magistrados basándose en su *imperium* y con autorización del Senado, podían disponer en determinados casos de los bienes privados (v.g. necesidad de demoler edificios). Los emperadores generalmente se opusieron a tomar medidas de expropiación de terrenos privados.

e) Copropiedad

La copropiedad o condominio existe cuando varias personas son propietarias de una misma cosa. Si bien es cierto que Celso afirmaba que "no era posible una propiedad o posesión ejercida solidariamente por dos sujetos sobre una misma cosa" (D. 13.6.5.15), también es cierto que los juristas admitían una situación de indivisión de una cosa común, que se concibe como una propiedad divida en cuotas ideales, sin embargo, no llegan a formular un concepto general de condominio.

La comunidad de bienes puede surgir de un acto voluntario (en el caso de un contrato de sociedad) o incidental (en el caso de confusión material de dos cosas fungibles que no pueden separarse, como la *commixtio*).

Entre los derechos de los copropietarios están el veto de los condueños en caso de que uno de ellos quisiese disponer del bien (*ius prohibiendi*) y el derecho de los condueños de extender su porción de la cuota vacante cuando uno de ellos faltare (*ius adscrecendi*).

En cuanto a los beneficios y cargas de la cosa común, cada copropietario participa en proporción a su cuota. Cuando el objeto en condominio es un bien indivisible o que no pueda fraccionarse, se exige la decisión conjunta de todos los copropietarios. Cada dueño puede realizar actos de uso o administración, siempre que no lo impidan con su veto los otros condueños. El derecho justinianeo, solo admitió este veto cuando redundaba en beneficio de la comunidad (D. 8.2.26); además, se exigió la intervención del juez para actos de disposición.

En caso de que los copropietarios no quisieran permanecer en dicha situación, podían ejercitar la acción divisoria (*actio communii dividundo*).

f) Modos de adquirir la propiedad

i. Concepto

Hechos jurídicos a los cuales se atribuye el efecto de que surja en el patrimonio de una persona el derecho de propiedad.

ii. Modos originarios

Concepto

La propiedad se adquiere con base en una relación inmediata con la cosa, independientemente de cualquier otra relación jurídica con otro sujeto. Se dividen en:

Ocupación (occupatio)

Modo más antiguo de adquisición de la propiedad, que consiste en la aprehensión de una cosa que no pertenece a nadie (*res nullius*) con la intención de apropiarse de ella. Se consideran *res nullius* los animales salvajes (obtenidos de la caza o de la pesca); las islas que nacen en un mar o río público y también las piedras, las perlas y las gemas que se encuentren en las playas; las cosas capturadas al enemigo; y la *res mancipi* abandonadas. Para que opere este modo se requiere la existencia de una *res nullius* o de una cosa abandonada (*res derelicta*), la aprehensión de la cosa y la intención de hacerla propia.

Hallazgo de un thesaurus

Es la aprehensión de monedas u objetos preciosos escondidos tiempo atrás, de dueño desconocido y de encuentro casual (D. 41.1.31.1). El criterio seguido para conceder la propiedad del tesoro no fue constante, sino que cambió a través de las diferentes épocas; así, se convierte en propietario del tesoro:

- Para el derecho preclásico, el propietario del fundo.
- Para el derecho clásico y posclásico, el Estado; aunque en el año 390 d.C. Teodosio concedió todo el tesoro al descubridor.
- Para el derecho justinianeo, el 50% quien lo encontró y el 50% dueño del fundo.

Especificación (specificatio)

Transformación de una cosa corpórea por la actividad humana de una persona distinta al dueño del material, encaminada a ese fin, es decir, lograr la transformación de una cosa por otra nueva y diferente (v.g. la transformación de la uva en vino). Los proculeyanos atribuían la propiedad de la cosa a quien realizó el trabajo; en cambio, los sabinianos lo atribuían al dueño del material. Justiniano acepta esta última. Si hubo enriquecimiento por parte del dueño de la materia o del trabajo, se deberá indeminizar al perjudicado.

Confusión (confussio) y Comixtión (commixtio)

Mezcla de dos cosas líquidas o sólidas pertenecientes a diferentes personas. Si se trata de materias líquidas o sólidas separables, cada propietario puede reclamar la propiedad de su bien, pero, si las materias no pudiesen separarse, surgía una copropiedad entre ellos. Incorporación inseparable de una cosa accesoria a otra principal, con la pérdida de su integridad en caso de querer separarlas. En este caso, el propietario de la cosa principal adquiere lo que a ella se une. Se plantea el problema de la indemnización del que pierde la propiedad de la cosa adherida: cuando por error o por causas naturales se da la accesión, el propietario de la cosa accesoria, si no es poseedor, nada puede reclamar; en cambio, si conserva la posesión de lo principal, cuenta con una *actio doli*, para que se le abone el aumento del valor por él causado en la cosa principal.

Accesión (accessio)

Modo de adquirir la propiedad mediante el cual el dueño de una cosa se convierte en propietario de todo lo que se incorpora.

Unión de mueble con mueble

- *Ferruminatio*: unión a un objeto de metal de una *res* del mismo metal, que constituya parte del objeto al que se une (v.g. una taza de plata a la que se pone un mango también de plata).
- *Tinctura*: el barniz o color se adhiere al objeto barnizado o pintado.
- *Textura*: los hilos entretejidos definitivamente en una tela ajena pasan a ser propiedad del propietario de la tela.
- *Scriptura*: la tinta se adhiere a la materia usada para escribir (v.g. papiro, pergamino, etc.).
- *Pictura*: unión de colores a una tabla. Para los sabinianos el propietario era el dueño de la tabla; en cambio para los proculeyanos, el propietario de lo pintado era el pintor. Justiniano acepta ésta última opinión.

Unión de mueble con inmueble

- *Satio*: cuando en un terreno ajeno se esparcen semillas que pertenecen a persona distinta. Al germinar los productos, pasan a ser *ipso iure* propiedad del propietario del fundo.
- *Implantatio*: cuando una persona planta árboles en un terreno ajeno, pasan a ser propiedad del dueño del fundo, en cuanto que los mismos echaron raíces y se han alimentado con la tierra de éste.
- *Inaedificatio*: es la construcción de un edificio con materiales que pertenecen a una persona distinta al dueño del fundo; este último adquiere la propiedad del edificio de acuerdo con el principio de *superficie solo cedit* (todo lo que se construye pertenece al suelo). En caso de que el dueño del material hubiese obrado de buena fe, tiene derecho a que se le pague el aumento del valor del inmueble por la construcción, si no se le otorga el *ius tollendi*, esto es, el derecho de llevarse los materiales construidos, siempre y cuando estos le reporten un beneficio, no causen un perjuicio mayor al fundo.

Unión de inmueble con inmueble

- *Avulsio*: incremento evidente de un fundo ribereño por efecto de la acumulación de tierra que el agua corriente va depositando. El propietario del fundo adquiere *ipso iure* la propiedad de dicho incremento a medida que se deposita gradualmente.
- *Alluvio*: incremento evidente de un fundo ribereño por efecto de la unión al mismo de una cantidad determinada de terreno que se separó de otro fundo ribereño y fue transportado por la violenta corriente marina. El propietario del fundo adquiere la

propiedad del incremento del terreno.
- *Insula in flumine nata*: surge cuando en las aguas de un río se forma una isla, ya sea por retirada parcial de las aguas o por cambio del lecho del río. Los propietarios fundos ribereños adquieren la propiedad de parte de la isla.
- *Alveus derelictus*: surge cuando una corriente de agua abandona definitivamente el propio lecho y excava otro. Los propietarios de los fundos limítrofes al lecho adquieren la propiedad de ese terreno.

Adquisición originaria de los frutos

Los frutos una vez separados de la cosa matriz constituyen nuevas *res* que tienen individualidad propia, distinta de la cosa que los produjo. Existen algunos sujetos, que por su relación jurídica con la cosa matriz adquieren *ipso iure* la propiedad de los frutos; como el propietario, el poseedor de buena fe y el enfiteuta.

iii. Modos derivados

Concepto

Se adquiere la propiedad a través de una relación jurídica que se establece entre dos personas, de tal forma que una de ellas adquiere un derecho de propiedad sobre una cosa, que era ya objeto de propiedad de otro sujeto; de ahí que suponga la adquisición de uno, frente a la pérdida de otro. Se requiere de un acto jurídico previo legal o voluntario para adquirir la propiedad. Se dividen en:

Mancipatio

Modo de trasmitir la propiedad de la *res mancipi*. Consiste en un negocio jurídico que solo puede ser realizado por ciudadanos romanos o por quienes tengan el *ius commercii*. Se presenta como una venta ficticia, hecha ante cinco testigos, el portador de la balanza (*libripens*) y las partes interesadas. A continuación, el adquirente (*mancipio accipiens*), cogiendo la cosa cuya propiedad era transferida, pronunciaba las palabras establecidas por la tradición frente al enajenante (*mancipio dans* Gayo 1.119).

In iure cessio

Negocio jurídico bilateral, formal y ficticio para trasmitir la propiedad de *res mancipi* y *res nec mancipi*. El acto se debe realizar en presencia del magistrado. El enajenante al recitar las palabras establecidas por la tradición, cedía la cosa al adquirente, quien realiza la *vindicatio*; finalmente el magistrado adjudica la cosa al adquirente. Este modo de trasmitir la propiedad también era utilizado para constituir servidumbres reales (D. 19.9-10).

Traditio

Modo de transferir la propiedad reconocida por el *ius gentium* de *res nec mancipi*. Consiste en la entrega material o puesta a disposición de la cosa por parte del enajenante al adquirente, con la intención por parte del primero de despojarse del dominio de la cosa en favor del adquirente. Para que opere la *traditio*, se requiere satisfacer los siguientes requisitos:

- Que el enajenante tenga capacidad de goce. Debe ser el propietario de la cosa y poder disponer de ella.
- Que el adquirente tenga capacidad para adquirir la cosa que se le transfiere.
- Que exista entre el enajenante y el adquirente una relación reconocida por el ordenamiento jurídico, suficiente para justificar la transmisión del dominio de una persona a otra (*iusta causa traditio*); esto es, que exista un hecho jurídico anterior (v.g. compraventa, donación, etc.).
- Congruencia de ambas voluntades, una de enajenar y la otra de adquirir.
- Entrega material de la cosa o en general ponerla a disposición del adquirente, pudiendo consistir en una entrega simbólica (v.g. la entrega de las llaves de una casa, para trasmitir la propiedad de la casa).

Adjudicatio

El juez nombrado por el magistrado tiene facultad de trasmitir la propiedad de una cosa, por medio de la autorización de la fórmula en los juicios divisorios (*actio familiae erciscundae*, *finium regundorum* y *communi dividundo*). En estos casos, el juez atribuye la propiedad individual sobre cada una de las cosas a los copropietarios; en lugar de sus cuotas de copropiedad, constituye el título de la adquisición para cada uno.

Usucapio

Es un modo de adquisición de la propiedad, limitado a los ciudadanos romanos, mediante la posesión de una cosa de otro sobre la base de un título justo, con la intención de no lesionar derechos ajenos y que se prolonga por el tiempo prescrito por la ley; esto es, la posesión continua, pacífica y sin oposición del titular legítimo. Tiene por finalidad dar certeza jurídica a situaciones de hecho, prolongadas en el tiempo y reducir de ese modo los litigios (Gayo 2.44 y D. 41.105). La *usucapio* atribuye al poseedor, la propiedad de la cosa, es decir, le hace adquirir un derecho absoluto *erga omnes*, cambiando su relación de hecho de la cosa en una relación jurídica. Los requisitos que se deben cumplir para que opere la *usucapio* son:

- Solo se pueden usucapir *res in commercium* corpóreas.
- Son objeto de la *usucapio* las cosas susceptibles de propiedad quiritaria.
- El adquirente debe ser ciudadano romano.

- Existencia de un hecho jurídico anterior (*iusta causa usucapionis*), es decir, debe existir una relación jurídica entre el adquirente y el poseedor anterior de la cosa (v.g. al comprador o al donante que se le otorga la disponibilidad de la cosa sin que le sea transmitida la propiedad, etc.), o bien una disposición judicial o administrativa.
- Buena fe del poseedor: convicción del adquirente, en el momento en que toma posesión de la cosa, de no lesionar el derecho del propietario de la misma. Esta convicción debe existir desde el comienzo de la posesión.
- Que haya transcurrido el tiempo necesario para usucapir: para bienes muebles un año y para inmuebles dos años.

Praescriptio longi temporis

En las provincias, para otorgar certeza jurídica a quien había poseído durante un largo período un fundo, se recurría a la *praescriptio*. Es una forma de adquisición de la propiedad reconocida por el *ius honorarium*, derivada de la posesión continua del objeto, durante un cierto tiempo y en las condiciones que señala la ley. La *praescriptio longi temporis* excluye al titular del derecho sobre la cosa para que pueda quitársela a través de los medios judiciales a quien la detentaba durante un período determinado, atribuyendo a este no un derecho absoluto sobre la cosa, sino el medio para poder oponerse a la acción intentada por dicho titular. Para llevar a cabo la *praescriptio* se necesita:

- Posesión continua de fundos provinciales y de bienes muebles (a partir de Caracalla) (D. 44.3.9).
- Existencia de una causa justa.
- Buena fe del poseedor.
- No se requiere el *ius commercium*.
- Duración de la posesión: diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

Justiniano abolió la distinción entre propiedad quiritaria y bonitaria; desde este momento, el medio de adquirir la propiedad por el transcurso del tiempo fue la *usucapio*. Exigió que transcurriera un año para usucapir bienes muebles y para los inmuebles, diez o veinte años, según que se realizaran entre presentes o entre ausentes.

Ex lege

Por acto legislativo, el Estado podía trasmitir la propiedad pública (*ager publicus*) a los ciudadanos romanos.

5. Derechos reales de goce sobre cosa ajena

a) Concepto

Facultad que tiene el titular del *ius in re aliena* de ejercer determinada conducta sobre la cosa de otro o de exigir al propietario que se abstenga de llevar a cabo determinadas actividades sobre la cosa propia. Tienen como objeto una cosa corporal que está en propiedad de un sujeto distinto del titular del *iura in re aliena*. Los derechos reales de goce son limitaciones al derecho de propiedad (que en este caso se denomina nuda) en favor del titular. Estos derechos se vinculan directamente con la cosa, en el sentido de que las limitaciones al derecho de propiedad sobre la cosa existen y permanecen, incluso con posterioridad a la muerte del nudo propietario.

b) Clasificación

i. Servidumbres reales

Concepto

Derechos reales que se ejercen sobre un inmueble ajeno (fundo sirviente), cuyo aprovechamiento debe aumentar la utilidad de un inmueble propio (fundo dominante).

Principios que rigen a las servidumbres reales

- No puede imponer deberes de hacer algo; solo de tolerar o de no hacer (excepto en la servidumbre *oneris ferendi*).
- No puede constituirse sobre cosa propia, ya que es un derecho sobre la cosa de otro.
- Deben proporcionar ventaja al fundo, no al titular; de lo contrario serían servidumbres personales.
- Deben estar entre fundos vecinos, pero no necesariamente contiguos.
- Están sujetas al principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal; esto es, en caso de venta del fundo dominante, el nuevo adquirente gozará de la servidumbre real.
- No puede haber servidumbre sobre servidumbre.
- Son indivisibles; la división del fundo sirviente o dominante no cambia la naturaleza de la servidumbre.
- El uso parcial de la servidumbre la protege contra la prescripción, y con ello de la pérdida del derecho real.
- Las reparaciones necesarias para que la servidumbre pueda tener interés práctico son por cuenta del fundo dominante.
- Son inalienables, es decir, no pueden venderse como derecho real de goce.

Clasificación

Rurales

- De paso
    - *Iter*: derecho de pasar a pie.
    - *Actus*: derecho de pasar con ganado, implica además la anterior.
    - *Viae:* derecho de pasar con carros, incluye las dos anteriores.
- *Aquaeductus*: derecho de permitir el paso del agua corriente al predio propio, mediante canales construidos en predio ajeno.
- *Aquae haustus*: derecho de sacar agua de un río, pozo, etc. en terreno ajeno no necesariamente contiguo.
- *Cretae eximendi:* derecho de extraer arcilla del fundo de otro.
- *Calcis conquendae*: derecho de cocer cal en terreno ajeno.
- *Lapidis eximendae*: derecho de coger piedras en fundo ajeno.
- *Harenae fodiendae*: derecho de coger arena en terreno ajeno.
- *Pasto pecoris*: derecho de pastoreo en terreno ajeno.

Urbanas

Normalmente benefician a una construcción. Se reconocen:

- *Luminium*: derecho a tener la luz necesaria.
- *Altius non tolendi:* derecho a que no se construya algo muy alto para no privar de luz al fundo vecino.
- *Cloacae*: derecho al escurrimiento de aguas negras.
- *Oneris ferendi*: derecho de apoyar una viga en pared ajena.
- *Stillicidii*: derecho a recibir las aguas pluviales en el propio fundo.

Constitución

Directamente (translatio servitutis)

- *Mancipatio:* por ser las servidumbres rurales las más antiguas, debían constituirse sobre *res mancipi* (v.g. *iter*, *actus*, *viae* y *aquae ductus*).
- *In Iure cessio:* por este modo se constituyen aquellas servidumbres reconocidas por el *ius civile*
- *Pactiones et stipulationes*: los propietarios de los fundos sirviente y dominante podían libremente constituir servidumbres, excepto en las rurales que debían crearse por escrito.

Por actos de enajenación

- *Usucapio:* por el uso continuo de dos años podía constituirse una servidumbre. La *lex Scribonia* del s. I a.C. prohibía esta forma. En el derecho clásico, el pretor concedía una *actio utilis* al propietario de un fundo que hubiese ejercido de hecho una servidumbre predial durante un largo tiempo. Justiniano aceptó la adquisición de una servidumbre real por medio de la *usucapio*.
- *Deductio:* acto por medio del cual el propietario de dos fundos limítrofes enajena uno de ellos, previa constitución a cargo de este fundo enajenado, de una servidumbre en favor del fundo que permanece en su propiedad.
- *Adjudicatio:* en caso de juicios divisorios, el juez puede constituir servidumbres.

Por actos de disposición mortis causa

- Legado *per vindicationem:* el heredero se obligaba a aceptar una servidumbre sobre un predio que el testador hubiese fijado a favor de un predio cuyo propietario es el titular de la servidumbre.

Medidas procesales

- *Actio confessoria*: acción también llamada *vindicatio servitutis* sirve para proteger al titular de la servidumbre contra las perturbaciones que sufra su derecho. En principio solo podía ejercerse contra el titular del fundo sirviente; posteriormente, se admitió contra cualquiera que perturbara el ejercicio de la servidumbre. En caso de que la acción prospere, se obtiene el restablecimiento del derecho y el pago de daños.
- Interdictos: el ejercicio de algunas servidumbres está protegido por interdictos especiales, concedidos por el pretor a quienes ejercen de hecho una servidumbre real.

Extinción

- Por confusión: cuando se funden en un mismo sujeto las calidades de propietario del fundo sirviente y del fundo dominante.
- Por renuncia del propietario del fundo dominante.
- Por el no uso la servidumbre: para el derecho clásico durante un período de dos años; para el derecho posclásico de diez años entre presentes y veinte entre ausentes.
- Por destrucción del fundo sirviente o dominante
- Por la transformación de alguno de los fundos que hiciese imposible la existencia o el ejercicio de ella.

ii. Servidumbres personales

Concepto

Derechos reales que se constituyen sobre una cosa propia (*nudus dominus*) en beneficio de una persona determinada. Constituyen derechos que tienen un carácter personalísimo y son temporales (no heredables o enajenables).

Constitución

- *Mancipatio* e *in iure cessio*: el cedente de la propiedad de una cosa podía reservarse (*deducere*) la servidumbre personal en favor propio, no transfiriendo al cesionario más que la nuda propiedad.
- *Pactiones et stipulationes*: el derecho clásico aceptó el simple acuerdo de voluntades para constituir servidumbres en fundos provinciales. Con Justiniano los pactos y las estipulaciones pasaron a ser un modo normal de constitución del usufructo.
- *Legatum per vindicationem*: el heredero adquiere la nuda propiedad, pero se obliga a aceptar una servidumbre personal en favor de otra persona. También puede ocurrir que por legado, el testador conceda la propiedad de una cosa a una determinada persona, deduciendo la servidumbre real en favor del heredero.

Extinción

- Muerte o *capitis deminutio* del titular de la servidumbre personal. Solo la habitación y los *operae servorum* no se extinguen por *capitis deminutio* del titular del derecho.
- Confusión: significa la consolidación de los derechos de nuda propiedad con la servidumbre personal.
- Desuso: se pierde el derecho real por el no uso durante los plazos de la usucapión o de la prescripción. La habitación y los *operae servorum* no se extinguen por el desuso de la cosa.
- Pérdida total o desaparición del objeto sobre el que recae.
- Transformación de la cosa que impida el ejercicio del derecho o su exclusión del comercio.
- Renuncia del titular del derecho real.
- Llegada del término o condición.

Clasificación

Usufructo

- Concepto
    - Derecho real de goce limitado en el tiempo, que faculta a su titular a usar

una cosa ajena (*ius utendi*) y a disfrutar (*ius fruendi*) de una cosa ajena inconsumible y a percibir sus frutos, dejando inalterada la sustancia y el destino de la cosa.

- Derechos del usufructuario
  - Usar la cosa de acuerdo a lo establecido en el momento de su constitución o según la naturaleza de la cosa. Adquirir la propiedad de los frutos naturales y civiles de la cosa.
- Obligaciones del usufructuario
  - Conservar la cosa sin alterar su sustancia, ni para hacerla más rentable.
  - Cuidar la cosa como un *bonus pater familias*, por lo que responde de culpa leve.
  - Devolver la cosa en su oportunidad en el estado en el que se recibió.
  - Pagar gastos ordinarios y de explotación de la cosa para mantenerla en buen estado.
  - Otorgar una garantía (*cautio usufructuaria*) al nudo propietario.
  - Prohibición de enajenarlo.
  - El quasi usufructo es el derecho real de goce que faculta a su titular a usar y disfrutar de una cosa consumible; debe restituir una cantidad igual de cosas entregadas por el nudo propietario.
- Medidas procesales
  - *Vindicatio usufructus*: en principio esta acción se ejercía en contra del nudo propietario que impedía al usufructuario gozar de su derecho; con el tiempo se pudo ejercer en contra de cualquiera que perturbara el ejercicio del usufructo. Si la acción prospera se obtiene la restitución de la cosa y los frutos, además de recuperar el ejercicio del derecho.
  - Interdictos: se concedía al usufructuario los interdictos *uti possidetis* y *unde vi* en defensa de su derecho.

Uso

- Concepto
  - Derecho real de goce que faculta a su titular a usar (*ius utendi*) una cosa inconsumible ajena en provecho propio y a disponer (*ius fruendi*) de los frutos de la cosa, limitado a las propias necesidades del titular o de su familia, sin alterar su esencia.
- Derechos del usuario
  - Usar la cosa de acuerdo con su destino; no puede ser cedido a terceros. Adquirir la propiedad de los frutos de la cosa solo para su uso o el de su familia.
- Obligaciones del usuario
  - Además de las que tiene el usufructuario, debe otorgar una *cautio usuaria*

al nudo propietario, para garantizar el buen ejercicio del derecho de uso.

- Medidas procesales
  - *Vindicatio usus*: en principio esta acción se ejercía en contra del nudo propietario que impedía al usuario gozar de su derecho; con el tiempo se pudo ejercitar en contra de cualquiera que turbase el ejercicio del derecho real. Si la acción prospera se obtiene la restitución de la cosa y la recuperación del ejercicio del derecho.
  - Interdictos: se concede al usuario el interdicto *unde vi*.

Habitación

- Concepto
  - Derecho real de goce que faculta a su titular a habitar (*ius utendi*) una casa ajena y arrendarla a título oneroso a terceros. Fue introducido por Justiniano en el año 530 (C. 3,33,13), ya que los juristas clásicos la reconocían como una clase de uso o de usufructo.
- Derechos del habitacionario
  - Solo puede habitar en el inmueble y arrendarlo.
- Obligaciones del habitacionario
  - Además de las que tiene el usufructuario, debe otorgar una *cautio* en forma de *stipulatio.*
- Medidas procesales
  - *Actio confessoria*: acción utilizada para proteger al titular de la servidumbre contra las perturbaciones que sufra su derecho. Si la acción prospera se obtiene el restablecimiento del derecho y el pago de daños.
  - Interdictos posesorios.

Operae servorum

- Concepto
  - Derecho real de goce que faculta a su titular a usar (*ius utendi*) en beneficio propio, el trabajo de esclavos o de animales ajenos. Los juristas clásicos consideraron a este derecho real como una especie de usufructo o uso.
- Medidas procesales
  - *Actio confessoria*: acción utilizada para proteger al titular de la servidumbre contra las perturbaciones que sufra su derecho. Si la acción prospera se obtiene el restablecimiento del derecho y el pago de daños.
  - Interdictos posesorios.

iii. Enfiteusis

Concepto

Derecho real transferible *inter vivos* o *mortis causa* que faculta a su titular, el enfiteuta, a tener el pleno y exclusivo uso o disfrute de un fundo ajeno. Surge como un derecho real, independiente de cualquier otro, en una constitución de Zenón del año 480 d.C. (C. 4.66.1). Su origen se remonta al arrendamiento a los particulares de los *agri vectigales* del Estado, de los municipios o de las colonias; en este caso, el arrendamiento era concedido para siempre o por un largo tiempo, a cambio del pago de un *canon* periódico; dicha situación, con el paso del tiempo se consideró como un derecho real transmisible y enajenable.

Derechos del enfiteuta

- Cambiar el cultivo.
- Constituir servidumbres reales, darlo en usufructo, someterlo a hipoteca.
- Hacer suyo los frutos.
- Transmitir su derecho por actos *inter vivos* o *mortis causa*.
- Tiene el derecho de liberación, es decir, puede adquirir la propiedad plena del fundo, pagando al propietario la suma correspondiente a la capitalización del *canon*.

Obligaciones del enfiteuta

- Pagar al nudo propietario una renta periódica (*canon*).
- Pagar impuestos como el tenedor de un inmueble.
- Notificar al nudo propietario antes de vender. En este caso, el nudo propietario goza del derecho de preferencia (*ius praelationis*) y del derecho al 2% del valor de la venta (*ius laudemium*).

Constitución

- Convención entre las partes, llamado contrato enfitéutico.
- Testamento.
- Prescripción adquisitiva.

Medidas procesales

- *Actio reivindicatio utilis*: medida procesal que tiene el enfiteuta para la defensa de su derecho, también llamada *actio confessoria*.

- *Actio negatoria*: acción utilizada para que el juez declarase la libertad de la cosa respecto al adversario, asi como la reposición, en su caso, de la situación anterior a la perturbación del derecho real y una caución contra futuras perturbaciones.
- Interdictos posesorios.

Extinción

- Por destrucción del fundo.
- Por renuncia del titular del derecho real de enfiteusis.
- Por confusión, es decir, porque se unan en la misma persona los derechos de propiedad y de enfiteusis.
- Por prescripción del derecho, esto es, cuando el propietario realiza un acto contrario al ejercicio de la enfiteusis y dispone plenamente del fundo sin oposición por parte del enfiteuta, durante el tiempo necesario para la *usucapio*.
- Por el no pago de *canon* durante tres años.
- Por no hacer efectivo el *ius praelationis* en favor del propietario.
- Por no notificar al propietario la venta del derecho de enfiteusis.

iv. Superficie

Concepto

Derecho real transferible *inter vivos* o *mortis causa* que faculta a su titular, el superficiario, a tener la disponibilidad plena y exclusiva de un edificio levantado sobre un fundo ajeno. Este derecho real supone una excepción al principio "lo que se construye en un terreno deviene propiedad del dueño del terreno" (*superficies solo cedit*). Para el derecho clásico era inconcebible que una persona fuera dueña del suelo y otra del edificio; sin embargo, a partir del derecho posclásico se admitió una propiedad plena sobre el edificio si el superficiario construía con permiso del propietario del suelo.

Derechos del superficiario

- Transmitir su derecho sin notificar al nudo propietario.
- Hipotecar la construcción o el derecho real.
- Establecer servidumbres reales o personales.

Obligaciones del superficiario

- Pagar al nudo propietario una renta periódica (*solarium*).
- Pagar impuestos por la tenencia del suelo.

Constitución

- Convención entre las partes.
- Testamento.
- Prescripción adquisitiva.

Medidas procesales

- *Actio negatoria*: acción utilizada para que el juez declarase la libertad de la cosa respecto al adversario, asi como la reposición, en su caso, de la situación anterior a la perturbación del derecho real y una caución contra futuras perturbaciones.
- *Actio vindicatio utilis:* medida procesal que tiene el superficiario para la defensa de su derecho; acción llamada por el derecho posclásico *actio confessoria*.
- Interdictos posesorios y en especial el *interdictum de superficiebus*.

Extinción

- Por destrucción del edificio.
- Por renuncia del titular del derecho real.
- Por confusión, es decir, cuando se unen en una persona las calidades de propietario y superficiario.
- Por prescripción del derecho, esto es, cuando el propietario realiza un acto contrario al ejercicio de la enfiteusis y dispone plenamente del fundo sin oposición por parte del enfiteuta durante el tiempo necesario para la *usucapio*.

6. Derechos reales de garantía

a) Concepto

Derechos reales que confiere el deudor sobre una cosa propia, o de un tercero, al acreedor, como garantía del cumplimiento de una obligación. En caso de que el deudor incumpla con su obligación, el acreedor tiene un poder directo sobre la cosa, que en las diferentes etapas del derecho romano varió desde la adquisición de la propiedad de la cosa por subrogación del pago del crédito, hasta tener el derecho de venderla a otros, reteniendo para sí el valor de su crédito.

b) Clasificación

i. Prenda

Concepto

Derecho real de garantía que se ejerce sobre cosa ajena, en donde el deudor entrega una cosa (*pignus*) en posesión al acreedor prendario, para garantizar una obligación preexistente. Se transmite la posesión *sine animo* de una cosa específica ya sea del deudor o de un tercero. El deudor conserva la propiedad de la cosa otorgada en prenda.

Derechos del acreedor prendario

- Devenir propietario de la prenda si el deudor no satisface el crédito pactado, situación que prohibió la *lex Commisoria* del año 326 d.C. En el derecho justinianeo, el acreedor prendario podía adquirir la propiedad de la cosa, si después de dos años, no conseguía comprador y también podía llegar a un acuerdo con el deudor para adquirirla en un precio justo.
- Tiene el *ius vendendi* sobre la cosa, previa *denuntiatio* (notificación) al dueño de la prenda (el deudor o un tercero), en caso de incumplimiento de la obligación principal, pagándose a sí mismo con el precio hasta satisfacer el propio crédito.
- Cobrar los gastos de conservación de la cosa.
- Reclamar daños y perjuicios si los hubiese.
- Retener la prenda aunque se haya satisfecho la obligación principal, si es que el deudor tiene otras deudas con él (*pignus gordianum*).

Obligaciones del acreedor prendario

- Conservar y no usar la cosa y sus frutos, salvo pacto en contrario; esto es, a través del *pacto antichresis*, el acreedor puede percibir los frutos de la cosa dada en prenda, con la consiguiente disminución de los intereses y del capital.
- Devolver la cosa en caso de cumplimiento de la obligación principal.
- Notificar al deudor en caso de venta.
- Restituir el excedente en caso de venta (hyperocha).

Constitución

- Por voluntad privada entre las partes mediante un contrato.
- Por un acto mortis causa (legado, fideicomiso).
- Por decisión de la autoridad judicial.
- Por disposición de la ley.

Cosas sobre las que se constituye la prenda

- Sobre cosas corporales; es válido el *pignus* de cosas futuras (v.g. los frutos que serán producidos por una cosa).
- El derecho justinianeo admitió la constitución de la prenda sobre cosas incorporales, tales como el derecho de usufructo, de enfiteusis, de superficie e incluso sobre servidumbres.

Medidas procesales

- *Actio pignoraticia in rem*: acción en favor del acreedor pignoraticio a poseer la cosa en tanto no se cumpla con la obligación principal.
- Interdictos posesorios y en especial el *interdictum Salvianum* que se ejerce contra cualquiera que tenga en su poder la cosa.

Extinción

- Por el cumplimiento de la obligación principal, por lo que el deudor cuenta con una *actio in personam* para conseguir la disponibilidad de la cosa (*actio pignoraticia directa*).
- Por renuncia del acreedor al crédito o al derecho real de prenda.
- Por destrucción de la cosa sobre la que se grava el derecho de garantía.
- Por confusión, es decir, cuando concurren en la misma persona las calidades de propietario y de acreedor prendario.
- Por *usucapio* de un tercero de buena fe que ignore la existencia de la garantía sobre ella.

ii. Hipoteca

Concepto

Es un derecho real de garantía que se ejerce sobre cosa ajena para garantizar una obligación principal. El deudor o un tercero no otorgan la posesión de la cosa, ni siquiera la detentación.

Derechos del acreedor hipotecario

- Derecho devenir propietario de la cosa dada en hipoteca si el deudor no satisface el crédito pactado.
- Derecho de venta (*ius vendendi*) sobre la cosa, previa *denuntiatio* en caso de incumplimiento de la obligación garantizada.
- Derecho de preferencia en el concurso de acreedores por quiebra del deudor; sin

embargo, el derecho romano reconoce la existencia de créditos privilegiados, los cuales pueden ser ejercitados antes que otros derechos de hipoteca que se graven sobre la misma cosa (v.g. créditos del fisco).
- Si se constituya sobre la misma cosa, como garantía de diferentes créditos, estén gravados varios derechos hipotecarios, la prioridad de su ejercicio depende de la prioridad de su constitución, es decir, del que primero lo hubiese constituido (*prior tempore potio iure*).

Obligaciones del acreedor hipotecario

- Notificar al deudor en caso de venta.
- Devolver al deudor el excedente en caso de venta (*superflum*).

Constitución

- Por voluntad privada entre las partes mediante un contrato.
- Por un acto *mortis causa* (legado, fideicomiso).
- Por decisión de la autoridad judicial.
- Por disposición de la ley (v.g. la que gravaba una casa en favor de quien había prestado el dinero para la reparación).

Cosas sobre las que se constituye la hipoteca

- Generalmente tiene por objeto bienes inmuebles; sin embargo, nada impide que se constituya sobre bienes muebles.
- Sobre cosas corporales e incorporales, tales como el usufructo, la superficie, la enfiteusis y las servidumbres.

Medidas procesales

- *Actio hypotecaria*: acción que se ejerce una vez verificado el incumplimiento de la obligación, en relación con cualquiera que tuviera tuviese consigo la cosa hipotecada.

Extinción

- Por el cumplimiento de la obligación principal.
- Renuncia del acreedor al crédito o al derecho real de hipoteca.
- Por destrucción de la cosa sobre la que se grava el derecho de garantía.
- Por confusión, es decir, cuando concurren en la misma persona las calidades de propietario y de acreedor hipotecario.
- Por *usucapio* de un tercero de buena fe que ignore la existencia de la garantía sobre ella.

SÉPTIMA UNIDAD
OBLIGACIONES

Cuadro resumen

1. Concepto de obligación (*obligatio*)

2. Fuentes de las obligaciones
   - a) Gayo
     - Bipartita
     - Tripartita
   - b) Justiniano — Tetrapartira

3. Elementos obligación
   - a) Sujeto
   - b) Objeto
   - c) Vínculo jurídico

4. División obligaciones
   - a) Según los sujetos
     - i. Con sujeto determinado
     - ii. Mancomunadas
     - iii. Solidarias
   - b) Según el objeto
     - i. Divisibles / Indivisibles
     - ii. Genéricas / Específicas
     - iii. Facultativas / Alternativas
     - iv. Conjuntivas
   - c) Según el vínculo jurídico
     - i. Civiles / Honorarias
     - ii. Civiles / Naturales
     - *iii. Stricti Iuris / Bonae Fidei*
     - iv. Unilaterales / Sinalagmáticas

- 5. Transmisión de las obligaciones
  - a) Medios utilizados
    - *i. Delegatio nominis*
    - *ii. Procuratio in rem suam*
    - iii. Medidas imperiales
  - b) Prohibiciones y restricciones
- 6. Incumplimiento de las obligaciones
  - a) Atraso en el cumplimiento
    - i. Mora *debitoris*
    - ii. Mora *creditoris*
  - b) Que haya imposibilidad de cumplir
    - i. Causas no imputable al deudor
      - Caso fortuito
      - Fuerza mayor
    - ii. Causas imputables al deudor
      - Dolo
      - Culpa
      - Custodia
  - c) Que haya posibilidad de cumplir
  - d) Efectos del incumplimiento de la obligación
- 7. Extinción de las obligaciones
  - a) *Contrarius actus*
  - b) *Modos ipso iure*
    - i. *Solutio*
    - ii. *Datioin solutum*
    - iii. *Acceptillatio*
    - iv. *Novatio*
    - v. *Confussio*
    - vi. *Concursus causarum lucrativarum*
    - vii. *Pérdida objeto debido*
    - viii. *Capitis deminutio o muerte*
    - ix. *Mutuo desistimiento*
    - x. *Sentencia*
  - c) *Modos que operan ope exceptionis*
    - i. *Pactum de non pretendo*
    - ii. *Compensatio*
    - iii. *Praescriptio longi temporis*
    - iv. *Modalidades extintivas*

1. Concepto obligación (*obligatio*)

La palabra obligación (*obligatio*) procede del latín *obligationis* (*ob-ligari*) que significa estar ligado.

En las Instituciones de Justiniano, en una cita atribuida a Papiniano (Inst. 3.13) define a la obligación como un vínculo jurídico que nos constriñe a pagar alguna cosa conforme al derecho de nuestra ciudad (*Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*).

El origen de la palabra *obligatio* romana ha sido explicada por la pandectística alemana del siglo XIX, en donde debieron de existir dos instituciones autónomas: la deuda (*schuld*) y la responsabilidad (*haftung*). En un primer momento, a través de un negocio jurídico debió nombrarse primero al deudor (*schuld*) quien debía realizar la prestación y en otro negocio jurídico se nombraba al responsable (*haftung*), quien en caso de incumplimiento debía responder con su propia vida. El segundo paso de la evolución de la *obligatio* consistió en el hecho de que el propio deudor se convertía en responsable; pero siempre como resultado de dos negocios jurídicos, autopignorándose y que en caso de incumplimiento respondería con su propia vida. En una tercera etapa el deber y la responsabilidad jurídica emanan de un solo acto jurídico, la figura del deudor y del responsable se fusionan, pero éste sigue respondiendo con su propia vida. A partir de la expedición de la *Lex Poetelia Papiria* de 326 a.C. se declara abolida la esclavitud por deudas; lo que implicó que el deudor en caso de incumplimiento solo sufriera la ejecución de todo su patrimonio, existiendo ciertos deudores como el hijo que contrató estando bajo la patria potestad del padre, del donante, de los socios *omnium bonorum*, entre el marido demandado por la *Lex Uxoriae*, etc., a los cuales fuere cual fuere el total del adeudo se les cobraría lo que tuvieran de activo en el momento de la deuda (*in id quod facere potest*). Este principio fue ampliado por Justiniano permitiendo que el deudor conservara la parte de su patrimonio que fuere indispensable para atender a su subsistencia (*beneficium competentiae*).

2. Fuentes de las obligaciones

i. Concepto

Son aquellos hechos jurídicos a los cuales el derecho romano atribuye la facultad de hacer surgir el vínculo obligacional entre dos o más personas, para que exista una medida procesal y ejercitar una acción.

Las fuentes de las obligaciones fueron aumentando de acuerdo al desarrollo económico de la sociedad romana. Para el derecho clásico existen solo dos fuentes de las obligaciones: contratos y delitos como figuras típicas. Figuras atípicas son las que Gayo reconoce y son las varias figuras causales, o sea, actos lícitos e ilícitos generadores de obligaciones, distintas de contratos y delitos.

ii. Clasificación	- Gayo	Bipartita (I. 3.7.88)	- Contratos - Delitos
		Tripartita (D. 44.7.1)	- Contratos - Delitos - Otras figuras causales
	- Justiniano (Inst. 3.13.2)		- Contratos - Delitos - Cuasidelitos - Cuasicontratos

3. Elementos de las obligaciones

a) Sujetos

Es el elemento personal de la Obligación, está constituido por los sujetos de la relación obligatoria.

i. Deben de existir uno o más sujetos activos (acreedores) y uno o más sujetos pasivos (deudores).
   - Sujeto activo o acreedor: Es el titular del crédito, del que dimana el derecho a recibir la prestación y a exigirla (*omnes, quibus ex qualibet causa debitur*).
   - Sujeto pasivo o deudor: Aquel sobre el que pesa una deuda y al que se le puede exigir su cumplimiento aún en contra de su voluntad (*is, a quio invito exigi pecunia potest*).

ii. Estos sujetos pueden ser personas físicas o morales.

iii. Deben ser capaces civilmente.

b) Vínculo jurídico

Es el deber jurídico, o sea, la *haftung*. Es el vínculo reconocido por el derecho que faculta al acreedor a exigir una conducta del deudor y asegura su cumplimiento con la posibilidad de obtener coactivamente su cumplimiento.

Esta relación obligatoria se caracteriza por su temporalidad, la cual está destinada a extinguirse, no solo porque el derecho de crédito está sometido a la regla general de la prescripción extintiva, sino porque la obligación tiende a agotarse con la realización del contenido de la prestación.

Este elemento de la obligación es la esencia misma de la obligación, es decir, el deber por parte del deudor de cumplir la prestación.

c) Objeto

i. Concepto

La prestación (*praestare*) designa el objeto de la obligación, esto es, el comportamiento positivo o negativo que el deudor debe observar en favor del acreedor.

El objeto de la obligación no es el bien material a que ésta puede referirse, sino a un comportamiento, que a su vez, eventualmente, se refiere a un bien material.

ii. Contenido

Según Paulo la prestación que puede consistir en un dar (*dare*), en un hacer (*facere*), en un no hacer (*non facere*) o en un prestar (*praestare*).

- El dar (*dare*) supone constituir un derecho real o prestar un servicio.
- Observar determinada conducta (*facere*).
- Abstenerse de hacer algún comportamiento (*non facere*).
- Garantizar una deuda de dar o hacer (*praestare*), también se entiende como cualquier prestación.

iii. División

- Objeto directo: Es la conducta que debe realizar el deudor la cual puede consistir en un dar, un hacer, un no hacer, un prestar o un permitir.
- Objeto indirecto: Es el contenido de esa conducta positiva o negativa.

iv. Características

- Posible: física y jurídicamente. Opera el principio que a lo imposible no está obligado nadie (*impossibilium nulla obligatio est*).
- Lícito: No estar en contra de la ley, ni de la moral, de lo contrario es nula.
- Determinado o determinable: el objeto debe ser identificado por el deudor, el acreedor o por un tercero.

- Carácter patrimonial: posibilidad de ser valorable en dinero.
- Estar constituida en interés del acreedor.

4. División obligaciones

a) Según los sujetos

i. Con sujeto determinado

De ordinario el vínculo obligacional se establece entre dos o más sujetos individualmente determinados *ab origine,* esto es, desde que la obligación nace y hasta que ésta se extingue se conoce quien es el sujeto pasivo y quien el sujeto activo.

ii. Con sujeto indeterminado

Son aquellas obligaciones en las que el sujeto activo o el sujeto pasivo de una obligación, o los dos al mismo tiempo, no se hallan determinados de manera individual en el momento de constituirse la misma, sin embargo, encierra una prestación que debe ser realizada o puede ser exigida por personas que se encuentren en una situación especial.

Como son obligaciones ambulatorias (*propter rem*) se encuentran tuteladas por una *actio in rem scriptae* que comparten características de las acciones reales y de las acciones personales. Como el sujeto activo o pasivo de la obligación está indeterminado se debe deambular para conocerlo, como quien persigue un derecho real.

En el Derecho romano, la arraigada noción del vínculo obligacional como una trabazón entre dos personas determinadas no hizo fácil el que prosperase el desenvolvimiento de esta categoría, por lo que solo abarcó escasas situaciones reguladas, por el Derecho en donde los particulares no podían crear otras distintas a las siguientes:

- La obligación de resarcir daños causados por animales, esclavos o *filius familias,* que atañe al *dominus* que tiene la propiedad o ejerce la patria potestad sobre ellos en el momento de intentar la *actio noxae* (Inst. 4.8.5).
- La obligación de reparar el muro de la servidumbre *oneris ferendi* (derecho de apoyar una construcción en un muro o columna de un fundo vecino); es acreedor aquel que en el momento de pedir la reparación sea el dueño del predio dominante y deudor el propietario en aquel momento en que la pared deba reparase (D. 8.5.6.2).
- La obligación que incumbe al enfiteuta, al superficiario o al propietario de pagar el

salarium, el *canon* o los impuestos vencidos, los cuales son exigibles aun cuando la falta de pago sea debida por persona que anteriormente ostentaba dicho título bajo el principio que son demandados los mismos predios, no las personas (D. 39.4.7-8).
- La obligación de restituir lo adquirido en uso de violencia, que corresponda a quienquiera que haya obtenido provecho de la cosa o la tenga en su poder (D. 4.2.9.8).
- La obligación que incumbe al heredero de verificar prestaciones en favor de personas cuya determinación se encomienda a un tercero. (Inst. 2.20.25-27).

iii. Obligaciones mancomunadas (partiariae)

Obligaciones cuyo objeto es divisible, pero existen varios sujetos activos, cada uno de los cuales puede exigir solo una parte de la prestación o bien en la obligación existen varios sujetos pasivos, cada uno de los cuales está obligado a efectuar solo una parte de la prestación. La obligación es única respecto a la fuente de su constitución, pero en relación con los distintos sujetos se divide en diversas relaciones obligatorias, cada una de las cuales es cumplida por separado.

En las obligaciones mancomunadas cada una de las partes puede exigir su parte (cada acreedor solo puede pretender su cuota y cada deudor solo está obligado a pagar su parte). De ahí que también se les llame "obligaciones parciarias", en las que la obligación se entendía dividida en tantas obligaciones cuantos eran los sujetos activos o pasivos.

iv. Obligaciones solidarias

Obligaciones en las que existen varios sujetos activos o pasivos y un solo objeto, aunque divisible, debe ser satisfecho o puede ser cobrado por cualquiera de los sujetos activos o pasivos de la obligación.

- Solidaridad activa: Pluralidad de acreedores, cada acreedor puede exigir la totalidad del objeto de la obligación. Se utiliza por razones de comodidad.
- Solidaridad pasiva: Existen varios deudores y cada uno de ellos responde por la totalidad de la responsabilidad. Se utiliza para asegurar una deuda; en vez de un solo deudor, el acreedor tiene varios obligados, pudiendo elegir al más solvente el día del vencimiento.
- Solidaridad mixta: Existe la pluralidad de deudores y acreedores, cualquier acreedor puede exigir de cualquiera de los deudores la totalidad del objeto.
- Un problema importante es averiguar cuál es la relación jurídica entre los codeudores o coacreedores entre sí, cuando se extingue la obligación correal. El derecho de recuperación a favor del codeudor que ha pagado al acreedor común, así como el deber de compartir a cargo del coacreedor que ha recibido del deudor común depende de la causa que haya motivado la relación entre ellos; pudo haber sido una sociedad, un mandato, una gestión de negocios, etc.

Entre las fuentes de las obligaciones solidarias, se encuentran:

- Contratos: En el derecho clásico la única forma de conseguir la solidaridad por acuerdo de las partes era a través de una *Stipulatio*. En el Derecho Justinianeo cualquier contrato puede generar la solidaridad.
- Sucesión testamentaria: Por declaración de última voluntad expresada en el testamento a través de un legado.
- Delitos: En el derecho arcaico y en aún en el clásico, los delitos cometidos por varias personas originaban acumulación de obligaciones y cada uno de los autores debía pagar por entero la pena pecuniaria. Con Justiniano las obligaciones derivadas de·actos ilícitos en caso de pluralidad de autores eran obligaciones solidarias.
- Ley: Cuando el objeto que deben varios deudores o que se deba a varios acreedores es indivisible.

Las obligaciones solidarias se extinguen con el cumplimiento de cualquiera de los sujetos pasivos o cuando se satisface el crédito a cualquiera de los sujetos activos.
Según la forma de cómo se extingan, producirán efectos extintivos para todos los acreedores Si se extingue por el pago, dación en pago, novación, etc. se extinguen todos los vínculos. Pero si la obligación se extingue por causa o motivos relacionados con los sujetos solidarios como la *capitis deminutio, pacto de non pretendo,* confusión, etc., la obligación persistirá para los demás deudores solidarios o para los demás acreedores solidarios.

a) Según el objeto

i. Divisibles

Las obligaciones divisibles son aquellas cuyo objeto es susceptible de fraccionarse, es decir, su cumplimiento o ejecución puede hacerse por fracciones, esto es, por partes sin que el mismo sufra menoscabo o alteración en su esencia y valor. Por regla general son divisibles las obligaciones de dar bienes genéricos, en ese caso, la obligación de traspasar la propiedad de un objeto cierto podía hacerse fraccionadamente (D. 45.1.2 pr.).

Sin embargo, existen excepciones a este principio:

- Las obligaciones alternativas.
- Si el objeto estaba concebido como específico.
- La constitución de una servidumbre predial ya que ésta no es susceptible de constituirse pro parte.

En el caso de obligaciones de hacer una obra, la obligación es indivisible, pero si el servicio que se presta se puede dividir por su número o medida, entonces es divisible (D. 45.1.54).

ii. Indivisibles

Son aquellas que por naturaleza su objeto indirecto es indivisible, o sea, en las obligaciones en las que la división del objeto haría perder parcial o totalmente a esta su valor. Generalmente son indivisibles las obligaciones de hacer o no hacer, cuando la obligación del deudor se enfoque a un resultado único, porque la obra es el todo y no la parte.

iii. Genéricas

Son aquellas en las que el deudor debe dar objetos o cumplir con prestaciones correspondientes a ciertas categorías, es decir, a un género (*genus*), no son señaladas individualmente.

Esta clasificación es importante en caso de pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor, toda vez que el género o la cantidad no perecen (*Genus aut quantitas nunquam perit*) y por ende se perdería para el deudor. Pero si el deudor se compromete a pagar ciertas cosas genéricas y éstas se pierden, queda liberado de la obligación (D. 45.1.37).

Las obligaciones genéricas devienen específicas cuando se ejecuta el derecho de elección (*ius electionis),* el cual compete al deudor. Durante el Derecho clásico el deudor se liberaba entregando una cosa de la peor calidad. A partir de Justiniano, el deudor debía dar algo de mediana calidad, ni la mejor, ni la peor (D.30.37 pr.).

iv. Específicas

En estas obligaciones la prestación versa sobre un objeto individualmente específico y concreto.

En caso de pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor, se pierde para el acreedor.

v. Alternativas

Obligaciones en las que se señalan varias prestaciones con el fin de que el deudor cumpla con una sola de ellas, bien a elección suya o a elección del acreedor.

La elección entre varias prestaciones compete al deudor, salvo pacto en contrario. Tiene la facultad de elegir el objeto hasta el momento del pago efectivo, derecho que se transmite a sus herederos.

Si se estipuló que el derecho de elección correspondía al acreedor, éste puede elegir el objeto hasta el momento en el cual subsista la facultad.

Si la determinación del objeto se hacía depender de la voluntad de un tercero, la obligación no se consideraba alternativa, sino condicional; en el caso que el tercero no eligiera, la obligación sería nula.

Si una de las prestaciones deviene imposible, el deudor solo se libera entregando la otra. Si ambos objetos, siendo específicos, perecen por caso fortuito o fuerza mayor, la pérdida la sufre el acreedor.

vi. Facultativas

Son aquellas que tendiendo un único objeto o prestación, es permitido al deudor pagar con otra prestación distinta prevista en el título constitutivo de la obligación o en un precepto legal.

Si aquel único objeto de la obligación perece, la obligación se extingue y no hay lugar a la sustitución, aunque el otro objeto con el que el deudor podía sustituirle sea aún posible. Por lo tanto, se convierte en una obligación simple con una *facultas soIvendi,* la cual solo podrá ejercitarse en el momento de pagar la obligación si existe el objeto primigenio.

vii. Conjuntivas

Son aquellas obligaciones en las que existen varios objetos que deben cumplirse acumulativamente para que se entienda cumplida la obligación.

Es importante distinguir si se trata de una obligación con varios objetos o de varias obligaciones; en el primer caso, se debe cumplir simultáneamente, ya que nada obliga al acreedor a recibir pagos parciales, salvo pacto en contrario. En el segundo caso, el acreedor no puede negarse a recibir los pagos en forma sucesiva.

a) Según el vínculo jurídico

i. Civiles

Tienen su fuente en el ius *civile,* lo que daba origen a una *actio civilis*. Las acciones que emanaban de las obligaciones civiles eran perpetuas. Una Constitución de Theodosio II y Honorio reglamentó el régimen de la prescripción de las obligaciones civiles a 30 años.

ii. Honorarias

Son aquellas que emanan del *ius honorarium,* por lo que solo son exigibles a través de una *actio in factum*. El magistrado por razones de equidad creaba bajo la forma de acciones útiles formas de obligaciones que de acuerdo al derecho civil no contaría con una medida procesal para exigir su cumplimiento. Prescribían al año.

iii. Naturales

Son obligaciones que no crean un derecho procesalmente eficaz, es decir, carecen de acción, por lo tanto, si el deudor incumple, el acreedor no tiene medida procesal para forzarle a cumplir con lo que se comprometió o a entregar el equivalente monetario del objeto de la obligación, más el pago de daños y perjuicios.

Sin embargo, para distinguir estas obligaciones naturales del simple deber moral, social o religioso, el derecho reconoció la posibilidad de crear ciertos efectos jurídicos, entre ellos:

- Su cumplimiento no recibe el trato jurídico de las donaciones, ni da lugar a la *condictio indebiti soluti,* o sea la acción personal para recuperar lo que el deudor hubiere pagado indebidamente. No se trata de pago de lo indebido, aunque posteriormente resultase que el deudor dijere no haber conocido el carácter natural de su deuda y que de haberlo conocido no hubiera pagado la deuda, sin embargo, no se le permite que ejercite la *condictio indebiti soluti,* para recuperar lo pagado, ya que, el acreedor cuenta con la *retentio soluti,* o sea el derecho retener la cosa y quedarse con lo que el deudor le ha pagado.
- Puede ser garantizada mediante fianzas o constituir prendas o hipotecas.
- Puede ser objeto de una novación, es decir, su contenido puede ser traspasado a una nueva obligación, cambiando un elemento de la obligación primigenia; así la nueva obligación puede ser una civil mediante una *constitutum debiti.*
- Puede compensarse con una obligación civil. Cuando el deudor de la obligación natural reclame, a su vez, como acreedor, el pago de una obligación civil, el acreedor primigenio puede durante el derecho clásico compensar su crédito, siempre que se trate del mismo negocio jurídico. A partir de Justiniano se podían compensar créditos nacidos de obligaciones civiles y naturales sin importar el tipo de negocio jurídico.

Casos de obligaciones naturales

Los casos que el derecho romano reconoció como obligaciones naturales son:

- Obligaciones lícitas contraídas por esclavos a favor de persona distinta del dueño
- Obligaciones lícitas contraídas por *filiae familias* y por mujeres casadas *cum manu* con persona distinta del *pater familias* o del marido.
- Obligaciones lícitas contraídas por el esclavo, *filiae familias* con la persona sometida a su potestad.
- Deudas contraídas por el pupilo sin autorización del tutor.
- Deudas extinguidas civilmente por prescripción
- Deudas extinguidas civilmente por el efecto novatorio de la *litis contestatio.*
- Deudas extinguidas civilmente por una sentencia injusta. Se consideraba subsistente como natural en el caso de que, aun habiendo sido absuelto el demandado, la

sentencia fuese injusta, cuyo único efecto parece que era la *soluti retentio*.
- Deudas contraídas por personas que cayeron en *capitis deminutio* media y máxima. Ya que en caso de una *capitis deminutio* mínima el pretor otorgaba la acción en contra de él.

iv. Stricti Iuris

Son aquellas obligaciones que en caso de incumplimiento el juez debe valorar conforme a lo estrictamente pactado.

v. Bona fidei

En caso de incumplimiento, el juez tomar en cuenta las circunstancias que rodean al caso concreto para conocer cuáles son las obligaciones de cada parte.

Como consecuencia de estas obligaciones *bonae fidei*, surgieron figuras como la compensación, dolo, caso fortuito, etc.

Durante el derecho antiguo todas las obligaciones eran *stricti iuris,* las *bonae fidei* tienen su aparición en el derecho preclásico y su apogeo en el derecho clásico.

vi. Unilaterales

Son aquellas obligaciones en las cuales solo se derivan obligaciones para una de las partes, es decir, el único que tiene deberes es el sujeto pasivo de la obligación; y por lo consiguiente, el único que tiene la facultad de exigir el cumplimiento de dicha prestación es el sujeto activo. Las obligaciones surgidas de contratos *stricti iuris* eran unilaterales.

vii. Sinalagmáticas

Obligaciones en las que generalmente ambas partes tienen derechos y obligaciones recíprocas. Toman su nombre del griego *synallagma,* que significa contrato recíproco (D. 50.16.19).

Las obligaciones surgidas de contratos *bonae fidei* eran sinalagmáticas. Se dividen en:

- Sinalagmáticas imperfectas: El deudor siempre está obligado y eventualmente el acreedor puede ser constreñido al cumplimiento de determinada conducta. Se pueden dar dos hipótesis: nacen unilaterales y se extinguen unilaterales; nacen unilaterales y se extinguen sinalagmáticas imperfectas.
- Sinalagmáticas perfectas: Desde el principio de la obligación ambas partes son acreedores y deudores recíprocos.

5. Transmisión de créditos y de obligaciones

a) Medios utilizados en la transmisión de créditos

i. Antecedentes

En los primeros tiempos de Roma no se concibe una transmisión de los derechos de crédito, se opone a ello el propio carácter personal de las obligaciones romanas, o sea, la atadura de la propia persona que ésta implica, sobre todo por las severas consecuencias en donde el deudor arriesgaba no solo su libertad, sino su vida en caso de incumplimiento, de ahí que no le fuere indiferente su acreedor. A partir de la expedición de la *Lex Poetelia Papiria,* el crédito tendía a convertirse en un bien incorpóreo que podía ser objeto de transacciones comerciales.

Con el tiempo, se permitió la sustitución del acreedor o del deudor en caso de transmisiones a título universal (herencia, matrimonio *cum manu*, adrogación, *venditio bonorum, cessio bonorum*, etc.).

El intenso desarrollo de la vida comercial de Roma y la complejidad de su economía generó la necesidad de transmitir créditos. Sin embargo, no fueron creadas instituciones jurídicas *ad hoc*, por ello se utilizaron recursos ya existentes.

ii. Delegatio nominis

Señala Gayo (Ints. 2.38) las obligaciones, sea cual fuere su clase, no son susceptibles de transmisión por *mancipatio, in iure cessio* o *traditio.* Si una persona quiere hacer a otra acreedora de lo que a ella es debido, no puede conseguirlo por ninguno de los modos según los cuales se transmiten las cosas corporales, sino que precisa recurrir a una novación con cambio de acreedor (delegación activa). En este caso no existe una verdadera transmisión de créditos, ya que el deudor debe estar de acuerdo.

Es una forma de novación, en donde el contenido de la antigua obligación se traspasa a una nueva obligación, cambiando uno de los elementos, en este caso, al acreedor. Para que esto prosperase se requería del consentimiento del deudor, sin el cual, la antigua obligación no podía extinguirse. En ella, el nuevo acreedor (cesionario) acepta por indicaciones del antiguo acreedor (cedente) cobrar la deuda de éste al deudor.

Este procedimiento no traspasa en realidad la obligación, sino que la sustituye por otra, que tendrá el mismo objeto, pero cuyas características variarán (garantías, excepciones, intereses moratorios, etc.).

iii. Procuratio in rem suam

Opera como un mandato judicial, con provechos para el mandatario, pero en realidad no es una cesión de créditos, ya que no se transmite el derecho sustancial del crédito, aunque se consigue el mismo resultado y el nuevo acreedor tiene la *actio iudicati* para conseguir en caso de incumplimiento de la obligación, el último resultado de la acción.

El acreedor nombraba a su *cognitor* o *procurator* encargándole actuar en juicio contra el deudor para obtener la prestación debida. La relación entre el *procurator* y deudor se constituía mediante la *litis contestatio*; si bien en la *intentio* aparecía el nombre del acreedor, en la *condemnatio* se ordenaba al juez para que pagara al *procurator* o al *cognitor*, Gayo (Inst. 2.38).

Esta forma de cesión de créditos presentaba algunos inconvenientes: si bien el cedente (acreedor original) a partir de la *litis contestatio* se veía desligado de la acción, pero antes de este momento el acreedor, o sea el cedente podía: revocar del cargo al *procurator* o *cognitor*; perdonar la deuda; cobrar él mismo el crédito; ejercitar personalmente la acción. Con el fallecimiento del cedente o del cesionario extinguía también el mandato, por lo que impedía el paso del crédito de un patrimonio a otro.

iv. Prohibiciones y restricciones de la transmisión de créditos

En principio no todos los créditos fueron susceptibles de cesión. El derecho clásico no conoció expresas limitaciones a la transmisión de créditos y deudas fuera de las que se deducen del carácter personalísimo de algunos derechos (prestación del deudor de constituir un usufructo, el derecho a alimentos, las obligaciones penales, etc.).

En el derecho posclásico y justinianeo aparecen ciertas prohibiciones en *favor debitoris* como: prohibición de ceder un crédito si el cesionario era un acreedor poderoso, si los créditos estaban en litigio o si el cesionario era el tutor del deudor.

Durante el Bajo Imperio comenzaron a existir abusos por parte de los compradores de los créditos que adquirían éstos por poco precio y obtenían después de los deudores la totalidad del pago. Una constitución de Anastasio (*lex Anastasiana* C.4.35.22, completada por Justiniano C.4.35.23-24) estableció que el comprador de un crédito no podría obtener del deudor sino aquello que hubiese pagado como precio de la compra del crédito.

b) Transmisión de obligaciones o asunción de deudas

En lo que se refiere a la transmisión de deudas, se utilizó la *delegatio nominis*, en donde el nuevo deudor (delegado), acepta por indicaciones del antiguo deudor (delegante) pagar la deuda de éste al acreedor (delegatario) el cual acepta al nuevo deudor.

Con el tiempo llegó a admitirse que el deudor cedente nombrase *cognitor in rem suam* al cesionario. Si el acreedor efectuaba la *litis contestatio* con el *cognitor* o *procurator*, el deudor quedaba liberado, siendo solo el *cognitor* el responsable de la deuda. Pero el acreedor no podía ser forzado a realizar la *litis contestatio* con el *procurator* o *cognitor* a menos que el deudor asegurase los resultados del juicio mediante la responsabilidad asumida que debía ser respaldada con fiadores (*satisfatio iudicatum solvi*).

6. Incumplimiento obligaciones

a) Atraso en el cumplimiento

Concepto

El efecto primordial de la obligación es que se cumpla; sin embargo, el objeto de la obligación puede o no cumplirse. Si la obligación se cumple, el vínculo jurídico se extingue; empero puede suceder que a veces no se cumpla a tiempo.

El cumplimiento de la obligación puede ser retrasado por causas imputables al deudor, al acreedor o a ambos, en cuyo caso hablamos de mora.

i. Mora del deudor (mora debitoris)

La mora es el atraso doloso y culposo por parte del deudor que origina el incumplimiento de la obligación. Los presupuestos necesarios para que el deudor caiga en mora son los siguientes:

1. Que la obligación sea exigible: tratándose de obligaciones sujetas a término o condición, el deudor debe de cumplir con su deber a la llegada del término o condición. En obligaciones puras y simples, es decir, aquellas con vencimiento indeterminado, el tiempo para cumplir con la obligación, sufrió una gran evolución de acuerdo con lo siguiente:
    - Derecho preclásico: En las obligaciones puras *y* simples, el deudor debe desde el primer momento; el juez en cada caso concreto puede determinar si el atraso en el cumplimiento de la obligación es o no imputable al deudor.
    - Derecho clásico: Se requería la iniciativa del acreedor para que el deudor supiera que tenía que cumplir (*interpellatio:* requerimiento formulado por el acreedor al deudor conminándolo al pago). También no se considera que el deudor estaba en mora en aquellas obligaciones que debían cubrirse en el domicilio del deudor hasta que el acreedor no se presentase a reclamar su cumplimiento.

- Derecho justinianeo: El deudor no caía en mora hasta que el acreedor no le hubiere recordado sus deberes mediante una *interpellatio* expresa. El único deudor que incurría en mora desde el primer momento, aun sin interpelación era el que hubiera obtenido un objeto en forma deshonrosa (el ladrón).

2. Que se trate de una obligación civil; no se puede caer en mora de una obligación natural, puesto que no hay medida procesal *y* por lo tanto no es exigible.
3. Que no haya motivo justificado para retardar el pago.

Los efectos de la *mora debitoris* son:

- La obligación se perpetúa (*perpetuatio obligationis*) (D.45.1.91.3) con todas sus consecuencias: da al acreedor el derecho a recibir los frutos del objeto debido, desde el momento en que el deudor incurrió en mora; el deudor es responsable de la pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor, permitiéndosele empero al deudor comprobar que el objeto de la obligación también se hubiera hecho imposible por caso fortuito o fuerza mayor en caso de haberse cumplido puntualmente. El acreedor tiene derecho al pago de daños y perjuicios, los cuales se traducen en intereses moratorios si el objeto de la obligación consiste en una suma de dinero. Estos intereses se dan en negocios de buena fe desde el inicio y hasta el fin de la mora.
- El deudor puede liberarse de los efectos de la mora (*purgatio morae*) ofreciendo al acreedor la completa prestación debida. La liberación tiene lugar también si el acreedor no acepta la oferta (siempre y cuando consigne el pago), a menos que exista una justa causa para rechazarla.
- En el Derecho clásico para que opere la *purgatio morae* se requería: En los negocios de buena fe, debía ser declarada por el juez en la sentencia, que absolvía al deudor moroso demandado, si había hecho la oferta; en los negocios *stricti iuris,* en cambio, tenía lugar en cuanto que el pretor concedía al deudor demandado una *exceptio doli* con la que paralizaba la acción del acreedor. En el Derecho justinianeo la oferta del deudor moroso opera *ipso iure,* liberando al deudor de la obligación, así como de los efectos de la mora.

ii. Mora del acreedor (mora creditoris)

El acreedor se encuentra en mora cuando no acepta la prestación que le ofrece cumplir el deudor en tiempo y forma. Consiste en un retardo en la recepción.

Para que se constituya en mora el acreedor se deben cumplir con ciertos requisitos: el deudor debe presentar la oferta completa del objeto debido; en tiempo oportuno por parte del deudor; la negativa injustificada o falta de la necesaria cooperación por parte del acreedor para que el pago se produzca.

Los efectos que produce la mora del acreedor son: elimina toda responsabilidad al deudor, respondiendo solamente en caso de que hubiera cometido dolo; el acreedor es responsable de la pérdida y deterioro de la cosa. En un principio, aunque muy atenuado posteriormente, el derecho del deudor de desprenderse de la cosa o a obtener el resarcimiento por los gastos de conservación. El acreedor se hace responsable del pago de daños y perjuicios, siempre que su negativa careciera de justa causa y el deudor ofreciera exactamente el objeto convenido en el lugar señalado.

Por la mora *creditoris* el deudor queda libre de toda responsabilidad, salvo por dolo o culpa lata. Aún cuando él mismo se hubiera convertido en mora, la mora del acreedor eliminaba su mora, de modo que el acreedor ya no podía exigir daños y perjuicios o responsabilidades.

En caso de la *mora creditoris*, el deudor no hacía suyo los frutos y los intereses continuaban corriendo a su cargo hasta que depositara el pago en poder de una autoridad, indicando que quedaba a disposición del acreedor.

La *mora creditoris* por sí no elimina los intereses si la deuda los devengaba, el deudor, puede en cualquier caso, ser liberado de la obligación ofreciéndose solemnemente a efectuar la prestación y llevando a cabo en lugar público y con determinadas formalidades: pago en consignación (se le dio este nombre por los sellos que se les ponían a los objetos entregados por el deudor para asegurar la inviolabilidad de los mismo). Esto era considerado un pago liberatorio que extinguía la deuda con todos sus accesorios.

Para que el pago sea válido se requería que en el caso de bienes muebles se trasladaran a un establecimiento público, generalmente un templo. Allí se realizaba la *obsignatio* y se depositaba (D. 22.1.7 y C. 8.42.9). Tratándose de bienes inmuebles lo común era ponerlos en el estado de secuestro *(secuestratio),* quedando en disposición de un tercero denominado secuestrario. El acreedor también podía conseguir la *purgatio morae* ofreciéndose a aceptar la prestación y pagar los gastos.

b) Que haya imposibilidad de cumplir

i. Causas no imputables al deudor

Concepto

Si el incumplimiento de la obligación surge por causas o circunstancias ajenas al deudor puede cobijarse bajo la fórmula de Celso que a lo imposible no está obligado nadie (*impossibilium nulla obligatio est*.) (D.50.17.185). Sin embargo, esta excepción no la puede hacer valer el deudor si cuando contrató sabía que la prestación era imposible y por tanto quedaba obligado al pago de daños y perjuicios. Las circunstancias ajenas a la voluntad del deudor podían ser:

Caso fortuito

Caso fortuito es todo lo que humanamente no se puede prevenir ni resistir (*Casus fortuitus quibus resisti non potest* D. 13.6.18.pr., *cui humana infirmitas resistere non potest* D. 44.7.1.4, *fortuiti casus adversus quos caveri non potuit* C. 5.38.4).

Es el hecho imprevisto, acontecimiento natural o debido a hecho humano, a cuya verificación es ajeno al deudor y que no es imputable a éste. Todo suceso no imputable al deudor que origina el incumplimiento de la obligación, especialmente, los hechos de la naturaleza.

Fuerza mayor

Fuerza es el ímpetu de cosa mayor que no se puede repeler (*Vis* est *maioris reí ímpetus, qui repelli non potest* D. 4.2.2).

Es el acontecimiento que se verifica naturalmente, con independencia de la voluntad del deudor, siendo previsto, no ha podido evitarse.
Son acontecimientos inevitables, fatales e impredecibles, debido a los cuales se origina el incumplimiento de la obligación. Estos acontecimientos suceden por causas naturales o por causas de otros hombres, independientemente de la voluntad del deudor.

La valoración del comportamiento del deudor que hace imposible la prestación fue creada por los juristas de acuerdo a determinadas circunstancias:

- Si el deudor incurrió en mora, responde hasta por el caso fortuito o fuerza mayor, puesto que la prestación devino imposible por un hecho propio del deudor.
- Si la prestación tiene por objeto la transferencia de una cosa, tendrá relevancia el hecho que se trate de bienes genéricos o específicos, ya que, en el primer caso, el deudor está siempre obligado porque el cumplimiento es posible.
- Es necesario determinar en estos casos a quien beneficia la obligación y a quien procura una utilidad (*utilitas*) al acreedor, al deudor o a ambos.
- El criterio que se debe aplicar según que el objeto de la obligación sea la observancia de un determinado comportamiento, si hubo dolo o culpa por parte del deudor o consista en la realización de un determinado fin o bien en una garantía.

ii. Causas imputables al deudor

Concepto

Desde que la obligación nace hasta que queda totalmente satisfecha, el deudor ha de comportarse de tal manera que con su conducta no haga imposible el exacto cumplimiento de la obli-

gación. De no ser así, la obligación no por ello dejar de existir, porque es un vínculo coercitivo, pero que resultar modificado en su contenido, ya que una ejecución forzada de la prestación estrictamente igual a la que cumpliría voluntariamente el deudor, no es posible conseguirla.

La imposibilidad en el cumplimiento de la obligación puede ser imputable al deudor de acuerdo a su conducta, a cuyo efecto el Derecho distingue los conceptos de:

Dolo
En caso de que la obligación devenga imposible, el deudor responder de dolo, en tanto se libera por caso fortuito.

El dolo se entiende como toda conducta positiva o negativa, consciente, antijurídica con el afán de dañar, provocando la imposibilidad en el cumplimiento de la obligación o haciendo totalmente imposible la prestación que constituye su objeto.

El deudor incurre en dolo cuando a sabiendas y voluntariamente observa una conducta que impide el exacto cumplimiento de la obligación.
Si la obligación debido al dolo no puede cumplirse o no se cumple conforme a lo pactado, se denomina *dolus malus*.

Características del dolo:

- Debe ser ejecutado por una persona con discernimiento. No puede ser atribuido a un *furiosi* o a un *infans*.
- El dolo no se presume, el acreedor que alegue que una obligación devino imposible de cumplimiento por dolo del deudor, debe probarlo.
- El deudor siempre responde de su dolo; la cláusula en virtud de la cual las partes se eximen de su dolo es nula *(pacto de non praestando dolo*), ya que afecta al orden público. Sin embargo, el acreedor puede voluntariamente renunciar a demandar los perjuicios debidos al dolo.
- La obligación en caso de dolo subsiste, aunque la conducta dolosa del deudor haya hecho imposible la prestación, sustituyéndose ésta por la indemnización y resarcimiento del daño causado al acreedor.

Culpa

Es la falta de diligencia al no prever las consecuencias posibles que la conducta positiva o negativa pueda tener y que en virtud de esa negligencia da lugar al incumplimiento de la obligación.

El deudor incurre en culpa cuando impide la realización de la prestación, no por mala vo-

luntad, sino por falta de diligencia, es decir, no poner en su conducta la atención suficiente, llegando así a consecuencias que pudo y debió prever.

En la culpa no aparece el elemento intencional, deseo de dañar, que es característico del dolo; hay únicamente descuido, falta de diligencia.

El concepto de culpa fue especialmente desarrollado en el derecho posclásico, estableciéndose diversas clasificaciones de culpa de acuerdo al comportamiento del sujeto según que éste sea conforme o no a un modelo ideal y abstracto de conducta que se acepta, que es el del hombre normal, o bien que según el comportamiento esté o no de acuerdo con el que es habitual del deudor.

- Culpa grave o *lata***:** Es la inobservancia de la más elemental cautela, la que todos deben conocer y entender. Supone un descuido extremado, no previendo las consecuencias que todos hubieran contemplado. Ulpiano dice que es "no entender lo que todos entienden" (*culpa lata est nimia negligentia, id est non intellegere quod omnes intelegunt*) (D. 50.16.213.2). Es tan grave la culpa lata que se equiparo al dolo, solo que aquí el sujeto actúa inconscientemente. Responden de esta culpa aquellos deudores en donde la obligación beneficiaba únicamente al acreedor (depositario y gestor de negocios).
- Culpa leve o *in abstracto*: Consiste en no tener aquella diligencia que un tipo medio de casa pone en sus asuntos (*bonus pater familias*). Responden de esta culpa aquellos deudores cuya obligación ofrece un interés recíproco (socio, vendedor, mandatario y acreedor prendario).
- Culpa levísima o *in concreto*: Consiste en la diligencia especialísima privativa que ciertos hombres deben poner en su conducta respecto a su conocimiento especial por la manera en que se obliga. Responden de esta culpa aquellos deudores donde la obligación se estableció a su favor y no al del acreedor (el comodatario, marido deudor de la dote a su mujer, el tutor y el curador respecto del pupilo, el copropietario respecto a los otros copropietarios).

A mayor culpa, mayor descuido y por ende mayor responsabilidad.

Custodia

Es la responsabilidad objetiva que tienen ciertos deudores de entregar o restituir las cosas después de haberlas usado o conservado cierto tiempo.

Implica un grado mayor de responsabilidad, pero sin culpa, debido a que se respondía de custodia en aquellas obligaciones en donde el valor del objeto indirecto era muy alto o eran objetos susceptibles de robo o pérdida.

La responsabilidad por custodia no se presume, debe ser convenida por las partes o derivarse de una disposición legal.

La obligación de *praestare* custodia la tenían el sastre que recibió una cosa para arreglarla; el tintorero que recibió una prenda para teñirla; el comodatario y el dueño de un navío, hospedaje o establo que deben de responder lo que le suceda a las cosas incorporadas a esos ámbitos por sus clientes.

iii. Que exista posibilidad de cumplir

Si existe posibilidad de cumplir con la obligación por parte del deudor y éste se negara al pago, el acreedor cuenta con las medidas procesales que el ordenamiento jurídico ha dispuesto, a través de los cuales logra el cumplimiento de la obligación o su respectiva compensación de carácter patrimonial que incluye el pago de daños y perjuicios.

iv. Efectos del incumplimiento de la obligación

Si el incumplimiento de la obligación es imputable al deudor, el sujeto activo queda facultado para reclamar el cumplimiento de la obligación más daños y perjuicios o solicitar la resolución del contrato más el pago de daños y perjuicios. Sin embargo, estos efectos sufrieron una regulación distinta según el período:

- Derecho clásico: Juez constriñe al deudor al pago de una suma de dinero por daños y perjuicios, el inconveniente es que no se obtenía el objeto debido y el acreedor no alcanzaba la completa satisfacción por el pago de esas sumas de dinero.
- Derecho posclásico y justinianeo: el juez condena al demandado a la ejecución de la prestación toda vez que ésta sea posible, en caso contrario, dar lugar al pago de daños y perjuicios.

El contenido de los daños y perjuicios depende del tipo de obligación. En el caso de las obligaciones *stricti iuris*, el juez se limitaba a condenar por la suma ahí indicada (*condemnatio certa*). Para el caso de las obligaciones *bonae fidei*, el juez fija la suma según su el valor comercial de la cosa. El acreedor bajo juramento también podía fijar el monto (*condemnatio incerta*). El juez libremente determina la suma no solo del valor directo producido por la inejecución de la obligación (*damnun emergens*), sino también la utilidad que se esperaba obtener y que por el incumplimiento no se obtuvo (*lucrum cessans*).

Justiniano determinó que los daños y perjuicios no podrían superar el doble del monto del valor determinado de la prestación.

Podía darse el caso que en la obligación las partes fijaran de antemano el monto de los perjuicios a pagar en caso de incumplimiento (*stipulatio poenae*).

7. Extinción obligaciones

a. Modos de extinción *ipso iure*

i. Pago (solutio)

El pago es la forma natural de extinguir una obligación, la cual termina cuando se cumple. El pago consiste en el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación, cualquiera que sea la índole de dicha prestación.

Por lo tanto, la acepción jurídica de la palabra pago no abarca, como en su sentido más común, solo la entrega de cierta cantidad de dinero, sino que significa ampliamente, cumplimiento de la prestación, ya que también existen obligaciones de hacer y de no hacer.

- Quién paga:
    - El deudor
    - Si fuere incapaz: requiere la *auctoritas* del tutor o curador
    - Representante legal o voluntario: (mandatario, gestor de negocios, procurador, tutor).
    - Un tercero:
        - Con consentimiento se configura un mandato: tiene acción para recobrar lo pagado (*actio mandati contraria*).
        - Sin saberlo el deudor se configura una gestión de negocios, siempre que no se configure con un *animius donandi*. Tiene acción para recobrar lo pagado (*actio gestorum negotiorum contraria*).
        - En contra del consentimiento del deudor, a nombre de éste en obligaciones *stricti iuris* no tienen acción para recobrar lo pagado; en obligaciones *bonae fidei* para evitar un enriquecimiento ilegítimo por parte del deudor, se le otorga al tercero una *actio utilitis*.
        - Sin embargo, existen ciertas obligaciones, cuya prestación consiste en hacer o no hacer, que solo puede cumplir el deudor, es decir, aquellas obligaciones *intuiti personae* cuando las condiciones especiales del deudor fueron la causa principal de la obligación.

- A quién se paga:
    - Acreedor: si es incapaz, lo recibe, siempre que mejore su situación.
    - A su representante legal (tutor o curador) o voluntario (procurador, mandatario o gestor de negocios).
    - Al esclavo del acreedor, ya que éste es la prolongación del patrimonio del acreedor.

- A uno de los acreedores solidarios.
- El pago hecho al acreedor del acreedor, sin el consentimiento de aquel, generalmente no extinguía a la obligación.
- Al juez o una autoridad (*consignatio*) en caso de rechazo del pago por parte del acreedor.

- Cómo se paga:
  - Según lo pactado.
  - Si no se pactó se debe hacer el pago total. El acreedor no está obligado a recibir pagos parciales.

  Esta regla puede sufrir modificaciones:
  - Porque algunos deudores se les dispensa de hacer el pago total cuando su patrimonio no alcanza a satisfacer la totalidad de la deuda o cuando se va a quedar sin los medios necesarios para subsistir, por lo que se aplica el principio hasta el límite de las propias posibilidades patrimoniales (*beneficium competentiae: in id quod facere potest*).
  - Porque los acreedores que representan la mayoría de los créditos, contra una herencia, a propuesta del heredero y con la intervención del pretor pueden acordar una rebaja proporcional a todos aquellos créditos.
- Dónde se paga:
  - El lugar fijado.
  - Si se fijaron varios lugares, elige el acreedor, sino el deudor.
  - Si no se fijó el lugar, en el domicilio del deudor.
  - Si se trata de una obligación de entrega, de acuerdo a la naturaleza de la prestación:
    - Si se trata de bienes muebles en donde se encuentren o debieran encontrarse.
    - Restituir la cosa: significa que se debe pagar en donde se recibió la cosa.
    - Transmitir bienes inmuebles significa que se debe pagar en el lugar donde se encuentren los bienes.
- Cuándo se paga:
  - Según lo pactado, tratándose de obligaciones sujetas a término o condición, el deudor debe de cumplir con su deber a la llegada del término o condición.
  - Por regla general, el plazo se establece en favor del deudor, por lo que éste puede renunciar al tiempo pagando antes.
  - Si el plazo se establece en favor del acreedor no se le puede obligar a recibir el pago antes de lo pactado.
  - A falta de pacto, en el caso de obligaciones puras y simples, es decir, aquellas con vencimiento indeterminado sufrió una gran evolución de acuerdo con lo siguiente:

- Derecho preclásico: En las obligaciones puras y simples, el deudor debe desde el primer momento; el juez en cada caso concreto determinará si el atraso en el cumplimiento de la obligación es o no imputable al deudor.
- Derecho clásico: Se requería la iniciativa del acreedor para que el deudor supiera que tenía que cumplir (*interpellatio*). También no se considera que el deudor estaba en mora en aquellas obligaciones que debían cubrirse en el domicilio del deudor hasta que el acreedor no se presentase a reclamar su cumplimiento.
- Derecho justinianeo: El deudor no caía en mora hasta que el acreedor no le hubiere recordado sus deberes mediante una *interpellatio* expresa.
- Edad Media: Se pensó que el Derecho justinianeo había llegado demasiado lejos en *favor debitoris* y dispuso que cuando menos en deberes de vencimiento fijo, no era necesaria la interpelación ya que, el término mismo hace la interpelación (*dies interpellatio pro homine*).

En cuanto a la prueba que se requiere para establecer que hubo pago, corresponde al deudor probar, según el Derecho clásico puede hacerse por cualquier medio. En cambio, en el Derecho posclásico, debían utilizarse escritos (*apocha*). En el Derecho justinianeo se dispuso que en caso que la deuda se hiciera por escrito, solo era válido acreditarlo con otro documento escrito o mediante la comparecencia de cinco testigos (Nov. 90.2).

ii. Dación en pago (Datio in solutum)

El deudor debe satisfacer la prestación debida. Sin embargo, con el consentimiento del acreedor podía hacer una prestación distinta.

Señala Gayo (Inst. 3.168) es cuestión discutida entre los juristas la relativa al efecto que produce el pago de una cosa por otra. Así para los sabinianos, la obligación se extingue sin necesidad de declaratoria judicial para romper el vínculo obligacional (*ipso iure*); en cambio, para los proculeyanos era necesario otorgar al deudor la *exceptio doli* en el caso que el acreedor que ha recibido y aceptado un objeto diferente a lo pactado, reclamará luego lo debido, es decir, aquello que está *in obligatione*; la primera opinión fue la acogida por Justiniano.

Si el nuevo objeto consistía en la entrega de una cosa, que posteriormente resultaba pertenecer a un tercero y el acreedor sufría evicción (del latín *vincere,* que significa vencer en juicio; tener mejor derecho que otro) total o parcial, la antigua obligación renacía con sus garantías y modalidades especiales, por lo tanto, el deudor quedaba obligado a pagar el primer objeto que se pactó.

iii. Remisión de deuda (acceptillatio)

Consiste en una *solutio* imaginaria, es un pago ficticio que libera al deudor como si en realidad hubiera cumplido (*acceptum ferre*), quedando disuelta la obligación.
Por tanto, se trata de una disolución por medio de una forma oral de una obligación que ha nacido *verbis*, quedando disuelta la obligación. Responde a la idea de *contrarius actus*.

Las únicas obligaciones que quedaban disueltas por *acceptillatio* eran aquellas nacidas *verbis*. En el año 66 a.C. el pretor Aquilius Gallo otorgó la *stipulatio aquiliana,* concediendo la posibilidad de extinguir obligaciones distintas a las *verbis*, siempre que éstas sean primero novadas en forma de *stipulatio*.

iv. Novación (novatio)

La obligación queda extinguida cuando es reemplazada por otra en la que se debe modificar algún elemento de la anterior obligación. Para que prospere se tienen que cubrir los siguientes requisitos: existencia de una obligación anterior (civil o natural); creación de una nueva obligación para sustituir a la anterior; variar algún elemento de la obligación anterior (*aliquid novi*); intención de las partes, ya que, se debe saber si se extingue la primera obligación o se acumula a la primera (*animus novandi*).

v. Confusión (confussio)

Forma de extinción de las obligaciones en donde la misma persona reúnen las calidades de deudor y acreedor al mismo tiempo. Por ejemplo, el que compra en bloque el patrimonio de una persona quebrada (*emptor bonorum*), para ello, es necesario que al demandar al deudor se solicite al juez deducir de la condena lo que le debía al demandado. En un rescripto de Marco Aurelio (162-180) se estableció que el demandado que ostentara un crédito demandable contra el actor, pudiera ejercer contra él la *actio* y oponerse con la *exceptio doli generalis*. Justiniano concedió la compensación en todo género de créditos. Convierte la antigua excepción compensatoria en medida defensiva legal que dentro del proceso opera *ipso iure* y, por lo tanto, el juez debe tomarla en consideración sin necesidad de que el demandado haga especial referencia.

Los réditos de los créditos a partir de la compensación ya no corrían, excepto sobre el saldo eventual al tipo de interés que correspondía al crédito más elevado.

vi. Concurso de dos causas lucrativas (concursus duarum causarum lucrativarum)

Es un modo de extinguir las obligaciones cuya prestación consista en un dar una cosa cierta y determinada, y tiene lugar cuando dicho objeto pasa a ser propiedad del acreedor con anterioridad al cumplimiento de la prestación.

En un principio, no se requería que el modo de adquisición de la cosa fuese lucrativo para que se considerase extinguida la obligación, ya que se estimaba que el objeto de la misma se había hecho imposible bajo el principio que señala Gayo que no se puede dar a una persona lo que ya es suyo (*nec enim, quod nostrum est, nobis dari potest*) (Inst. 4.4). Justiniano formuló la doctrina de *concursus causarum* con la exigencia de las causas lucrativas, es decir, la extinción solo se produce cuando las dos causas de extinción son lucrativas.

vii. Pérdida del objeto debido

En aquellas obligaciones cuyo objeto es específico y la cosa perece por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación se extingue, ya que nadie está obligado a lo imposible (*impossibilium nulla obligatio* est D. 50.17.185).

viii. Capitis deminutio o muerte

La *capitis deminutio* no extingue la obligación, el *pater* o el *dominus* pueden decidir cumplir con la obligación (D. 9.4.1) o entregarlos en *noxae datio* al acreedor (Inst. 4.75-79); si el acreedor sufre la *capitis deminutio*, el nuevo *pater* o el *dominus* ocupan su lugar. El Derecho justinianeo eliminó la *noxae datio* de los hijas e hijos, manteniendo este derecho para el caso de los esclavos (Inst. 4.8.7).

La muerte generalmente no extingue la obligación, ya que las mimas son transmisibles activa o pasivamente. Sin embargo, tanto las obligaciones *intuiti personae*, como las surgidas de delitos se extinguen para el deudor o sus herederos, no así para el acreedor o sus herederos. En efecto, según Gayo, en las acciones penales solo responde el autor del delito (Inst. 4.112) en caso que el acusado muera antes de la *litis contestatio*; sin embargo, si la muerte del deudor ocurriera al dictarse la sentencia condenatoria, entonces los herederos debían responder, toda vez que se trata del pago en dinero de la prestación (Inst. 50.17.139). Justiniano permitió ejercer la *actio penalis* sobre los herederos hasta por el límite del enriquecimiento ilegítimo obtenido por el delito (D. 42.8.11).

Las acciones penales son transmisibles a los herederos de los acreedores porque son de contenido económico, salvo que se tratara de delitos como las injurias que afectan más a los sentimientos personales (D. 47.1.1.1).

viii. Mutuo desistimiento (contrarius consensus)

Opera en aquellas obligaciones que surgen por voluntad de las partes, ya que, pueden por voluntad contraria disolverla antes del cumplimiento de la obligación.

Para que opere esta forma de extinción es necesario que la obligación no se haya llevado a efecto, ni siquiera parcialmente y que el acuerdo tenga por objeto extinguir todos los vínculos (Inst. 3.29.4).

ix. Sentencia

La resolución judicial puede dar por extinguido el vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor.

b. Modos de extinción *ope exceptionis*

i. Concepto

Los modos de extinción *ope exceptionis* son aquellos hechos que no extinguían directamente la relación obligatoria, sino que brindaban al deudor la posibilidad de oponer una *exceptio* a la *actio* que ejercía el acreedor en tutela de su derecho de crédito, de modo que obtuviera la absolución de la pretensión judicial. De este modo, el acreedor ya no podía obtener judicialmente el objeto del crédito o su equivalente.

Estas formas de extinción del vínculo jurídico en un principio derivaron del derecho honorario, por lo que, a través de ellas, el deudor solo podía detener, mediante la inserción de un instrumento procesal especifico, una excepción a la acción del cobro intentado por el acreedor. Sin embargo, esta facultad podía ser objeto de renuncia por parte del deudor o ser susceptible de contrarrestarse por parte del acreedor en juicio mediante la *replicatio*. Dentro del procedimiento formulario debía ir necesariamente inserta en la fórmula dentro de la fase *in iure*, antes de la *litis contestatio*, sobre todo, si se quería que el juez la tuviese en cuenta en aquellas acciones que no fuesen; en el procedimiento extraordinario, este requisito deja de tener importancia y podía hacer valer en cualquier momento del proceso. En el caso de obligaciones solidarias, podía operar solo respecto alguno de esos deudores, continuando la obligación respecto de los demás y sin afectar tampoco a los fiadores o a otras garantías.

En el Derecho justinianeo, suprimido el procedimiento formulario y admitido que puede oponerse la excepción después, de la *litis contestatio*, pues ésta ya se considera como una defensa general del demandado, los dos tradicionales grupos de modos de extinguir las obligaciones quedaron equiparados.

ii. Remisión de la deuda (pactum de non pretendo)

Es el acuerdo no formal por parte del acreedor quien promete no exigir al deudor la prestación; sin embargo, la obligación sigue intacta desde el punto de vista civil; pero el deudor demandado podrá oponer la *exceptio pacti* establecida por el pretor. Los efectos del pacto pueden sujetarse a término o condición y revocarse mediante un nuevo pacto.

iii. Compensación (compensatio)

Es la cancelación de un crédito por parte del acreedor, quien está a su vez obligado respecto del deudor. Supone la extinción simultánea de dos deudas hasta por su diferencia, la cantidad de la mayor menos la cantidad de la menor, obteniéndose el efecto económico que habría resultado de dos pagos recíprocos.

Para que la compensación opere se requiere que las deudas sean líquidas, esto es, que puedan determinarse en dinero, peso, medida o cantidad; se trate del mismo objeto genérico, especialmente, dinero o cosas fungibles; sean deudas vencidas y contra el crédito que se ofrecía en compensación no existiera alguna excepción eficaz.

En el Derecho clásico con el procedimiento formulario vigente y con la idea de que cada *actio* es un ente concreto de vida autónoma, se tendió a mirar la exigibilidad de cada crédito con independencia, de ahí que solo de aceptasen algunos casos concretos, en donde se puede oponer la compensación. Así, en contratos de buena fe que se hayan originado del mismo negocio (*ex pari causa*), en donde el juez pudiera estimar lo que se le debe al actor, y si éste debe pagar algo, la prestación se tiene que compensar a fin de condenar al deudor solo por el resto.

Créditos de los banqueros (*argentarii*). Pueden demandar a sus clientes deduciendo lo que ellos mismos les adeuden.

iv. Prescripción (praescriptio longi temporis)

Cuando el acreedor ha dejado transcurrir el tiempo dentro del cual podía ejercer la *actio* de cobro, el demandado cuenta con la *exceptio temporis*. Esta forma de extinción opera en las obligaciones reconocidas por el Derecho honorario. A partir de Teodosio II, en el año de 424 se extendió la *praescriptio longi temporis* a todas las acciones civiles, ordenando que fueran extinguidas cuando no se hubieran hecho valer durante un período de 30 años, por tanto, este modo de extinción producía la posibilidad de oponer la *exceptio* o la *praescriptio longi temporis* para poder rechazar la eventual acción del acreedor (C. 7.39.3).

El período de 30 años comenzaba a contar desde el momento en que el crédito podía ser exigido; sin embargo, este período podía ser interrumpido por varias causas, como por ejemplo cuando tenía lugar el pago parcial de la deuda o también de los intereses, cuando el acreedor era impúber o incapaz, o por causa de acontecimientos excepcionales.

v. Otras modalidades extintivas

Para que opere este modo de extinción de las obligaciones, el término y la condición resolutorias debían insertarse en la fórmula por el demandado para detener la acción de cobro contra él. Si el deudor no las insertare, el juez no las podía tomar en cuenta.

OCTAVA UNIDAD
FUENTES DE LAS OBLIGACIONES EN PARTICULAR: CONTRATOS

Cuadro resumen

1. Concepto contratos

2. Elementos
   - a) Esenciales
     - i. Sujetos
     - ii. Objeto
     - iii. Consentimiento
     - iv. Causa
     - v. Forma
   - b) Accidentales
   - c) Naturales

3. Ineficacia de los contratos

4. Invalidez y convalidación del contrato

5. Interpretación de los contratos

- 6. Clasificación de los contratos
  - a) Nominados / Innominados
  - b) Unilaterales / Bilaterales
  - c) Gratuitos / Onerosos
  - d) Principales / Accesorios
  - e) Conmutativos / Aleatorios
  - f) Instantáneos / Tracto sucesivo

- 7. Evolución contractual
  - a) Contratos *verbis*
  - b) Contratos *litteris*
  - c) Contratos *re*
  - d) Contratos *consensu*

- 8. Contratos en particular
  - a) Contratos *verbis*
    - i. Concepto
    - ii. Clasificación
      - *- Negotio per aes et libram*
      - *- Promissio dotis*
      - *- Stipulatio*
  - b) Contratos *litteris*
    - i. Concepto
    - ii. Clasificación
      - *- Nomina transcriptitia*
      - *- Chirographae*
      - *-Syngraphum*
  - c) Contratos *Re*
    - i. Concepto
    - ii. Clasificación
      - - Mutuo
      - - Comodato
      - - Depósito
      - - Prenda
  - d) Contratos *consensu*
    - i. Concepto
    - ii. Clasificación
      - - Compraventa
      - - Arrendamiento
      - - Sociedad
      - - Mandato

1. Concepto de contrato

Los romanos no lograron una definición exacta del término contrato (*negotium contractum*). En los primeros tiempos de Roma, un contrato no era considerado propiamente un acuerdo de voluntades, sin embargo, era considerado un vínculo o sujeción de dos o más partes. Para el Derecho clásico, los contratos son aquellos acuerdos que tienen una denominación específica y un régimen particular. El Derecho justinianeo considera los contratos como un acuerdo de voluntades reconocido por el derecho. Es hasta el Derecho moderno cuando se reconoce al contrato como un acuerdo de voluntades tendente a crear o transmitir derechos y obligaciones.

Paulo señala que "toda obligación ha de ser considerada como contrato, para que en cualquier lugar en que alguien se obligue, se entienda también que se celebra contrato, aunque no se deba por causa de un préstamo" (*Omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est, ut, ubicunque aliquis obligetur, et contrahi videatur, quamvis non ex crediti causa debeatur.* D. 5.1.20).

Para el Derecho preclásico solo el *ius civile* reconoció los acuerdos de voluntades, a partir del Derecho clásico el contrato adquirió un sentido más amplio, abarcando relaciones obligatorias reconocidas por el *ius honorarium*.

En términos generales se entiende que un contrato es un acuerdo de voluntades entre dos o más personas, que engendra una o varias obligaciones y que están protegidas por una *actio in personam*.

2. Elementos de los contratos

a. Esenciales

i. Sujetos

Para que un contrato pueda existir es necesario el acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos, esto es, un acreedor y un deudor.

Activo

El acreedor (*creditor* o *reus stipulandi*) es aquel facultado para exigir determinada conducta al deudor.

Pasivo

El deudor (*debitor o reus promittendi*) debe cumplir con la conducta por la que se obligó con el acreedor.

Capacidad jurídica

Para que el contrato sea válido es necesario que las partes cuenten con la capacidad jurídica necesaria. Gozan de capacidad de goce los hombres libres (*status libertatis*), ciudadanos romanos (*status civitatis*) y s*ui iuris* (*status familiae*). En cambio, para ser capaz de ejercer por sí mismo sus derechos es indispensable ser varones romanos, mayores de edad, no sujetos a curatela.

Asimismo, para tener capacidad contractual es menester cumplir con la forma establecida por la ley de acuerdo con el negocio jurídico que se desea realizar.

Los *sui iuris* infantes y las mujeres sujetas a tutela, así como los impúberes, los pródigos y los *furiosi* bajo curatela tienen limitada su capacidad de ejercicio, por lo que en la mayoría de los casos sus actos están restringidos, evitando que realicen actos que pongan en riesgo su patrimonio; pero pueden ser representados a través de su tutor o curador. En el Derecho posclásico con la eliminación de la tutela perpetua de las mujeres (*tutela mulierum*) pudieron realizar cualquier contrato, con excepción de comprometerse como fiadora en cumplimiento del senadoconsulto Veleyano (D. 16.1).

Por su parte, los *alieni iuris*, no tienen capacidad de ejercicio; si realizan algún negocio jurídico benefician a su *pater familias*. En el Derecho clásico pudieron realizar por sí mismos contratos que pudieran recaer en sus peculios castrense y quasi castrense.

El esclavo no es un sujeto de Derecho, de ahí que solo actúa como instrumento del *dominus*, quien se beneficia de lo actuado por éste en calidad de dueño o acreedor; en el caso que el negocio le perjudicara, el dueño podía entregar en *noxa* al esclavo.

ii. Objeto

Es la prestación, o sea, la conducta que debe cumplir el deudor en favor del acreedor, que a su vez puede consistir en un dar, hacer o prestar (*dare, hacere* o *praestare*. D. 44.7.3. pr.).

Dar (*dare*) significa hacer que una cosa sea nuestra, toda vez que por dar no entendemos solamente la tranferencia de la propiedad, sino otro tipo de prestaciones (*cum solum id dari nobis intellegatur, quod ita datur, ut nostrum fiat; nee res, quiae nostra est, amplius nostra fieri potest* Gayo, 4.4), como en el caso de entregar la posesión de una cosa a través de la *traditio* o

entregar un fundo mediante la celebración de una *stipulatio* (D. 45.1.75.101) o constituir un usufructo, un uso o una servidumbre (D. 7.1.3).

Hacer (*facere)* comprende absolutamente toda causa de hacer, de dar, de pagar, de entregar dinero, de juzgar y de andar (*facere: omnem omnino faciendi causam complectitur, dandi, solvendi, numerandi, iudicandi, ambulandi.* D. 50.16.218). Es cualquier acto que conlleve un comportamiento determinado, incluyendo la abstención (*non facere*).

Prestar (*praestare*) constituye el contenido de una obligación, es la prestación misma que debe cumplir el deudor. En una connotación más restrictiva, *praestare* significa constituir fiadores (D. 23.3.46), garantizar una obligación (D. 24.3.9), resarcir un daño (D. 18.4.8).
Los requisitos que debe cumplir el objeto son:

- Lícito: la prestación debe ser acorde a la ley o a la moral; todo lo que se establece en contra de las buenas costumbres en un pacto o estipulación se tiene por nulo.
- Posible: debe ser física y jurídicamente posible. Esto es que el objeto del contrato exista en la naturaleza y que el ordenamiento jurídico lo reconozca. En ese sentido, opera el principio de que es nula la obligación de cosa imposible (*impossibilium nulla est obligatio.* D. 50.17.185).
- Determinado o fácil de determinar: si se trata de cosas genéricas es imprescindible determinarlas al menos en peso y cantidad. Las cosas específicas deben ser individualizadas desde el momento de la celebración del contrato.
- Tener interés para el acreedor: el contrato debe ofrecer una ventaja para el acreedor, el cual debe ser apreciable en dinero. Según el Derecho clásico, la obligación comprende cosas que con dinero se pueden pagar y entregar (*ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt.* D. 40.7.9.2).

iii. Consentimiento

Declaración de voluntad de las partes con el fin de generar determinadas consecuencias de derecho. Es necesario que exista una oferta (*pollicitatio*) y que la misma sea aceptada por otra persona. Para el Derecho preclásico, la policitación era la promesa que una persona efectuaba a la *res publica* de hacer una obra o de dar cierta cantidad de dinero, lo que dará lugar a que se le exigiera lo prometido a través del procedimiento extraordinario, pero si prometió sin causa, entonces no está obligado a cumplir (D. 50.12.1.1).

Falta consentimiento si una de las partes no tiene capacidad para aceptar, como es el caso de los locos, de los pródigos o aquellos que tengan afectados su voluntad.

No se logra el acuerdo de voluntades cuando una de las partes no desea obligarse con otra en los términos establecidos; también porque el objeto de la obligación es sustituido por otro a la

hora de expresar la voluntad o cuando el promitente agrega o disminuye alguna característica del objeto del contrato.

El consentimiento, esto es, la oferta y su aceptación pueden adolecer de algún vicio que impida la formación del acuerdo de voluntades o que éste sea válido. En el primer caso se encuentra el error. En cambio, el dolo y la lesión no impiden que nazca el consentimiento, pero sí lo vician.

Los vicios del consentimiento son: error, dolo y violencia.

Error

Es un falso conocimiento que las partes tienen sobre el negocio jurídico que van a realizar o respecto de un elemento esencial del mismo.

Existen errores de derecho y errores de hecho. El primero consiste en la ignorancia, falso conocimiento o equívoca interpretación de la aplicación de la ley. Como principio fundamental, la ignorancia del derecho (*ignorantia iuris*) no exime su cumplimiento (*regula est, iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere* D. 22.6.9 pr.). Ciertas personas podían excusarse de su ignorancia del derecho, como los menores de veinticinco años, las mujeres, los militares o los rústicos, quienes no podían alegar su ignorancia cuando tuvieran forma de aconsejarse por un jurisconsulto.

En cambio, el error de hecho (*error facti*) puede, según el caso, anular el acuerdo de voluntades si el mismo recae en un elemento esencial del contrato y si quien lo alega no haya incurrido en *culpa lata* (D. 50.16.213.2). Entre los errores más comunes se encuentran:

- Error del contrato (*error in negotio*). Cuando las partes contratantes tienen un conocimiento equivocado del contrato a realizar, siempre que no se trate de actos formales. Señala Ulpiano "si yo te hubiere dado como depósito y tú lo recibieras como en mutuo, no hay depósito, ni mutuo" (D. 1.1.18.1).
- Error sobre la identidad de la persona (*error in persona*). Este caso tiene lugar cuando se celebra un contrato con una persona distinta de la que se pensaba. Para que este tipo de error anule el consentimiento debe tratarse de contratos *intuitu personae*, como son el contrato de sociedad, de mandato, el arrendamiento de obra, en donde la identidad de la persona es determinante para la perfección del contrato. Fuera de estos supuestos, el error en la identidad de las personas contratantes no anula el contrato.
- Error sobre el objeto (*error in corpore*). Recae sobre la identidad de la cosa, objeto del contrato. Si se trata de cosas genéricas, el error en el objeto no anula el contrato; sin embargo, puede suceder que se trata de una cosa individual, por ejemplo, si yo creyera que te vendía a Stico y tu creíste que te vendí a Pánfilo, la venta es nula

(*si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem venderé putasti; nam quum in corpore dissentiatur, apparet, nullam ese emtionem.* D. 18.1.9 pr.).

- Error sobre el precio (*error in quantitate*). Tiene lugar respecto de la cuantía del objeto en contratos cuya prestación es la entrega de dinero. Tratándose de contratos formales si se estipulan diez y se responden veinte, se entiende según los jurisconsultos clásicos, que la obligación de contrajo solo por diez, porque lo menos está contenido en lo más. Pero si se pregunta veinte y se responde solo diez, no habrá obligación. En los contratos no formales el error en el precio no lo invalida siempre que no se cause perjuicio al acreedor y siempre por la cantidad menor (D. 45.1.1).
- Error sobre la sustancia (*error in substantia*). Ocurre cuando recae en la cualidad esencial en la cosa, objeto del contrato. Por ejemplo, si se vende vino y en realidad era vinagre, oro por plata. El negocio solo es nulo cuando se considera esencial la composición del objeto del contrato (D. 18.1.9.2).
- Error sobre la calidad. El mero error en las cualidades de la cosa, sin que afecte su sustancia, no trae consigo la nulidad del contrato; por ejemplo, si se vende una cosa de oro, pero no de la calidad que se esperaba, no da lugar a la nulidad del contrato, sino quizá, a resarcir los daños por los vicios ocultos de la cosa (D. 18.1.10).

Dolo

Maquinaciones antijurídicas, maliciosas y fraudulentas que inducen a una persona a caer en el error, quien, de haberlo conocido, no habría contratado.

Existen el dolo bueno y el dolo malo. El primero, *dolo bonus,* es un comportamiento lícito realizado con astucia que se consideran permitidos entre los comerciantes o en las relaciones sociales y jurídicas, para el cual cualquier sujeto está preparado y habituado. Este dolo no afecta la validez del contrato.

Por su parte, Servio Sulficio Rufo define al *dolus malus* como "cierta maquinación para engañar a otro cuando se simula una cosa y se hace otra" (*dolum malum: machinationem quandam alterius decipiendi caisa, quum aliud similatur, et aliud agitur*). Con una idea más específica, Labeón define al dolo malo como "toda astucia, falacia o maquinación empleada para sorprender, engañar o defraudar a otro" (*dolum malum ese omnem callidatem, fallaciam, machinationel ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam*. D. 4.3.1.2). Definición esta última considerada por Justiniano.

Como el dolo vicia la voluntad, el pretor peregrino Aquilo Galo en el 66 a.C. tipificó esta conducta antijurídica como un delito pretorio, concediendo al perjudicado la *actio doli* para obtener una indemnización por el perjuicio sufrido (D. 4.3.1.1). Esta medida procesal debe interponerse al año desde que se conoce que fue sometido al dolo, tiene un carácter infamante y noxal. Aquel que se sienta afectado con esta acción de dolo puede interponer la *exceptio doli mali* (D. 44.4.1).

También el pretor otorga al perjudicado por dolo la posibilidad de solicitar la restitución total de lo pagado mediante la in *integrum restitutio* (D. 4.1.1).

Si el dolo provenía de un tercero, el negocio era válido, el perjudicado podía obtener la indemnización de daños y perjuicios. En cambio, si el dolo provenía de una de las partes, el contrato podía anularse.

Violencia

Actos materiales o morales que merman la voluntad de un hombre común y lo obliga a realizar un negocio jurídico contra su decisión. Este miedo (*metus*) lo sufre una de las partes para amenazar a la otra parte a fin de realizar un contrato aún contra su voluntad (Inst. 4.13.1). Para que se configure como vicio de la voluntad se requiere cubrir estos elementos: una amenaza injusta, esto es, un mal grave a sufrir en caso de no realizar el contrato; se debe tratar de una amenaza inminente, un miedo presente y real; debe realizarse contra la parte que intervendrá en el negocio jurídico.

En principio, los actos realizados por *metus* eran válidos, ya que esta circunstancia no impedía la existencia del contrato, pero en el año 80 a.C. el pretor Octavio concedió la acción penal *actio quod metus causa*, la cual, de prosperar, logra invalidar el contrato dado por razones de miedo (D. 4.2.21).

También puede dar lugar a la solicitud de la *in integrum restitutio*, por la cual se logra restablecer las cosas al estado en que se encontraban antes de la realización del contrato (D. 30.84.5).

iv. Causa

Es el motivo jurídico por el cual las partes se obligan en un contrato determinado, es la función económica social típica del negocio jurídico que se pretende realizar. Así, por ejemplo, la causa del arrendamiento consiste en el uso y disfrute de un bien a cambio de una renta.

En principio, la falta de causa no invalida el contrato, con el tiempo este motivo jurídico fue necesario para la existencia de los contratos causales, mismos que fueron diferenciados de los contratos abstractos en donde las partes solo deben cumplir determinados requisitos formales sin mencionar la causa del mismo, como es el caso de la *stipulatio*.

La causa como elemento esencial del contrato da lugar a dos cuestiones que pueden invalidar el negocio jurídico: la simulación y el fraude a la ley.

- Simulación: actos realizados por los contratantes aparentando un contrato distinto al que en realidad están suscribiendo. Hay dos actos jurídicos, el simulado y el efec-

tivamente realizado. Según el Derecho romano, los contratos simulados no alcanzan vínculo de Derecho, cuando se simula la realidad de un hecho, no mediando verdad (*contractus imaginarii etiam in emtionibus iuris vinculum non intercedente veritate.* D. 44.7.54).

- Fraude a la ley: se trata de eludir o hacer inoperante el derecho en un contrato, es decir, lo que se busca es contravenir el sentido y significado de la norma jurídica. Al respecto, señala Ulpiano que en el fraude a la ley "se hace aquello que no quiso que se hiciera, pero que no prohibió que se ejecutara y que dista del dicho del sentido de la ley" (*fraus enim legi fit, ubi, quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit; et quod distat dictum a sententia, hoc distat fraus ab eo, quod legem fit.* D. 1.3.30). Para este caso, la determinación del fraude a la ley queda supeditada a la interpretación.

v. Forma

La forma es el molde objetivo al cual deben sujetarse las partes al contratar. Existen ciertos contratos en donde la forma es un elemento esencial, por lo que se llaman contratos solemnes, éstos son reconocidos por el *ius civile;* así, la *stipulatio* es un contrato *verbis* en donde las partes deben expresar una pregunta y una respuesta según lo señalado por la ley. Los contratos *litteris* y algunos contratos *re*, como el mutuo, deben cumplir las solemnidades establecidas por el ordenamiento para que los mismos tengan reconocimiento jurídico.

En el antiguo Derecho romano, los contratos solemnes no requerían una causa para que existieran, el deudor se obligaba en virtud del cumplimiento de las solemnidades. Posteriormente, los contratos se van despojando de ese molde objetivo y dan paso a contratos consensuales, los cuales no deben cubrir una forma rígida para existir.

b. Elementos accidentales

Concepto

Son aquellos elementos que las partes contratantes de forma voluntaria introducen en el negocio jurídico. Estos elementos también se llaman modalidades y pueden afectar la existencia de la obligación derivada del acuerdo de voluntades o subordinar la eficacia del negocio hasta que acontezcan determinados hechos.

Para el Derecho romano las modalidades a las que se pueden someter un contrato se les denomina causas y son cuatro: día (término), condición, modo y accesión (*obligationum fere quatuor causae sunt; aut enim die in his est, aut conditio, aut modus, aut accesio.* D. 44.7.44).

i. Término (dies)

Acontecimiento futuro de realización cierta del cual depende la existencia (*dies a que*) o la resolución de un contrato (*dies ad quem*).

Para que sea válido el acontecimiento debe ser cierto, esto es, que deberá de suceder en una fecha fija (los *idus* de marzo) o una fecha que se ignora, pero puede determinarse (la mayoría de edad de una persona). El término debe tener un contenido futuro, posible y lícito. Puede ser expreso o tácito, sin que dé lugar a dudas del acuerdo. El negocio es perfecto desde que se celebra (*dies cedit*) pero solo puede exigirse su cumplimiento a la llegada del término (*dies* venis). Existen varias clasificaciones del término:

- Término suspensivo (*dies a quo*). Plazo que deja en suspenso la exigibilidad de la obligación hasta que el acontecimiento futuro y cierto se produzca.
- Término resolutorio (*dies ad quem*). A partir de la llegada del plazo cesan los efectos del contrato o se resuelve su exigibilidad al cumplirse el acontecimiento futuro.

En los contratos de buena fe se permiten incluir pactos resolutorios sujetos a condición suspensiva, así por ejemplo en la compraventa se pude incluir la *lex commissoria* en la que el vendedor para asegurarse el pago no tendrá por ocurrida la compraventa si en un plazo especificado no se ha pagado (D. 18.3). En cambio, en el arrendamiento o en el contrato de sociedad se suele incluir un término resolutorio para dar por terminada la relación jurídica.

Efectos del plazo: El negocio es perfecto desde que se celebra (*dies cedit*) pero solo puede exigirse su cumplimiento hasta a la llegada del término suspensivo (*dies venis* D. 45.1.46). Si el acreedor iniciara la acción de cobro antes de la llegada del término, incurriría en una *plus petitio tempore*, por lo que perdería el juicio. Puede el deudor válidamente renunciar al plazo, si éste se realizó a su favor, pero después no puede repetir lo pagado aduciendo que cumplió por error (*in diem debitor adeo debitor est, ut aute diem solutum repetere non possit.* D. 12.6.10).

La obligación es exigible al día siguiente que se fijó el plazo, toda vez que no se puede pedir el pago antes de que éste transcurra, porque no se dio en el día para que se prometió cumplir (Inst. 3.16.2)

Según el Derecho romano clásico, el plazo puede ser de acuerdo a lo siguiente:

- *Dies certus an certus quando:* Se sabe que llegará el momento y cuándo llegará; por ejemplo, un contrato sujeto a una fecha calendario.
- *Dies certus an incertus quando:* Se sabe que el día llegará pero no cuando; por ejemplo: el día que muera una persona.
- *Dies incertus an certus quando:* La fecha se conoce de antemano, pero no se sabe si

llegará; por ejemplo, Ticio comenzará a pagar cuando cumpla treinta años.
- *Dies incertus an incertus quando*: Se ignora si el plazo llegará y cuándo; por ejemplo, cuando termine los estudios te compro el coche.

Éstas dos últimas opciones se refieren a condición y no a término, por tratarse de acontecimientos futuros e inciertos (D. 30.30.4).

ii. Condición (condicio)

Es un acontecimiento futuro e incierto del cual depende el nacimiento o resolución de un contrato. A diferencia de las obligaciones puras y simples, las obligaciones condicionales dependen para su cumplimiento de la actualización de un suceso futuro e incierto (Inst. 3.16.4). La condición debe ser futura, no puede recaer sobre un hecho pasado o presente no sucedido, la estipulación es nula. Si la condición hubiere sido actualizada, entonces la obligación es exigible. También debe tratarse de un hecho incierto, esto es, que las partes ignoren si acaecerá o no. Con el acontecimiento futuro y de realización incierta debe quedar subordinado el nacimiento o extinción de los efectos del contrato.

I. Según el momento en que se producen los efectos, las condiciones se clasifican en:
   - Condición suspensiva: su realización determina la existencia de un contrato, manteniendo paralizados los efectos del negocio jurídico, los cuales no empiezan hasta que la condición se verifica. En este hecho incierto y futuro existen tres momentos:
     - *Condicio pendet*: tiempo en que se desconoce si la condición se verificará o no. En este periodo no nace la obligación, no es posible exigir el cumplimiento, no hay obligación y si por error se paga, es posible exigir pago de lo indebido. Hay una expectativa de derecho y no se pueden realizar actos que impidan el cumplimiento de lo prometido.
     - *Condicio extat*: Momento en que la condición se cumple, por lo que nace la obligación, convirtiéndose en pura y simple.
     - *Condicio deficit*: Se tiene la certeza que la condición no se realizará, por lo que no nace el contrato.
   - Condición resolutoria: Acontecimiento futuro de realización incierta que determina la extinción de los efectos que el contrato había iniciado y venía produciendo hasta que se diese la condición. Se dan también tres momentos:
     - *Condicio pendet*: el contrato surte sus efectos como si fuera puro y simple, pero debe estar preparado a dar por terminado el acuerdo si es que se lleva a cabo el acontecimiento futuro de realización incierta.
     - *Condicio extat*: La condición se anula por lo que queda ineficaz el negocio desde el momento del cumplimiento de la condición.

- *Condicio deficit*: Si la condición no se va a cumplir, la obligación se convierte en pura y simple (D. 18.2.6).

II. Según la causa del evento, las condiciones se clasifican en:
    - Potestativa: la realización del evento depende de la voluntad de las partes, generalmente al sujeto al que beneficia el contrato.
    - Causal: su realización depende del azar, con idependencia de la voluntad de las partes.
    - Mixta: interviene del azar o un tercero y la voluntad de las partes, al mismo tiempo.

III. Según la naturaleza del hecho, la condición puede ser:
    - Positivas: se hace depender el nacimiento o extinción de un contrato por la realización de un hecho.
    - Negativas: una omisión u abstención es la que determina que se cumpla la condición.

IV. Aquellas denominadas impropias no tienen de verdad, el carácter de tales, por falta de algunos requisitos que definen su esencia.
    - Imposibles: condiciones de las que *a priori* se sabe que no han de ser cumplidas, por ser física o jurídicamente irrealizables. Para actos *intervivos* las condiciones imposibles son nulas (D.44.7.31) y en *las mortis casua* se consideran por no puestas (Inst. 2.14.10).
    - Ilícitas: Según el derecho Justinianeo se rigen por las mismas reglas que las condiciones imposibles.
    - Legales o tácitas: (*iuris* o *tacitae*): exigencias del Derecho objetivo que resultan una redundancia inútil.

iii. Modo o carga (modus)

Es una carga impuesta a una persona beneficiada a título gratuito por un acto de disposición de bienes sin ninguna prestación a cambio, como es el caso de los que adquieren un legado, una donación o la institución de heredero.

El modo se distingue de la condición porque el beneficiario de la liberalidad no queda suspendido en sus derechos.

Para el Derecho clásico se debía prestar una caución para asegurar que se cumpliera con el modo o carga. Si el beneficiado no cumplía con la carga, se ejecutaba la caución y se interponía la acción de reintegro de la cosa entregada (*actionis condictionem ad repetitionem rerum donatarum tibi, qui patri successisti, decerni.* C. 4.6.2).

Justiniano concede la *actio praescriptis verbis* al favorecido por el modo o carga (C. 8.53.9).

c. Elementos naturales de los contratos

Son aquellos elementos que forman parte del contenido normal de un contrato determinado y típico, por lo que aun y cuando las partes no los hayan previsto, están regulados por el derecho objetivo. Por ejemplo, en el caso de la compraventa, el vendedor tiene que responder por los vicios ocultos de la cosa.

3. Ineficacia de los contratos

Cuando un contrato carece de elementos esenciales, éste es nulo y no produce sus efectos jurídicos, aunque puede producir otros efectos distintos a la voluntad de las partes. Así, por ejemplo, el pago de lo indebido da lugar al cobro del mismo a través de la *condictio indebiti*.

El contrato también puede ser anulable si no reúne los requisitos de validez. Si el contrato no se ha cumplido, la parte afectada puede solicitar que se declare ineficaz; si las obligaciones derivadas del contrato fueron cubiertas, es posible solicitar la nulidad del acto. El pretor concede la *actio* y la *exceptio doli*, así como la *actio* y la *exceptio quod metus causa* que la interpone aquel que ha sido coaccionado para obligarle a concluir una transacción (D. 4.2.1).

4. Invalidez y convalidación del contrato

Cuando el contrato exista porque reúne los elementos esenciales, pero adolece de algún elemento de validez, las partes pueden decidir continuar con él y no solicitar su rescisión. Para darle plena eficacia al contrato, las partes pueden optar por dejar pasar el tiempo necesario para no impugnarlo. Es posible que decidan convalidar el acto eliminando el vicio del que adolecía el contrato. También pueden confirmar el contrato y renunciar a las medidas procesales necesarias para solicitar su anulación.

5. Interpretación de los contratos

Varios son los principios que los jurisconsultos romanos establecieron para interpretar el contenido de la voluntad de las partes, entre las que destacan:

i. En los contratos se debe buscar la intención de las partes contratantes, más allá de las palabras consignadas en el contrato (*In conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit.* D. 50.16.219).
ii. Cuando las partes han redactado un contrato con palabras ambiguas es conveniente interpretarlas en el sentido más favorable (*Si quis intentione ambigua vel oratione usus sit, id, quod utilius ei est, accipiendum est.* D. 5.1.66).
iii. Si en un contrato los vocablos utilizados tienen varios sentidos deben interpretarse al sentido más adecuado a la naturaleza del contrato siguiendo los que es más usual según el lugar donde se celebró el contrato, sino hay uso del lugar, se entenderá a lo del menor importe (*semper in stipulationibus, et in ceteris contractibud id sequimur, quod actum est; aut si non pareat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur. Quid ergo, si neque regionis mos appareat, quia varius fuit Ad id, quod minimum est, redigenda summa est.* D. 50.17.34).
iv. En los contratos se ha de estar a las palabras y pocas veces hay que interpretar (*plerumque enim in stipulationibus verba, ex quibus obligatio oritur, inspicienda sunt.* D. 45.1.126.2).
v. En aquellos contratos en los que las partes anexan estipulaciones que nada tienen que ver con la naturaleza del contrato, éstas se tendrán por no puestas y no invalidará al contrato (*quae extrinsecus, et nihil ad. praesentem actum pertinentia adieceris stipulationi, pro supervacuis habebuntur, nec vitiabunt obligationem.* D. 45.1.65).
vi. Todo lo que tiene por objeto restringir la obligación se considera que se omitió, si no se expresa claramente (*quid quid adstringendae obligationis est, id, nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est.* D. 45.1.99).
vii. No existiendo ambigüedad en los términos utilizados, no se debe interpretar la voluntad de las partes (*Quum in verbia nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.* D. 32.25.1).

6. Clasificación de los contratos

a) Por las obligaciones que generan

i. Unilaterales

Nacen obligaciones solo para una de las partes.

ii. Sinalagmáticos

- Imperfectos: aquellos contratos que nacen unilaterales, pero debido a una causa posterior (*ex post facto*) se obligan ambas partes.
- Perfectos: existen desde el momento de la creación del contrato, se trata de prestaciones recíprocas.

b) Por la existencia de una contraprestación

i. Onerosos

Del latín *onus* que significa carga. Contratos a través de los cuales cada una de las partes obtiene una contraprestación. Son contratos bilaterales.

ii. Gratuitos

Contratos en la que una de las partes proporciona a la otra una ventaja sin contraprestación alguna. Normalmente los contratos unilaterales son gratuitos.

c) Por la acción que protege

i. Derecho estricto (stricti iuris)

Significa que el juez solo atenderá a lo estrictamente pactado, únicamente está facultado a decir un si o un no sobre la procedencia o improcedencia de la pretensión del actor, como la *stipulatio* y el mutuo.

ii. Buena fe (bonae fidei)

Al dictar sentencia el juez debe valorar todas las circunstancias que rodean al caso. Son todos los contratos consensuales y reales a excepción del mutuo.

d) Por su origen

i. Derecho civil

Contratos que solo pueden realizar los ciudadanos romanos, como la *stipulatio* o el mutuo.

ii. Derecho honorario

Contratos que pueden realizar también los extranjeros, sobre todo los contratos consensuales.

7. Evolución contractual

a) Nominados

i. Verbales (verbis)

Contratos solemnes reconocidos por el *ius civile*, en donde las partes deben cumplir la forma establecida por la ley, esto es, que se perfeccionan por el cumplimiento de una solemnidad oral.

Gayo dice que los contratos *verbis* se perfeccionan por una pregunta seguida de una respuesta (*ex interrogatione et responsione*).

ii. Escritos (litteris)

Contratos solemnes reconocidos por el *ius civile*, en donde las partes deben cumplir la forma establecida por la ley, esto es, que se perfeccionan con la escritura, pero no por todo documento escrito, sino solo aquellos supuestos establecidos por el derecho.

iii. Reales (re)

Contratos que se perfeccionan con la entrega de la cosa (*re contrahitur obligatio*).

iv. Consensuales (consensu)

Aquellos que se perfeccionan con el consentimiento (*consensu fiunt obligationes*), en estos contratos es suficiente que las partes estén de acuerdo, sin que medie ninguna otra formalidad. Estos acuerdos de voluntades les sirve una causa y hace que el derecho reconozca ciertos efectos jurídicos.

b) Innominados

Relaciones jurídicas a los que la jurisprudencia les concede el carácter de contratos. Acuerdos de voluntades de prestaciones recíprocas, en donde la causa es la prestación hecha por una de las partes para obtener algo a cambio.

Cuando el negocio carece de nombre específico, pero existe sin embargo causa, hay entonces obligación. Carecen de un verdadero nombre (*verum nomen*).

8. Contratos en particular

a. Contratos orales (*verbis*)

i. Negotio per aes et libram

En los primeros tiempos de Roma, los negocios se celebraban bajo la forma de *per aes et libram*, ante una balanza (*libra*), el portador de la balanza (*libripens*) y en presencia de cinco testigos pronunciándose fórmulas prescritas por la tradición, tras de lo cual se tocaba la balanza con un pedazo de bronce (*aes*).

Según las frases pronunciadas estas figuras jurídicas podían tomar diversas formas.

- *Nexum*: es el negocio más antiguo, se trata de una autoemancipación que el deudor se daba en prenda a favor del acreedor como garantía para pagar la obligación (*schuld*). Para que el deudor se liberara de esta obligación se requería un segundo acto, esto es, para extinguir la responsabilidad (*haftung*) era necesario la *solutio per aes et libram* (Gayo 3.173-175). A partir de la *Lex Poetelia Papiria de nexis* del 326 a.C. el *nexum* fue abolido como una forma de caer en esclavitud por deudas de carácter civil.
- *Mancipatio*: es un modo solemne de transmitir la propiedad quiritaria de *res mancipi* a través del negocio *per aes et libram*, en realidad es una venta ficticia y consiste en formular unas palabras precisas ante el transmitente (*certis verbis*), el portador de la balanza (*libripens*) y cinco testigos ciudadanos romanos púberes (*quinque testis praesentibus,* Gayo 1,119). La ley de las XII Tablas regula la *mancipatio*, durante el derecho arcaico y preclásico alcanza su mayor apogeo, Justiniano abole esta forma de transmitir la propiedad y es sustituida por la *traditio*.
- *Conventio in manu*: acto solemne *per aes et libram* a través del cual la mujer *sui iuris* se hacía ficticiamente vender con la *auctoritas* de su tutor, a un amigo o familiar, que a su vez remancipaba a un tercero que quedaba como tutor fiduciario (Gayo 1.114).
- *Testamentum per aes et libram*: se utilizaba la *mancipatio* de todo su patrimonio con un amigo (*familiae emptor*), dándole instrucciones para que después de su muerte procediera al reparto de sus bienes (Gayo 1.102).

ii. Promesa de dote (promissio dotis)

Es una estipulación a través del cual el promitente responde sin ninguna pregunta que se compromete a dar en dote ciertos bienes para contribuir a la carga del matrimonio (Gayo 3.96). Esta forma de dote la usaba la mujer *sui iuris*, su *pater* o un deudor de la mujer ordenado por ella. Cayó en desuso desde el derecho posclásico y fue sustituido por un pacto legítimo (*pactum dotale*).

iii. Estipulación (stipulatio)

Es un contrato verbal a través del cual, el promitente (*promissor*) responde a una pregunta del estipulante (*stipulator*), quien se obliga a dar, hacer o no hacer. Gayo señala que se trata de una simple pregunta ¿Prometes darme cien? (*spondes centum mihi dari*) y, el promitente responde: prometo (*spondeo*) (Gayo 3.92).

Según la romanística se trata de un contrato comodín mediante el cual se daba eficacia jurídica a cualquier acuerdo entre partes.

Carecen de capacidad para contratarse como promisores los mudos (no pueden preguntar, ni responder), los sordos (no escuchan la pregunta), el loco (no comprende lo que se le pregunta), los menores de siete años (no tienen razón para comprometerse). A su vez no pueden ser promitentes los pupilos y mujeres que no obtengan la *auctoritas* del tutor.

En principio el objeto del contrato consistía en dinero, con el tiempo se permitió que se estipularan cosas ciertas y aún fungibles. El objeto deber ser lícito, determinado o determinable y patrimonial.

Características

- Formal: se debe realizar a través de una pregunta y una respuesta (*ex interrogatione et responsione*).
- Unilateral: solo surgen obligaciones para el promitente.
- *Ius civile*: en principio es exclusivo de los ciudadanos romanos, con el tiempo fue reconocido por el *ius gentium*, por lo que también fue accesible a los extranjeros.
- De estricto derecho (*stricti iuris*)*:* la acción que se cuenta es *actio certae creditae pecuniae.*
- Abstracto: en principio no se establece la causa por la que el promitente queda obligado, con el tiempo la *stipulatio* pasó de ser *verbis* a consensual, por lo que el contrato deviene causal.

b. Contratos escritos (*litteris*)

i. Nomina Transcriptitia

Contrato a través del cual una persona queda obligada respecto a otra por la cantidad que aparece escrita en el libro de caja, anotado como si en realidad se le hubiera entregado.

El *pater familias* acostumbraba a llevar registros domésticos en las que anotaba las diversas operaciones provenientes de sus relaciones patrimoniales en un libro llamado *codex* o *tabulae*

de accepta et expensi. Entradas y salidas con los nombres de las personas que intervenían en las operaciones. Servía de documento probatorio.

Pero si en la parte de *acceptum* aparecía cancelada una deuda anterior y después idéntica cantidad en la de *expensum* a la misma persona u a otra cualquiera, este registro configuraba el contrato literal que tiene como objeto transformar una obligación preexistente cuya causa estaba expresada en otra obligación abstracta sin expresión de causa.

Algunos autores creen que para que fuera contrato literal debía haber la misma inscripción en el *codex* del *pater familias* del deudor que del acreedor. La acción que se deriva es la *condictio certae creditae pecuniae*.

El contrato solo puede ser suscrito por ciudadanos romanos en presencia de las partes, aunque es posible realizarse entre ausentes y solo puede tener como objeto cierta cantidad de dinero.

Características

- *Litteris:* se perfecciona solo escribiendo en el *codex* del *pater familias* el nombre del deudor.
- Unilateral: solo existen obligaciones para el que aparece como deudor.
- Abstracto: no requiere asentar en el libro la causa de la obligación
- De derecho estricto (*stricti iuris*): la acción que se cuenta es *actio certae creditae pecuniae*.
- Podía realizarse entre ausentes.

ii. Chyrographum

Obligaciones *litteris* entre peregrinos. Documentos únicos redactados por el deudor, era un reconocimiento de deuda que quedaba en poder del acreedor, se acredita un negocio realizado y tiene valor probatorio. Si bien Justiniano reconoce la existencia de este contrato, en realidad se trata de un simple documento probatorio (Inst. 3.21).

iii. Syngraphae

Es un documento de reconocimiento de deuda, en doble ejemplar y suscritos por ambas partes en dos originales, uno para cada parte. La escritura se convertía en fuente de la obligación, reconociéndole fuerza obligatoria por sí misma. Para el Derecho clásico este contrato cae en desuso.

c. Contratos reales (*re*)

i. Mutuo (mutuum)

Concepto

Contrato a través del cual el mutuante entrega a otra, el mutuario, cierta cantidad de dinero o cosas fungibles, quien se obliga a entregar otros de la misma calidad, cantidad y especie. Se trata de un préstamo de consumo (Gayo, 3.90).

Características

- Real (*re*): El contrato se perfecciona cuando el mutuante entrega al mutuario la cosa. La *datio in re* consiste en transmitir la propiedad de la cosa.
- Unilateral: El único obligado es el mutuario y solo el mutuante tiene facultad de exigir la devolución de lo prestado.
- Gratuito: Solo se pueden cobrar intereses a través de una estipulación de interés (*stipulatio usurarum*).

El mutuo es por naturaleza gratuito, es necesario devolver la cosa prestada. Para cobrar intereses se debía realizar una estipulación especial (*stipulatio usurarum*). El derecho clásico fijó el monto de los intereses en 1% mensual (D. 26.7.39.14). Justiniano estableció el 6% anual, señalando algunas excepciones: para los comerciantes el 8%, los hombres ilustres 4% y para los préstamos marítimos el 1% mensual (C. 4.32.26.1).

Los intereses no podían superar el doble del capital (*supra duplum*), si se excedía, el mutuario podía solicitar el reintegro del exceso (D. 12.6.26.1). Se prohibió el cobro de intereses sobre intereses capitalizados, a lo que se llamó anatocismo (D. 22.1.29).

- De estricto derecho (*stricti iuris*): el mutuante cuenta con la *actio certae creditae pecuniae* y con la *condictio triticaria.*
- Tiene su origen en el derecho civil.
- Es traslativo de dominio (*datio rei*): si no se produce esta traslación de dominio, la obligación no inicia (D. 12.1.2.2). Normalmente se constituye a través de *traditio*.

Elementos

- Capacidad: El mutuante debe tener la capacidad general de transmitir la propiedad de las monedas o del bien. El mutuario debe tener la capacidad general, no pudiéndose obligar a realizar este contrato las mujeres, el pupilo y a partir del senadoconsulto Macedoniano de la época de Vespasiano (s. I d.C.) los *filius familia;*

tampoco podían obligarse, negando al mutuante la posibilidad de ejercer la *actio certae creditae pecuniae* (D. 14.6.1).
- Objeto: bienes fungibles, esto es, aquellos que pueden ser sustituidos por otros de la misma calidad, cantidad y peso.
- Forma: requiere el acuerdo de voluntades y la entrega real de la cosa, no está sujeto a otra formalidad.

Efectos jurídicos

El mutuario es el único obligado por ser un contrato unilateral, por tanto, debe devolver otro tanto de lo recibido.

Como el plazo está hecho a su favor, puede cumplir con su obligación anticipadamente.

Responde de la pérdida de la cosa, toda vez que lo géneros no perecen (*genera non pereunt*).

Por su parte, el mutuante puede reclamar la entrega del dinero a través de la *actio certae creditae pecuniae*, tratándose de bienes mediante la *condictio certae rei* o *condictio triticaria,* esta última creada por Justiniano (D. 13.3.1).

Casos especiales

- Préstamo marítimo (*foenus nauticum*): consiste en entregar al armador de un barco (mutuario) cierta cantidad de dinero para que lo transporte por mar a otro lugar o para que compre mercancía que después pueda ser revendida. La restitución del dinero está sujeta a la condición que el barco arribe a su destino. En este caso, el mutuante es el que responde de los riesgos, por lo que se permite el cobro de intereses (*usurae ex nudo pacto*). Se consideraba una forma de seguro marítimo que se justifica por el riesgo con el cobro más alto de intereses sin la obligación de realizar una *stipulatio usurarum* (D. 22.2).

ii. Comodato (commodatum)

Concepto

Contrato a través del cual, el comodante entrega al comodatario una cosa no fungible para que la use de forma gratuita durante cierto tiempo, con la obligación de restituirla. Es un préstamo de uso (D. 13.6.8).

Características

- Real: Se perfecciona con la entrega de la cosa al comodatario. La *datio in re* consiste

en transmitir la posesión (*possessio*).
- Sinalagmático imperfecto. En principio solo hay obligaciones para el comodatario, pero eventualmente pueden surgir obligaciones por parte del comodante.
- Gratuito: se debe devolver la misma cosa prestada, si se cobrara por el uso, entonces se convertiría en una *locatio conductio re* (D. 13.6.5.12).
- De buena fe. El comodante cuenta con la *actio comodati directa* y el comodatario cuenta con la *actio comodati contraria*.
- Tiene su origen en el derecho de gentes.
- No es traslativo de dominio: solo se otorga el uso de la cosa. El comodatario es un detentador, quedando la posesión en el comodante (D. 13.6.9).

Elementos

- Capacidad: No se requiere que el comodante sea el propietario de la cosa, solo transmite el uso temporal de la cosa. El comodatario podrá ser cualquier persona con capacidad para contratar.
- Objeto: Al ser un préstamo de uso, la obligación recae sobre cosas corporales muebles o inmuebles, no consumibles.
- Forma: la ley no establece una formalidad concreta para la celebración del mutuo.

Efectos jurídicos

El comodatario tiene las siguientes obligaciones:
- Usar la cosa según lo pactado o de acuerdo a su naturaleza, de lo contrario se comete *furtum usus* (D. 13.6.7).
- Conservar la cosa, pagando gastos de conservación y mantenimiento, porque el contrato es en favor del comodatario.
- Responde de dolo, culpa y custodia (D. 13.6.5.2).
- Devolver la cosa en el plazo fijado, junto con sus accesiones y frutos.
- Responde de la pérdida por caso fortuito o fuerza mayor (D. 13.6.3.1).
- Cuenta con la *actio commodati contraria* para demandar al comodante a consecuencia del incumplimiento de sus eventuales obligaciones, como reintegrar los gastos ocasionados por el cuidado de la cosa o para reclamar los perjuicios que la cosa le hubiera causado, si el comodante conocía los defectos de la cosa (D. 13.6.18.3).

El comodante eventualmente puede responder de:
- Pagar gastos necesarios y extraordinarios de conservación de la cosa.
- Indemnizar al comodatario de los daños y perjuicios que le hubiere podido ocasionar la cosa por vicios ocultos.
- Cuenta con la *actio commodati directa* contra el comodatario para recuperar la cosa prestada; si había plazo para la entrega, éste se debía de respetar (D. 13.6.5).

iii. Depósito (depositum)

Concepto

Contrato a través del cual, el depositante entrega al depositario una cosa mueble para que gratuitamente la guarde y la devuelva cuando sea requerido.

Características

- Real: se perfecciona con la entrega de la cosa por parte del depositante. La *datio in re* consiste en transmitir la *possessio naturalis* o mera detentación.
- Sinalagmático imperfecto: si bien el contrato es a favor del depositante, el depositario está obligado a devolver la cosa en cuanto se le requiera, pero eventualmente el depositante puede estar obligado al pago de gastos de conservación de la cosa.
- Gratuito: en caso contrario sería una *locatio conductio*.
- De buena fe: se otorga la *actio depositi in ius concepta* en donde el depositante no solo obtiene la restitución de la cosa, sino todo lo que por ella se deba dar o hacer.
- Tiene su origen en el derecho de gentes.
- Causal: la función económico social del contrato es la guarda y custodia de un bien mueble
- No es traslativo de dominio. El depositario tiene prohibido utilizar la cosa, lo único que le transmiten es la detentación y no puede usar la cosa.

Elementos

- Capacidad: El depositante no requiere ser el propietario de la cosa, basta que cuente con la tenencia material de la cosa que se dará en depósito.
- El depositario únicamente debe contar con la capacidad general para contratarse, toda vez que solo tiene que custodiar la cosa.
- Objeto: solo las cosas muebles se pueden dar en depósito, en principio no pueden ser cosas fungibles (D. 16.3.1.41).
- Forma: la ley no establece una formalidad concreta para la celebración del depósito.

Efectos jurídicos

El depositario tiene las siguientes obligaciones:

- Cuenta con la *actio depositi contraria* frente a las eventuales obligaciones que surjan por parte del depositante.
- Guardar y conservar la cosa en el estado en el que se le entregó.
- Adoptar las medidas necesarias para la guarda de acuerdo con la naturaleza de la cosa.

- Prohibición de usar la cosa, de lo contrario comete robo de uso (*furtum usus.* Gayo, 3.196).
- Restituir la cosa con todos sus accesorios y frutos aún antes del tiempo pactado (D. 16.3.1.23-24), toda vez que el término es a favor del depositante.
- Responde por dolo. Puede pactarse que responda de custodia y con Justiniano responde de culpa levísima (D. 16.3.32).

El depositante eventualmente puede devenir obligado de acuerdo a lo siguiente:

- Cuenta con la *actio depositi directa* contra el depositario.
- Reembolsar al depositario los gastos necesarios de conservación de la cosa.
- Indemnizar al depositario los posibles daños y perjuicios que hubieran surgido.

Casos especiales

- Depósito irregular: el objeto del depósito versa sobre dinero o bienes fungibles, quedando el depositario obligado a entregar otros de la misma calidad, cantidad y especie. El depositante debe ser propietario. Las cosas depositadas debían consumirse. Este acuerdo de voluntades fue utilizado por los banqueros (*argentarii*), quienes podían pactar el cobro de intereses sin tener que realizar una estipulación de intereses.
- Secuestro: varios depositantes (*sequester*) entregan al depositario un bien que se encuentra sujeto a litigio o como objeto de una apuesta. Se requiere que existan intereses controvertidos entre los depositantes. Por su parte el depositario debe contar con la posesión de la cosa para que pueda interponer los interdictos para retener la posesión. Deberá entregar la cosa dada en depósito a aquel que salga vencedor en el juicio o en la apuesta.
- Depósito necesario: Se entrega en depósito aquellas cosas que se encuentran en peligro inminente de pérdida por tumulto, naufragio, incendio, etc. Se cuenta con la *actio in duplum* (Inst. 4.6.23).

iv. Prenda (pignus)

Concepto

Contrato a través del cual una persona, el deudor pignoraticio, entrega a otra, el acreedor pignoraticio, una cosa en garantía de cumplimiento para una obligación principal preexistente, propia o de un tercero, obligándose a restituir la cosa al cumplirse la obligación principal.

Características

- Real. Se perfecciona con la entrega de la cosa. La *datio in re* consiste en transmitir la *possessio,* por lo que el acreedor prendario cuenta con interdictos para recuperar

la posesión.
- Sinalagmático imperfecto: Siempre hay obligaciones para el acreedor pignoraticio, eventualmente pueden surgir obligaciones para el deudor pignoraticio.
- Gratuito. Como es un contrato de garantía y accesorio, no puede cobrar el acreedor depositario por cuidar la cosa.
- De buena fe: se concede la *actio pignoraticia directa y contraria* a las partes contratantes, por tanto, el juez tiene posibilidad de apreciar las cuestiones que rodean el caso para establecer la condena más justa.
- Tiene su origen en el derecho de gentes.
- No es traslativo de dominio.
- Accesorio: el contrato depende de la existencia de una obligación preexistente.
- De garantía: al garantizar una obligación preexistente. Por tanto, la prenda es indivisible y si la deuda es parcialmente pagada, la garantía no se extingue.

Elementos

- Capacidad: El deudor pignoraticio y el acreedor pignoraticio deben contar con la capacidad general para contratar.
- Objeto: puede recaer en cualquier cosa y se puede garantizar cualquier tipo de obligación (civil, natural, condicionales, a plazos, futuras).
- Forma: la ley no establece una formalidad concreta para la celebración de la prenda.

Efectos jurídicos

El acreedor pignoraticio:

- Tiene derecho a retener la cosa dada en prenda hasta que la obligación principal sea completamente satisfecha.
- Salvo pacto en contrario, no puede utilizar la prenda, en caso contrario comete un *furtum usus*, quedando obligado con la *actio furti* (D. 47.2.54).
- Responde de dolo, culpa y custodia (D. 13.7.13.1).
- Derecho de retención (*ius retentionis*) sobre la cosa dada en prenda, aún contra el propietario de la cosa.
- Cuenta con la *actio pignoraticia contraria* si el deudor hubiere entregado en prenda una cosa ajena sin permiso del dueño o una cosa ya pignorada (D. 13.7.9).
- Podía quedarse con la prenda en caso de que el deudor no pagara la deuda mediante el acuerdo surgido de la *lex commisaria*. Este acuerdo en el año 320 d.C. fue prohibido por Constantino (C. 8.35.3).
- Derecho de vender la cosa dada en prenda para cobrar la deuda principal (D. 13.7.4). No podían comprar la prenda ni el deudor, ni el acreedor pignoraticio (D. 13.7.40).
- Devolver el excedente (*superfluum*) del producto de la venta.

El deudor pignoraticio:

- No necesita ser propietario, ya que no transmite la propiedad, basta que tenga la *possessio in bonis habere.* Es posible dar en prenda cosa ajena con acuerdo del propietario (D. 23.7.20).
- Obligado a pagar gastos extraordinarios de la cosa y resarcir los daños y perjuicios que la prenda hubiere ocasionado.
- Si paga la deuda principal cuenta con la *actio pignoraticia directa* contra el acreedor prendario para que la reintegre (D. 13.7.11.3).

Casos especiales

- Anticresis (*antichresis*). Las partes pueden convenir a que el acreedor prendario se quede con los frutos de la cosa dada en prenda en lugar del pago de intereses de la obligación principal (D. 20.1.11.1). En caso de no pacto, el acreedor debe imputar los frutos al valor de los intereses de la deuda; si sobrepasan los intereses, entonces debe imputarlos al capital (D. 36.4.5.21), quedando posteriormente, obligado a rendir cuentas.
- *Pignus Gordianum*. Un rescripto del emperador Gordiano en el 241 d.C. permitió al acreedor pignoraticio retener la cosa dada en prenda, cuando después de haber pagado la deuda por la que se otorgó la prenda, se adeudaran otras obligaciones. (C. 8.26.1.2).

d) Contratos consensuales (*consensu*)

i. Compraventa (emptio venditio)

Concepto

Contrato a través del cual, el vendedor (*venditor*) se obliga a traspasar la posesión pacífica y útil de una cosa (*merx*) al comprador (*emptor*) y éste se compromete a pagar una suma de dinero, el precio (*pretium*), aunque el primero no se haya entregado y el segundo pagado (Gayo, 3.139).

Características

- Consensual: para su perfeccionamiento solo requiere del acuerdo de voluntades
- Sinalagmático perfecto o bilateral: el comprador y el vendedor tienen obligaciones recíprocas.
- Oneroso: se generan prestaciones y contraprestaciones mutuas.
- De buena fe: en caso de incumplimiento ambas partes cuentan con medidas procesales específicas: *actio empti* y *actio venditi*.

- Tiene su origen en el derecho de gentes.
- No es traslativo de dominio. En ocasiones el traspaso de la propiedad se hace depender de la propia entrega de la cosa (formas derivadas de adquirir la propiedad) y para otras, del pago del precio (*pretio solutio*).

Elementos

- Capacidad: Intervienen comprador (*emptor*) y vendedor (*venditor*) con capacidad para realizar el contrato. El vendedor no requiere ser dueño de la cosa vendida. El comprador que ocupa un cargo en la administración romana no puede adquirir bienes que se encuentren dentro de su provincia (evitar fraude o sospecha del mismo); tampoco pueden adquirir los bienes de sus representados.
- Objeto: entrega de la cosa (*merx*) y pago de la misma (*pretium*).
- Forma: la ley no exige otra más que el acuerdo de voluntades. Para tener un medio de prueba se puede realizar por escrito o hacer un anticipo a través de la entrega de arras.

Contenido

Cosa (merx)

El objeto de compraventa puede consistir en cualquier cosa, siempre que cumpla con los siguientes requisitos:

- Existencia real: pueden venderse bienes incorporales. Los bienes futuros también pueden ser objeto de este contrato, así está la venta de cosa esperada (*emptio rei speratae*: frutos, partos y cosechas), con la condición suspensiva que la cosa llegue a existir y la venta de esperanza (*emptio spei*) en donde se realiza la compra con lo que se obtenga.
- Lícito: no ir en contra de ninguna norma jurídica. Deben estar dentro del comercio.
- Determinada o determinable. En principio debe ser determinada. Si la determinación queda a voluntad de un tercero en realidad se trata de un contrato sujeto a condición suspensiva.
- No se requiere la propiedad del bien. El vendedor puede vender cosa ajena, sin embargo, debe responder al comprador por evicción.

Precio (pretium)

-

Es la suma de dinero que el comprador se obliga entregar al vendedor. Debe cumplir los siguientes requisitos:

- Prestación en dinero (*pecunia numerata*). Puede suceder que el vendedor no reciba nada como prestación, entonces se trata de donación. Si el vendedor recibe un objeto en lugar de dinero, se refiere a una permuta (D. 18.1.1.1).
- Cierto (*certum*). Determinado por las partes. Si el precio lo fija un tercero, da lugar a una obligación condicional (D. 18.1.7.1).
- Verdadero (*verum*). No puede ser ficticio o simulado, de lo contrario podría tratarse de una donación o de un negocio simulado que daría lugar a la nulidad del contrato (D. 18.1.36).
- Justo (*iustum*). Hasta el derecho posclásico el *dolus bonus* de los vendedores no afectaba el contrato. Justiniano aplicó la figura de la lesión (*laesio aenormis*) obligando al comprador a pagar el suplemento del precio o solicitar la rescisión del contrato (D. 18.1.7.1).

Arras (arrhae)

Era común que el comprador entregara una suma de dinero o un anillo para refirmar la intención de adquirir la cosa. Para el derecho clásico, las arras tenían un carácter confirmatorio para probar la existencia de la compraventa (Gayo, 3.139). Cumplido el contrato, las arras tenían que regresarse o podía tomarse como parte del precio (D. 19.1.11.6). También era posible que existiera pacto comisorio. En el año 216 d.C. una constitución de Caracalla acepta que a través de un pacto comisorio el vendedor se quedara con las arras y así resolver el negocio (C. 4.54.1).

Efectos jurídicos

Comprador (emptor)

- Cuenta con la *actio empti* para exigir al vendedor sus obligaciones.
- Debe pagar el precio (*pretium dare*) según lo acordado, transmitiendo la propiedad de las monedas y debiendo pagar intereses moratorios en caso de no cumplir al entregarle la cosa.
- Está obligado a pagar gastos de conservación de la cosa desde el acuerdo de voluntades hasta la entrega de la cosa según lo pactado.

Vendedor (venditor)

- Cuenta con la *actio venditi* para exigir al comprador sus obligaciones.
- Responde de custodia. Justiniano aminora la responsabilidad a culpa leve.
- Conservar la cosa hasta su entrega.
- El vendedor no se obliga a la *datio in solutio*, sino a la *vacua possessio* (D. 18.1.25.1), esto es, que el bien esté libre de ocupantes, arrendatarios y otros usuarios (D. 19.1.2.1).

- Entregar además todos los frutos o accesiones de la cosa desde el momento que existe el contrato.
- Procurar al comprador, la pacífica posesión de la cosa, de ahí que responda de evicción (*evincere*), esto es que alguien demuestre en juicio tener mejor derecho que el comprador sobre la cosa.
- Proporcionar al comprador la posesión útil de la cosa, por lo que el vendedor responde de vicios ocultos de la cosa. Los requisitos son: que los vicios sean anteriores a la venta, que lo desconociera el vendedor, que el vicio inutilice la cosa para su aprovechamiento normal y subsista el vicio al tiempo de la reclamación. En tal caso, el comprador puede optar por rescindir el contrato a través de la *actio redhibitoria*, con la devolución del precio y de la cosa para ambas partes. También puede solicitar una reducción proporcional del precio y conservando la cosa a través de la interposición de la *actio aestimatoria* o *quanti minoris*.
- Si el vendedor conocía la existencia del vicio también debe responder por el daño causado.

Pactos que se anexan

- *Pactum displicentiae*: acuerdo por a través del cual el comprador se reserva el derecho de devolución de la cosa comprada si no le agrada, por lo que se configura la venta a prueba.
- *Pactum de retroemendo*: el vendedor se obliga a comprar de nuevo la cosa al comprador y reintegrar el precio.
- *Pactum de retrovendendo*: el vendedor se reserva por cierto tiempo a rescatar la cosa vendida, restituyendo el precio de venta.
- *Pactum de lege comissoria:* si el comprador no realiza el pago según lo acordado, el vendedor tendrá por no celebrada la venta, con la consiguiente devolución de la cosa.
- *Pactum protomiseos*: el vendedor tendrá preferencia en el supuesto que el comprador decida vender la cosa en las mismas condiciones.
- *Pactum reservatae dominio:* si la venta fue a plazos, el vendedor puede reservarse el dominio de la cosa hasta que el comprador termine de pagar el total del precio.

ii. Arrendamiento (locatio-conductio)

Concepto

Contrato a través del cual el arrendador (*locator*) se obliga a conceder el uso y disfrute temporal de una cosa (*res*) al arrendatario (*conductor*) y éste se compromete a pagar una suma de dinero llamada renta (Gayo, 3.142).

Características

- Consensual: se perfecciona con el acuerdo de voluntades, no es necesaria la entrega de la cosa, ni el pago de la renta (D. 19.2.1).
- Sinalagmático perfecto o bilateral: existen obligaciones recíprocas para el arrendador y el arrendatario.
- Oneroso: existe un cambio de prestaciones entre el uso de la cosa y el pago de la renta.
- De buena fe: existen dos acciones, la *actio locati* y la *actio conducti*.
- El arrendador concede la detentación (*possessio naturalis*), jamás la propiedad.

Elementos

- Capacidad: Intervienen arrendador (*locator*) y arrendatario (*conductor*) con capacidad para realizar el contrato. El arrendador no requiere ser dueño de la cosa arrendada.
- Objeto: uso y disfrute temporal de una cosa (*res*) y pago de la renta (*pensio*).
- Formalidad: la ley no exige otra más que el acuerdo de voluntades.

Contenido

Cosa (res)

- Recae sobre bienes no consumibles. También puede recaer sobre muebles o inmuebles. Para los bienes inmuebles urbanos se denomina al arrendador *inquillinatus* y al arrendatario *inquillinus*. En inmuebles rurales se llaman *colonatus* y *colonus*, respectivamente.

Renta (pensio)

Es la suma de dinero que el arrendatario se obliga entregar al arrendador. Debe cumplir los siguientes requisitos:

- Prestación en dinero (*pecunia numerata*). Si las partes acuerdan celebrar una aparcería, esto es, un arrendamiento de un fundo fructífero, el arrendatario puede pagar parte de la renta con los frutos que produzca.
- Cierto (*certum*). Determinado por las partes. Si la renta es fijada por un tercero, da lugar a una obligación condicional.
- Verdadero (*verum*). No puede ser ficticio o simulado, de lo contrario podría tratarse de una donación o de un negocio simulado que daría lugar a la nulidad del contrato.

Efectos jurídicos

Arrendador (locator)

- Cuenta con la *actio locati* para exigir al arrendatario el cumplimiento de sus obligaciones.

- Procurar el uso y disfrute de la cosa arrendado por el tiempo pactado.
- Entregar la cosa y ponerla a disposición del arrendatario.
- Hacer las reparaciones necesarias a fin de mantener la cosa según la naturaleza del contrato.
- Reembolsar al arrendatario los gastos necesarios y útiles que hubiere realizado para mantener la cosa en estado adecuado.
- Responder de los vicios que la cosa tuviera y responder de la cosa por pérdida o caso fortuito.
- Pagar los impuestos aplicados a la cosa.

Arrendatario (conductor)

- Cuenta con la *actio conducti* para exigir al arrendador el cumplimiento de sus obligaciones.
- Pagar la renta en tiempo y forma según lo pactado. Si la cosa deja de ser útil por caso fortuito o fuerza mayor, no está obligado al pago de la renta.
- Usar la cosa conforme a su naturaleza.
- Responder de culpa leve y custodia.
- Restituir la cosa al finalizar el contrato. Si abandona la cosa antes de la terminación del contrato, debe pagar el total de la renta. En el derecho clásico solo responde del daño causado.

Extinción

- Según lo pactado. Si no existe oposición por parte del arrendador y el arrendatario continúa cumpliendo con sus obligaciones, el contrato de arrendamiento se actualiza (*relocatio tacita*) un año más si se trata de inmuebles rústicos o por tiempo indeterminado si son fundos urbanos. Cuando en el contrato no se fijó una fecha cierta, cesa hasta la renuncia de alguna las partes.
- Terminación anticipada del contrato de común acuerdo.
- Resolución del derecho del arrendador.
- Incumplimiento obligaciones de cualquiera de las partes.
- No se extingue el contrato por muerte de alguna de las partes, a menos que se pactara que el arrendador fijara el tiempo del contrato.
- Se admite el subarriendo, salvo pacto en contrario.

Locatio-conductio operarum

Contrato a través del cual el *locator* presta ciertos servicios a favor del *conductor* a cambio de una remuneración.

Tiene su origen en el arrendamiento de esclavos, con el tiempo, también de hombres libres a cambio de un salario (*merces*).

El *locator* está obligado a prestar solamente trabajos manuales en la forma y el tiempo pactado. Por su parte, el *conductor* está obligado al pago de un salario cierto, fijado por cantidad del trabajo o por el tiempo del servicio.

El contrato se extingue por muerte del *locator*, no del *conductor*, debiendo cubrir el pago los herederos de éste.

Locatio-conductio operis

Contrato por medio del cual, el *locator* suministra materiales para una obra (*opus*) que deberá ser ejecutada por el *conductor* por un precio (*merces, pretium*).

La obligación del *conductor* consiste en realizar la obra con el material que se le suministra. Lo que se busca es el resultado de su trabajo, esto es, algo acabado (*corpus aliquod perfectum*). Responde de custodia por el material entregado. Debe realizar la obra según lo convenido, sin ser necesario hacerlo personalmente, a menos que ha si se hubiere pactado. También responde de los perjuicios causados por su impericia.

El *locator* está obligado a entregar una cantidad de dinero determinado o determinable, el cual se entregará al final de la obra, salvo pacto en contrario. También debe entregar al conductor el material para la realización de la obra. Responde de la pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor.

El contrato se extingue por la entrega de la obra, por la imposibilidad de su cumplimiento y por la muerte del *conductor* si se trata de un trabajo *intuiti personae*.

iii. Sociedad (societas)

Concepto

Contrato a través del cual dos o más personas (*socii*) se obligan entregar dinero, bienes o trabajo para la consecución de un fin común.

La sociedad en Roma no da lugar a la creación de una persona moral, por tanto, todas las relaciones jurídicas surgidas a propósito del contrato son responsabilidad de cada uno de los socios.

Características

- Consensual: se trata de un contrato que se perfecciona con el acuerdo de voluntades de todos los socios, debiendo ser un acuerdo permanente, duradero y renovado (*affectio societatis*. D. 17.2.4).

- Sinalagmático perfecto o multilateral: genera obligaciones recíprocas entre las partes.
- Oneroso: las partes deben hacer aportaciones al fondo común (D. 17.2.5.2).
- De buena fe: existe una medida procesal que puede ser utilizada por cualquier socio, la *actio pro socio*.
- Tiene su origen en el derecho de gentes, se basa en la *fides* y puede formar parte de la sociedad extranjeros (Gayo, 3.154).

Clases

- Según las aportaciones, la sociedad puede ser solo de bienes (*rerum*), de trabajo (*operarum*) o mixto (*mixtae*).
- Según los fines, puede ser para un solo negocio (*alicuius negotiationis*) o para una pluralidad de fines (*omnium bonorum*).
- Según las aportaciones, los socios pueden aportar todos sus bienes presentes y futuros, únicamente lo que se adquiere a título oneroso (*lucri*) o solo ciertas cosas (*unius rei*).

Efectos jurídicos

- Los socios deben aportar lo convenido. En el caso que la aportación sea de bienes, éstos deben responder por evicción.
- Todos los contratantes pueden ser administradores de la sociedad, salvo pacto en contrario.
- Si únicamente uno de los socios actúa como administrador, el resto debe cubrir los gastos erogados en beneficio de la sociedad. El socio administrador debe informar al resto de las obligaciones contraídas y de las adquisiciones realizadas. Responde de dolo y culpa, por lo que debe pagar los daños causados a los socios por su gestión. Reintegrar a la caja social los beneficios obtenidos como consecuencia de su gestión y rendir cuentas a todos los socios.
- Los socios responden de las obligaciones y pérdidas asumidas por la sociedad.
- Las pérdidas y ganancias se reparten según lo pactado. A falta de acuerdo, los socios se reparten pérdidas y ganancias proporcionalmente, sin considerar el monto de sus aportaciones.
- Los socios podían pactar que algunos socios no participaran en pérdidas, sí en ganancias (sociedad leonina en recuerdo de la fábula del león). Era irrenunciable el derecho a recibir ganancias.

Extinción

- Por la muerte de algún socio; Justiniano admite que la sociedad continúe con el resto de integrantes.
- Sufrir una *capitis deminuto* de los socios.
- Por voluntad de las partes.
- Por renuncia de algún socio.
- Confiscación de patrimonio, quiebra o indigencia de la sociedad.
- Cumplimiento del fin social.
- Por el ejercicio de la *actio prosocio*.
- Pérdida del patrimonio social por sustracción, pérdida o desaparición.
- Liquidación de la sociedad

Si algún socio decide ejercitar la *actio prosocio*, la sociedad se extingue, lo que da lugar a la liquidación. Cada socio reclama el saldo resultante entre los créditos y las deudas contraídas. En caso de existir copropiedad de bienes se deberá ejercer la *actio communi dividundo*.

iv. Mandato (mandatum)

Concepto

Contrato a través del cual, el mandante encarga al mandatario a realizar actos o a prestar algún servicio gratuitamente a su favor. Tiene como fin sustituir a una persona en una gestión que no puede o quiere realizar.

Características

- Consensual: se perfecciona con el consentimiento de las partes (D. 17.1.1).
- Sinalagmático imperfecto: existen obligaciones para el mandatario, aunque eventualmente pueden surgir obligaciones para el mandante.
- Gratuito: el mandatario no puede cobrar por sus servicios, en caso contrario resulta nulo, ya que está basado en la amistad, en caso contrario sería una *locatio conductio operarum* (Gayo, 3,162).
- De buena fe: cada parte tiene una medida procesal para exigir el cumplimiento del mandato. La *actio mandati directa* queda a favor del mandante y la *actio mandati contraria* en favor del mandatario (Gayo, 3.155).
- Tiene su origen en el derecho de gentes.

Elementos

- Sujetos: El mandante, esto es el dueño del negocio es quien encarga la gestión y el mandatario es quien debe cumplir con la obligación.

- Objeto: El mandato puede consistir en realizar un negocio jurídico o un hecho, debiendo ser lícito y posible.
- Formalidad: La ley no contempla ninguna formalidad para su perfeccionamiento más que el propio acuerdo de voluntades.

Clases

- Según a quien beneficie puede ser para el mandante (*mea tantum gratia*) o para un tercero (*aliena tantum gratia*).
- Según los asuntos que comprende, el mandato puede ser para un asunto concreto (*mandatum unius rei*) o para todo su patrimonio (*mandatum omnium bonorum*).
- Según la clase de asuntos, el mandato se divide en judicial (*mandatum ad litem*) o extrajudicial.

Efectos jurídicos

El mandato no da lugar a la representación directa, el mandatario responde de lo actuado frente terceros, por lo que el tercero no puede actuar contra el mandate; empero el derecho honorario concedió la *actio quasi institoria* para tal fin. Justiniano concede una acción útil contra el mandante que obtuvo algún lucro.

Al ser una obligación sinalagmática imperfecta, el mandatario siempre está obligado a cumplir con el encargo de acuerdo con las instrucciones del mandante; a falta de éstas, debe realizar los actos según la naturaleza del negocio, teniendo presente que debe realizar los actos que resulten de mayor beneficio para el mandante.

También debe rendir cuentas de su gestión y restituir al mandante todo lo obtenido y los intereses que se hubieren generado. Responde de culpa leve y de custodia.
Eventualmente pueden surgir obligaciones para el mandante, entre ellos, resarcir al mandatario de todos los gastos que hubiere realizado por motivo del mandato. El mandatario puede ejercer la *actio mandati* contraria.

Extinción

- Acuerdo de voluntades o por decisión unilateral del mandante.
- Cumplimiento del negocio.
- Imposibilidad de cumplir.
- Llegada del término o condición a que se sujetó el contrato.
- Renuncia o muerte de alguna de las partes contratantes.

NOVENA UNIDAD
OTRAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

Cuadro resumen

- 1. Contratos innominados
  - a) Concepto
  - b) Evolución histórica
  - c) Casos
    - i. Doy para que des (*do ut des*)
    - ii. Doy para que hagas (*do ut facias*)
    - iii. Hago para que des (*facio ut des*)
    - iv. Hago para que hagas (*facio ut facias*)
  - d) Principales contratos innominados
    - i. Contrato estimatorio (*aestimatum*)
    - ii. Permuta (*permutatio*)
    - iii. Precario (*precarium*)
    - iv. *Transactio*
- 2. Cuasicontratos
  - a) Concepto
  - b) Principales cuasicontratos
    - i. Gestión de negocios
    - ii. Enriquecimiento ilegítimo

- 3. Pactos
  - a) Concepto
  - b) Clasificación
    - i. Adiectos
      - *In continenti*
      - *Ex intervallo*
    - ii. Pretorios
      - Pacto de juramento
      - *Constitutum debiti*
      - *Constitutum argentarii*
      - *Receptum nautarum*
      - *Receptum cauponum*
      - *Receptum stabolariorum*
    - iii. Legítimos
      - De dote
      - De donación
      - De compromiso

- 4. Delitos
  - a) Concepto
  - b) Clasificación
    - i. *Crimina*
    - ii. *Delicta*
  - c) Tipos de delitos
    - i. Robo
    - ii. Daño causado injustamente
    - iii. Injurias
    - iv. Rapiña
    - v. Intimidación
    - vi. Dolo

- 5. Cuasidelitos
  - a) Concepto
  - b) Tipos de cuasidelitos
    - i. *Iudex qui litem suam fecit*
    - ii. *Efusum et deiectum*
    - iii. *Positum vel suspensum*
    - iv. Robos y daños sufridos en naves, posadas y establos

1. Contratos innominados

a) Concepto

Son aquellos cuya perfección depende que una de las partes haya realizado alguna prestación, quedando el otro contratante obligado a llevar a cabo la prestación convenida.

A diferencia de los contratos reales típicos, estriba en que los contratos innominados, salvo el precario, no consiste en la devolución de la misma cosa recibida, sino que siempre debe ser de naturaleza distinta a la prestación previa, que es lo que sirve de causa.

Su denominación no supone carencia de nombre especial, simplemente estos acuerdos de voluntades no fueron reconocidos como figuras singulares, sino que abarcaron en general una protección jurídica (*actio*), conviniendo que uno de los contratantes cumpla con determinada prestación en correspondencia a otra que en su favor realiza.

b) Evolución histórica

En el Derecho preclásico existieron ciertos acuerdos de voluntades que no fueron reconocidos, toda vez que las partes involucradas carecían de medida procesal para exigir su cumplimiento, por lo que solo se originaba una obligación natural.

Bajo el principio de no admitir el enriquecimiento ilegítimo y considerado, por tanto, injusta la ventaja patrimonial obtenida por quien había recibido una prestación y se negaba a la contraprestación convenida, a aquel que había cumplido podía ejercitar la *condictio ob causarum* para obtener la devolución de lo entregado. En caso que la prestación cumplida por una parte consistiera en un hacer, podía también obtener el resarcimiento del perjuicio que ello le había causado utilizando la *actio doli*.

Sin embargo, ambas medidas procesales no reconocían eficacia al acuerdo de voluntades, sino a retroceder en lo posible los efectos jurídicos anteriores al consentimiento. Por ende, el contratante que cumplió no quedaba completamente protegido. Ya en Derecho clásico se reconoce la *actio praescripti verbis*, la cual no busca la recisión del acuerdo, sino forzar a la otra parte al cumplimiento de la contraprestación ofrecida con arreglo al criterio de acuerdo de la buena fe.

A partir de Justiniano, todo acreedor de un contrato innominado disponía de las siguientes acciones:

- *Actio praescripti verbis*: Para exigir el cumplimiento del contrato, forzando a la otra parte al pago de la contraprestación (Inst. 4.6.28).

- *Condictio causa data causa non secuta*: En caso de incumplimiento de la prestación del otro contratante, prefiriendo la rescisión del contrato en vez de su cumplimiento, obteniendo la repetición de lo que él había adelanto (D.19.4.1.2-3.).

c) Casos

i. Doy para que des (do ut des)

La prestación resultante es la de dar una cosa y la prestación acordada por la otra parte es también la entrega de una cosa.

ii. Doy para que hagas (do ut facias)

La prestación resultante es un hacer y la causa que la motiva es la entrega de una cosa.

iii. Hago para que des (facio ut des)

La prestación es un dar y la prestación acordada es un hacer.

iv. Hago para que hagas (facio ut facias)

La prestación cumplida es un hacer y la debida su objeto de obligación es también un hacer.

d) Principales contratos innominados

i. Contrato estimatorio (aestimatum)

Contrato por medio del cual una persona entrega a otra un objeto tasado, la cual se obliga devolverla después de cierto tiempo en caso de no haberlo vendido o entregar el precio en caso de haber realizado la venta (D.19.3.1).

ii. Permuta (permutatio)

Contrato por medio del cual una persona transfiere a otra la propiedad de una cosa para obtener a cambio la propiedad de otra. Es un acuerdo del tipo *do ut des.* En principio no genera efectos jurídicos, solo existe si una de las partes realiza su *datio.*

Este acuerdo de voluntades fue considerado por los sabinianos como una compraventa, para los cuales no era necesario que el precio se entregara en dinero. En cambio, para los proculeyanos, no podía considerarse una compraventa si no se fijaba previamente el precio de la cosa. Ambas partes responden de evicción y de vicios ocultos.

iii. Precario (precarium)

Contrato a través del cual una de las partes concede el préstamo de uso a otra persona (*preces*), a quien se obliga a restituirlo a la primera reclamación (D.43.26.14).

El objeto del precario puede consistir en bienes corporales e incorporales. Este contrato el *precario dans* puede revocar el acuerdo en todo momento; la renuncia a tal facultad es nula.

El *precario accipiens* goza de la *possessio sine animo*, por lo que goza de la protección del *interdictum de precario* frente a terceros.

iv. Transactio

Contrato por medio del cual las partes, mediante concesiones recíprocas evitaba un litigio ya iniciado o prevenía un litigio futuro, renunciando a su *actio*.

Se requiere que exista un derecho incierto y que las concesiones fueran recíprocas, de lo contrario podría ser una donación.

La *transactio* está protegido por una *exceptio* que goza al que fue demandado, si el actor que transigió pretende ejercitar nuevamente una *actio* en su contra.

2. Cuasicontratos

a) Concepto

En las *Instituciones* de Justiniano se reconocen bajo el título de cuasicontratos aquellos hechos jurídicos lícitos que generan un vínculo jurídico entre acreedor y deudor. Difieren de los contratos porque carecen de algunos elementos, con excepción del acuerdo de voluntades.

Los casos más conocidos son la aceptación de una herencia que podía generar derechos a favor del legatario o de los fideicomisarios; la aceptación de un legado que podía crear deberes en favor de un fideicomisario; la copropiedad nacida de circunstancias ajenas a la voluntad de las partes, como en una donación o en una herencia.

b) Casos

i. Gestión de negocios

La obligación surge cuando una persona, el gestor de negocios (*negotiorum gestor*) cuida, administra los bienes de otra persona o realiza cualquier gestión a favor de otra persona (*dominis negotii*) con la idea de beneficiarla o evitarle un perjuicio y sin que medie mandato del dueño del negocio, ni ostente cargo que le obligue o faculte a ello.

Los requisitos para que exista es: que el *dominus negotii* desconozca la actividad del gestor. En caso que lo conozca y no se oponga a ello será considerado como un mandato tácito; si el dueño se opone, el gestor no gozará de acción. Se requiere que el gestor no tenga interés patrimonial; no existe gestión cuando un socio o coheredero realizan actos en favor de los demás; que el acto en gestión haya sido emprendido en razón de que sea conveniente (*utiliter coeptum*) y que haya en el gestor la intención de obrar para otro (*animus gerendi*).

Las obligaciones del gestor son: llevar a término el negocio comenzado; rendir cuentas una vez terminada la gestión; restituir la cosa, objeto de la gestión con sus acciones y el lucro obtenido, cediendo al dueño del negocio las acciones que hubieren surgido a su favor como consecuencia de la gestión; responder por dolo si actuó en vista de necesidades apremiantes, alcanzando la culpa en la generalidad de los casos, y llegando a la responsabilidad de caso fortuito o fuerza mayor si el negocio emprendido, de carácter aleatorio no era de aquellos que el dueño solía dedicarse. Cuenta con la *actio negotiorum contraria* contra el *dominus* del negocio.

Por su parte, las obligaciones del dueño del negocio son: resarcimiento de los gastos causados; indemnización de perjuicios sufridos por el gestor; deliberación de las obligaciones contraídas por el gestor, ya que no podía rechazar los actos que le perjudicaran. La *actio negotiorum directa* es la acción con la que cuenta el *dominus negotii* contra el gestor.

Si el dueño del negocio ratificaba los actos realizados por el gestor, la gestión se convertía en mandato, con efectos retroactivos al inicio del mismo.

ii. Enriquecimiento ilegítimo

Consiste en que una persona en virtud del cual se enriquece gratuitamente a costa de otro, sin que exista causa que lo justifique. Debe existir un aumento patrimonial por parte de una persona a costa del patrimonio de otro.

Las *condictiones* fueron las medidas procesales que se otorgan contra quien se enriqueció ilegítimamente, entre ellas:

- *Condictio indebiti soluti*: utilizada por aquel que considerándose erróneamente deudor, hizo un pago, a fin de que la persona que lo recibió indebidamente lo regrese. Para que prospere se requiere error del que cumple la prestación, de lo contrario es una donación; buena fe del que recibe, de lo contrario sería *furtum*. Esta *condictio* no prospera si se paga una deuda vencida, si se paga una deuda natural, cuando el que paga goza del b*eneficium* competentiae y cuando procedía el Senadoconsulto Macedoniano.
- *Condictio ob turpem causa*: utilizada para solicitar la devolución de lo que se entregó para evitar que una persona no cometiese un acto ilícito o deshonroso. Se requiere que el hecho antijurídico lo realice quien reciba algo.
- *Condictio causa data causa non secuta*: se recupera lo que se había entregado en caso de no haber obtenido la contraprestación. Incluye los frutos de la cosa.
- *Condictio sine causa*: se hace efectiva en algunos casos de enriquecimiento ilegítimo que no se utilizaran alguna de las medidas procesales anteriores.

3. Pactos

a) Concepto

El *pactum* o *pacti* significó el acuerdo de voluntades entre dos o más personas, siguiendo las pautas reconocidas por el derecho civil, el cual se transforma en contrato. Solo en este caso el acuerdo es jurídicamente exigible, por lo que el mero pacto no se considera una fuente de las obligaciones (*obligationem non parit*). Esta regla tuvo excepciones, tanto el derecho civil, como el derecho honorario en donde fueron reconocidos efectos jurídicos a algunos acuerdos de voluntades desprovisto de forma, por lo que se les otorgó una medida procesal para exigir su cumplimiento.

Para Ulpiano pacto es el consentimiento de dos o más sobre una misma cosa convenida (*et est pactio duorum pluriumve in ídem placitum consensus.* D. 2.14.1.2).

El primer reconocimiento de eficacia jurídica de los pactos se encuentra en la Ley de las XII Tablas, utilizando el pacto para sustituir la venganza privada, por lo que el pacto daba origen a una composición voluntaria. Dicho acuerdo solo tenía eficacia procesal, ya que a través del él se extinguía el derecho que tenía el actor del ejercicio de la acción.

Posteriormente, el pretor encontró en los pactos una forma de generar obligaciones entre las partes para evitar acciones futuras o para modificar relaciones jurídicas prexistentes, siempre

que no perjudicara a otra cosa o a otra persona (D. 2.14.7.7). En ese sentido, el pretor no otorgaba una acción, sino una excepción, que el nudo pacto no produce obligación, pero produce excepción (*quia solent et ea pacta, quae postea interpouuntur, parere exceptiones*. D. 2.14.7.5) Durante el derecho clásico se reconoció la eficacia jurídica de los pactos que se adherían a los contratos de buena fe.

En el derecho justinianeo, con el pleno reconocimiento de la *stipulatio* desprovista de formalidades, los pactos nudos (carecen de eficacia procesal) se presentaron como una reminiscencia del pasado.

b) Clasificación

i. Adiectos (adiecta)

Acuerdo de voluntades complementarios a un contrato con el fin de modificar sus efectos naturales: variando las obligaciones de las partes. Los pactos que se adhieren a los contratos *stricti iuris* están deprovistos de sanción, pues se oponía a ello las fórmulas concisas del contrato respectivo y no se podía variar lo establecido por el ordenamiento civil. Si el pacto disminuía las obligaciones del deudor, éste no podía interponer en juicio la *exceptio pacti conventi*, toda vez que son unilaterales, por lo que el deudor no contaba con acción para hacer valer el pacto (D. 2.14.7.4).

In continenti

Las partes lo acuerdan en el momento de la celebración del contrato que *se* quiere modificar. En los contratos de buena fe, los pactos forman parte de ellos, por lo que están sancionados con la misma medida procesal del contrato. Los pactos que suprimen obligaciones para el deudor supone que dicha obligación jamás ha nacido.

Ex intervallo

Las partes lo acuerdan con posterioridad a la celebración de un contrato. Si se trata de un contrato de buena fe, se otorga la *exceptio pacti conventi*.

ii. Pretorios

Pacto de juramento

Convenio mediante el cual dos personas deciden resolver una controversia judicial o extrajudicial mediante un juramento voluntario.

Constitutum debiti

Convenio por el cual una persona se compromete a pagar en día o lugar fijo una deuda propia o ajena.

Durante el Derecho justinianeo se requería de una deuda preexistente, pudiendo existir novación en el caso que nombramiento de un nuevo deudor o la designación de un codeudor.

Se otorgó la *actio pecunia constituta*, por lo que siempre debía tratarse de deudas pecuniarias, el Derecho clásico la amplía a cosas fungibles. Justiniano podía utilizarse para cualquier tipo de obligación y referirse a elemento ajenos al término del cumplimiento.

Receptum argentarii

Pacto a través del cual un banquero se compromete a pagar en determinada fecha la deuda de un cliente suyo, que tiene con él fondos depositados.

Una vez realizada la promesa, se cuenta con la *actio recepticia* contra el banquero.

Receptum arbitrii

Acuerdo a través del cual una persona se compromete a fungir como árbitro.
Se cuenta con la *actio de recepta* para obligar al árbitro a cumplir.

Receptum nautarum, cauponum o stabulariorum

Se concedió la *actio de recepto* contra los armadores de barcos, posaderos y dueños de establos por no restituir las coas que los viajeros introdujeron en sus establecimientos.

iii. Legítimos

De dote

Promesa de otorgar dote sin cumplir con las formalidades de la *dictio dotis* o de la *stipulatio*.
Se concedió la *condictio ex lege* para exigir su cumplimiento.

De donación

Promesa de donación sin cumplir con las formalidades exigidas. Cuenta con la *condictio ex lege*.

De compromiso

Convenio a través del cual dos contendientes se comprometen a someter la decisión a un árbitro. Se otorgó la *condictio ex lege*.

4. Delitos

a) Concepto

Es todo acto ilícito sancionado con una pena. El derecho romano distinguió dos clases de delitos: *delicta* o *maleficia* (delitos públicos) y los *crimina* (delitos privados). Con el tiempo esta diferencia sufrió una despenalización de los delitos privados para convertirse en delitos públicos.

b) Clasificación

i. Delicta

Violaciones al *ius privatum* (*obligatio es delicto*) que provocaban una acción penal (*actio poenalis*), sean reconocidos por el derecho civil o por el derecho honorario. Solo se reglamentó la reacción del ofendido ofreciendo un camino procesal a través de una *actio* para obtener una pena pecuniaria que redundaría en beneficio de la víctima. El *delictum* no fue reconocido como una categoría general y abstracta, sino delitos particulares.

Los delitos eran fuentes de las obligaciones en tanto que constituían un vínculo jurídico que surge después de su comisión entre ofensor y ofendido, por el que queda constreñido a pagar una suma de dinero denominada pena mediante el uso de *actiones poenales* o *actiones poenae persecutoriae*. Junto con esta acción penal se acumula otra medida procesal, *actio rei persecutoria*, para la reparación del daño patrimonial causado.

Las características de las acciones penales fueron:

- Intransmisibilidad. Por su carácter penal no eran transmisibles ni activa, ni pasivamente, ya que se trataba de una obligación surgida únicamente entre agresor y ofendido; con el tiempo se admitió la trasmisión activa con excepción de aquellos delitos de carácter personalísimo como las injurias.
- Noxalidad. Si el autor del delito era un esclavo o un *filius familias*, la acción penal otorgaba al *dominus* o *pater familias*, *noxae deditio*, liberándolo del pago de la obligación.
- Acumulación. De la condena pecuniaria de la acción rei persecutoria y la pena. En

caso de varios autores cada uno deberá pagar la pena por entero. Empero, la acción rei persecutoria es única y solo puede ser pagada por uno, por varios o por todos.
- Perpetuas. Los delitos reconocidos por el derecho civil eran perpetuos, en cambio, los reconocidos por el derecho honorario eran anuales.
- Exigibles. La pena puede ser exigida con un pacto de cumplimiento o de desistimiento de cobro.

ii. Crimina

Acto antijurídico que lesiona a la comunidad por lo que son castigados mediante un juicio público a una pena corporal. Las penas podían variar desde la pena capital (muerte o caída en esclavitud), la deportación, la flagelación, el azotamiento, el trabajo en minas, etc. (Inst. 4.18). No generan obligaciones civiles, sino que son perturbaciones públicas, políticas o sociales. Los crimina se tramitaban ante tribunales especiales (*quaestiones perpetuae*) o directamente por órganos del Estado (Comicios, Senado o el Emperador a través de sus órganos de administración).

Los casos más comunes de crimina fueron:

- *Repetundarum*: apoderamiento ilícito de bienes por el magistrado.
- *Expilatae hereditatis*: expolio de bienes de una herencia.
- *Perduellio*: Atentados contra la seguridad de Roma.
- *Homicidium*: Dar muerte a un ciudadano romano.
- *Peculatus*: Desfalco de las arcas públicas.
- *Maiestatis*: Alta traición al pueblo romano y al emperador.

c) Tipos de delitos

i. Robo (furtum)

Según la Ley de las XII Tablas el hurto es un apoderamiento ilícito y sin violencia de una cosa mueble ajena. El Derecho clásico amplió el concepto a cualquier hecho que causara un perjuicio o deterioro económico, definiéndolo de la siguiente forma hurto "es el contacto ilícito con una cosa ajena con ánimo de lucro, ya sea la sustracción de la cosa misma, ya su uso o ya su posesión, lo cual se considera prohibido por la ley natural" (*contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve, quod lege naturale prohibitum est admittere*. D. 47.2.1.3). El Derecho justinianeo lo reconoció como delito público (*crimina*).

El ladrón no solo sustrae cosas ajenas (*furtum rei*), sino también usando la cosa con algo distinto a lo convenido, como el caso del depositario (*furtun usus*) y quien sustrae al acreedor pignoraticio la posesión o al usufructuario la cosa (*furtum possessionis*).

Quien comete el robo debe de haber sacado provecho de la cosa hurtada (con la cosa misma, su uso o su posesión), si solo se apodera de la cosa ajena para dañarla, no comete un robo, sino un daño.

Los elementos necesarios para configurar el robo son:

- Contacto material de la cosa (*contrectatio rei*) que puede ser la sustracción de la cosa, uso ilícito de la cosa o posesión ilícita de la cosa propia cosa (elemento objetivo).
- Tener la intención de robar (*fraudulosa*).
- El hurto se configura sobre cosas muebles o semovientes (*res mobilis*).
- Ánimo de lucro (*lucri faciendi gratia*).

Clases

- Hurto descubierto (*furtum conceptum*). En presencia de testigos se acude a casa del presunto ladrón para encontrar la cosa robada. La pena por lo descubierto consistía en el triple del valor de lo hurtado.
- Hurto endosado (*furtum prohibitum*). Cuando el presunto ladrón se niega a la búsqueda de la *res furtiva*. La pena era del cuádruple.
- Hurto no exhibido (*furtum non exhibitum*). Cuando el ladrón no presenta la cosa hurtada.
- Hurto por introducción (*furtum ope consilio*). Cuando alguien es auxiliado por otro para cometer el hurto.
- Hurto manifiesto (*furtum manifestum*). El ladrón es capturado con la cosa hurtada.
- Hurto no manifiesto (*furtum nec manifestum*). El ladrón no es capturado en el momento mismo de la comisión de delito.

Medidas procesales

Actio furti nec manifesti: Puede ejercerla además del dueño, cualquier persona con interés en la conservación de la cosa (comodatario, acreedor pignoraticio, sastre, tintorero y el usufructuario). La acción concede el doble del valor de lo sustraído y es infamante

Actio furti manifesti: Puede ejercerla además del dueño, cualquier persona con interés en la conservación de la cosa (comodatario, acreedor pignoraticio, sastre, tintorero y el usufructuario). La acción concede el cuádruple del valor de lo sustraída y es infamante

ii. Daño causado injustamente (damnum iniuria datum)

Es la causación injusta de un perjuicio sobre cosa ajena. Fue tipificado por la *lex Aquilia de damno* de 286 a.C.

El daño debe ser producido injustamente (*iniuria*), admitiendo además en la época clásica no solo el daño intencional (dolo), sino además por imprudencia o negligencia (culpa) (D. 9.2.2).

La *lex Aquilia* contempla tres tipos de daño. El primero referido únicamente a la muerte de un esclavo o de un animal cuadrúpedo de un rebaño ajeno; el segundo al *adstipulator* que en caso de fraude en contra de acreedores liberó por *acceptilatio* al deudor de la entrega del dinero (en desuso en época de Justiniano) y el tercero se refiere a toda clase de daño (heridas a esclavos, daños a otros animales, quemaduras, fracturas o roturas de cosas ajenas) (Gayo, Inst. 3.217).

Contra el daño injustamente causado se concedió la *actio lex Aquiliae* ejercida por el dueño de la cosa dañada o perecida; para el resto de afectados por daño como el caso de los usufructuarios, poseedores de buna fe, usuarios, acreedores pignoraticios o arrendatarios, el pretor otorgó una acción *in factum* que se ejercían con los que causaron el daño.

La estimación del daño causado se basa tanto en la pérdida del valor efectivo del objeto (*damnum emergens*), como en toda ganancia que previsiblemente se hubiera obtenido con la cosa de no haberse producido el daño (*lucrum cessans*). (Gayo, Inst. 3.212).

iii. Injurias (iniuriae)

Se entiende todo aquello que no se hace conforme a Derecho (*omne quod non iure fit*) (Inst. 4.4 pr.). En sentido estricto, la injuria es cualquier daño injusto que recae sobre el cuerpo o el honor de una persona libre. Con el tiempo, el concepto de injuria se amplió no solo a las ofensas morales, al honor y al decoro, sino también contra la dignidad de la persona, como el secuestro o la violación de domicilio.

La Ley de las XII Tablas acepta la compensación del daño como un medio para evitar la ley del Talión, sobre todo en los casos de rotura, amputación o inutilización de órganos (*membrum rumpere*). En el siglo I a.C. el pretor concedió una *actio in factum* llamada *actio iniurarum*.

El monto de la condena se estimaba en principio por un tribunal de *recuperatores* en equidad, pudiendo el actor realizar una estimación del daño, reconociendo diferencias entre aquel que fue herido (*vulneratus*), azotado (*verberatus*) o apaleado (*fustigatus*); también se consideraba el lugar en donde se había realizado la injuria (en el foro o en el teatro) y por la condición social del individuo (magistrado, senador).

En el derecho clásico, algunas lesiones se tipificaron como *crimina*, por lo que se tramitaban por el sistema de las *quaestiones perpetuae*. En el derecho posclásico se podía elegir entre la acción privada o la pública.

iv. Rapiña (rapina)

Se trata de un delito distinto al robo y fue reconocido por el pretor Lúculo en el 76 a.C. a través de la concesión de una medida procesal contemplada en su edicto (*edictum Luculli*). Se trata de un hurto agravado con el uso de fuerza o violencia.

Con la *actio vi bonorum raptorum* la víctima obtiene una indemnización del cuádruple del valor del objeto hurtado y tiene un efecto infamante. Puede entablar la acción, el dueño de la cosa o el responsable de la custodia como el comodatario, el usufructuario, etc.

v. Intimidación (metus)

En el año 80 a.C. el pretor Octavio creo la acción por causa de intimidación (*actio quod metus causa*), llamada fórmula octavia. La intimidación es la amenaza de un mal inminente y grave sobre una persona o sus bienes en caso de no realizar determinados actos jurídicos, mismos que no realizaría en caso de no existir amenazas.

Para que se configure este delito es necesario que la amenaza sea real, grave, presente o inminente. Con el ejercicio de la acción de intimidación se obtiene el cuádruplo del enriquecimiento obtenido.

vi. Dolo (dolus)

En el año 66 a.C. el pretor Aquilio Galo creo la acción de dolo (*actio doli*), considerándose como el hecho doloso en cualquier relación jurídica. Esta acción era subsidiaria, por lo que solo se utilizaba a falta de una acción específica. Esta acción solo la podía interponer la víctima del dolo contra quien ha actuado con dolo malo (*dolus malus*). La acción de dolo es infamante y se obtiene únicamente el valor del perjuicio causado por el que cometió el dolo.

5. Cuasidelitos

a) Concepto

Se trata de distintos supuestos ilícitos sancionados por el derecho honorario a través de acciones *in factum*. La relación jurídica que se establece entre el agresor y el ofendido no es una obligación propiamente dicha, sino una acción.

No existe un común denominador entre los cuasidelitos, se dividen entre delitos dolosos y delitos culposos o simplemente en actos que implican responsabilidad por actos culpables ajenos.

Quizá su existencia en la clasificación de Justiniano tiene que ver con la idea de no aumentar el catálogo de delitos y conservar además el número cabalístico de cuatro (Inst. 4.5).

b) Casos

i. El juez que hace suya la causa (si iudex qui litem suam fecit).

Supone que el juez había asumido el juicio para sí y había obrado en forma parcial por dolo o por imprudencia habiendo juzgado en fraude de la ley (D. 5.1.15.1).

Según la Ley de las XII Tablas el juez era castigado con la pena capital.

En este caso el pretor concedió al afectado por la sentencia injusta una *actio in factum*, permitiendo al juez de forma prudente y equitativa decidir el monto de la condena.

ii. Efusum et deiectum

Se configura al arrojar desde una casa en vía pública un líquido (*effusum*) o un objeto sólido (*deiectum*) que causara daño.

Se concedió la *actio legis Aquiliae* que podía entablar cualquiera contra el que habitara la casa, pudiendo ser o no el propietario. Si se causaba daño a una cosa se debía pagar el doble del perjuicio ocasionado (Inst. 4.5.1) Si se había herido a un hombre libre se debía reparar el total de los daños causados. En el caso que falleciera se debía pagar 50,000 sestercios, 50 sólidos de oro con Justiniano.

iii. Positum vel suspensum

El que colocara (*positum*) o colgara (*suspensum*) en un cobertizo o balcón alguna cosa que estuviera sobre la vía pública por donde transita gente y al caer podía ocasionar daño a alguien.

El pretor concedió una *actio in factum positi et suspensis* que podía ejercer cualquiera contra el dueño de la casa o contra aquel que permitió que se pusiera la cosa. Se obtiene una indemnización diez mil sestercios, 10 sólidos de oro con Justiniano (D. 9.3.5.6).

iv. Robos y daños sufridos en naves, posadas y establos

Los dueños de naves (*nautae*), posadas (*caupones*) y establos (*stabularii*) respondían frente a sus clientes por los daños derivados del dolo o hurto de los objetos depositados para que estuvieran a salvo (D. 4.9.1.pr).

Si los responsables eran los dueños se ejercía la *Lex Aquilia*, si eran esclavos los que atendían se podía optar por la *actio noxae dandi*, pero sino se identificaban se entablaba la *actio in factum adversus nautas, caupones, stabularius,* la cual era transmisible activamente, pero no contra sus herederos.

DÉCIMA UNIDAD
DERECHO SUCESORIO

Cuadro resumen

- 1. Conceptos generales
  - a) Sucesión
  - b) Sucesión *mortis causa*
    - i. Concepto
    - ii. *Hereditas*
    - iii. *Bonorum possessio*
    - iv. Tipos de herederos
      - Herederos necesarios
      - Herederos voluntarios
    - v. Supuestos de la sucesión hereditaria
    - vi. Fases de la sucesión hereditaria
      - *Delatio*
      - *Aditio*
    - vii. Capacidad para heredar
    - viii. Capacidad para ser nombrado heredero
    - ix. Protección jurídica del heredero
    - x. Herencia no adquirida
    - xi. Situación del heredero después de adquirida la herencia

- 2. Sucesión legítima
  - a) Concepto
  - b) Apertura herencia *ab intestato*
  - c) Evolución histórica
    - i. Ley de las XII Tablas
    - ii. Derecho honorario
    - iii. Época imperial
    - iv. Derecho justinianeo
- 3. Sucesión testamentaria. El testamento
  - a) Concepto
  - b) Características
  - c) Clases
    - i. Derecho civil
      - *Calatis comitis*
      - *In procinctu*
      - *Per aes et libram*
    - ii. Derecho honorario
      - *Bonorum possessio secundum tabulas*
    - iii. Derecho posclásico
      - *Tripertitum*
      - *Oral o nuncupativo*
      - *Apud acta conditum*
      - *Principe oblatum*
      - *Militar*
    - iv. Derecho justinianeo
      - Del campo
      - Del ciego
      - En época de peste
      - Del padre en favor de los hijos
      - A favor de la Iglesia o de la pía causa.
      - Militar
  - d) Institución heredero testamentario
  - e) Sustituciones hereditarias
  - f) Legados
  - g) Fideicomisos
  - h) Modalidades en los testamentos
  - i) Codicilos
  - j) Apertura del testamento
  - k) Adquisición de la herencia
  - l) Revocación del testamento
- 4. Vía inoficiosa

1. Conceptos generales

a) Sucesión

En su sentido amplio significa traspaso de derechos (*successio*). Es la adquisición por una persona de los bienes enajenados o abandonados por otra; aquella adquirente sucede a este (enajenante o causante).

La distinción entre sucesión a título universal y sucesión a título particular se refiera a la adquisición del conjunto o totalidad de derechos correspondientes a una persona, de su patrimonio como un bloque, o del traspaso de derechos singulares, determinados y separados. Tal fenómeno jurídico de traspaso puede ser debido al fallecimiento del *de cuius* (abreviación de la expresión *is de cuius hereditate agitur*: aquel de cuya herencia se demanda) o verificarse por diversos modos y causas, viviendo éste, en el primer caso de habla de la sucesión *mortis causa*, y en el segundo, de la sucesión *inter vivos*, pudiendo existir las siguientes clasificaciones:

Los dos términos de cada una de las clasificaciones se combinan en el Derecho romano:

i. Sucesión universal *inter vivos* como la *conventio in manum,* la *adrogati*o;
ii. Sucesión particular *inter vivos* como la enajenación de cosas o de derechos concretos por *mancipatio, traditio,* etc.
iii. Sucesión universal *mortis causa* se refiera al conjunto del patrimonio y de relaciones jurídicas de una persona, esto es, la herencia.
iv. Sucesión particular *mortis causa*, la adquisición de una parte del patrimonio a través de un legado.

b) Sucesión *mortis causa*

i. Concepto

También llamada *successio in ius* o *in locum*. El Derecho clásico lo denominó *successio in universum ius* o *successio per universitatem* en el lenguaje de los compiladores, se da cuando a la muerte del causante de la herencia (denominado con las palabras: *de cuius, defunctus* o *testator*), otra persona asume la totalidad de las relaciones jurídicas del difunto, el heredero (*heres*), con excepción de algunas consideradas absolutamente intransmisibles.

ii. Hereditas

Para el Derecho romano la herencia (*hereditas*) hace referencia a la institución hereditaria conforme al *ius civile*, por tanto, el heredero (*heres*) es el sucesor por causa de muerte. El cau-

sante de la herencia es el *de cuius* (*is de cuius hereditate quaeritur*: de aquel de que se trata la herencia. Inst. 3.2.6).

- El fenómeno de la sucesión está ligado al título del heredero (*heres*), la designación del cual se verifica por voluntad del causante (sucesión testamentaria), en su defecto por ley (sucesión legítima). Para el Derecho romano ambas formas de designación son incompatibles: los *heredes* los son por testamento, o por la ley, pero solo si falta el testamento o el mismo es inoficioso entonces la ley designa como herederos en base a relaciones agnaticias, gentilicias o de parentela. Por tanto, no se puede ser heredero en parte por testamento y en parte por ley (*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*).
- La herencia (*hereditas*) se configura como el conjunto de relaciones jurídicas y patrimoniales de la familia. En este sentido, el heredero (*heres*) sucede los derechos del causante, pero también las obligaciones y cargas, el pasivo del patrimonio de éste (herencia damnosa).
- Sin embargo, la propia ley señala derechos que se extinguen a la muerte de su titular y no pueden pasar a otros sujetos. Los derechos que se extinguían a la muerte de su titular y, por ende, no podían pasar a otros sujetos entre ellos, los estrictamente personales (los derivados de la condición de marido, tutor, hijo, etc.); también quedan excluidos de la herencia algunas relaciones patrimoniales (usufructo, uso, habitación, mandato, sociedad, *locatio operarum* y *operis,* etc.) o los privilegios personales, como el *beneficium competentiae.*
- El cumplimiento de las obligaciones del difunto pesan sobre el heredero. Durante el Derecho preclásico el heredero responde con su patrimonio propio, más allá de las posibilidades de la herencia (*ultra vires hereditatis*).
- Las relaciones jurídicas de las que era titular el *de cuius* pasan al *heres* con las mismas características que en aquél presentaban. Por ejemplo: los efectos de la usucapión de buena o mala fe.

iii. Bonorum possessio

Además de la herencia establecida por el *ius civile*, el pretor concedió otro tipo de sucesión llamada *bonorum possessio* (posesión de los bienes hereditarios) y su sucesor se llamó *bonorum possessor.*

El objeto de esta sucesión era confirmar el derecho civil en materia de sucesión hereditaria, suplir las lagunas del derecho civil, sobre todo, la establecida en la Ley de las XII Tablas y enmendar al derecho civil considerando el principio de la equidad los bienes hereditarios a más personas que las instituidas en testamento.

La *bonorum possessio* es voluntaria, por lo que debe ser solicitada por el interesado o su mandatario. Se solicita a través de una *agnitio bonorum possessionis* dentro de los 100 días conta-

dos desde la delación de la herencia. Los ascendientes y descendientes del de *cuius* tenían un año para solicitar la agnitio.

Puede ser deferida por testamento o *ab intestato*. A diferencia del heres, el *bonorum possessor* es un poseedor civil protegida con interdictos y con la *actio Publiciana*. La propiedad civil la obtendrá por usucapión. Para pedir la restitución de los bienes cuenta con el *intedictum quorum bonorum*. En el Derecho justinianeo la diferencia entre la *hereditas* y la *bonorum possessio* desaparece.

iv. Tipos de herederos

Herederos necesarios

Son aquellos herederos que adquieren la herencia aun en contra de su voluntad.

Los herederos necesarios son: 1º los que se convierten en *sui iuris* a la muerte del causante (*heredes sui*). 2º los esclavos del causante manumitidos e instituidos herederos en su testamento. No pueden repudiar la herencia, suceden necesariamente (*velint nolint*).

Herederos voluntarios

Son aquellos que no se incorporan a la categoría de los herederos necesarios y de los herederos *ab intestato* que suceden en defecto del *heredes sui.*

Deben adir o aceptar la herencia para adquirirla de forma expresa o tácita.

v. Supuestos de la sucesión hereditaria

Para que suceda el fenómeno de la sucesión *mortis causa* se requiere que existan dos supuestos:

a. La muerte de una persona, el causante (*de cuius*) capaz de tener un heredero.
b. Existencia de otra persona capaz de ser heredero y ser designado como tal por testamento o por reconocimiento de la ley.

vi. Fases de la sucesión hereditaria

Delatio

Es la llamada a heredar (*delatio*) y puede ser de dos formas, según por quién y cómo se haga la designación del heredero:

- Testamentaria: La hace el causante en el negocio jurídico unilateral, que es el testamento, el cual inicia sus efectos jurídicos en el momento en que acontece la muerte del testador; si la institución está sometida a condición, en el momento en que ésta se cumple (D. 29.2.13. pr.).
- En la sucesión intestada, la delación se verifica en el momento de la muerte de quien va a ser heredado; si la sucesión intestada tiene lugar, en cambio, porque el testamento es ineficaz, la delación se actualiza en el momento en que se comprueba la ineficacia del testamento.

Aditio

Consiste en la manifestación de voluntad del designado de adquirir la herencia *(aditio hereditatis:* de *ad-ire,* esto es, ir hacia la herencia).

Los herederos necesarios adquieren la herencia *ipso iure,* mientras que los herederos extraños, requieren que se produzca la adición de la herencia.

Para aceptar la herencia se deben cumplir ciertos requisitos:

- Debe ser un acto personal del heredero. Si se instituye heredero a un esclavo o un *filius familias*, la aceptación debía ser hecha por ellos, pero el único heredero será el *dominus* o el *pater*. El impúber puede aceptar la herencia previa *auctoritas* del tutor o del curador si se trata de un varón menor de 25 años.
- No pueden aceptar la herencia los *infans* y los *furiosi*. Teodosio II y Valentiniano III permiten que el padre y el tutor acepten la herencia en nombre de sus infantes.
- La aceptación debe ser total de las cuotas asignadas. Además, debe ser pura y simple, no sujetarla a término o condición, bajo el principio de una vez heredero, siempre heredero (*semel heres, semper heres*) (D. 50.17.77).
- La aceptación de la herencia debe ser irrevocable. Para repudiarla no existe forma solemne alguna, mientras no deje lugar a dudas del rechazo.
- La decisión de aceptar la herencia no se sucede a sus herederos. Pero si el heredero es extraño y no aceptara la herencia por causas ajenas a su voluntad, el pretor les concede a sus herederos la *bonorum possessio*. Teodosio y Valentiniano concede al *pater* el derecho de aceptar la herencia de un *infans* cuando este falleció antes de haberla aceptado.
- Justiniano reconoce la posibilidad que todo heredero pueda aceptar la herencia con el beneficio de inventario, en donde las deudas hereditarias solo se atendían hasta donde alcanzara la herencia excluyendo los bienes propios del heredero. Además, deroga el principio de la intrasmisibilidad del heredero, señalando que a la muerte del heredero, sin haber aceptado o repudiado la herencia, podían ejercer el derecho los sucesores del heredero fallecido.

vii. Capacidad para heredar (testamenti factio activa)

Es la capacidad de tener herederos.

Para el caso de la herencia testamentaria se entiende como la capacidad de hacer testamento. Tienen la capacidad de nombrar herederos y disponer de sus bienes mediante testamento, el ciudadano romano *sui iuris* y que tenía la capacidad de obrar.

Por ende, eran incapaces de hacer válidamente un testamento romano los extranjeros, los *filius familias,* los impúberes *sui iuris,* los dementes (excepto durante los intervalos de lucidez) y los pródigos.

Para que el testamento otorgado por el *ius civile* fuera válido se requería que el testador tuviera la capacidad en el momento de la confección del testamento y que durara ininterrumpidamente hasta la muerte del mismo.

El *ius honorarium* concedió la *bonorum possessio* a los herederos testamentarios a condición de que el testador hubiera tenido la *testamentio facti* en el momento de la confección del testamento y en el momento de la muerte, con independencia de haberlo perdido en el intervalo.

Justiniano permitió que se perdiera la capacidad siempre que se hubiera adquirido otra vez la *testamentio facti* en el momento de realizar el testamento.

viii. Capacidad para ser nombrado heredero (testamenti factio passiva)

Es la capacidad de ser nombrado heredero.

- En la herencia testamentaria es la capacidad de ser nombrado heredero en un testamento.
- Para la herencia legítima es la capacidad de ser llamados como herederos, o como *bonorum possessor,* de los bienes del causante. Solo determinadas personas que gozan de ciertos vínculos podrá ser nombrado heredero por sucesión legítima.

ix. Protección jurídica del heredero

Para reclamar sus derechos, el heredero gozaba de las siguientes medidas procesales:

- *Actio Petitio Hereditatis*: Acción que podía interponer contra aquel que niegue la calidad de heredero a fin de que sea declarado heredero y le sea atribuida la herencia. La acción la puede iniciar el heredero testamentario o *ab intestato*, debiendo probar su calidad. En caso de varios herederos, el pretor otorga la fórmula solo por parte de su herencia (*si pars hereditatis petatur*).

- *Interdictum Quorum Bonorum*: Concedido por el pretor para proteger la *bonorum possessio*. Podía pedir restituir las cosas heredadas que le correspondían y que detentaban otros o por quienes habían intentado poseer de forma dolosa a excepción de las cosas que ya habían sido usucapidas.
- Acción de partición de la herencia. En caso de existir varios herederos, en principio la herencia permanecerá indivisa hasta que no se ejerza judicialmente la partición por medio de la *actio familiae erciscundae* a través de la cual, el juez determinaría la parte que le correspondía a cada heredero.
- *Actio Reivindicatio*: Obtener la posesión de los bienes cuando el *de cuius* hubiere tenido la propiedad quiritaria de los bienes.
- *Actio Publiciana*: Obtener los objetos de los cuales el *de cuius* hubiere tenido la propiedad bonitaria.

x. Situación del heredero después de adquirida la herencia

Una vez aceptada la herencia, el heredero sustituye al causante, generando las siguientes consecuencias:

- Los créditos pasan a favor del heredero y se convierten en una sola masa patrimonial, extinguiéndose algunos derechos personales (mandato, sociedad) o derechos reales (usufructo, uso, habitación). Las situaciones de hecho. En caso de existir dos o más herederos, la herencia sigue en comunidad en tanto no se divida de forma voluntaria o a través del ejercicio de la *actio familiae erciscundae*.
- Las deudas de la herencia son adquiridos por el heredero y responde aún con sus propios bienes (*ultra vires hereditatis*). En caso de varios herederos, la obligación por deudas corresponde a todos.
- Para evitar esta situación, el heredero podía recurrir al *beneficium abstinendi*. En caso de no existir *bonorum possessor* que pida la herencia, los acreedores debían solicitar la *venditio bonorum* contra los bienes hereditarios.
- Los esclavos manumitidos por testamento podían solicitar la *separatio bonorum* de los bienes heredados respecto de los propios.
- Los herederos extraños para evitar las deudas podían repudiar la herencia o limitar la responsabilidad.
- Una vez aceptada la herencia, el acto era irrevocable. Al formarse una sola masa patrimonial, podía suceder dos cosas. Que el heredero contara con un patrimonio cargado de deudas o que la herencia tuviera más deudas que créditos (*haereditas damnosa*), para lo cual se establecieron dos beneficios:
    - Beneficio de separación de patrimonio (*beneficium separationis bonorum*). El pretor concedió a los acreedores del *de cuius* separar la herencia adquirida, del patrimonio del heredero, pudiendo ejecutar sus créditos con el excedente de la herencia. Tenían cinco años para ejercer este beneficio siempre que no se hubieran confundido los patrimonios.

- Beneficio de inventario (*beneficium inventarii*). Por una Constitución del 531 d.C., Justiniano otorgó este beneficio a todos los herederos a través del cual, en caso de existir una herencia dañosa, el heredero no quedaba obligado a pagar a los acreedores del *de cuius* más allá del monto de los bienes heredados, lo que conllevaba el principio de hasta el monto de los bienes hereditarios (*intra vires hereditatis*). El heredero gozaba de 30 días para realizar el inventario ante un escribano; el inventario debía realizarse dentro del término de 60 días pudiendo excederse a un año, si los bienes estuvieran en lugares diversos. El inventario debía realizarse en presencia de los acreedores, legatarios y fideicomisarios y debía firmar declarando que no había tomado bienes alguno de la herencia; en caso contrario, debía pagar el duplo de lo debido. Posteriormente tenía que vender los bienes para pagar a los acreedores hipotecarios primero y después a los quirografarios y a los legatarios, el sobrante era para el heredero. Podía suceder que el heredero no hiciera inventario, la herencia quedaba en la situación anterior y el heredero debía cubrir las deudas con su propio patrimonio.

xi. Herencia no adquirida

La herencia yacente es aquella que aún no tiene heredero, pero espera tenerlo. Los casos más comunes son la de los herederos extraños que tienen un plazo entre la delación de la herencia y su aceptación; cuando el heredero necesario se instituyó a través de una condición suspensiva o tratándose de un heredero póstumo hasta que se produzca su nacimiento

Por su parte, la herencia vacante es aquella que no ha sido aceptada, en donde la herencia no tiene heredero, ni espera tenerlo.

El Derecho posclásico consideró a la herencia como una persona jurídica; Justiniano acepta esta idea, por cuanto el heredero no sucede directamente al causante, sino que lo hace como intermediario de la herencia yacente considerada como persona.

2. Sucesión legítima

a) Concepto

La llamada a heredar (*delatio*) no siempre es designada por el causante de la sucesión. Para los casos en que tal institución por voluntad expresa del *de cuius* no se realizó y aun existiendo testamento, este careciera de eficacia, la ley dispone a las personas que adquirirán la herencia. En este caso, la sucesión se denomina legítima o *ab intestato*

Para el Derecho romano, los casos en los que opera la sucesión legítima son:

i. Cuando el *de cuius* no había hecho testamento.
ii. Cuando el testamento era nulo.
iii. Cuando se había invalidado con posterioridad a su confección.
iv. Cuando el heredero testamentario no había podido aceptar la herencia (incapacidad, incumplimiento de la condición, etc.) o no había querido aceptarla.

b) Apertura de la sucesión *ab intestato*

El momento en que el heredero *ab intestato* es llamado a heredar no coincide con el de la muerte del causante.

La delación intestada surge hasta que se tiene la seguridad que el testamento es inexistente o inoficioso, por ejemplo, que el heredero testamentario repudie la herencia, o que, habiendo sido instituido bajo condición, ésta no se cumpliera.

En términos generales, el criterio para determinar a las personas que han de ser herederos *ab intestato* es el de la cercanía del parentesco con el *de cuius*. Se establece entre los parientes dando preferencia a unos grupos sobre otros. A su vez, dentro de cada grupo, se toman en cuenta a los parientes más cercanos, excluyendo al resto.

El criterio de elección de herederos *ab intestato* varió de acuerdo a la propia evolución de la familia romana

c) Evolución histórica

i. Ley de las XII Tablas

La Ley de las XII Tablas establece que "si muere intestado quien no tiene un heredero suyo, tenga la herencia el agnado más próximo. Si no hay agnado, tenga la herencia los gentiles" (*si*

intestato moritur, cui suus heres nec escti, adgnatus proximus familiam habeto, si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento). De lo anterior se desprende que el criterio utilizado en el Derecho preclásico es un reflejo de la concepción familiar agnaticia basada en el poder que ejerce el *pater familias* sobre los miembros de su familia. Se establecen tres categorías de herederos *ab intestato*, con esta preferencia:

1. *Heredes sui.* Eran aquellos parientes que al morir el *de cuius* se convertían en *sui iuris*. Están incluidos en esta categoría.
    - Concebidos y no nacidos (*nasciturus*).
    - Hijos no emancipados.
    - Hijas no casadas *cum manu.*
    - Hijos adoptivos no emancipados.
    - Descendientes de sus *filius familias* cuando éstos habían sido emancipados o premuertos.

    En este primer grupo, la sucesión puede ser por cabeza (*per capita*) o por estirpe (*per stirpes*). Por cabeza la herencia se reparte en cuotas alícuotas entre los *sui heredes* y heredan por derecho propio. La herencia se reparte por estirpe cuando varios *sui heredes* reciben en conjunto la porción correspondiente a otro *suus heres*, descendiente y más próximo en grado de parentesco al *de cuius*, cuando aquel no pudo heredar por haber sido emancipado o por causa de premoriencia; estos heredan por derecho de representación.
2. Agnados más próximos: La determinación del *heres* se efectuaba en base al grado de parentesco existente con el *de cuius*, sin distinción de sexo. Son siempre herederos necesarios. El llamamiento se hace únicamente a los agnados más próximos y heredan por cabeza, por lo que ya no son llamados a heredar los agnados de grado ulterior. El llamamiento es único, en caso de repudiación de la herencia, no heredan los agnados de grado ulterior. Si varios agnados tenían el mismo grado de parentesco con el *de cuius* todos eran llamados conjuntamente a la herencia como coherederos.

    En esta categoría no entran los ascendientes del causante, en caso de vivir su padre o abuelo, éstos no son llamados por no existir lazos agnaticios con ellos.

    No se permitió la sucesión de los hijos a las madres, a menos que la mujer estuviera casada *cum manu* con su padre y, por tanto, fuera considerada hija legítima del marido y hermana de los hijos de éste (*loco filiae*).

    La agnación femenina solo fue permitida con la *lex Voconia* del 169 a.C. en donde las hermanas del causante podían heredar y no a otras agnadas (tías, sobrinas, primas, etc.)

    No se daba lugar a la sucesión por grados, ni por estirpe; si los parientes que resultaron ser los más cercanos a la muerte del causante no efectuaban la *aditio* o perdían la capacidad de hacerla, o morían, no heredaban los parientes de grado inmediato inferior, sino que la delación de la herencia se hacía a los gentiles.

3. *Gens*: A falta de agnados o en el caso que los agnados llamados no quisieran o no pudieran adir la herencia, eran llamados los gentiles, es decir, aquellos que pertenecen a la misma *gens* del *de cuius*. En el Derecho clásico este llamamiento desapareció junto con la propia organización gentilicia.

ii. Derecho honorario

El sistema sucesorio contemplado en la Ley de las XII Tablas era un reflejo de la sociedad romana del siglo V, por lo que muy pronto quedó patente que no respondía a las nuevas exigencias de la vida económica y a la conciencia de los romanos. Era necesario establecer un sistema de sucesión legítima tomando en cuenta el parentesco cognaticio y el matrimonio *sine manu*. Sin embargo, el heredero civil predominaría frente a la sucesión concedida por el pretor.
El pretor no podía atribuir el título de heredero a quienes no contemplaba la legislación decenviral, por lo que a través del derecho honorario concedió la *bonorum possessio* del conjunto de bienes corporales e incorporales pertenecientes al *de cuius*, considerados como una única *res*, asegurándoles la defensa judicial con acciones ficticias y con el *interdictum quorum bonorum* durante el tiempo necesario para usucapir, de modo que los *bonorum possessors* pasarán a ser titulares de los derechos del *de cuius*.

La *bonorum possessio* debía ser solicitada por los interesados en un plazo de cien días desde el momento de la muerte del causante, solo los ascendientes y descendientes podían solicitar al pretor la concesión de la posesión en el plazo de un año.

En la concesión de la *bonorum possessio,* el magistrado seguía un cierto orden, los pertenecientes a la primera clase eran preferidos a todos los demás, a falta de ellos o porque no la habían pedido dentro del plazo, entraba la segunda clase y así sucesivamente.

Los cuatro llamamientos son entre sí sucesivos, subsidiarios y sustitutivos, de manera que no se pasa al siguiente orden sin haber agotado todos los grados internos del precedente.

1. 1º *Unde liberi:* Incluye todos los descendientes (*liberi*) tanto los *alieni iuris* como los emancipados, aún los póstumos (D. 38.6), de acuerdo al siguiente llamamiento:
    i. Hijos no emancipados.
    ii. Hijas no casadas *cum manu.*
    iii. Hijos adoptivos no emancipados.
    iv. Descendientes de sus *filius familias* cuando éstos habían sido emancipados o muertos antes que él.
    v. Hijos dados en adopción que fueron emancipados por el padre adoptivo.
    vi. Hijos póstumos.
2. *Unde legitimi:* Incluye a los parientes por consanguineidad en línea recta masculina hasta el 7º grado (agnados) (D. 38.7).

Teóricamente comprende todos los que pueden recibir la herencia de acuerdo con el Derecho civil. Sin embargo, los *heredes sui* ya estaban en el orden de los *liberi*. Además, el privilegio de los gentiles ya había desaparecido desde comienzos de la época imperial. La *bonorum possessio* era concedida *sine re*, por lo que los herederos civiles (*suus heres* o los agnados) podían reclamar la herencia (Gayo, 3.37).

3. *Unde Cognati:* Parientes por consanguineidad en línea colateral masculina o femenina hasta el 6º grado pudiéndose computar también el 7º grado para los hijos de los nietos del tío (D. 38.8). El cognado de grado más próximo excluía a los otros, en caso de no solicitar al pretor la concesión de la *bonorum possessio* en el plazo establecido, les concedía la posesión a los cognados del grado siguiente. Si había varios cognados del mismo grado la *bonorum possessio* se concedía por cabeza. La *bonorum possessio* se concede *sine re,* ya que los herederos legítimos podían reclamar su herencia.
4. *Unde vir et uxor* (viudo-a)*:* En caso de matrimonio (*iustum matrimonium*) se concedía al cónyuge supérstite (D. 38.11.1).

iii. Derecho imperial

En el Derecho clásico y posclásico se introdujeron reformas a la sucesión intestada del Derecho civil con el fin de adecuarlo no solo a los principios del Derecho honorario, sino sobre todo, a fin de llenar lagunas muy graves, entre ellas, la insuficiencia de valoración de la cognación en cuanto fundamento del fenómeno sucesorio *ab intestato*.

En el siglo II se expidió el Senadoconsulto Tertuliano expedido en la época de Adriano (Inst. 3.3.1-2) en el que se estableció que la madre casada *sine manu* podía heredar *ab intestato* a sus hijos, siempre y cuando tuviera el *ius liberorum* (la madre ingenua con tres hijos y la liberta con cuatro). Para que operara este llamamiento era necesario que el hijo no tuviera hermanos agnados varones. En este caso la madre debía concurrir con sus hijas, hermanas del causante, prevaleciendo sobre los agnados del hijo; de lo contrario, la madre sería considerada una cognada a efectos de la sucesión hereditaria.

En el año 178 d.C. se expide el Senadoconsulto Orfiniano, siendo cónsules Orfito y Rufo, por iniciativa de Marco Aurelio y Cómodo, estableciendo que la herencia de la madre casada *sine manu* correspondía a sus hijos, excluyendo a los parientes consanguíneos y a los otros agnados (Inst. 3.4. pr.). Ambas normas debían aplicarse tanto en la sucesión legítima civil como en la *bonorum possessio*.

iv. Derecho justinianeo

Para Justiniano el único fundamento de la sucesión intestada fue la cognación. La reforma total, necesaria desde el desuso de la agnación, se lleva a cabo con la expedición de dos Cons-

tituciones imperiales recogidas en las Novelas 118 (543 d.C.) y 127 (547 d.C.), que colocan como fundamento único de la sucesión intestada el parentesco natural, esto es, la cognación. Además de la cognación en su máxima valoración, caracteriza la reforma sucesoria la fusión del dualismo, quedando a partir de ese momento la *hereditas*.

No existe ya discriminación sexual y rige plenamente la sucesión entre órdenes y grados, bajo el principio que "el amor primero desciende, después asciende y por último se extiende" (*Descendens omnis succedit in ordine primo: Ascendes propior, germanus, filius eius. Tunc latere ex uno frater, quoque filius eius; denique proximior reliquorum quisque superstes*) (Novela 118). Principio que se desarrolló en el siguiente llamamiento sucesorio:

1. Descendientes por derecho propio o por derecho de representación.
    i. Hijos emancipados o no.
    ii. Hijas.
    iii. Los descendientes de éstos.
    iv. La herencia se reparte por estirpes y dentro de cada grado por cabeza.
2. Ascendientes y hermanos de doble vínculo (*germani*). Los ascendientes más cercanos excluyen al más lejano, por tanto, la madre del *de cuius* excluye a los abuelos paternos. Los hijos de un hermano muerto del causante reciben juntos la porción de su padre.
3. Hermanos de vínculo sencillo (medios hermanos). Se reconoce el derecho de representación a favor de los hijos de hermanos. Los hermanos de la madre son *uterini* y los del padre *consanguinei*.
4. Parientes colaterales. Se rigen bajo el principio de la proximidad de grado. El límite de parentesco es hasta el sexto grado o el séptimo grado si el causante y el que puede heredar tienen el mismo bisabuelo.
5. Cónyuge supérstite.
6. Faltando herederos, según el Derecho imperial pueden ser llamadas ciertas corporaciones para obtener la herencia *ab intestato*, entre ellas:
    - La curia en la sucesión de los decuriones (Constitución de Teodosio II y Valentiniano III en el 429 d.C.). (Código 6.62.4).
    - La legión y el cuerpo de caballería (*vexillatio*) en la sucesión de sus legionarios o caballeros (Código 6.62.2).
    - Las Iglesias en la sucesión de los clérigos que estaban en ella (Constitución de Teodosio II y Valentiniano III en el 434 d.C.) (Código 1.3.20).
    - A falta de herederos la sucesión legítima pasaba a manos del fisco (Constitución de Honorio y Teodosio en 421 d.C.).

3. Sucesión testamentaria.

a) Concepto

Según la historiografía romanística, la sucesión testamentaria surgió posteriormente a la legítima. Tiene prevalencia sobre la legítima y para el Derecho romano es incompatible con la testamentaria bajo el principio que nadie puede estar en parte testada y en parte intestada (*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*), siendo la única excepción a este principio el testamento militar (D. 29.1.6).

Etimológicamente *testamentum* se deriva de los vocablos *testare* (declaración oral o escrita que prueba, demuestra o testimonia algo) y *testatio mentis* (testimonio de la voluntad de alguien).

El testamento es un negocio jurídico unilateral solemne, esencialmente revocable, por el que una sola persona, el testador, instituye heredero o herederos a una o más personas, disponiendo de su patrimonio para después de su muerte. Modestino define el testamento como la justa expresión de nuestra voluntad respecto a lo que cada cual quiere que se haga después de su muerte (*testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit* D. 28.1.1).

Gayo menciona que la institución de heredero (*heredis institutionem*) es la cabeza y fundamento de todo testamento (*caput et fundamentum testamenti*. Inst. 2.229). En este sentido, Ulpiano señala que el que testa debe comenzar ordinariamente el testamento con la institución del heredero (D. 28.5.1) y más adelante establece que se podrá testar con tres palabras: sea heredero Lucio (*Lucius heres esto.* D. 28.5.1.3).

Además de la institución del heredero, el testamento puede contener otras disposiciones de última voluntad como manumisiones, daciones en pago, legados, fideicomisos, nombramientos de tutor o curador, emancipaciones, etc.

Para el Derecho romano rigen dos principios en materia de testamentos:

- Libertad de testar: en un principio el testador podía heredar con plena libertad, con el tiempo fue necesario limitar esta libertad. Así por ejemplo, la expedición de la *Lex Fufia Caninia* (2 d.C) limitó las manumisiones por testamento estableciendo cupos máximos de esclavos a quienes se les podía otorgar la libertad.
- *Favor testamenti*: se debe de intentar salvaguardar la validez del testamento para evitar la apertura de la sucesión legítima, toda vez que para los romanos tenía un significado religioso y moral, era una afrenta pública morir sin testamento.

b) Características

i. Negocio jurídico: se trata de un hecho humano voluntario encaminado a crear, transferir, modificar o extinguir derechos patrimoniales después de la muerte del *de cuius*.
ii. Solemne: la voluntad se debe manifestar de acuerdo con las formas previstas por la ley. Si bien las formalidades que se debían cubrir cambiaron en cada época, era necesario que el testamento se realizara según la ley.
iii. Declaración unilateral de voluntad: basta la voluntad de una sola persona, el testador, para que sea válido el testamento. No podían varias personas otorgar conjuntamente un testamento.
iv. Revocable: el testador puede variar su voluntad y por ende el contenido del testamento hasta el último momento de su vida (*ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum* D. 34.4.4). El principio romano es que un testamento válido posterior revoca a los anteriores.
v. Personalísimo: El testador no puede emitir su voluntad por intermediario, ni representante alguno.
vi. Instituir a un heredero: Es indispensable para la existencia del testamento el nombramiento de al menos un heredero. Sin embargo, la validez del testamento no está condicionado a la aceptación por parte del heredero.
vii. De contenido patrimonial: En el Derecho clásico la sucesión había dejado de ser la continuación de la eterna personalidad del *de cuius*, se separaron los elementos extrapatrimoniales (religiosos, políticos, familiares) de los patrimoniales, a partir de entonces fue lo único que integró la *hereditas,* objeto exclusivo de la sucesión.
viii. *Mortis causa*: La eficacia del testamento está sujeto a la muerte del testador.

c) Clases de testamentos

i. Según el derecho preclásico

Calatis comitis

Celebrado por un ciudadano romano ante los comicios curias (*calatis*) presididos por un *pontifex*. Se realizaba en forma oral dos veces al año (24 marzo y 24 mayo).

Varias fueron las razones por las que este testamento cayó pronto en desuso, entre ellas, por ser público, celebrarse solo dos veces al año y por la decadencia de los comicios por curias. Con el tiempo esta forma originaria fue desapareciendo y los comicios fueron sustituidos por treinta lictores que representaban a las curias.

A partir del siglo II a.C., esta forma testamentaria cayó en desuso.

In procinctu

Es un testamento que celebran los militares en vista de una inminente batalla (*cum belli causa*). Se pronunciaba en forma oral ante los compañeros de armas para que ellos los transmitieran en caso de muerte del testador

Cayó en desuso a partir del siglo II a.C.

Per aes et libram

Denominado así porque se utilizaba la *mancipatio* para su celebración. El testador después de escribir en unas tablillas el testamento (*tabulae*) y hallándose presentes cinco testigos, todos ciudadanos romanos púberes y un portador de la balanza (*libripens*) celebra la venta (*mancipat*) de su familia por mera formalidad jurídica, en cuyo acto pronuncia el comprador (*familiae emptor*) las siguientes palabras: "Yo me encargo y tomo bajo mi tutela y salvaguardia tu familia y tu dinero, y a fin de que por este medio puedas hacer testamento conforme a las leyes, sea comprada para mí por esta moneda, a lo cual añade algunos y toca enseguida la balanza con la moneda y la da al testador como precio de su patrimonio". Entonces el testador dice teniendo en la mano las tablas que contienen el testamento: "Yo doy lego, testo, tal como está escrito en estas tablas y en esta cera; y por lo tanto romanos, dadme testimonio de ello" (Gayo, 2.104).

Sin embargo, este testamento por ser oral y ser un acto bilateral que no permitía la revocación, cayó pronto en desuso.

ii. Derecho honorario

Bonorum possessio secundum tabulas

El pretor otorga la *bonorum possessio* a quien aparezca como heredero en un testamento cuyas tablas mantuvieran los sellos de siete testigos que fueran abiertas ante él, haciendo, por tanto, una simplificación del testamento *per aes et libram* (los cinco testigos, el *libripens* y el *familiae emptor*). Si no se presenta ningún heredero legítimo (hermano nacido del mismo padre, un tío paterno o el hijo de un hermano) los herederos inscritos podían conservar la *bonorum possessio*. Lo mismo sucede si el testamento no es válido por cualquier otra causa (porque no se haya hecho la venta de la familia o el testador no haya pronunciado las palabras de la *mancipatio*) (Gayo, 2.119).

Por un rescripto de Antonino Pío los que habían recibido la *bonorum possessio* en un testamento pretoriano cuentan con una *exceptio doli* contra los herederos legítimos que reclamen la herencia *ab intestato* (Gayo, 2.120).

iii. Según el derecho posclásico

Tripertitum

Teodosio II y Valentiniano III en el 439 d.C. ordenaron la forma en que se debía realizar un testamento civil. Establecieron que el testador tenía que presentar las tablas del testamento abiertas haciendo conocer su contenido a los testigos o cerradas con un hilo o una cinta, ante siete testigos púberes, quienes debían sellar las tablas y firmarlas *(subscriptiones).* El testador debía firmar en la parte restante de las tablillas. Todo ello debía suceder en un mismo y único acto (Código 6.23.21).

En época de Justiniano este testamento fue conocido como *testamentum tripertitum* (Inst. 2.10.3), ya que en él se reunían tres requisitos 1) Del derecho civil respecto de la unidad del acto en el que el testador presenta el testamento a los testigos; 2) Del derecho honorario en cuanto al número de los siete testigos y sus sellos; y, 3) Del derecho imperial en lo relativo a las firmas de los testigos y del propio testador. Además, consta de tres partes:

- Texto: Prescripción de última voluntad.
- *Subscriptio*: Declaración expresa de los 7 testigos
- *Obsignatio*: Sellos de los testigos en la parte exterior del documento.

Ológrafo

Teodosio II y Valentiniano III en el 442 d.C. permitieron que el testamento fuera escrito y suscrito de mano del testador y sin presencia de testigos.

Apud acta conditum

Se hacía ante la autoridad judicial o municipal, quien levantaba acta de las manifestaciones y palabras del testador.

Principe oblatum

El testamento se entregaba por escrito para ser registrado y custodiado en los archivos imperiales.

Militar

Señala Ulpiano que desde épocas de Julio César se permitió a los soldados la libre facultad de hacer testamento sin cumplir estrictamente con las formalidades establecidas en la legislación con el fin de estimular a las milicias. Posteriormente, Trajano permite que los soldados hagan sus testamentos del modo que quieran o de la manera que pudieran, baste para hacer la división de sus bienes la nuda voluntad del testador (D. 29.1.1.)

Podían realizar este testamento los soldados y marinos durante la duración del servicio militar (D. 29.1.49). En el 529 d.C., Justiniano limitó este derecho a aquellos que estaban en efectiva expedición militar (Código 6.21.17).

El testamento militar era válido un año después de haber sido licenciados por causa honesta, caducaba cuando se daba bajo causas de afrenta pública.

Se permitió testar ante un compañero de armas, escribiendo con sangre su escudo o escribiendo con la punta de su lanza en la arena (Código 6.21.15). Sin embargo, el testador debía dejar en términos claros y precisos la institución del heredero (Inst. 2.11.1).

Este testamento no solo era especial en cuanto a su forma, sino que a partir del Principado se permitió incumplir en su favor algunos de los principios que regían en la sucesión testamentaria ordinaria, entre ellos:

i. Se permite una amplia libertad formal, pudiendo testar como quisieran y pudieran, con tal que resultase que habían querido expresar su última voluntad.
ii. Se rompía el principio de la incompatibilidad de la vía testamentaria con la vía legítima.
iii. Algunas incapacidades para recibir por testamento no regían respecto a este testamento. Se podía heredar a aquellos que carecieran de la *testamentio facti passiva* como los extranjeros o a los *latini iuiniani*
iv. Era posible agotar el testamento en legados, evitando con ello la Cuarta Falcidia (obligación del testador de dejar a sus herederos una cuarta parte de lo que les hubiera correspondido *ab intestato*).
v. El testamento militar no derogaba al anterior, sino solamente en todo aquello que no sea compatible con el anterior, pudiéndose en consecuencia ordenarse la sucesión de un militar con arreglo a varios testamentos.
vi. Podían instituir herederos bajo condición resolutoria o término.
vii. El militar podía desheredar a los *heredes suus* o preterir tácitamente a sus hijos y nietos (Inst. 2.13.6).

iv. Según el derecho justinianeo

Del campo

Se requiere la presencia de cinco testigos y permitió que en lugar de los analfabetos, firmasen otros testigos letrados.

Del ciego

Requiere además de los siete testigos, un tabulario que redactara por escrito la manifestación del testador o bien un octavo testigo.

En época de peste

Era válido aun y cuando la presencia de los siete testigos no fuera simultánea.

Del padre en favor de los hijos

Podía ser oral siempre y cuando lo atestiguaran dos personas o por escrito, siempre que el testador de puño y letra escribiera el nombre de los herederos y la fecha.

A favor de la Iglesia o de la pía causa

Era válida cualquiera que fuera la forma en que se redactara.

Militar

Justiniano restringió la libertad de testar con las características iniciales del testamento militar, limitándola a aquellos militares que no estuvieran en su residencia sedentaria habitual, sino *in expeditionibus ocupati*.

d) Institución del heredero testamentario

La institución del heredero (*heredis institutio*) en la que el testador confiere a una o varias personas el título de *heres*, sin este nombramiento, el testamento carecía de eficacia (*sine heredis institutione nihil in testamento scriptum* valet).

El rígido formalismo del *ius civile* exigía que la institución del heredero figurase a la cabeza del testamento y que se consignase con palabras solemnes y necesariamente en latín, con la utilización del vocablo *heres*. Según las Instituciones de Gayo eran al menos tres los vocablos que debían utilizarse: Tito eres heredero (*Titius heres esto*) o *Titius heredem esse iubeo*.

Todas estas exigencias formales fueron poco a poco modificadas. A partir de una constitución de Constancio II (339 d.C.), estas formalidades fueron abolidas (Código 6.23.15); el uso del latín fue obligatorio hasta Teodosio II (439 d.C.), quien permitió que se hiciera en griego (Código 6.23.21.6) y el requisito de comenzar el testamento con el nombre del heredero fue eliminado por Justiniano.

A partir del Derecho romano bizantino bastaba que la designación del heredero fuera clara, cualesquiera que sean los términos en que se redactara y el lugar del testamento en donde se nombrara a los herederos. Lo esencial era el nombramiento de heredero, ya que la validez y eficacia del resto de disposiciones testamentarias dependían de la institución del *heres*.

Podía nombrarse a uno o más herederos y asignarles cuotas. Si de la suma de las cuotas no agotaba el caudal hereditario, el sobrante acrecentaba las cuotas de todos los herederos. Si por el contrario, de la suma de las cuotas hubiera superado la masa hereditaria, cada heredero disminuía en forma proporcional las partes fijadas a cada uno de ellos (D. 28.5.13.3-6). Podía suceder que el testador fijara a algunos herederos una porción del patrimonio y a otro heredero no se le había fijado cuota, se presumía que el testador decidía dividir la herencia en dos partes, la mitad para los herederos asignados por partes y la otra al que no se había señalado cuota (*sine parte*).

La institución del heredero impone al heredero aceptar la herencia mediante creación en un tiempo determinado (*cum cretione*) o instituir a un esclavo como heredero, en cuyo caso se le otorga al mismo tiempo a través de una manumisión por el testamento (*cum libertate*).

e) Sustituciones hereditarias

Se trata de instituciones supletorias a fin de salvar la vigencia del testamento a través del nombramiento de un heredero suplente o sustituto.

i. Sustitución vulgar

La institución del heredero está sujeta a una condición suspensiva; en el caso que el heredero repudie, premuera o sea incapaz, el testador nombra al heredero sustituto. Se aplica el principio de "si no hay heredero" (*si heres non est*). El testador puede sustituir a uno o a varios coherederos. Es un llamamiento posterior al nombramiento de heredero y puede tener un contenido patrimonial distinto.

ii. Sustitución pupilar

El *pater familias* instituye como heredero a un impúber y le nombra un sustituto si es que éste muere antes de llegar a la pubertad y pueda otorgar su propio testamento. En esta sustitución existen varios supuestos; el primero supone que el *filius familia* impúber muera antes que el testador, el sustituto lo sucede en el testamento. También puede suceder que el impúber adquiera la herencia, pero muerta antes de llegar a la pubertad, el heredero sustituto sucede al hijo quedándose con dos herencias, la que le correspondía de la herencia del *pater familias* y la del propio impúber.

La sustitución pupilar se realizaba en tablilla distinta del testamento para evitar que el heredero sustituto pudiera atentar contra el impúber.

iii. Sustitución quiasipupilar

Creada por Justiniano para el caso que el heredero fuera un enfermo mental, el testador nombra un sustituto para el caso que el descendiente no recupere la razón. El heredero sustituto solo adquiere los bienes adquiridos por la herencia del *pater familias* y no el patrimonio obtenido directamente por el enfermo mental.

f) Legados (*legatum*)

i. Concepto

El legado (*legatum*) es una disposición de última voluntad contenida en un testamento o codicilo, a través de la cual, el testador concede a título particular ciertos bienes en favor de una persona denominada legatario (*legatarius*). Modestino lo define como cierta donación dejada por el difunto (*legatum est donatio testamento relicta* D. 31.36)

El legatario es aquella persona beneficiada por el testador con un bien a título particular y nunca responde de las deudas de la herencia. El heredero es el encargado de cumplir con la obligación, por ende, la validez del legado depende de la institución del heredero testamentario. Es posible que el heredero sea también legatario respecto de un bien en específico excluido de la masa hereditaria. Si el testador había optado por un determinado heredero, podía beneficiar a los otros familiares que habían sido excluidos (su mujer, sus hijos e hijas, parientes inválidos).

Entre los principios que rigen en materia de legados se encuentran: i. Únicamente el heredero testamentario puede ser gravado con un legado; ii. La suma de un legado y demás disposiciones testamentarias no podría ser mayor a la porción de la herencia. iii. El legado debe ser posible física o jurídicamente; iv. El legatario debe contar con la *testamenti factio passiva* y, v. Es posible nombrar a un sustituto del legatario.

ii. Clases

Per vindicationem

El testador otorga a título particular la transmisión de la propiedad o un derecho real sobre un objeto en favor del legatario. Cuenta con la *actio reivindicatio* o la que corresponda al derecho real contra el heredero o cualquier tercero que posea la cosa (Gayo, 2.194).

Per damnationem

Es aquel en que el testador impone al heredero una obligación que deberá cumplir en beneficio del legatario. El legatario cuenta con la *actio ex testamento* contra el heredero para exigir

el cumplimiento de la obligación. Se pueden legar cosas del testador, del heredero y aún de un tercero. Si el heredero no cumple con esta obligación deberá entregar al legatario el doble del valor estimado (Gayo, 2.202).

Sinendi modo

Grava al heredero con la obligación de permitir que el legatario mantuviera determinada situación de hecho (servidumbres, uso, habitación, etc.) y que tomara bajo permiso del heredero cosas del testador o del patrimonio del propio heredero para que realice una cosa determinada. El legatario cuenta con la *actio ex testamento* para que el heredero cumpla con su obligación.

Per praeceptionem

El testador concedía la propiedad de una cosa a uno de los herederos. Para los sabinianos si este legado no se concedía a uno de los herederos, el legado era nulo. El legatario contaba con la *actio familiae erciscundae* a fin de que el juez dividiera la herencia entre los coherederos y adjudicaba al coheredero, quien fuera al mismo tiempo legatario, la cosa legada. En cambio, los proculeyanos opinaban que este legado era atributivo de propiedad, por lo que se otorgaba tanto al heredero o a un tercero como si se tratara de un legado *per vindicationem*. Adriano a través de una constitución confirma esta última interpretación (Gayo, 2.221).

g. Fideicomisos (*fideicommisium*)

i. Concepto

Disposición de última voluntad por la cual el testador ruega al heredero o legatario que cumpliese después de su muerte con una determinada liberalidad a favor de otra persona.

En un principio, el fideicomiso (*fideicommisium*) se utilizó para evitar algunos impedimentos del Derecho civil respecto de hacer atribuciones patrimoniales a aquellos que carecieran de la *testamentio factio* pasiva, como los peregrinos.

La base del fideicomiso es la buena fe del heredero, quien debía cumplir con esta carga después de la muerte del testador, por ello en un principio el fideicomiso solo generaba un deber moral. Augusto concedió una *actio* o *petitio fideicommissaria* en favor del beneficiario del fideicomiso, utilizado solo para casos excepcionales ante los cónsules, más tarde Claudio establece que esta acción se interponga ante los *praetores fideicommissarii* sobre cualquier problema relativo a los fideicomisos.

Los sujetos que intervenían en los fideicomisos eran: el fideicomitente (quien creaba el fideicomiso, generalmente el testador), el fiduciario (aquel a quien se encarga el cumplimiento del fideicomiso a cambio de recibir o no una ventaja sobre el fideicomiso) y el fideicomisario (el beneficiario del fideicomiso).

En el Derecho posclásico, el fideicomiso se confundía con el legado, por lo que Justiniano decidió equiparar ambas instituciones.

ii. Tipos

Sustitución fideicomisaria

Podría ser el nombramiento de un fideicomisario como sustituto del primer fideicomisario. Se utilizaba también para nombrar varios fideicomisarios sucesivos, que adquieren los bienes sucesivamente al morir el anterior fideicomisario, en realidad se trata de una herencia sucesiva.

Fideicomiso de familia

El testador encarga al heredero (fiduciario) conservar el patrimonio hereditario y que a su muerte lo transmitiera a otras personas en su calidad de fideicomisarios. Con este tipo de fideicomiso, el patrimonio quedaba vinculado a una familia por varias generaciones. Justiniano lo limitó hasta la cuarta generación.

Fideicomiso de residuo

Tiene por objeto repartir todo lo que quedara de la herencia. Se permite al fiduciario disponer de los bienes fideicomitidos y sustituirlos por otros, siempre que actúe de buena fe. Contra los abusos de los fiduciarios, Justiniano estableció que los fideicomisarios debían recibir al menos una cuarta parte de los bienes residuales de la herencia.

Fideicomiso de libertad

El fideicomitente solicitaba al fiduciario que manumitiera a un esclavo propio o ajeno. El esclavo podía pedir *extra ordinem* el cumplimiento del fideicomiso, quedando como liberto del heredero, no del testador.

Fideicomiso de herencia

Utilizado para transmitir una herencia o parte alícuota de ella. El fiduciario debía transmitir todos los bienes al fideicomisario. Se realizaba a través de una *venditio hereditatis*. Como el fideico-

misario nunca adquiría la condición de heredero, por lo que no era el responsable de los pasivos hereditarios, sucedía en varias ocasiones que los fiduciarios herederos repudiaran la herencia. A fin de paliar esta situación, en tiempos de Nerón a través del senadoconsulto *Trebellianum* (56 d.C.) se estableció que el fideicomisario recibiera en bloque la masa hereditaria y debía ser considerado como heredero (*loco heredis*). El senadoconsulto *Pegasianum* de la época de Vespasiano obligó al fiduciario a aceptar la herencia, concediéndole una cuarta parte del caudal hereditario y dejando al fideicomisario la parte alícuota de la herencia. Justiniano fusionó ambas disposiciones, confirmando que la cuarta parte correspondía al fiduciario (*quarta Trebelliana*).

h) Modalidades en los testamentos

i. Condición

La institución del heredero podía estar sujeta a un acontecimiento futuro de realización incierta, esto es, a una condición, de cuya verificación dependía la institución del heredero.

El Derecho romano solo admitió las condiciones suspensivas, supeditando la institución del heredero al cumplimiento de un acontecimiento futuro e incierto. En cambio, no se aceptaron las condiciones resolutorias, ya ello iría en contra del principio "una vez heredero, siempre heredero" (*semel heres, semper heres*). La sanción por incluir estas modalidades en un testamento no acarreaba la nulidad del nombramiento de heredero, simplemente se tenían por no puestas y el nombramiento de heredero quedaba como puro y simple.

También se aceptaron las condiciones potestativas (dependen de la voluntad del heredero), causuales (no dependen de la voluntad del heredero) y las mixtas (dependen una parte de la voluntad del heredero y otra del azar) (Código 6.51.1.7). Si el heredero repudiaba la herencia por no querer cumplir con la condición, no podía posteriormente solicitar la herencia *ab intestato*.

Las condiciones ilícitas, inmorales o imposibles se tenían por no puestas y no afectaban la validez del testamento.

ii. Término

En cuanto al término, el Derecho romano consideró que no se podía sujetar la institución del heredero al acontecimiento futuro de realización cierta suspensiva o resolutoria, también por el principio de "una vez heredero, siempre heredero".

iii. Modo o carga

Otra de las modalidades a las que se podía sujetar el testamento era el modo (*modus*) en el cual, el testador imponía una carga a una persona beneficiada por un acto de liberalidad, como los

legados o las donaciones. El testador podía imponer una carga al heredero o legatario, y que, a diferencia de la condición suspensiva, el acto de liberalidad no quedaba en suspenso. Para asegurarse del cumplimiento de la carga se solicitaba al beneficiario que garantizara su cumplimiento mediante una caución (D. 35.1.40.5).

i) Codicilo (*codicilli*)

Concepto

Del latín *codicilli (*diminutivo de *codex*). Son cartas o notas informales que el testador dejaba escritas en tablas o papiros en donde expresaba ciertas disposiciones de última voluntad, siempre que no se tratare de la institución del heredero o de una desheredación, ya que para ello se requería otorgar un nuevo testamento bajo el principio que la herencia no puede ser dada ni quitada mediante codicilos (*codicillis hereditas neque dari neque adimi potest* D. 36.1.76).

En el Derecho preclásico, el cumplimiento de los codicilos solo obligaba moralmente atendiendo a la buena fe. A partir de Augusto, los codicilos tuvieron fuerza vinculante (Inst. 2.25).

Tipos

Los codicilos se dividen según su objeto o los efectos que producen, entre ellos:

- Codicilo *ab intestato*: no se establece la institución del heredero, pero se puede estipular que quien reciba la herencia debe cumplir con determinados mandatos, como el de constituir un fideicomiso (D. 29.7.16).
- Codicilos confirmados: eran ratificados por un testamento, pudiendo ser la confirmación anterior, coetánea o posterior al testamento que confirmaban dichos codicilos. Estos apéndices del testamento podían contener toda clase de disposiciones a excepción de la institución del heredero, la desheredación o las sustituciones testamentarias (D. 29.7.6).
- Codicilos no confirmados: A través de un rescripto de Severo y Caracalla fueron reconocidos los codicilos no confirmados en el testamento, de ahí que solo podían contener disposiciones relacionadas con fideicomisos (Gayo, 2.270).

En época posclásica se exigió que el codicilo se realizara con las mismas formalidades que el testamento. Así, en el año 326 d.C. el emperador Constantino estableció la presencia de siete testigos para los codicilos *ab intestato*. Posteriormente Teodosio II (429 d.C.) fijó también en siete el número de testigos que debían comparecer para otorgar codicilos confirmados o no confirmados por testamento. Justiniano redujo a cinco los testigos que debían comparecer, con tal que firmaran y sellaran el codicilo (Código 6. 36.8).

El testamento podía contener una cláusula codicilar. Se trataba de una declaración expresa del testador en el testamento o en un codicilo, en el que se disponía, si el testamento no valía como tal, al menos se utilizaría como codicilo. Si bien esta cláusula no impedía la invalidez del testamento, al menos quedaban en pie otras disposiciones testamentarias, como la creación de fideicomisos, las manumisiones, etc.

j) Apertura del testamento

Conforme al principio de libertad de testar, el *de cuius* podía libremente disponer de sus bienes para después de su muerte. Sin embargo, para que un testamento fuera válido era necesario heredar o desheredar a los *sui heres* (descendientes que estaban *in potestate* del *pater* en el momento de su deceso). La desheredación (*exheredatio*) solo aplicaba a los *heres suus*, por lo que tampoco podían heredar por vía legítima.

La preterición es la falta de mención de los *suus heres* en el testamento, ya sea para heredarlos o para desheredarlos. Si se trataba de hijos varones y no se mencionasen, el testamento era declarado nulo. En el caso de *sui heredes* mujeres o nietos era necesario ratificar el testamento a fin de incluir a estos herederos.

k) Adquisición de la herencia

Durante el derecho preclásico era común que el testado confiara el documento a un amigo o lo depositara en el templo. A partir del año 6 a.C. con la publicación de la *Lex Iulia Vicesimaria* de Augusto se estableció un impuesto general a las herencias del 5%, convirtiéndose la apertura de un testamento en un acto público, sin formalidades, sino que, por necesidades de la inspección necesaria para la percepción del impuesto, se regularon sus requisitos. La apertura se realizaba en la oficina de recaudación de impuestos ante la mayoría de los testigos que intervinieron en el otorgamiento y en un plazo no mayor de tres a cinco días de fallecido el testador. Reconocidos por los testigos sus sellos y subscriptiones, se leía el testamento y quedaba archivado, levantándose acta de la ceremonia y se realizaba una copia del mismo. Si se trataba de testamentos otorgados en colonias o municipios debían leerse en el foro o en la basílica, en presencia de los testigos o de hombres honorables.

Alejandro Severo en el año de 223 d.C. ordenó que la apertura del testamento se realizara ante el juez competente (Código 6.32.1).

l) Revocación del testamento

La invalidez del testamento debido a una revocación resulta de un cambio de voluntad del testador, el cual puede mudar de parecer cuantas veces quiera. Señala Ulpiano "variable es la vo-

luntad del difunto hasta el último momento de su vida" (*ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum* D. 34.4.4). En las Instituciones de Justiniano contempla el principio que "por el testamento posterior, confeccionado conforme a Derecho, se anula el anterior" (*posteriore quoque testamento, quod iure perfectum est, superius rumpitur* Inst. 2.17.2).

Por tanto, en el Derecho romano era considerada nula toda cláusula en la que el testador declarase de antemano que no modificaría su testamento (cláusula derogatoria), así como la *stipulatio poenae* dirigida a asegurar tal compromiso.

La revocación del testamento fue regulada de distinta manera por el derecho civil, el derecho honorario y el derecho imperial. De acuerdo con el Derecho preclásico, un testamento solo podía revocarse por otro posterior, revocando ineludiblemente el testamento anterior. Aún en el caso que en el nuevo testamento no se modificara la institución del heredero, quedando quizá algunas disposiciones en pie, era necesario otorgar un nuevo testamento. Si el nuevo testamento resultaba invalido, el heredero no podía aceptar la herencia y debía atenerse a las reglas de la sucesión *ab intestato*.

El Derecho honorario priorizaba la intención del testador que las solemnidades con las que se debían realizar los testamentos, por lo que si el testador decidía destrozar las tablillas del testamento, romper los sellos o tachar el nombre del heredero, era clara su decisión de revocar el testamento, sin necesidad que el *de cuius* otorgara nuevo testamento.

Con Justiniano aparecen dos formas de revocación. La primera denominada *apud acta*, la cual se podía realizar transcurridos diez años desde su otorgamiento, previa declaración ante autoridad pública y tres testigos. Honorio y Valentiniano II declararon nulos todos los testamentos que a los diez años de su fecha de expedición no se hubiera realizado, disposición no acogida por Justiniano. Era posible revocar algunas disposiciones testamentarias a través de codicilos y de la creación de fideicomisos.

4. Vía inoficiosa

a) *Querella inofficiosi testamenti*

En un testamento era posible que el *de cuius* dejara fuera de la herencia a descendientes próximos, por lo que en el Tribunal de los Centunviros determinaron que era necesario darles cierta cantidad de bienes, una concreta cuota de la herencia, toda vez que el testador faltó al deber de afecto (*officium pietatis*), por lo que no estaba en su sano juicio (*color insaniae*).

El testamento se calificaba como inoficioso (*inofficiosum*), dando la posibilidad a la persona afectada a impugnar el testamento a través de la *querella inofficiosi testamenti*, a través de la cual se conseguiría la nulidad del testamento y por ende, la apertura de la sucesión intestada (D. 5.2.2).

Es necesario que la persona olvidada haya sido desheredada sin causa o le instituyeron una escasa porción. Podían interponer esta querella los descendientes, ascendientes, hermanos y los parientes consanguíneos del *de cuius.* (D. 5.2.1).

Se cuentan con cinco años para poder ejercitarla desde que la herencia fue aceptada. La cuota legitimaria fue fijada en una cuarta parte (I. 2.18.6) y se calculaba restando del activo las deudas y los gastos funerarios.

Si la *querella* prosperaba, el testamento era declarado nulo y se abría la sucesión *ab intestato*; empero, si el testamento no era declarado inoficioso, el solicitante perdía los escasos bienes que le heredaron en el testamento pasando a ser propiedad del fisco (D. 5.2.8.16).

Bibliografía

BIBLIOGRAFÍA

Adame Goddard, Joge. *Curso de Derecho romano clásico,* Porrúa-IIJ-UNAM, México, 2014.

Bravo González, Agustín y Bravo Valdés, Beatriz. *Derecho Romano Primer Curso*, Porrúa, México, 2012.

Bravo González, Agustín y Bravo Valdés, Beatriz. *Derecho Romano Segundo Curso,* Porrúa, México, 2006.

Fernández de Buján, Antonio. *Derecho privado romano*, Iustel, Madrid, 2013.

Fernández de Buján, Antonio. *Derecho público romano*, Thomson-Civitas, Madrid, 2013.

Morineau Iduarte, Martha e Iglesias González, Román. *Derecho Romano*, Oxford, México, 2003.

Panero Gutiérrez, Ricardo. *Derecho Romano,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Ventura Silva, Sabino. *Derecho Romano*, Porrúa, México, 2010.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA:

Adame Goddard, Jorge. Cuatrocientos casos y respuestas de los juristas romanos, IIJ-UNAM, México, 2013.

Arangio Ruiz, Vicente. *Historia del Derecho Romano*, Reus, Madrid, 1999.

Arias Ramos, Juan y Arias Bonet, Juan Antonio. *Derecho romano. Vol. 1, Parte general Derechos reales*, Edersa, Madrid, 1991.

Arias Ramos, Juan y Arias Bonet, Juan Antonio. *Derecho Romano. Vol. 2, Obligaciones, Familia, Sucesiones*, Edersa, Madrid, 1991.

Bernal, Beatriz y Ledesma, José de Jesús. *Historia del Derecho Romano*, y de los Derechos Neorromanistas, Porrúa, México, 2010.

Burdese, A. *Derecho Público Romano*, Barcelona, Bosch, 1972.

Camacho, Evangelista Fermín. *Introducción histórica al estudio del Derecho Romano*, Granada, 2000.

D´ors, Álvaro. *Derecho privado romano,* EUNSA, Pamplona, 2004.

Fernández Barreiro, Antonio y Paricio Serrano, Javier. *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, Marcial Pons, 2011.

Fuenteseca, Pablo. *Derecho Privado Romano*, Eds. Académicas, Madrid, 2007.

García Garrido, Manuel Jesús. *Casuismo y jurisprudencia romana (responsa). Acciones y casos*, eds. Académicas, Madrid, 2007.

Giménez-Candela, Teresa. *Derecho Privado Romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Gómez Royo, Enrique (coord.). *Manual de casos prácticos de Derecho Romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Gordillo Montesinos, Roberto Héctor. *Derecho Romano*, Porrúa, México, 2008.

Huber Olea, Francisco José. *Derecho Romano I*, Iure, México, 2006.

Iglesias Redondo, Juan. *Derecho Romano*, Ariel, México, 2008.

Iglesias Redondo, Juan. *La técnica de los juristas romanos*, Universidad Complutense, Madrid, 1987.

Kaser, Max. *Derecho Romano Privado*, Reus, Madrid, 1982.

Kunkel, Wolfgang. *Historia del Derecho Romano,* Ariel, Barcelona, 2012.

Margadant, Guillermo Floris. *El Derecho Privado Romano*, Esfinge, México, 1999.

Miquel, Joan. *Curso de Derecho Romano*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

Padilla Sahagún, Gumersindo. *Derecho Romano*, Mc Graw Hill, México, 2006.

Paricio, Javier. *Historia y fuentes del Derecho Romano,* Madrid, 1992.

Rascón, César. *Síntesis de historia e instituciones de Derecho Romano*, Tecnos, Madrid, 2011.

Rostovtzeff, Michael Ivanovitch. *Historia Social y Económica del Imperio Romano,* Espasa Calpe, Madrid, 1981

Schulz, Fritz. *Principios del derecho romano*, Civitas, Madrid, 2000.

Sohm, Rudolph. *Instituciones de Derecho Privado Romano,* Grafica Panamericana, México, 1990.

Soriano Cienfuegos, Carlos. *Banca, navegación y otras empresas en el Derecho Romano*, Porrúa, México, 2007.

Topasio Ferreti, Aldo. *Derecho Romano patrimonial*, UNAM, México, 1992.

Torrent, Armando. *Derecho Público Romano y sistema de fuentes*, Edisofer, Zaragoza, 2008.

Torrent, Armando. *Manual de Derecho Privado Romano*, Edisofer, Zaragoza, 2008.

Torrent, Armando. *Problemas romanísticos de aplicación forense*, Neo, D.L., Madrid, 1995.

Ventura Silva, Sabino. *Derecho Romano*, Porrúa, México, 2006.

Volterra, Eduardo. *Instituciones de Derecho Privado Romano,* Civitas, Madrid, 1986.

Zamora Manzano, Luis. *Derecho romano, Manual práctico de ejercicios y esquemas I*, Dykinson, Madrid, 2009.

DICCIONARIOS

Berger, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society. Philadelphia, 1968.

García Garrido, Manuel Jesús. *Diccionario de jurisprudenica romana,* Dykinson, Madrid, 1990.

Gutiérrez Alviz, Faustino, et. al., *Diccionario de Derecho romano,* 3ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1982.

Huber Olea, Francisco José. *Diccionario de Derecho Romano comparado con Derecho mexicano y Derecho canónico*, Porrúa, México, 2000.

Iglesias Redondo, Juan. *Diccionario de definiciones y reglas de derecho Romano*, Ariel, Barcelona, 2005.

Morineau Iduarte, Martha. *Diccionario de Derecho Romano*, Oxford University Press, México, 2006.

Torrent Ruíz, Armando. *Diccionario de Derecho Romano*, Edisofer, Madrid, 2005.

FUENTES HISTÓRICO-JURÍDICAS

Ley de las XII Tablas, disponible en https://drive.google.com/file/d/0ByEXMIBDqJbrVTRJaTZDVmpXSmM/view

Justiniano, "I INSTITUTA-DIGESTO" [primera, segunda y tercera partes], *Cuerpo del derecho civil romano*, traductor y compilador Ildefonso García del Corral, disponible en https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/600-cuerpo-del-derecho-civil-romano-t-i-instituta-digesto

Justiniano, "II DIGESTO" [primera, cuarta y quinta partes], *Cuerpo del derecho civil romano*, traductor y compilador Ildefonso García del Corral, disponible https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/601-cuerpo-del-derecho-civil-romano-t-ii-digestohttps://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/601-cuerpo-del-derecho-civil-romano-t-ii-digesto

Justiniano, "III DIGESTO" [primera, sexta y séptima partes], *Cuerpo del derecho civil romano*, traductor y compilador Ildefonso García del Corral, disponible
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/602-cuerpo-del-derecho-civil-romano-t-iii-digesto

Justiniano, "IV CÓDIGO", *Cuerpo del derecho civil romano*, traductor y compilador Ildefonso García del Corral, disponible en https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/603-cuerpo-del-derecho-civil-romano-t-iv-codigo

Justiniano, "V CÓDIGO", *Cuerpo del derecho civil romano*, traductor y compilador Ildefonso García del Corral, disponible enhttp://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=604

Justiniano, "NOVELAS", *Cuerpo del derecho civil romano*, traductor y compilador Ildefonso García del Corral, disponible en https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/605-cuerpo-del-derecho-civil-romano-t-vi-codigo-novelas

ENLACES DE INTERÉS

Lacus curtius into the roman world http://penelope.uchicago.edu/Thayer/e/roman/home.html

Portale di Diritto Romano e dei Diritto dell'Antichità http://www1.unipa.it/dipstdir/portale/

Roman Law Resources http://www.iuscivile.com/

Textos históricos-jurídicos http://www.usc.es/histoder/historia_del_derecho/textos.htm

The Roman Law Library http://droitromain.upmf-grenoble.fr/

Compendio de Derecho Romano se terminó de imprimir en la Ciudad de México en septiembre de 2017. La producción editorial e impresión estuvo a cargo de Literatura y Alternativas en Servicios Editoriales S.C. Avenida Universidad 1815-c, Depto. 205, Colonia Oxtopulco, C. P. 04318, Delegación Coyoacán, Ciudad de México. RFC: LAS1008162Z1. En su composición se usaron tipos Minion Pro y Avenir. Se tiraron 100 ejemplares sobre papel Prisma Bright, papel certificado FSC (Forest Stewardship Council®) Ref EP.01.00028.



Casa abierta al tiempo

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA METROPOLITANA

Unidad Cuajimalpa